

conceito jurídico

ano I | | junho de 2017 | | nº 06



Gustavo Rabay Guerra

O Direito e as revoluções
pós-digitais **pág. 6**

conceitojuridico.com

Exemplar de assinante. Venda proibida.



A Reforma Política e a Democracia



OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Eduardo Pastore

A CLT realmente mudou nos últimos 74 anos?



PORTAL JURÍDICO

Sérgio Gurgel

Decadência moral, violência sexual



DIREITO EMPRESARIAL

Henry Gonçalves Lummertz

Desconsideração da personalidade jurídica

*O modo de compensar uma janela fechada
é abrir outra, a fim de que a moral possa
arejar continuamente a consciência.*

Machado de Assis

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Alice Monteiro de Barros, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Edson de Arruda Camara, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Francisco Fausto Paula de Medeiros, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Gomes de Barros, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, 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, Yousef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho - Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

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

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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



zakarewicz
editora

SUMÁRIO

6

COM A
PALAVRA

Delações e crime organizado

Almir Pazzianotto Pinto

16

PAINEL
ECONÔMICO

Algumas ausências normativas que interferem na efetividade do processo orçamentário

Olivan Duarte de Almeida

20

PROPOSTAS
E PROJETOS

Projeto de lei visa que maiores de 70 anos possam optar pelo regime de bens adotado

Jessica Rodrigues Duarte

24

DESTAQUE

Voto em lista: um atentado à democracia

Ives Gandra da Silva
Martins

24

CAPA

Reforma política: fortalecimento de quem?

Pedro Augusto Lopes Sabino
e Adonai Araújo Cardoso

44

CAPA

O Fundo Partidário e a falta de incentivo da participação da mulher na política

Juliana Rodrigues Freitas

8

ENTREVISTA

O Direito e as revoluções pós-digitais: poderá a inteligência artificial superar a tarefa humana?

Gustavo Rabay Guerra

18

DIREITO E
BIOÉTICA

A vida e a morte disputando o mesmo corpo

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

22

PAINELO
LEITOR

Desafios da Lei das Estatais: papel do Estado e eficiência

Alécia Paolucci Nogueira Bicalho

26

CAPA

Para melhorar a democracia é preciso mais democracia

Gustavo Ribeiro de Macedo

41

CAPA

A reforma política (não) tão esperada

Marcones Santos

51

TENDÊNCIAS

Compliance: nova modelagem contra a cultura de tolerância

Jessé Torres Pereira Júnior e
Thaís Boia Marçal

54 Decadência moral, violência sexual

PORTAL
JURÍDICO

Sérgio Gurgel

57 Conspiração contra o povo brasileiro

VISÃO JURÍDICA

Wálteno Marques da Silva

62 Desconsideração inversa da pessoa jurídica no âmbito das obrigações alimentares

ENFOQUE

Marco Aurélio Ribeiro

66 A CLT realmente mudou nos últimos 74 anos?

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

Eduardo Pastore

74 “Desafio da Baleia Azul”: o jogo do suicídio – proteção e aspectos jurídicos

IN VOGA

José Antonio Milagre

76 Medidas contra incêndio e atividades perigosas e alteração no Código de Defesa do Consumidor

CONTEXTO

Luís Rodolfo Cruz e Creuz

78 Desconsideração da personalidade jurídica

DIREITO
EMPRESARIAL

Henry Gonçalves Lummertz

80 Sucessão turbulenta ou céu de brigadeiro?

GESTÃO
EMPRESARIAL

Emerson de Almeida

82 Governo reabre o programa de regularização cambial e tributária

CONJUNTURA

Márcio Maués

85 O detetive particular e a investigação criminal: algumas questões pontuais

DOCTRINA

Eduardo Luiz Santos Cabette

86 PEC nº 27/16: independente dos governos, independente dos partidos

PONTO DE
VISTA

Alexandre Triches

Almir Pazzianotto Pinto



Delações e crime organizado

Aquilo que no jargão policial era conhecido como “crime comum” assumiu tal nível de sofisticação que a expressão se apequenou. E a correta passou a ser “crime organizado”.

A complexa estrutura de grandes facções criminosas obedece a código fundado em usos e costumes e a organograma. Embora seja inviável o seu registro como pessoas jurídicas, são empresas com diretorias, consultores, gerentes e infraestrutura operacional, na qual estão os subalternos incumbidos dos assaltos a bancos e carros fortes, de tráfico de entorpecentes, de roubos de veículos, de assassinatos, de sequestros, de rebeliões, de comercialização de produtos roubados. Como empreendimentos marginais revestidos de características singulares é comum recorrerem à terceirização mediante subcontratos.

Entre marginais, ocultar a identidade é prática obrigatória, destinada a dificultar a ação dos investigadores. Ao invés do nome, usam apelidos relacionados a hábitos, aparência física ou origem. Entre os mais divulgados temos o Paca, Biroasca, Gegê do Mangue, Sono, Madruga, Moringa, Gordão, Casca, Bô, Tio, Boy, Marcola, Fernandinho Beira-Mar.

O topo da pirâmide econômica nacional alberga, entre políticos e homens de bem, delinquentes de alto coturno reunidos em partidos ou sociedades registradas como pessoas jurídicas de direito privado, com ações na Bolsa. Os objetivos, porém, são mesmíssimamente os mesmos, como escreveu Ruy Barbosa na *Réplica*: amealhar dinheiro ilegal para conquistar, aprofundar e fortalecer poder.

No crime organizado os resultados são contabilizados em reais. Já no crime engratado os meliantes não se satisfazem com pouco. Os negócios, aparentemente regulares, celebrados de acordo com as exigências legais, envolvem centenas de milhões ou bilhões de dólares. O crime organizado socializa os resultados entre os membros das quadrilhas, em pagamento de honorários a advogados, corrupção de policiais, assistência aos familiares dos mortos, presos ou foragidos e serviços à comunidade. Nas altas esferas as ambições são maiores. Grandes grupos rateiam o dinheiro infame que, por motivos óbvios, será ocultado por testas de ferro, laranjas, ou camuflado em paraísos fiscais. Computadores, celulares e gravadores substituem pistolas, fuzis e

metralhadoras. A segurança não é tarefa confiada a guarda-costas, mas entregue a famosos escritórios de advocacia. Nas trocas de informações telefônicas, ou pela internet, o crime engravatado aderiu ao uso de sugestivos cognomes: Boca-Mole, Angorá, Caju, Índio, Polo, Las Vegas, Babel, Primo, Feia, Bitelo, Campari, Pino, são os mais conhecidos.

Se nos aspectos estruturais o crime organizado e o crime engravatado revelam semelhanças, no comportamento em Juízo as diferenças são imensas. Na ética do crime comum ou organizado delação é delito imperdoável, punido com execução sumária, à bala. Sem fazer comparações, lembro que Judas Iscariotes delatou Cristo com um beijo, Joaquim Silvério dos Reis entregou Tiradentes à Coroa Portuguesa e o Cabo Anselmo apontou companheiros ao DOI-Codi.

Como acusação anônima, a delação é, também, expediente abominável. Quem confessa acusa a si mesmo, o delator lança a rede contra terceiros. Com algum esforço é possível compreender que o faça, após ser cooptado por especialistas na técnica indolor de arrancar informações. Relatam-se casos de delatores habituados à vida farta, deferências e privilégios que não resistiram após permanecerem confinados alguns dias em cubículo de concreto, sem cama e sem banheiro, obrigados a comer de marmita e se servir de latrina turca. Privados da presença da família, tendo a cara estampada na televisão, em jornais e revistas, concordaram com a amenização da pena delatando cúmplices, sócios e amigos íntimos. A delação pode resultar de deslize ou excesso de confiança. Na maioria dos casos, entretanto, é tentativa abjeta de ser tratado com leniência. O Código de Processo Penal (CPP) não se refere à delação como meio de prova, mas autoriza o juiz instrutor a recorrer à fonte independente de informações, sutil designação dada ao delator, no art. 157, § 2º. É o mapa da mina, o caminho das pedras. Abrevia investigações. Delação homologada tornou-se modalidade transversal de prova provada usada para acelerar a tramitação de processos. Simplifica a tarefa de dosagem da pena, aliviada pela entrega da cabeça de alguém.

Sou pouco afeito ao Direito Processual Penal. Conheço, porém, razoavelmente a natureza humana para entender que a delação deve ser admitida com parcimônia e apenas em casos especiais. O país é grande; as condições de vida, marcadas por violentos contrastes; as divergências políticas não raro impregnadas de radicalização. O ódio ao adversário passa do pai ao filho, ao neto. Em alguns estados a estrutura do Poder Judiciário é deficiente, com escasso número de comarcas e juízes, como revelam os relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em mais de 70% delas não há defensoria pública e nem sempre o acusado dispõe de alguém para defendê-lo.

Nos processos da Operação Lava Jato as evidências são robustas. As provas obtidas pelo juiz Sérgio Moro apressaram a coleta de documentos e de informações, permitindo que as ações sejam julgadas com presteza. A confirmação das decisões convence de que tudo se fez conforme o devido processo legal, garantido o direito de defesa.

O crime engravatado é tão repulsivo quanto o crime organizado. Exige dura repressão. A Justiça não pode tergiversar, mas persegui-lo com a fúria dos justos para que não prolifere e ponha em perigo a democracia. A Operação Lava Jato é algo inédito na história. Deve prosseguir até as últimas consequências. 

POR GUSTAVO RABAY GUERRA



ARQUIVO PESSOAL

Nesta edição, o advogado, sócio-fundador do Rabay, Bastos & Palitot Advogados. Fundador do Bureau Corporativo, professor da Universidade Federal da Paraíba, com doutorado em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília e mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista na área de Direito Digital e *Compliance Legal*, Gustavo Rabay Guerra discorre sobre as inovações tecnológicas e suas implicações nas atividades dos profissionais do Direito.

O Direito e as revoluções pós-digitais

Poderá a inteligência artificial superar a tarefa humana?

J á caminhando para o fim de mais um década, não há indivíduo ou lugar no mundo em relação ao qual a internet seja fator de dependência e de mudança – sobretudo, naqueles onde ela sequer existe e a população local luta pelo seu acesso. Talvez seja, atualmente, um dos mais disputados ativos globais. Pouco a pouco, a tecnologia passou a servir a tantas finalidades e, atualmente, tornou-se tão relevante a ponto de a conexão à rede ser reconhecida como direito fundamental. Trata-se de um meio para exercer a cidadania e profissões exclusivas ou não, e plano número um para novas oportunidades de negócios, ferramenta para educação e desenvolvimento humano, até para a própria sobrevivência, quando pensamos em zonas de conflito. A internet, no entanto, é apenas um dos campos em que a evolução tecnológica produz seminais transformações na sociedade global. Da indústria das comunicações às inovações nos setores de saúde, finanças, educação, mobilidade e hotelaria, os impactos em múltiplos setores econômicos cunhou um ciclo de mudança exponencial nas conexões entre fornecedores, produtores e o usuário/consumidor, frequentemente substituídos de forma revolucionária ou, como se prefere dizer, *disruptiva*. Para os profissionais do Direito as inovações tecnológicas podem ser uma ameaça ou uma oportunidade de destaque na atuação forense. Em entrevista exclusiva, o professor Gustavo Rabay Guerra esclarece pontos importantíssimos das implicações que as tecnologias podem ter nas atividades dos operadores do Direito.

CONCEITO JURÍDICO – *Como o senhor enxerga a evolução da internet?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – As revoluções pós-digitais, em uma visão mais simplista, radicam na imersão total de indivíduos à tecnologia, na qual os recursos se converterão em dados, serviços e aplicações acessíveis a todos, criando exponenciais possibilidades de conexão, sem limites, incluindo o uso crescente da robótica, da inteligência artificial, da nanotecnologia, da biotecnologia e outras inovações colossais. Segundo Steve Case, a primeira onda (1985-1999) chegou com a criação da internet, permitindo a conexão das pessoas com o mundo. A segunda (2000-2015) se deu com *startups* na área de buscas, redes sociais e outras ferramentas baseadas na internet. Finalmente, a terceira onda (de 2016 em diante) se dirige a moldar uma realidade na qual estamos conectados em tempo integral, por meio de tudo, tomando a exponencialidade das mais variadas tecnologias na direção de profundas rupturas comportamentais e sensoriais. A *Terceira Onda* não será definida pela “*Internet das Coisas*”, isso é, pela possibilidade de conectar desde utensílios domésticos a carros, por meio de sinais eletrônicos; ela será definida pela *Internet de Tudo*. Ou seja, uma etapa assustadora da (r)evolução tecnológica na qual a rede digital será totalmente integrada em cada parte de nossas vidas, como nós aprendemos, tratamos da saúde e do meio ambiente, gerimos as nossas finanças, decidimos social e politicamente questões coletivas, trabalhamos e até mesmo o que comemos. Como a Terceira Onda ganha impulso cada líder da indústria em todos os setores econômicos corre o risco de sofrer com a avalanche disruptiva. Pense sobre o que está acontecendo no Vale do Silício ao longo das últimas décadas e imagine como será quando aplicarmos essa mesma cultura de inovação e o alcance da ambição em cada parte da nossa economia. Essa é a Terceira Onda e ela não está vindo - ela está aqui.

CONCEITO JURÍDICO – *Alguns termos e conceitos nas múltiplas transformações pela qual passa a sociedade serão adaptados a uma única forma de Direito?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – *Hubs, bitcoins, blockchain, cybersecurity, big data, algoritmos, machine learning, web harvesting, economia de compartilhamento, open source, direito ao esquecimento, realidade virtual e misturada, smart cities, Internet das Coisas* – são tantos paradigmas, modelos e expressões em profusão que se torna cada vez mais difícil permanecer atualizado diante de uma rede de novos sentidos e possibilidades, considerados popularmente como “*game changing*”, isto é impactantes ao ponto de mudar a forma como antes fazíamos as coisas. É o que aconteceu com hábitos de consumo de entretenimento, como filmes, músicas, livros e espetáculos culturais. Agora, ninguém consegue viver sem *Netflix, Spotify, iTunes e a Amazon*. Antes que o leitor tome ódio de tantos estrangeirismos e expressões de uso comercial, podemos dizer que serviços de transmissão de informações, serviços e conteúdos (as chamadas ferramentas de “*streamings*” ou transmissão em tempo real), se tornaram tão populares entre as novas gerações, que sequer entendem como cultuamos, durante tanto tempo, a aquisição individual de CD’s, DVD’s, livros, revistas e shows em mídia física no geral. Talvez escapem os discos de vinil, considerados “*vintage*”, ou clássicos, como se prefira, muito pouco se tratando da qualidade de graves e outros atributos sonoros que os sulcos do passado mantêm frente à digitalização da música.

CONCEITO JURÍDICO – *O futuro trará também problemas em relação à segurança, à privacidade, além de fazer com que algumas profissões sejam extintas?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – Só uma advertência: a velocidade é tamanha que, quando paramos para pensar e descrever o cenário atual, talvez, ele já não esteja mais *up-to-date*. O futuro chega sufocando com promessas belíssimas de impacto

positivo na vida de todos. E tudo será melhor do jeito novo, acessível, compartilhado, distribuído. No entanto, o futuro de abundância e de infinitos recursos trarão obviamente, de reverso, inúmeros problemas, sobretudo em relação à segurança, à privacidade, à saúde e à economia, apenas ficar entre alguns campos. Algumas profissões e mercados inteiros, como se costuma dizer, simplesmente desaparecerão. E a coleta de dados, cada vez mais automatizada, levará a crer que, também, não haverá mais privacidade. Terrivelmente preocupante é o uso de ferramentas de mídias programáticas, que se alimentam do famigerado “*big data*”, fenômeno no qual todas as informações processadas no meio digital podem ser armazenadas e posteriormente utilizadas para dirigir condutas (para o consumo, visão ideológica, posição política e preferências pessoais). E esse é apenas um dos incontáveis riscos do contexto de presença total do ser (no) digital. O real e o virtual já se confundem em ritmo insuperável. Monetização de perfis *online*, experiências ao vivo e a cores vividas por meio da rede, construção de valores e formas de interação automatizadas, constroem um passo frenético que aprisiona estilos de vida, determinando comportamentos, seja no campo pessoal como no profissional. A sociedade conectada tem problemas estruturais que se escondem na virtualidade, no efêmero, no apelo do consumo fácil e das nuances pouco temperadas da imersão digital.

CONCEITO JURÍDICO – *Isso tudo significaria que haverá mudanças também no Direito?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – Com a velocidade com que as mudanças, padrões e novas ferramentas surgem, o Direito precisa reformatar suas formas de prevenção e controle, pois a tutela jurídica não consegue acompanhar o fluxo informacional gerado pelas novas tecnologias. Direitos autorais, contratos *online*, crimes em meio digital, novos contextos da responsabilidade civil, entre outros temas, são apenas alguns exemplos da imensidão de desafios postos à comunidade jurídica nesse limiar de novas revoluções da humanidade. A tecnologia impactou os diversos sistemas existentes na sociedade e isto não foi diferente em relação ao ordenamento jurídico dos países. Com efeito, a internet é palco de diversas relações jurídicas, fruto de condutas lícitas e ilícitas. Assim, apesar da tecnologia ter gerado benefícios, criou-se nova fonte de conflitos de interesse, isto evidenciado em face dos crimes virtuais ou mesmo de práticas comerciais lesivas ao consumidor conectado. Acima do bem e do mal, os conflitos de interesse verificados em face do uso da internet muitas vezes são reflexos daqueles existentes na vida real, mas seus efeitos podem ser bem diferentes, como os danos causados a alguém que teve sua intimidade exposta em uma rede social. Disto, verifica-se a necessidade de busca por novos meios de pacificação dos litígios em uma sociedade globalizada e interconectada. Neste sentido, a própria tecnologia apresentou-se como mecanismo hábil para dar respostas céleres às demandas judiciais, e isto está evidenciado pela criação de aplicações de internet, a exemplo de sítios governamentais como os que hospedam plataformas de processo judicial eletrônico e o Escritório Digital, nova vertente de desenvolvimento de produção advocatícia que se utiliza de recursos em rede. Conforme o art. 5º, VII, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 2014), entende-se por aplicação de internet o “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Assim, o sistema de peticionamento eletrônico oficial do Conselho Nacional de Justiça (“PJe”) pode ser entendido como espécie de aplicação de internet. No entanto, o fato de o sistema judicial ter sido virtualizado não quer dizer muito em relação à capacidade da esfera jurídica em lidar com a complexidade trazida pela ubiquidade tecnológica dos dias atuais. Quero dizer com isso que não há limites para as inovações que surgem dia após dia, sendo que elas

ocorrem em todo e qualquer lugar, nas mais diversas sendas da experiência humana e com qualquer indivíduo. Todos serão afetados, em que pese o visível retardo do conhecimento em acompanhar esse cenário de profunda descontinuidade, de suspensão da tradição e, por vezes, de amplíssima renovação. O Direito, na qualidade de ramo de conhecimento e experiência prática, mantém-se analógico, anacrônico e, na maioria dos casos, sem propósito de codeterminação. As soluções antiquadas ou irrefletidas, para não dizer conservadoras, impedem o progresso de formas autênticas de proteção dos bens da vida, reclamando, assim, posturas opostas ao que necessita a sociedade. Onde se espera adaptação, o Direito oferece regulação estanque e desatualizada – como é o caso do *Uber* e outras aplicações tecnológicas de transporte individual privado de passageiros, que enfrenta resistência de campos profissionais afetados; assim como do próprio legislador, que insiste em tentar barrar a chegada dessa modalidade de serviços disruptiva e emancipatória, ainda que predominem opiniões favoráveis à existência do *Uber*, como já manifestado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Justiça, órgãos encarregados de fiscalizar eventual transgressão às regras da livre concorrência no Brasil.

CONCEITO JURÍDICO – *Seria a regulação jurídica das inovações um empecilho para o Legislativo, visto que as realidades das novas tecnologias nem sempre são compreendidas em sua totalidade pelos que devem criar regras?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – O problema é que o clássico modelo de debater os interesses da coletividade e o processo de decisão jurídica que emergem, respectivamente, de órgãos legislativos e do Judiciário, dependem da conformação interpretativa entre o mundo legal e o político, na perspectiva tradicional de elaboração de normas gerais e aplicação aos casos individuais, sem que a devida ponderação sobre as implicações legais e sociais das novas tecnologias em uma visão globalizante, com níveis mínimos de conhecimento sedimentados. Fato é que o Direito não lida com a complexidade em toda sua extensão, criando proibição de implementos fundamentais à mudança do panorama social, em um contexto exponencial de mudança, prejudicando ou retardando adaptações necessárias a transformações inevitáveis. As tecnologias baseadas na confiança e na transparência de dados são exemplos dessa chave de conhecimento, com a utilização de moedas ou padrões de valor que começam a invadir o mundo virtual agora e que descolam da realidade até aqui vivida. Como exemplo, temos as aplicações baseadas no sistema de *Blockchain*, como o *Bitcoin* e o *Arcade City*. Trata-se de um banco de dados distribuído que mantém registros públicos de transações permanente e à prova de violação. Vale dizer, em transações ou fornecimentos de conteúdo, serviços ou produtos, os dados registrados em cadeia não podem ser apagados ou alterados, assegurando a legitimidade das relações jurídicas, que passam por mecanismos de criptografia avançada e múltiplas vinculações de autenticidade. No entanto, a própria natureza dessa relação jurídica não é suficientemente compreendida por profissionais e teóricos do Direito, havendo grande discordância sobre a evolução da implementação desse modelo, sobretudo desde seu nascedouro, no âmbito financeiro (*bitcoins*, ou moeda virtual). O *Arcade City*, aplicação mais recente, é uma comunidade de provedores e consumidores “*peer-to-peer*” (“ponto-a-ponto”) de compartilhamento de serviços, isto é, contratos inteligentes sem intermediários, que usa uma moeda nativa de troca baseada no modelo de *Blockchain*, a *Ethereum*. Os idealizadores do *Arcade City* pretendem que ele se torne um modelo de economia autossustentável totalmente descentralizada e que a gestão financeira seja entregue para a comunidade após os primeiros três anos de existência.

Dentro dessa cadeia, o Arcade City pode oferecer quaisquer serviços, como dito acima (“*Arcade City is peer-to-peer everything*” se lê na apresentação da página da comunidade). Inclusive transporte privado de passageiros. Você leu certo: o *Uber* é coisa do passado... O que eu “esqueci” de contar é que a ideia do AC surgiu em resposta à proibição da *Uber* e do congênere *Lyft* em Portsmouth, New Hampshire, Estados Unidos, no final de 2015. Em janeiro de 2016, mais de 600 motoristas se inscreveram na *startup* e o AC se espalhou por outras cidades dos EUA, tudo em razão de menores custos operacionais e um modelo descentralizado, em que a aplicação tecnológica apenas serve para conectar parceiros de “carona”. A comunidade, além de transporte, poderá prover hospedagem (vir *AirBnb* e similares) e serviços de qualquer natureza. Que tal contratar um arquiteto ou um advogado e pagar na moeda virtual ou em sistemas de pontuação de fidelidade (“milhas aéreas”). Será possível voltarmos ao escambo, ou seja, a troca de bens e serviços sem uso de moeda? O futuro é sempre uma reconciliação com o passado. Haveria acordo também em termos de regulação jurídica?

CONCEITO JURÍDICO – *teriam as novas tecnologias implicações nas profissões, notadamente na dos operadores do Direito, que significariam um perigo real e imediato para a advocacia?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – Algumas direções essenciais devem ser buscadas para permitir posturas menos radicais e recalitrantes quanto às mudanças que se operam numa velocidade insuperável. Em primeiro lugar, não dá para puxar o freio de mão e deixar o carro rodar na pista, com riscos de capotamento e fatalismos metafóricos, como à época do tão propalado *bug* do milênio, que acabou se tornando inverídico. A primeira percepção que se deve ter em mente é a de que atravessamos uma etapa da humanidade na qual as revoluções ocorrem de forma vertiginosa porque a vida digital é necessariamente exponencial. Nenhum outro período da história enfrentou tantas descobertas e alterações comportamentais como essa em que a comunicação e, por conseguinte, a informação, trafegam sem fronteiras, enquanto modelos de negócios brotam livremente, prescindindo de custos elevados e são ofertados em praticamente qualquer lugar – é o fascinante mundo em rede, anunciado por Manuel Castels. A sociedade informacional cede espaço para a algorítmica, como nos diz Pierre Lèvy, no qual a revolução digital entrega procedimentos de cálculo automático de dados extraídos de redes sociais e qualquer outra fonte informacional, sob a forma de procedimentos de cálculo e correlações estatísticas que definam padrões comportamentais. Assim, no plano operacional, o uso do *big data* e das plataformas *online*, dentre outras formas de coleta e compartilhamento de dados, fornecerá informações que cada um precisa sobre todos, para aplicação automática em seus afazeres, sejam eles comerciais ou não, com grande risco no que toca à utilização de vigilância permanente dos cidadãos por governos e organizações privadas. As implicações, portanto, são de uma gama profunda e que foge aos olhares mais atentos de juristas e cientistas políticos, pois se espalha no que toca às relações de poder, em diversos níveis da política; às questões territoriais, sobretudo no que toca à inclusão/exclusão social; às transformações do conhecimento, com a profusão de dados, de meras informações, e a retenção, por vias oblíquas, dos processos cognitivos de real valor, num paradoxo que leva à obliteração da sabedoria; e, por último, a um profundo abalo em relação ao mercado de trabalho, com desemprego estrutural causado pela automação, como adverte Bernard Stiegler. Levando-se em consideração a proliferação da inteligência artificial e da robótica no contexto de disrupção tecnológica conducente à automação radical, o lado positivo seria o surgimento do denominado

“Quarto Setor”, constituído por uma sociedade colaborativa, como se fosse uma cooperativa gigante, caracterizada por bens e moedas comuns baseadas em tesouros próprios (à moda da plataforma *blockchain*, por exemplo), a inteligência coletiva territorializada, fontes de rendas mínimas e ecossistemas econômicos desconectados do sistema financeiro atual (florestas de *startups* financeiras, as chamadas *fintechs*) e, na ponta de toda a cadeia, a disrupção contínua da organização social do trabalho e dos modelos de emprego, profundamente marcados pela inovação e pela criatividade, mas com o severo desaparecimento de inúmeras funções laborais.

CONCEITO JURÍDICO – *Pelo exposto até aqui, o senhor considera haver uma ameaça à área jurídica?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – Quando Richard Susskind, autor do célebre “The Future of the Professions”, direcionou sua mira para os advogados com sua obra “Tomorrow’s Lawyer”, em 2008, a pergunta sobre a substituição dos profissionais jurídicos por robôs ganhou força e causou desconforto profundo em seus muitos leitores. Em “*The Great Disruption: how Machine Intelligence will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*”, os professores John O. McGinnis e Russell Pearce afirmam que as máquinas estão chegando para promover a disrupção das carreiras legais e que a Ordem dos Advogados não vai conseguir freá-las. Concluem que os experts e “*superstars*” da advocacia vão sobreviver, mas os assessores legais e os advogados contratados (“*journeymen*”) serão engolidos. O cerne da questão é que a tecnologia mudou tudo. E seu impacto absoluto e vertiginoso encontra no setor produtivo um mercado inclemente: a economia compartilhada e da internet vêm refundando o comportamento de consumidores e provedores, sepultando formatos de negócios tradicionais. E vai mudar profundamente nos próximos ciclos. Nichos inteiros serão reinventados. E junto com eles, postos de trabalho se renovam ou desaparecem completamente. Tome-se a advocacia, por exemplo. Nas últimas décadas, talvez séculos, a metodologia de ensino e prática do Direito não evoluiu muito (para não dizer que não evoluiu nada). Poder-se-ia levantar objeções como a implantação do EAD (“ensino a distância”) e do PJe (processo judicial eletrônico). Mas isso contribuiu apenas para adaptações de plataformas comunicacionais, não representando inovações estruturais na educação e na produção/aplicação do Direito. Em outras palavras, no setor jurídico, o paradigma é o mesmo, assim como o ambiente forense, desde Ruy Barbosa. Na essência, mudou pouca coisa. Não precisa dizer que o perfil clássico não resistirá por muito tempo, apesar de inexistir qualquer sinal de repensar os métodos de formação profissional na área e na própria prática jurídica. Por outro lado, há indícios concretos de que a robótica e a inteligência artificial farão estragos suficientes a ponto de inviabilizar as sociedades de advogados em breve, muito breve. O relatório “*Civilisation 2030: The near future for law firms*”, de um grupo de consultores britânicos para lá de conservadores (Jomati Consultants), aponta para a substituição dos atores desse ramo profissional pelas novas tecnologias de trabalho automatizado, dentro de pouco mais de uma década. Os britânicos são mesmo conservadores.

CONCEITO JURÍDICO – *O senhor acredita que as profundas mudanças ocorrerão em um curto espaço de tempo?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – Arriscaria um palpite de que isso já ocorra nos próximos dois a três anos, torcendo para estar errado. Não sou tão otimista quanto Federico Pistano, autor do sensacional “*Robots Will Steal Your Job, But That’s Ok!*”, um “guia de sobrevivência” para o colapso da economia, obra elogiadíssima pela comunidade científica, inclusive por Peter Diamandis, um dos expoentes da era

digital e *chairman* da Singularity University. Do mesmo modo, um panorama menos assustador pode ser visto na pesquisa coordenada pela *The Law Society of England and Wales*, no qual os serviços jurídicos tendem a resistir bravamente nas mãos de humanos, mas tendem a ser oferecidos cada vez mais em ambiente digital, ou seja, consultoria *online*, algo impensável em termos de regulação no Brasil, como as proibições do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, também previstas no Código de Ética e Conduta da profissão. Menos assustador, mas preocupante. Todo mundo sabe que informação é a nova moeda. E na área jurídica, diante de uma controvérsia, a tarefa básica do advogado é estruturar uma questão legal, interpretá-la e construir seus argumentos, ao passo que a outra parte fará o caminho inverso, na tentativa de desconstruir o argumento do postulante. O julgador tem a interpretação final, passando por etapas cognitivas semelhantes para chegar ao final do processo decisório. Valores e técnicas podem ser muito subjetivas e há quem argumente que nenhuma inteligência artificial poderá superar a tarefa humana.

CONCEITO JURÍDICO – *O senhor está dizendo que a advocacia estaria ameaçada por inteligência artificial que tomaria o lugar dos operadores do Direito?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – O ovo da serpente radica em tarefas mais automatizadas, por exemplo, saber responder qual norma aplicar, que precedente judicial utilizar, quais as implicações cruzadas e relações adjacentes que uma atitude juridicamente relevante pode desencadear? Será que há diferenças entre profissionais e estudantes? Entre juízes e advogados? Entre seres humanos e máquinas? As possibilidades de automação dessas operações lógico-sistemáticas são evidentes, sobretudo em relação àquelas ferramentas de inteligência artificial (IA) que podem aprender e reaprender conteúdos mais diversos, com motores não somente de informação em si mas de reconstrução heurística dos procedimentos e métodos (*aprendizagem automática* ou “*machine learning*”). O conhecimento e como ele é processado é o que importa. E nisso, a tecnologia corre a passos largos. A super máquina devoradora de processos já existe em um escritório nos Estados Unidos. Chamado de *Ross*, é um suporte de IA (ou “robô advogado”) desenvolvido pela *NextLaw Labs*, a partir do *Watson*, expoente da computação cognitiva, criado pela IBM. Tanto o *Ross* quanto seu “pai” *Watson*, podem processar, em apenas um segundo, 500 gigabytes, o equivalente a um milhão de livros. A capacidade de armazenamento de dados do *Ross* é absurda: pode arquivar toda a legislação, precedentes judiciais, doutrina e dados extraídos de contratos ou bruta coletados a partir de documentos avulsos. O *machine learning* do *Ross* é também poderosíssimo, com atualização permanente, 24 horas por dia, com a geração de relatórios e alertas sobre riscos envolvidos em uma determinada demanda judicial ou quanto à elaboração colaborativa de pareceres, peças doutrinárias e contratos. Vale lembrar que aplicações similares já são usadas em instituições financeiras, como o *Coin* do banco JPMorgan, que executa análise de contratos em segundos, quando seriam necessários a um advogado dispendido 360 mil horas. Ainda se tem notícia da *startup* *Lex Machina*, que provê aplicação capaz de calcular o resultado de um processo judicial, antecipando a possível decisão do caso, a partir da análise de dezenas de milhares de precedentes relacionados a disputa de marcas e patentes. Certamente, ao admitirem “assessores digitais”, incumbindo-lhes de trabalhar com base em algoritmos preditivos e performar soluções legais inteligentes, as sociedades de advogados do futuro vão eliminar a necessidade de advogados e paralegais. E as empresas, independentemente do porte, poderão, muito em breve, contar com um departamento legal totalmente informatizado, reduzindo custos.

CONCEITO JURÍDICO – *Como, então, seria o futuro do Direito Digital ou o Direito do futuro?*

GUSTAVO RABAY GUERRA – Diante desse ousado mundo novo, sem exageros, de qualquer ordem, é preciso pensar na profunda reinvenção do modo como se estuda e se pratica o Direito no Brasil e no mundo. Entretanto, o olhar para o cenário brasileiro é preocupante, por diversos fatores: expansão do número de faculdades em um mercado profissional que não acompanha a demanda por empregos; fim dos correspondentes legais face à virtualização dos processos judiciais; dificuldades estruturais de reforma dos textos legais; e engessamento da jurisprudência, voltada ao paradigma de proteção da propriedade, em mundo cada vez mais baseado no acesso, em detrimento da posse. O que deixa ainda mais evidente a dessincronia entre o mercado, as organizações sociais e o universo jurídico é o exemplo cotidiano do *Direito Digital*, ramo que concentra estudos sobre as mais diversas questões relacionadas à regulação jurídica da tecnologia, incluindo, mas não se limitando, a internet. Uma rápida avaliação sobre o estado da jurisprudência especializada em relação à tecnologia traz um resultado frustrante, seja em âmbitos local, regional, nacional e internacional. Tome-se como exemplo as questões da computação em nuvem, da criptografia e da proteção de dados pessoais no Brasil. Com a proliferação das aplicações de comunicação *online* (e-mail, WhatsApp, Facebook e Telegram, entre outros), cada vez mais níveis de proteção devem ser assegurados para preservar dados pessoais e sensíveis. Por outro lado, diante da ocorrência de ilícitos, o Poder Judiciário detém a prerrogativa legal (por expressa disposição do Marco Civil da Internet), de determinar a quebra do sigilo de dados transmitidos e armazenados. No entanto, as empresas que fornecem esses serviços afirmam não dispor de recursos tecnológicos suficientes para divulgar os conteúdos objeto de investigação, sob o argumento de que os dados são criptografados. A questão sobre a inviolabilidade é objeto de profundo debate e o Supremo Tribunal Federal tem programado audiências públicas para discutir a questão.

No mesmo sentido, a governança da internet é um problema internacional, sobretudo em relação à proteção da liberdade de expressão e da neutralidade da rede, apenas para ficar nesses dois temas. Por tais razões, se torna extremamente vital construir e disseminar redes de estudo sobre o Direito Digital, pois ele pode vir a representar o futuro do próprio Direito, sobretudo, provendo investigações, em linguagem acessível, voltadas aos profissionais jurídicos dos mais diversos ramos (Direito do Trabalho, Direito da Propriedade Intelectual etc.), aos desenvolvedores da área tecnológica, a órgãos públicos e ao público em geral. Por outro lado, deve-se buscar, por diversos mecanismos e canais, analisar o impacto dos novos modelos digitais e inovações tecnológicas no campo da propriedade intelectual, proteção de direitos autorais, marcas, patentes e *softwares*, além dos mercados de trabalho. De fundamental importância, ainda em se tratando de Direito Digital, é assegurar mecanismos de proteção da privacidade no contexto das revoluções pós-digitais, incluindo mídias programáticas e manipulação indevida de dados, com a apreciação adequada e debates ativos dos projetos de lei sobre proteção de dados pessoais e outras regulamentações que estejam na pauta do poder público, sugerindo as alterações indispensáveis. Outras questões também entrarão nessa pauta, tais como governança algorítmica, as cidades inteligentes, centros de operação, Internet das Coisas, Internet das Experiências e, por conseguinte, a interconexão ubíqua entre tecnologia e ser humano, que Raymond Kurzweil denominou “singularidade”. Em arremate, as possibilidades são infinitas e os profissionais jurídicos estão vários passos atrás. Chegou a hora de acelerar nessa corrida. 

Algumas ausências normativas que interferem na efetividade do processo orçamentário

■ POR OLIVAN DUARTE DE ALMEIDA

O processo orçamentário envolve basicamente as fases de elaboração, aprovação, acompanhamento e controle. O recente processo de impeachment, finalizado com a destituição de cargo da presidente afastada Dilma Rousseff, focou temas orçamentários de diferentes fases desse processo, alguns muito complexos e desconhecidos para os cidadãos brasileiros, como a responsabilidade fiscal, a apuração de metas fiscais, o contingenciamento de despesas públicas e a contabilização de passivos e teto para gastos públicos. Alguns são áspers até para especialistas da área, uma vez que a legislação sobre o assunto é desatualizada e, em alguns casos, ausente.

Exemplificando, podemos citar que inexistente metodologia única normatizada sobre a apuração dos resultados fiscal e nominal, conquanto nunca foi enviado projeto de lei nesse sentido pelo presidente da República ao Congresso Nacional, conforme exige o inciso IV do § 1º do art. 30 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), bem como o inciso VI do art. 52 da Constituição Federal, uma vez que se trata de ponto concernente aos limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Esse assunto já deveria ter sido equacionado há mais de quinze anos, quando da edição da LRF.

Ressalte-se que o estabelecimento da meta fiscal é decorrente da apuração dos resultados combinado com a estimativa dos agregados macroeconômicos como a inflação, a taxa de juros do mercado e a taxa de desemprego. Contudo, mesmo ausente a regulamentação a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e o Banco Central do Brasil (Bacen) não poderiam se eximir de calcular esses resultados, pois são essenciais para o estabelecimento de uma política fiscal responsável, conforme preceitos de outros artigos da LRF.

Assim, esses órgãos calculam os resultados fiscais com base em manuais próprios, sendo que a STN utiliza o método acima da linha, apurando a diferença entre as receitas e despesas em determinado período de tempo, ao passo que o Bacen faz esse cálculo pelo método abaixo da linha, mediante a comparação de dois períodos

“Mesmo ausente a regulamentação a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e o Banco Central do Brasil (Bacen) não poderiam se eximir de calcular esses resultados, pois são essenciais para o estabelecimento de uma política fiscal responsável, conforme preceitos de outros artigos da LRF.”



de tempo da evolução da dívida pública. Este último método é o oficialmente adotado no Brasil para o estabelecimento da meta de resultado fiscal, já que é mais fácil a obtenção dos dados.

Os dois métodos são importantes e chegam ao mesmo objetivo, porém os valores desses resultados, embora muito próximos, não coincidem exatamente em razão da diferença de metodologia, pois apesar de a metodologia do Bacen ser mais abrangente, a utilizada pela STN é útil para validar as informações do Banco Central e conhecer cada item de receita e despesa que possa influenciar a formulação de medidas de política fiscal. Todavia, seria desejável que a convergência dos resultados fosse um dos pontos do projeto de lei citado.

Para se ter ideia da importância deste tema, toda a celeuma nos debates parlamentares efetuados no âmbito do processo de impeachment citado, sobre se o momento de apuração da meta de resultado fiscal deve ser bimestral, quadrimestral ou anual, não teria ocorrido ou seria minimizado se o tema tivesse sido tratado no projeto de lei e ele já tivesse sido aprovado.

Outra ausência normativa importante refere-se à não regulamentação da composição e à forma de funcionamento do Conselho de Gestão Fiscal, exigência do § 2º do art. 67 da LRF, cuja atribuição, dentre outras, é a disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal.

Por sua vez, também ainda não foi normatizada a integração dos sistemas de controle interno entre os Poderes da República, preconizado pelo art. 74 da Constituição Federal.

Todos esses temas ausentes, bem como o assunto em voga do limite de gastos públicos, objeto da PEC 241/2016, poderiam ser tratados no projeto de lei complementar que substituirá a Lei nº 4.320, de 1964, denominado de Lei da Qualidade Fiscal, de autoria do senador Tasso Jereissati, referenciado como exigência nos arts. 163, incisos I e V, e 165, § 9º, da Constituição Federal. Esse projeto de lei foi originado como PLS 229/2009 no Senado Federal e transformou-se no PLP 295/2016 na Câmara dos Deputados, onde atualmente aguarda parecer do relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT) dessa Casa Legislativa. 



A vida e a morte disputando o mesmo corpo

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“A vida humana, de inestimável valor, deve prevalecer em qualquer hipótese de perigo, e cabe ao homem praticar as condutas necessárias para fazer prevalecer a *spes vitae*.”

Uma mulher, com 21 anos, grávida de gêmeos, sofreu uma grave hemorragia cerebral. Levada ao hospital, apesar dos esforços médicos, o quadro evoluiu para pior e, três dias após a internação, foi decretada sua morte encefálica. A gestação iniciava o segundo mês e a equipe médica decidiu mantê-la biologicamente viva para que os embriões pudessem se desenvolver. Um verdadeiro aparato médico envolvendo também enfermeiros, fisioterapeutas e nutricionistas monitoraram a gestação artificial 24 horas. Até música infantil fez parte do ambiente da UTI. Os bebês nasceram pouco antes de completarem sete meses, com saúde compatível com os prematuros desta idade.

Elogiável a conduta da equipe responsável pela manutenção da gestação, que não mediu esforços para conseguir salvar as crianças, certamente com o apoio e autorização da família e até mesmo com a manifestação favorável da comissão de ética médica do hospital. É de se observar que qualquer conduta contrária por parte dos médicos, em havendo condições de viabilidade dos embriões, seria, do ponto de vista legal, a prática de um aborto, além da inevitável quebra do juramento hipocrático. E, nesta linha de raciocínio legal, sem querer

hierarquizar os seres, a vida da mãe vale mais do que a do embrião, permitindo-se, nesta hipótese, o aborto (art. 128, inciso I Código Penal).

A morte encefálica, diferentemente da cardiopulmonar, introduzida há pouco tempo na área médica, justamente para facilitar a doação de órgãos, tem lugar quando todas as medidas de suporte vital resultarem fracassadas, fazendo ver que o paciente se encontrará em situação de irreversibilidade absoluta. Não se confunde com a prática eutanásica, que é a conduta em que, por ação ou omissão, alguém antecipa a morte de um doente que, apesar da gravidade da doença, ainda tem vida encefálica.

No Brasil, a decretação da morte encefálica foi permitida pela Lei nº 9.434/1997, estabelecendo a obrigatoriedade do registro por dois médicos que não sejam participantes da equipe transplantadora e que deverão obedecer os critérios clínicos e tecnológicos definidos por Resolução do Conselho Federal de Medicina. O primeiro critério consiste na realização do exame clínico, que deve ser repetido pelo prazo mínimo de seis horas de observação. O segundo deve ser realizado obrigatoriamente por um médico neurologista. Após, faz-se o exame complementar utilizando-se a angiografia cerebral, o eletroencefalograma, a cintilografia de perfusão cerebral ou ultrassom cerebral com doppler e outros, se necessários.

Vencido tal procedimento, o paciente é juridicamente declarado morto. Tem-se que, apesar dos sinais vitais permanecerem, a vida já se escoou e o corpo humano nada mais é do que um cadáver. Assim, no caso da mãe que teve a morte encefálica declarada, toda conduta daí por diante foi realizada no cadáver, seguindo as normas éticas e jurídicas para tanto. Todo o tratamento dispensado foi no sentido de manter a mãe como se viva fosse para que pudesse exercer com sucesso a função de incubadora viva.

Desta forma, como por ironia, habitam o mesmo corpo a vida e a morte e, fora dele, receptores aguardam a doação de órgãos. De um lado, a morte, já consumada, independentemente de qualquer utilização que se queira dar aos órgãos, tecidos e partes do cadáver, desde que haja o consentimento do cônjuge ou parente na linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive. De outro lado, a vida, por representar o bem maior e supremo do homem, patrocinada com todo privilégio pela Constituição Federal, detentora de privilégio absoluto. E sem necessitar do consentimento de qualquer parente legitimado. No embate entre os dois opostos, a vida tem toda a preferência, mesmo em se verificando no útero de mãe já morta. Tanto é que a hipótese de aborto foi descartada pela própria legislação penal, deixando a entender que, com a morte da mãe, os embriões que se encontravam em condições de continuar sua peregrinação uterina, seriam também declarados mortos.

Diante de tal quadro, os gêmeos que habitavam a silenciosa clausura tiveram todo o aparato médico para que pudessem nascer em condições de saúde condizentes com a desconfortável situação em que se encontravam.

Tais nascimentos são abrigados pelo pensamento bioético e contam com a aprovação do Direito. A vida humana, de inestimável valor, deve prevalecer em qualquer hipótese de perigo, e cabe ao homem praticar as condutas necessárias para fazer prevalecer a *spes vitae*. 



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-doutor em Ciências da Saúde, reitor da Unorp, advogado.

Projeto de lei visa que maiores de 70 anos possam optar pelo regime de bens adotado

■ POR JESSICA RODRIGUES DUARTE



No Brasil, os regimes de bens previstos no Código Civil em vigência são: comunhão parcial (art. 1.658 ao art. 1.666); comunhão universal (art. 1.667 ao art. 1.671); participação final dos aquestos (art. 1.672 ao art. 1.686) e separação de bens (art. 1.687 e art. 1.688).

Ocorre que, em seu art. 1641, inciso II, o Código Civil prevê que é obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 anos de idade. Ou seja, quando tais idosos pretenderem se casar terão que, obrigatoriamente, adotar o regime de separação de bens.

Tal entendimento, desde o advento do Código, gerou algumas discussões. Isso porque, de acordo com tal legislação, todas as pessoas com mais de 70 anos de idade perdem seu discernimento para dispor sobre seus bens. Porém, o legislador, numa tentativa de proteger o patrimônio do idoso e de sua família, acaba por generalizar essas pessoas e ultrapassar o limite da liberdade destas.

Por isso, no ano de 2015 criou-se o Projeto de Lei nº 189, do deputado Cléber Verde (PRB-MA), que busca permitir que a pessoa com mais de 70 anos possa optar pelo regime de bens que preferir. O deputado justifica a proposta afirmando que cabe ao ser humano decidir seu futuro com responsabilidade e equilíbrio, agindo com boa-fé e sempre visando seus engrandecimentos pessoal e familiar.

Inclusive, caso a lei seja aprovada, aqueles que se casaram antes de sua promulgação poderão alterar o regime de bens. Para o deputado, o fato de o legislador

“Caso a lei seja aprovada, aqueles que se casaram antes de sua promulgação poderão alterar o regime de bens. Para o deputado, o fato de o legislador impor um regime de bens na hora do casamento fere um dos princípios norteadores de todo nosso sistema jurídico: o da dignidade humana.”

impor um regime de bens na hora do casamento fere um dos princípios norteadores de todo nosso sistema jurídico: o da dignidade humana.

No regime de separação obrigatória de bens, caso haja divórcio, deve-se observar a regra pacificada na Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Dessa forma, os bens adquiridos durante a união devem ser divididos pelos cônjuges, e aqueles adquiridos antes da união pertencerão exclusivamente àquele que o adquiriu.

O projeto será analisado em caráter conclusivo pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, inclusive quanto ao mérito.

A situação atual é que o dito projeto de lei aguarda a designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). 



ARQUIVO PESSOAL

JESSICA RODRIGUES DUARTE é graduanda em Direito, estagiária do escritório *Giovani Duarte Oliveira Advogados Associados*.



Desafios da Lei das Estatais: papel do Estado e eficiência

■ POR ALÉCIA PAOLUCCI NOGUEIRA BICALHO

A Lei nº 13.303/2016 trouxe desafios para as estatais de todas as esferas da Federação. Primeiro, estas empresas terão seu papel redefinido pelo controlador, o Estado. Ideologias à parte, a pergunta não é nova e está na base de um processo cíclico de modulação da intervenção do Estado no domínio econômico: até onde o Estado deve e tem condições de atuar diretamente na prestação de bens e serviços?

No Brasil, as estatais começaram a ser criadas no início da Era Vargas, num crescendo a partir dos anos 1930. Surgiram em profusão no Estado Administrativo, que atuou pesado no setor produtivo, via industrialização por substituição de importações e fomento ao desenvolvimento industrial.

Mais estatais vieram nas décadas de 1960 e 1970, ápice do Estado Desenvolvimentista aquecido pelo Plano de Metas de JK.

Os sinais de esgotamento e o desmonte gradual do *Welfare State* inglês, com privatização das empresas públicas, ecoaram por aqui nos anos 1980.

As influências neoliberais de globalização na linha de reduzir o tamanho e o custo do Estado, somados à crise fiscal e à falta de recursos para investimentos, geraram uma reação a seu excesso, que culminou com as privatizações dos anos 1990.

A reorientação do papel das estatais firmou-se na EC nº 19/1998, que também inseriu a eficiência entre os princípios da administração pública, forçando uma transição para a vertente gerencial

contemporânea pautada no controle de resultados e na eliminação dos excessos formais anacrônicos do modelo burocrático.

O Brasil entrou no paradigma pós-burocrático, um meio termo entre administração burocrática e gerencial, mas nunca abandonou a tradição patrimonialista e clientelista, escancarada em sua mais pura essência no uso político e na gestão ruínosa da Petrobras, no episódio que inaugurou a mudança de eixo cultural no país tendo por marco a Lei Anticorrupção.

A Lava Jato é a “prova provada” de que as estatais servem a um aparato de governo destinado a manter o poder e ao enriquecimento pessoal, e não ao cumprimento de sua missão constitucional.

Mas a revisão do protagonismo do Estado na atividade econômica, pondo em marcha desinvestimentos e ampliação das parcerias com a iniciativa privada, não se atrela necessariamente a questões ideológicas ou às dificuldades econômica e fiscal do país.

As mudanças são também fruto dos rearranjos sazonais de mercado, induzidos pelas demandas sociais e capacidade de autogestão estatal. Refletem ainda atividade típica de gestão das estatais, além de um alinhamento crítico com o art. 173 da CF, o qual dispõe que a atividade econômica será explorada pelo mercado em regime de livre iniciativa e concorrência.

O Estado é, em regra, regulador, e atua diretamente para suprir a “falha de mercado”, quando instado a atender aos imperativos da segurança nacional ou à relevante interesse coletivo.

Tanto a iniciativa privada quanto o Estado se expõem às contingências dinâmicas de mercado que os afetam de formas peculiares, ora gerando a falha de mercado, ora aquela de Estado.

Junte-se a isso o fato de que todo o esforço do planejamento estatal deve se direcionar ao aperfeiçoamento da atuação estatal voltada à potencialização dos investimentos, em benefício da sociedade.

É preciso desmistificar as idas e vindas do Estado empresário, não amando ou odiando, mas compreendendo esse movimento, na pele de cidadão acionista.

Não é só. A Lei das Estatais introduziu nestas empresas o viés gerencial das práticas de governança corporativa.

Seus mecanismos mitigam os efeitos da pouca clareza em relação ao papel do acionista controlador, da falta de autonomia dos dirigentes e, como corolário, das próprias empresas.

O eixo temático que cuida de governança e *compliance* é o ponto alto da lei, cujo maior mérito é tutelar o *management override*.

As estatais terão que se adaptar às técnicas de eficiência de gestão e ética empresarial, segundo a tônica das práticas privadas adaptadas à governança pública, tais como planejamento estratégico, resultados definidos em metas claras, desempenho acompanhado via canais transparentes de controles e prestação de contas.

Sua despolitização e profissionalização são fundamentais, já que a missão das estatais adquire um tempero especial, expresso na função social que desempenham, de realizar o interesse coletivo ou atender a imperativo da segurança nacional. ■



ARQUIVO PESSOAL

ALÉCIA PAOLUCCI NOGUEIRA BICALHO é sócia de Motta & Bicalho Sociedade de Advogados

Ives Gandra da Silva Martins

Voto em lista: um atentado à demoracia

Quando se afirma que o Brasil não pode adotar o parlamentarismo porque não tem partidos políticos, mas meras agremiações de interesses variados e pessoais, sem ideologias definidas, respondo que o Brasil não tem partidos políticos porque não adotou o parlamentarismo, em que poucos e sólidos partidos com nítidas conotações ideológicas conformam suas estruturas.

Muitos dos sistemas parlamentares adotam o voto em lista e distrital misto, pois seus políticos fazem primeiro carreira no partido, e, em função de seu trabalho, afinidade ideológica e fidelidade à linha partidária, tem os seus nomes submetidos nas listas apresentadas, quando não são líderes distritais reconhecidos.

O voto em lista é próprio dos sistemas parlamentares de governo, onde são poucos e com claríssima linha de atuação política, os partidos, e a fidelidade partidária, mera decorrência natural do sistema.

O presidencialismo brasileiro é um festival de interesses pessoais e de partidos, sem linhas ideológicas praticadas, pois, sempre que há coligações, tais linhas são pisoteadas em todos os Estados brasileiros, não poucas vezes ocorrendo a união em uma coligação de esquerda e direita, em função, não da ideologia partidária, mas dos interesses imediatos de determinado estado ou município.

Por isto, proliferam os partidos – são 35 e 58 em formação –, todos eles recebendo fundo partidário e negociando “segundos eleitorais” nas televisões e rádios, numa verdadeira banca de negócios que macula nossa democracia.

Em reunião da Comissão de Reforma Política da OAB-SP, um ilustre membro, o ministro Nelson Jobim, lembrou que há empresas especializadas em obter assinaturas de eleitores para criação de partidos, alimentando os inúmeros pedidos de registros de novas agremiações junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

Ora, o voto em lista, num sistema presidencial de governo, como no Brasil, seria perpetuar os “donos” dos partidos, muitos deles sem jamais terem passado pelo teste eleitoral, mas que, por terem conseguido o registro de sua agremiação, terminariam encabeçando o topo da respectiva lista.

Por outro lado, a renovação – e o Brasil, após a operação Lava Jato, terá necessidade de renovar seus quadros políticos – das Casas Legislativas seria praticamente impossível, mesmo com o regime da votação distrital mista, pois todos aqueles que não conseguiriam eleger-se ou reeleger-se, estariam assegurados no topo da lista.

O argumento de que isto reduziria os custos de uma eleição parece-me frágil, mormente num país em que as redes sociais e toda a espécie de comunicação eletrônica ganharam proporções pouco conhecidas em outros países.

Alguns críticos afirmam que o voto em lista objetiva garantir o foro privilegiado, em função da operação Lava Jato, para aqueles que nela estão envolvidos. Já tenho escrito que os tribunais, em segunda instância ou superiores, são compostos por magistrados de longa data atuando na judicatura e, portanto, com maior experiência, fatores que os tornam mais qualificados para julgar políticos e servidores públicos ocupantes de cargos relevantes.

Evita-se o risco de um magistrado recém-concursado, ainda sob influência de sua formação acadêmica – hoje e sempre com forte conotação ideológica – poder tomar uma decisão precipitada e iníqua contra autoridade no exercício de alta função administrativa ou política, em prejuízo do país.

De qualquer forma, o que se discute não são as virtudes ou defeitos do foro privilegiado, mas sim que o projeto objetivaria garantir tanto para parcela considerável do Congresso como para outros políticos o foro privilegiado. Sabendo-se da sobrecarga de trabalho que os tribunais superiores estão sendo obrigados a suportar por força do triste desventramento do nível de corrupção do país, tal fato representaria, necessariamente, longa duração do processo.

O voto em lista, que afasta o direito do cidadão de escolher o candidato que deseja, num sistema presidencial, não merece acolhida e o povo tem que se manifestar em oposição a ele. A sua adoção equivaleria a perpetuação, nas casas legislativas, que necessitam de renovação parlamentar, confirmando os donos dos partidos, que nunca concorreram a eleição alguma. É como se um restaurante oferecesse cardápios dizendo que não caberia ao consumidor escolher seu prato, mas exclusivamente ao próprio maître.

Embora seja favorável a um parlamentarismo mitigado para o Brasil, com eleição direta do presidente com funções de chefe de Estado e de direção das forças armadas e forças de segurança; primeiro-ministro indicado pelo Congresso com funções de gestão e de governo; inclusão, no sistema, da possibilidade de dissolução do Congresso e nova consulta popular, se o Congresso mostrasse instabilidade – algo a ser discutido futuramente – no momento, creio que a adoção de cláusula de barreira para criação de novos partidos, eliminação de coligações partidárias e financiamentos público e privado de campanha, sob rígida fiscalização, voto distrital misto e proporcional, seriam medidas que já representariam um avanço considerável.

A Comissão de Reforma Política da OAB-SP, por unanimidade, entre seus doze fundamentos para rejeição do voto em lista, lembrou que:

5 – O voto em lista fechada, segundo estudos apresentados pela Universidade de Yale (Jana Kunicova/Susan Rose-Ackerman), está associado aos mais altos níveis de corrupção.

Não é, portanto, condizente com o presidencialismo de coalizão existente no Brasil.

6 – No mundo, apenas 28 países adotam o sistema de lista fechada, dos quais uma minoria adota o sistema presidencialista.

8 – A lista fechada acaba por se converter em impessoalidade dos candidatos para o eleitor, que se hoje já tem dificuldade de se reconhecer representado no Congresso Nacional, não mais encontrará vínculos com os detentores de cargos eletivos.

Neste contexto, tal tipo de voto deve ser repudiado. 

Para melhorar a democracia é preciso mais democracia

■ POR GUSTAVO RIBEIRO DE MACEDO



“As ideias sugeridas pretendem, acima de tudo, engajar cidadãos e cidadãos na prática política. Só o engajamento permite que a representação política seja a mais autêntica e fiel possível, conferindo legitimidade às instituições e garantindo meios de fiscalização da gestão da coisa pública. Os partidos devem ser o primeiro ambiente público para a prática da cidadania livre, justa e democrática.”

José Saramago, autor de *O ensaio sobre a lucidez*, afirmou certa vez que “o problema central hoje é a democracia, porque da sua reinvenção depende o nosso futuro como cidadãos. Se a democracia não for reinventada, continuaremos nessa farsa eleitoral periódica”.¹ O diagnóstico parece lugar comum, mas sua força está justamente em sua obviedade. A crise de representatividade que emergiu na Europa e nos Estados Unidos a partir do colapso financeiro de 2007/2008 mostra o acerto do autor, para ficarmos em dois exemplos.

No Brasil, o vaticínio também é aplicável. A recessão dos últimos dois anos e as grandes operações policiais e judiciais contra o desvio de recursos públicos para finalidade eleitoral acordaram, novamente, as vozes da reforma. Na Câmara dos Deputados foi instalada nova Comissão Especial de Reforma Política, em outubro de 2016. A reforma política nunca saiu da ordem do dia, na verdade. A sensação é a de que os trabalhos da Constituinte se prolongam até hoje.

Se nesse longo debate há consenso sobre a forma do Estado brasileiro (federação) e sobre a forma de governo (república), o regime político é objeto de constante discussão. Não se põe em causa o fundamento do regime político brasileiro – o princípio democrático –, nem a arquitetura institucional do Estado brasileiro – democracia representativa com separação de poderes. O pomo da discórdia é este: como os cidadãos brasileiros devem escolher seus representantes? Ou dito de outra forma: como se legitimam os poderes políticos brasileiros?

Considerando-se que o voto é o principal instrumento que o cidadão detém para interferir nos assuntos de Estado, o assunto dos sistemas eleitorais é capital. Cada um desses modelos tem suas vantagens e suas desvantagens. A escolha depende do diagnóstico que se faz da realidade do país, identificando-se o sistema mais adequado, e do que se pretende valorizar no sistema democrático.²

O modelo que se debate no momento na Comissão de Reforma Política da Câmara é o da lista bloqueada, ou “fechada”, em que o voto para os representantes no Poder Legislativo é dado à legenda, sem a possibilidade de voto nominal. Os partidos apresentam lista bloqueada e pré-ordenada de seus candidatos, o eleitor vota em um partido e as vagas do Legislativo são preenchidas conforme a votação recebida pelas legendas em relação ao total de votos, e na ordem da lista que cada partido votado tiver apresentado.

Os partidos políticos são essenciais para o regime político brasileiro – a filiação partidária é condição constitucional de elegibilidade segundo o art. 14, § 3º, V da Constituição da República – e a eventual opção por esse modelo dará ainda mais força aos partidos políticos. A eles caberá escolher os candidatos e colocá-los na lista em ordem de preenchimento das vagas no Legislativo.

Como esperar bons frutos, no entanto, se a vida partidária ainda sofre com baixas oxigenação e iluminação? Poucas pessoas são compelidas a ingressar na vida política, pois não há estímulos. Além dos escândalos políticos, que tendem a gerar descrédito na política, os partidos são vistos como estruturas dependentes de seus caciques e fracamente comprometidos com o próprio programa político. Há baixa perspectiva de crescimento na estrutura partidária depois da empolgação inicial da filiação. A expressão *partidos de aluguel*, consagrada tanto na Ciência Política como na fala popular para se retratar boa parte dos partidos brasileiros sintetiza essas condições. Não obstante, os partidos de aluguel prevalecerão se o atual modelo partidário não for aperfeiçoado, no sentido democrático de fortalecer os filiados.

Entretanto, a democratização interna dos partidos é pouco suscitada nas idas e vindas do debate sobre a reforma política. A grande sensibilidade e a baixa visibilidade do tema encontram suas causas nos próprios membros do Congresso Nacional, todos vencedores do sistema partidário hoje vigente. Os parlamentares são o resultado desse modelo partidário pouco democrático. Não são todos que apoiam o sistema atual, mas a grande maioria dos eleitos percebe o quão vantajoso o atual sistema lhes é, evitando modificá-lo substancialmente.

No Congresso Nacional os eleitos são, em geral, ou lideranças antigas ou seus apadrinhados a se perpetuarem na vida partidária. A taxa de renovação na Câmara dos Deputados ainda é muito baixa. Na atual legislatura (2015-2019), 38,6% dos deputados nunca haviam exercido mandato na Casa ao serem eleitos em 2014.³

Há relatos de filiados e ex-candidatos que corroboram essa afirmação. Muitos alegam que foram seduzidos a se filiarem e a se candidatarem, mas durante a campanha o apoio efetivo foi nulo ou insignificante. Para as candidatas, a situação é ainda pior, dada a brutal desigualdade de gênero nas instâncias partidárias, e que se reflete nas casas legislativas. Os caminhos para crescer e participar da vida partidária são sinuosos, labirínticos. Esse quadro é desolador, pois o país paga o preço de ter representantes arcaicos, lidando com problemas antigos, e agindo de forma viciada. Como diz o ditado, erroneamente atribuído a Albert Einstein, mas não menos perspicaz: loucura é fazer a mesma coisa repetidamente e esperar resultados diferentes.

Se na política nacional há baixa renovação, nos âmbitos estadual e municipal a situação pode ser pior. Segundo levantamento feito pelo jornal *O Estado de São Paulo* após as eleições de 2014, do total de deputados estaduais e distritais eleitos naquele ano, houve renovação de 43% das vagas, mas apenas 15% dos eleitos jamais havia ocupado um cargo eletivo antes – os outros 28% eram candidatos que já haviam sido deputados em legislaturas passadas.⁴ A verdadeira renovação foi bem baixa, portanto. Isso porque há líderes regionais e locais que seguram as rédeas da máquina partidária com toda a força. Assim, conseguem atrelar os interesses do partido ao seus próprios de forma bastante eficaz, graças ao fato de seu raio de influência ser menor e mais próximo, contando também a maior interação com os cidadãos de sua circunscrição eleitoral. Situações há em que a liderança

local personifica o velho coronelismo, tão bem estudado por Victor Nunes Leal (1914-1985).

Some-se a isso as profundas desigualdades de gênero e racial que existem no ambiente partidário, o que se reflete nas instituições políticas. A perseverança de antigos líderes mantém a vida partidária sob o controle, em geral, de homens, brancos e ricos. Ora, a vida partidária e a representação política não podem manter-se exclusivamente nas mãos de apenas um segmento da população. No mínimo, para que se mantivesse a proporção da população, mulheres, negros e pardos deveriam ser maioria na classe política, mas evidentemente não são. Tomando-se a desigualdade de gênero, por exemplo, o Brasil ocupa apenas a 153ª colocação na mais recente versão de *ranking* com 193 países elaborado pela União Interparlamentar.⁵ Essa é mais uma consequência funesta da falta de democracia partidária.

Não é preciso dizer que há partidos que estimulam o debate interno e o surgimento de novos e plurais expoentes na agremiação. Eles garantem o pouco de renovação que ocorre nas Casas Legislativas, pois têm justamente na renovação seu capital político. Partidos novos, por exemplo, procuram quadros entre pessoas que nunca participaram da política institucionalizada. Eles não são a maioria, no entanto, e têm grande dificuldade para conquistar espaços institucionais.

Os partidos políticos, dessa forma, ostentam uma imagem não muito positiva perante o eleitorado. São vistos como “cartoriais”, burocráticos, cabides de candidaturas, responsáveis por pouca reflexão sobre a realidade nacional, por baixa interação entre filiados e dirigentes e quase nula interação com todo o eleitorado. Tanto que pouquíssimas pessoas, se alguma, saberão nomear todos os 35 partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Essa fragmentação partidária, por sua vez, é também um subproduto da falta de democracia nos partidos. É comum dissidências partidárias criarem suas próprias agremiações, para tentar levar adiante seu projeto político, por falta de espaço em outros partidos, o que contribui para a inflação partidária.

Em tese, os partidos políticos harmonizam sua organização interna com o princípio democrático constitucional. Como afirma José Afonso da Silva (2015, p. 409):

A ideia que sai do texto constitucional é a de que os partidos hão que se organizar e funcionar em harmonia com o regime democrático e que sua estrutura interna também fica sujeita ao mesmo princípio. A autonomia é conferida na suposição de que cada partido busque, de acordo com as suas concepções, realizar uma estrutura interna democrática. Não é compreensível que uma instituição resguarde o regime democrático se internamente não observa o mesmo regime.

No entanto, a prática é outra. A suposta harmonização ocorre apenas na forma. É essencial aprofundar a “reserva de democracia” na vida partidária *interna corporis* para além das formalidades estatutárias. Essa é uma das mudanças a serem feitas para fortalecer o regime político brasileiro e para legitimar e renovar o sistema. Ampliar o mínimo democrático valorizaria a autonomia partidária e a harmonizaria com o princípio democrático. Sem o enriquecimento da vida *interna corporis* das agremiações políticas, dificilmente qualquer alteração no sistema eleitoral *extra corporis* terá a eficácia esperada.

A base do sistema político está na militância partidária. Não é admissível que a militância fique a cargo apenas de apoiadores contratados durante o período

eleitoral. Os filiados devem sentir-se estimulados a participarem dos debates internos, conformadores da vontade do partido. Sem a vida política interna, os partidos realizam pela metade o seu papel constitucional estruturante na vida política nacional. Afinal, sem eles não há candidatos.

Para falar da reserva democrática dos partidos é preciso ter em mente os dois eixos do sistema partidário brasileiro, o qual estrutura-se em torno da liberdade partidária (CF, art. 17, *caput*, art. 3º da Lei dos Partidos Políticos – Lei nº 9.096/1995) e da autonomia partidária (CF, art. 17, § 1º, c/c art. 3º da Lei dos Partidos Políticos). O primeiro é praticado com enorme voluntarismo e voracidade, ainda que respeitadas as condições previstas nos incisos I a V do art. 17 da CF.⁶ O estímulo para a criação de partidos é grande: acesso ao fundo partidário (atualmente em R\$ 828 milhões), à cadeia de rádio e televisão, conforme a representatividade no Congresso, entre outros.

A autonomia partidária, pensada como proteção para as livres expressões política e ideológica no país, acabou sendo usada para o encastelamento de líderes partidários e como um obstáculo à renovação dos quadros partidários. Não se põe em causa que ela é fundamental para um regime político e saudável. Sem autonomia, os partidos poderiam sofrer intervenções do Estado, sufocando a voz popular que eles devem, em tese, representar. No entanto, o modelo atual é quase figurativo. A política intrapartidária está dormente em boa parte das agremiações.

A Constituição da República e a legislação ordinária, particularmente a Lei dos Partidos Políticos já estabelecem, diga-se, um núcleo mínimo de normas estruturais.⁷ No entanto, a lei é silente sobre o grau de participação dos filiados na vida interna do partido.

Como ocorreria o aprofundamento democrático dos partidos políticos, então? Inicialmente, de três formas: (i) fim das comissões provisórias; (ii) obrigatoriedade expressa de realização de eleições periódicas obrigatória para os dirigentes, em todos os níveis; (iii) prévias partidárias para a escolha de candidatos.

Primeiramente, é fundamental que acabem as comissões provisórias. Pensadas, de início, para as hipóteses de não constituição, intervenção ou dissolução dos órgãos partidários por instâncias hierarquicamente superiores fazer as vezes de diretórios regionais ou locais (Res. TSE nº 23.465/2015, art. 38), com o tempo elas se tornaram instrumentos de gestão autoritária de partidos políticos por grupos de dirigentes. Com a prorrogação constante dessas comissões, não é necessária a escolha de dirigentes regionais ou locais pelos filiados, o que pode, eventualmente, contrariar interesses da executiva hierarquicamente superior.

A Res. TSE nº 23.465/2015, que disciplina a criação, organização, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, punha fim às comissões provisórias. Editada em dezembro de 2015, a Resolução dava prazo de 120 dias para a extinção dos órgãos provisórios (art. 39), mas foi alterada em março de 2016, ocasião em que se concedeu mais um ano para a eleição de diretórios onde houvesse arranjos provisórios. Em decisão de 23 de fevereiro deste ano, o TSE prorrogou por mais 150 dias, até agosto deste ano, o fim das comissões. Será prorrogado novamente? A prorrogação constante das comissões provisórias desestimula os filiados a participarem da vida partidária. Pôr fim ao uso indevido e abusivo das comissões provisórias será o primeiro passo para arejar as hostes partidárias. Continuará a vida partidária a ser decidida “à mesa de restaurante”, como afirmou o ministro Dias Toffoli, no julgamento da prorrogação, em março 2016? Para o bem da democracia partidária, espera-se que não.

A segunda mudança que deve ser feita é a alteração do texto da Lei dos Partidos Políticos para que haja obrigatoriedade expressa de realização de eleições periódicas obrigatórias para os dirigentes, em todos os níveis. Hoje, ela está na Lei dos Partidos Políticos, mas não de forma clara. Segundo o art. 15, inciso IV, daquela lei, o estatuto do partido deve conter normas sobre os modos de organização e de administração, com a definição de sua estrutura geral e identificação, composição e competências dos órgãos partidários nos níveis municipal, estadual e nacional, além de duração dos mandatos e processo de eleição dos seus membros.

Esse texto parece bastar. Ele deve ser levado adiante, no entanto. A eleição é obrigatória e periódica? Pode ser adiada? Mandatos de dirigentes podem ser prorrogados? Quem poderá votar na escolha dos dirigentes? Há reeleição? Por quantas reconduções? Há cotas de promoção racial e de gênero para garantir a plena representatividade? As perguntas são muitas, e precisam de melhor balizamento legal. O que se vê em muitos estatutos é a previsão de processos aparentemente democráticos de escolha de líderes, mas com subterfúgios que permitem a perpetuação de lideranças na estrutura partidária. Quando há mudança de líderes parece haver acordo prévio da cúpula sobre quem serão os novos dirigentes, para que, depois, se referende em processo eleitoral interno.

A Lei dos Partidos Políticos deve apresentar um rol maior de normas sobre a escolha dos líderes partidários. As perguntas elencadas acima indicam apenas alguns exemplos de pontos cegos abertos pela lei, de forma a dar azo a processos eleitorais internos pouco democráticos. É claro que os partidos poderão ir além, usando sua autonomia para criar formas novas de inclusão de seus filiados no processo de decisão e de formulação da política partidária, bem como formas de eliminar as desigualdades de gênero, raças e etnias no âmbito partidário, considerando o quadro já mencionado de subrepresentação desses segmentos populacionais. O importante é que a escolha dos líderes, ao menos, seja justa e ampla, de modo a levar para além da suposição o processo de harmonização da política partidária ao princípio democrático constitucional.

Por fim, uma alteração legal fundamental seria a introdução da obrigatoriedade das primárias partidárias como forma de escolha dos candidatos – pelo menos daqueles que disputarão os cargos majoritários. As primárias são a mais forte maneira de os filiados conduzirem os rumos do partido, ao decidirem, pelo voto, sobre os candidatos apresentados aos pleitos gerais e locais. Existem muitos modelos, dos quais o dos Estados Unidos talvez seja o mais famoso. O debate interno no partido é aquecido pelas primárias. Os filiados se mobilizam em torno dos pré-candidatos, ponderando quem está mais apto a defender o programa partidário e quem tem mais condições – programáticas e carismáticas – de se apresentar ao eleitorado mais amplo. As primárias são, no fundo, um exercício eleitoral importantíssimo, pois ajudam a aperfeiçoar o comportamento do eleitor e dos candidatos.

As primárias não só dão voz e poder de decisão sobre os rumos eleitorais do partido, democratizando a escolha, mas também chamam a atenção do eleitorado geral para a vida intrapartidária, abrindo a “caixa preta” partidária e mostrando que a política pode estar ao alcance dos interessados. As primárias cumprem também um fim didático.

Elas devem, importa frisar, sujeitar-se às mesmas regras que as eleições. As primárias devem transcorrer de formas limpa e justa, sem abusos de poder político, econômico e de meios de comunicação – tentações para lideranças partidárias

que podem querer conduzir o processo pré-eleitoral ao desfecho que desejem. O mesmo, claro, valendo para condutas criminosas. Afinal, os vícios praticados nas primárias terão reflexos no escrutínio geral, maculando o processo eleitoral como um todo.

É fundamental, portanto, essa alteração da Lei dos Partidos Políticos, para que as primárias sejam um item obrigatório dos programas partidários. A democratização da vida intrapartidária não pode abrir mão da escolha dos candidatos por todos os filiados.

Partidos políticos são pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 44, V, do Código Civil, c/c art. 1º da Lei dos Partidos Políticos), e não comportariam essas mudanças, que poderiam ser classificadas de intromissões e ofensas à autonomia partidária. Os partidos, no entanto, manteriam o seu poder de aplicar essas mudanças conforme seus interesses e ideais. O que não se pode perder de vista é que os partidos não existem para defender interesses privados. O interesse que representam é público. Primeiro, de seus filiados e apoiadores, que se engajam em nome de um projeto político nacional, regional e local; segundo, e mais importante, o mandato constitucional de assegurar a livre representação política, em consonância com o princípio democrático – nos termos do art. 1º da Lei dos Partidos Políticos, os partidos destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição.

Em outras palavras, partidos não são empresas. Eles sustentam o sistema democrático e, por essa razão, devem incorporar o princípio democrático em sua estrutura. Não se pode esperar que todos eles adotem práticas democráticas voluntariamente. Muitos o farão, mas com 35 partidos registrados no TSE, e com mais a caminho, é preciso uma disciplina legal para conduzi-los a condutas compatíveis com o princípio democrático. Como consequências positivas, espera-se a diminuição da extrema fragmentação partidária no país, as maiores igualdades de gênero e racial na política e, naturalmente, maior engajamento de cidadãos e cidadãs.

As ideias sugeridas pretendem, acima de tudo, engajar cidadãs e cidadãos na prática política. Só o engajamento permite que a representação política seja a mais autêntica e fiel possível, conferindo legitimidade às instituições e garantindo meios de fiscalização da gestão da coisa pública. Os partidos devem ser o primeiro ambiente público para a prática da cidadania livre, justa e democrática.

Para o bem comum, não há alternativa fora da política. Recorrendo a Saramago para o encerramento: “A única alternativa a tudo aquilo que tem a ver com a vida social é a participação”.⁸ 

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 38. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

NOTAS

- 1 “El paso del gran pesimista”, *Semanario Universidad*, São José, Costa Rica, 30 de junho de 2005 [Entrevista a Vinicio Chacón].
- 2 Por exemplo: (i) o sistema majoritário homenageia o princípio da maioria, ganha o mais votado, por ser a escolha da maioria; (ii) o chamado sistema “distrital”, mais corretamente designado como majoritário em distrito uninominal, valoriza primeiramente o vínculo do representante com sua base local de eleitores; (iii) já no sistema proporcional de lista aberta e com

voto nominal está em evidência a individualidade dos representantes que, mesmo filiados a partido, podem receber votos nominais, sendo seu nome eventualmente mais forte e, assim, puxando mais votos do que a legenda por si só; (iv) por fim, no sistema proporcional de lista partidária bloqueada dá-se força precípua aos partidos e aos seus programas ideológicos, com representantes que são escolhidos e ordenados pelos partidos e que ocuparão cargos eletivos na proporção dos votos recebidos pela legenda.

- 3 Levantamento feito pela Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1528106-camara-tera-em-2015-o-maior-numero-de-novos-deputados-desde-1998.shtml>. Acesso em: 07 abr. 2017.
- 4 Levantamento feito por O Estado de São Paulo. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,numero-de-politicos-estreadantes-eleit-os-para-assembleias-cai-26,1586725>. Acesso em: 07 abr. 2017.
- 5 A União Interparlamentar é uma organização internacional que congrega parlamentos nacionais de 171 estados, além de 11 estados associados. Seus objetivos são o diálogo interparlamentar, a paz e a cooperação entre os povos com o propósito de consolidar a democracia representativa. O *ranking* citado é um dos monitoramentos feitos por aquela organização, e é atualizado periodicamente. A versão citada é de 1º de março, e está disponível em: <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>. Acesso em: 07 abr. 2017.
- 6 Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
 - I – caráter nacional;
 - II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
 - III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;
 - IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.[...]
- 7 Art. 14. Observadas as disposições constitucionais e as desta Lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento.
Art. 15. O estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre:
 - I – nome, denominação abreviada e o estabelecimento da sede na Capital Federal;
 - II – filiação e desligamento de seus membros;
 - III – direitos e deveres dos filiados;
 - IV – modo como se organiza e administra, com a definição de sua estrutura geral e identificação, composição e competências dos órgãos partidários nos níveis municipal, estadual e nacional, duração dos mandatos e processo de eleição dos seus membros;
 - V – fidelidade e disciplina partidárias, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa;
 - VI – condições e forma de escolha de seus candidatos a cargos e funções eletivas;
 - VII – finanças e contabilidade, estabelecendo, inclusive, normas que os habilitem a apurar as quantias que os seus candidatos possam despende com a própria eleição, que fixem os limites das contribuições dos filiados e definam as diversas fontes de receita do partido, além daquelas previstas nesta Lei;
 - VIII – critérios de distribuição dos recursos do Fundo Partidário entre os órgãos de nível municipal, estadual e nacional que compõem o partido;
 - IX – procedimento de reforma do programa e do estatuto.
- 8 ARIAS, Juan. *José Saramago: el amor posible*. Barcelona: Planeta, 1998.



GUSTAVO RIBEIRO DE MACEDO é graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, pós-graduado em Relações Internacionais pela Fundação Getúlio Vargas. Assessor na Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo (Ministério Público Federal). As ideias expostas neste artigo são de responsabilidade exclusiva do autor e não expressam, necessariamente, a opinião da Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo.

Reforma política: fortalecimento de quem?

■ POR PEDRO AUGUSTO LOPES SABINO E
ADONAI ARAÚJO CARDOSO

“À necessidade de uma reflexão maior por parte da população brasileira, da versão final de uma proposta que caminha a passos largos e terá, ao que tudo indica, impacto imediato nas eleições de 2018. Por enquanto, as inovações são conhecidas quase que restritamente no meio político profissional e suas reais intenções e consequências precisam da visibilidade proporcionada pelos meios de comunicação social e de amadurecimento do público para serem efetivamente desveladas.”

Há muito se discute no Brasil a necessidade e os termos de uma reforma política. A questão passa pelo debate sobre a legitimidade da representação política e é limitada pelo pragmatismo dos políticos que a conduzem, sempre atentos à sua permanência no exercício do poder estatal.

É importante ressaltar que a legislação eleitoral sofreu uma série de mudanças com o advento da Lei nº 13.165/2015, popularmente conhecida como “minirreforma eleitoral” e que promoveu alterações na Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), na

Lei n. 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) e na Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral). Embora tenha o país vivenciado esta recente alteração nas leis eleitorais, mais uma vez estamos presenciando um momento de intenso debate político que culminará, nos próximos meses, com outras tantas e significativas mudanças no arcabouço jurídico-eleitoral pátrio.

O que talvez seja o mais surpreendente na proposta atualmente em tramitação é a quantidade de mudanças simultâneas em andamento. Em um país com elevado número de pessoas analfabetas ou com escolaridade reduzidíssima, um número elevado de mudanças não compreendidas perfeitamente pelos eleitores colide com a desejada legitimidade do processo eleitoral.

Para a sua melhor compreensão é importante destacar que o ponto de vista adotado será o fortalecimento dos partidos em detrimento do interesse privado dos detentores de mandatos em exercício. Nesse sentido, a denominada “janela” para os eleitos, criada pelo art. 22-A, III, da Lei nº 9.096/1995, que permitiu a possibilidade de mudança de partido até trinta dias antes do prazo legal de filiação para concorrer à eleição ao término do mandato, considerando-a “justa causa”, foi um retrocesso no fortalecimento dos partidos em benefício dos detentores do cargo. Enquanto a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem avançado de modo consistente no sentido do fortalecimento dos partidos (*v.g.*, fim de candidaturas natas – ADI nº 2530, 24.04.2002, seguida do julgamento do RES nº 21.079, 30.04.2002, reconhecimento do partido como titular do mandato – do que resultou a Resolução TSE nº 22.600), o Legislativo ainda oscila.

FIDELIDADE PARTIDÁRIA

A discussão acerca da fidelidade partidária deve ser enfrentada com cuidado, notadamente quando se tem em vista que o Brasil adota o bicameralismo. Desde os primórdios da República, como bem demonstra Paulo Bonavides em sua obra *A Constituição aberta*, temos o Senado representando os Estados-membros e o Distrito Federal e a Câmara de Deputados representando o povo e também os Estados-membros e o Distrito Federal (o que fica claramente evidenciado pela representação mínima). O objetivo foi contrapor ao poder econômico de algumas unidades federativas o poder político de outras.

Sucedem que, levada a fidelidade partidária às últimas consequências, sem a possibilidade de o parlamentar se retirar do partido e preservar o mandato em exercício, corre-se o risco de subversão das ideias que orientaram os debates que antecederam a Constituição de 1891 e que foram positivados na Constituição de 1988. Por outro lado, as ações políticas mais relevantes ocorrem em grupo ou com o propósito de conquistar a adesão de um grupo significativo. Por conseguinte, o fortalecimento dos partidos em detrimento do oportunismo de alguns políticos também é necessário. Mostra-se, pois, conveniente o modelo adotado atualmente, a partir da série de decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 2007, que declararam pertencer aos partidos – não aos candidatos eleitos – os mandatos obtidos pelo sistema proporcional e majoritário (fortalecimento dos partidos), com efeitos parcialmente limitados por força do julgamento da ADI 5.081, de 2015, que excluiu os mandatos majoritários desse entendimento. A sequência de decisões judiciais desse período permitiu, até regulamentação legislativa, a possibilidade de saída do parlamentar do partido com justificativa classificada como justa (o que foi posteriormente positivado no art. 22-A da Lei

nº 9.096/1997), sob pena de outra forma de saída ser considerada infidelidade partidária e, por consequência, acarretar a perda do mandato em favor da agremiação partidária.

CLÁUSULA DE BARREIRA

Para restringir a multiplicação de partidos políticos há quem defenda limitações, a exemplo do dispositivo denominado cláusula de barreira, também conhecida como cláusula de exclusão ou cláusula de desempenho.

Tal mecanismo, aprovado inicialmente pelo Congresso Nacional em 1995 e, posteriormente, considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sob o fundamento de gerar graves prejuízos a partidos pequenos, consistia em uma norma que impediria ou restringiria o funcionamento parlamentar do partido político por não alcançar certo percentual de votos. Exemplo disso seria não assegurar aos partidos com menos de 5% dos votos nacionais o direito de representação partidária à indicação de titulares para comissões, incluindo comissões parlamentares de inquérito (CPI), bem como a perda de recursos oriundos do fundo partidário e restrições no tempo de propaganda eleitoral em redes nacionais de rádio e de televisão.

Deve-se destacar que essa proposta ganhou fôlego após o reconhecimento da titularidade dos mandatos pelos partidos. Ao se afirmar que o parlamentar manteria o mandato caso migrasse para um partido novo foi impulsionada a criação desenfreada de partidos políticos. Segundo o TSE, atualmente são 35 partidos, com uma lista significativa de novos que ainda buscam conseguir apoio da quantidade mínima de eleitores exigida pela legislação para serem criados.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que colocar obstáculos a pequenos partidos também significa restringir o direito das minorias, já que um número reduzido de partidos grandes conduziria ao predomínio completo dos discursos majoritários. A consequência disso é o agravamento da pertinência das críticas à legitimidade da representação política.

Em segundo lugar, a redução do número, por si só, apenas oculta a falta de consenso existente para o seio da agremiação partidária. Países onde vige o monopartidarismo ou o bipartidarismo convivem com a multiplicidade de correntes, de esquerda à direita, internamente.

Um possível caminho para a solução poderia surgir do conceito de *caráter nacional* dos partidos, presente desde o texto originário da Constituição de 1988 (art. 17, I). O que significa ter caráter nacional? Para a formação, deve-se pensar no quantitativo de eleitores que firmam apoio ao novo partido (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.096/1995). Todavia, uma vez criado o novo partido e registrado o seu estatuto no TSE, considerando que até eleitores que apoiem o seu surgimento passem a apoiar e até se filiar a outros partidos, como poderia ser aferida a preservação do caráter nacional?

Este poderia ser um caminho a ser seguido na reforma, com a introdução na Lei dos Partidos Políticos de dispositivos relacionados à perda superveniente do caráter nacional.

Atualmente, os diretórios partidários e comissões provisórias têm registros disponíveis na internet. Um partido que não tem diretórios ou comissões provisórias em mais de 50% dos estados, no Distrito Federal (ou das regiões do país) e nos municípios tem caráter nacional?

A reforma política não poderia impor uma consequência a esta situação sem a necessidade de uma cláusula de barreira?

Pode-se pensar, como exemplo, na impossibilidade de candidaturas estaduais sem diretórios partidários em mais da metade dos municípios de determinado estado e também de candidatura à Presidência sem diretórios em mais de 50% dos estados. A atribuição de consequências negativas à perda do caráter nacional poderia ter um efeito prático maior do que a cláusula de barreira.

Considerando a dinâmica existente na política brasileira, disciplinado o entendimento acerca do que se entenderá por caráter nacional, os partidos que momentaneamente deixassem de possuir o número mínimo de diretórios teriam um prazo para regularização. De outro modo, até as maiores legendas poderiam enfrentar grande dificuldade e se correria o risco de uma eleição presidencial sem candidatos, haja vista o descumprimento generalizado de uma exigência de difícil satisfação pelos partidos.

FINANCIAMENTO DOS PARTIDOS E DAS CAMPANHAS ELEITORAIS

A questão do financiamento privado dos partidos e das campanhas eleitorais foi enfrentada pelo STF no julgamento da ADI nº 4650, em sessão de 17/09/2015, na qual foi declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais – ficando mantida, no entanto, a legalidade das doações feitas por pessoas físicas, limitadas a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano-calendário anterior à eleição. A pretensão de limitar a interferência do poder econômico no poder político ainda não foi submetida à prova de fogo: a eleição presidencial.

No âmbito das eleições municipais não se observou o aumento da estrutura de fiscalização das eleições pela Justiça Eleitoral. O combate à utilização de recursos não contabilizados requer uma estrutura de investigação especializada mais consentânea com a atuação policial, que auxiliaria o Judiciário.

O financiamento público, por seu turno, tem ganhado adeptos. Todavia, seus defensores não demonstraram como, sem uma estrutura fiscalizatória eficiente e um combate eficaz ao caixa dois e a compra de votos, o financiamento público irá promover igualdade entre os candidatos. Somando-se ao problema das legendas de aluguel, cujos diretórios são criados para um verdadeiro comércio de candidaturas e de tempo de rádio e TV, o êxito dos objetivos pretendidos pelo financiamento público fica ainda mais obscuro.

VOTO DISTRITAL

Debate-se, eternamente, a adoção do voto distrital no Brasil, sendo que, mais recentemente, através da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 61, de 2007, que prevê a alteração do art. 45 da CF, passando a estabelecer o sistema eleitoral misto para as eleições de deputados federais, estaduais, distritais e vereadores, este tema passou a ganhar notória relevância tanto no meio político quanto nos meios de comunicação do país.

Este modelo, que se aproxima do sistema eleitoral majoritário, objetiva reduzir a distância entre os eleitores e seus representantes, o que possibilitaria uma maior identidade entre aqueles e seus representantes eleitos pelo distrito em que vota e reside. Em sua forma pura, com o voto distrital, a circunscrição territorial seria dividida em distritos para os quais os interessados se candidatariam. O mais votado

em cada distrito seria eleito. Nada obstaría que o distrito fosse maior e o preenchimento das vagas ocorresse por lista partidária fechada.

A forma mista do sistema distrital destina parte das vagas ao preenchimento pelo voto distrital puro, enquanto outra parte dos cargos é preenchida pelo modelo proporcional atualmente adotado. A sua adoção objetiva impedir que o representante no Legislativo seja um vereador estadual ou nacional, muito próximo de miudezas de seu distrito e alheio às questões concernentes a problemas que afetam um universo mais amplo de pessoas. Ademais, a forma mista produz menor impacto sobre grupos minoritários do que o voto distrital puro.

No entanto, apesar de o debate envolvendo o voto distrital proporcionar uma reflexão acerca da legitimação dos representantes, observa-se que a sua discussão tem estado associada à do financiamento das campanhas eleitorais, mais precisamente aos mecanismos de barateamento das campanhas eleitorais. Alega-se que as campanhas atuais têm custo muito elevado e a redução da circunscrição territorial contribuiria para o enfrentamento do problema, com reflexo direto na independência dos políticos, uma vez que não ficariam tão dependentes de financiadores.

A defesa da implementação de condições favoráveis ao exercício independente do mandato político é bastante sedutora. Contudo, sem o desenvolvimento de uma estrutura fiscalizatória este argumento pode tentar servir como justificativa do financiamento público das campanhas mesmo não se revelando capaz de afastar a influência do poder econômico sobre o poder político. Fatos da política nacional recente vieram à tona e demonstraram que a corrupção foi motivada, principalmente, pelo desejo pessoal de enriquecimento, não para honrar compromissos com financiadores da campanha.

Ao se pensar a reforma eleitoral deve-se ter a nítida visão do que se objetiva. Se a meta for aumentar o pluralismo político, a representação de grupos minoritários ou a adoção do voto distrital não parece ser o caminho apropriado. Isto porque a eleição, em cada distrito, passa a ser majoritária (reiterando-se a ressalva atinente ao voto distrital misto). Quem integra um grupo minoritário tende a não conseguir eleger o seu representante.

LISTA PARTIDÁRIA FECHADA

Atualmente, vigora no Brasil o sistema de voto por lista aberta na qual as vagas conquistadas pelo partido são ocupadas por seus candidatos mais votados, até o número de cadeiras destinadas à agremiação. A votação de cada candidato pelo eleitor é o que determina, portanto, sua posição na lista de preferência, gerando, por consequência, uma grande competição intrapartidária.

Por outro lado, a lista fechada de candidatos para o Legislativo é uma opção que fortalece os partidos e está em conformidade com a jurisprudência do TSE, que reconhece a titularidade do mandato ao partido. O partido define a ordem de preenchimento das vagas que obtiver. Consequentemente, calculados os quocientes eleitoral e partidário e distribuídas as cadeiras por médias, o número de vagas conquistadas pelo partido será preenchido de acordo com a ordem da lista previamente definida.

Um efeito prático dessa opção é a possibilidade de um político impopular, por dominar a estrutura partidária ou ser apoiado por quem tem este domínio, ser um dos primeiros da lista. Desse modo, o eleitor que desejar a eleição do último colocado da lista terá de optar entre contribuir para o preenchimento de vaga por candidato que rejeitar no topo da lista ou deixar de votar naquele de sua preferência.

A lista produz outro efeito prático importante: ela afeta as convenções partidárias. Alguns partidos não encontram dificuldade para lançar o número máximo de candidatos permitido pela eleição, atribuir os números dos candidatos, escolher representantes e delegados. Com a lista partidária fechada, a definição da ordem da lista passa a ser a primeira grande batalha, determinando os eleitos dos partidos e os figurantes.

Um possível efeito prático das listas partidárias nas convenções é o seu reflexo na dinâmica de filiação partidária e de eleição para os diretórios. Quem desejar um bom posicionamento na lista de candidatos precisa contar com número expressivo de apoiadores na convenção. Atualmente, como já debatido pelo TSE, com maior destaque após o advento da recente minirreforma eleitoral (Lei nº 13.165/2015), um percentual elevado de partidos não realiza eleições para os seus diretórios. No lugar disso, a cúpula partidária nomeia comissões provisórias estaduais e estas nomeiam comissões provisórias municipais. Em face da necessidade de um bom posicionamento nas listas partidárias ganha relevo os critérios internos de ingresso de novos filiados, assim como a necessidade de democratização dos próprios partidos.

A lista pode ser um instrumento para aumentar ou diminuir a participação de grupos minoritários na política. Após sucessivas mudanças nas normas eleitorais com o propósito de aumentar a participação feminina nas eleições, a formação das listas em ambiente dominado pelo machismo pode até mesmo diminuir a sua representação. Um partido que lançar o número máximo de candidatos permitido pela legislação e colocar o percentual de mulheres no final da lista, na prática, impossibilitará a eleição delas. Por outro lado, se colocá-las no início da lista, poderá promover imediato impacto no aumento da participação das mulheres na política.

Caso seja aprovada a lista fechada é conveniente o reexame do entendimento sobre justa causa para se sair de uma agremiação partidária. Isto porque, diferentemente do modelo atual que privilegia o mais votado, o primeiro colocado da lista partidária fechada pode ser o menos votado da legenda. A desfiliação para ingresso em partido novo, atualmente considerada uma justa causa a ser alegada para não se perder o mandato em exercício, ao privilegiar a decisão individual de quem sequer contou com o apoio expressivo de eleitores não parece adequada à adoção das listas partidárias.

COLIGAÇÕES

Com o advento do primeiro Código Eleitoral Brasileiro (Decreto nº 21.076, de 1932) houve o surgimento da entidade jurídica da coligação partidária, a qual deriva da união de dois ou mais partidos políticos com vistas à apresentação conjunta de candidatos a determinada eleição, atualmente prevista no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.504/1997. Ocorre que dentre as mudanças propostas pela reforma política em curso o fim deste instituto é uma das consequências mais sensíveis na dinâmica do processo eleitoral.

Os defensores de tal medida sustentam que as coligações proporcionais baseadas, muitas vezes, na mera conveniência eleitoral, tornaram o Parlamento brasileiro o mais fragmentado do mundo, sendo que a fragmentação partidária dificultaria imensamente a formação de consensos programáticos e a estabilidade dos governos que, ainda que consigam aprovar seus programas, o fazem a um custo elevado e pouco republicano.

O fim das coligações supostamente ocasionaria a redução do número de candidaturas, haja vista a inviabilização de pequenos partidos para atingir o quociente eleitoral e, assim, inibiria candidatos fadados ao fracasso e proporcionaria o barateamento das campanhas eleitorais em função da redução do número de concorrentes. Ademais, evitaria que o voto do eleitor fosse direcionado a candidatos de ideologias diversas, ao mesmo tempo que proporcionaria melhor oportunidade de conhecer os pretensos candidatos.

É certo que atualmente o instituto da coligação partidária tem sido cada vez mais utilizado de forma desvirtuada (até mesmo imoral) na medida em que observamos o crescimento do número de uniões formadas entre partidos de ideologias diferentes (até mesmo antagônicas) com finalidade única e exclusiva de beneficiarem-se das vantagens proporcionadas por este mecanismo. Como exemplo, podemos citar o benefício do maior tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão (porque resulta da soma da representação, na Câmara dos Deputados, dos partidos que a integram) e, também, de maior quociente partidário (porque o resultado de todos os votos dados à legenda dos partidos coligados e aos candidatos registrados pela coligação significa maiores chances de melhor resultado eleitoral).

No entanto, não podemos perder de vista que, a pretexto de proporcionar uma “redução de custos” e “moralização” do processo eleitoral, essa medida pode acarretar o monopólio dos mandatos entre poucos partidos políticos (com a consequente extinção dos chamados “partidos pequenos”), bem como, em razão da redução do número de candidaturas, também ocasionar a trágica redução da representatividade das “minorias” (que, via de regra, está sempre em desvantagem nas oportunidades dentro do jogo político).

É preciso muito cuidado com o mimetismo que reina em nossa política. Sem estudos comparados criteriosos, reinam exemplos de países parlamentaristas para orientar a reforma brasileira, até mesmo de onde o parlamentarismo está em crise diante da “presidencilização” que acompanhou o Estado Social.

Uma série de medidas com impacto na viabilidade de pequenos partidos está em vias de ser aprovada. O reflexo disso sobre o pluralismo político é claro e os benefícios sobre o maior controle do eleitorado muito duvidosos.

A crítica à legitimidade da representação política no Brasil atinge também as câmaras municipais, quando se conta com a proximidade do eleitor. A diversidade de partidos camuflada por diversas correntes internas não garantem maior coerência e governabilidade. As inúmeras votações com bancadas partidárias divididas é a evidente demonstração disso.

Todas essas considerações conduzem à necessidade de uma reflexão maior por parte da população brasileira, da versão final de uma proposta que caminha a passos largos e terá, ao que tudo indica, impacto imediato nas eleições de 2018. Por enquanto, as inovações são conhecidas quase que restritamente no meio político profissional e suas reais intenções e consequências precisam da visibilidade proporcionada pelos meios de comunicação social e de amadurecimento do público para serem efetivamente desveladas. **■**



PEDRO AUGUSTO LOPES SABINO é professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus XV. Bacharel em Direito, especialista em Direito, mestre e doutorando em Direito Público.



ADONAI ARAÚJO CARDOSO é advogado, bacharel em Direito, especialista em Gestão, Controladoria e Auditoria de Contas Públicas Municipais, especialista em Direito Eleitoral e mestrando em Direito.

A reforma política (não) tão esperada

■ POR MARCONES SANTOS

“É chegada a hora de sepultar o insustentável presidencialismo de coalizão e abrir caminhos para o semipresidencialismo ou parlamentarismo, com uma prévia fase de diminuição do injustificável acervo de partidos políticos atuais, construindo um ambiente de agremiações sólidas e com identidade, e assim realizar uma reforma de fato estruturante, viabilizando o avanço da nossa jovem República.”

No Brasil existe uma pauta de interesse nacional que não avança, uma fila estática, que, quando muito, dá passos laterais curtos, que propositalmente mantém cada perfilado em seu exato local, de onde este não demonstra o mínimo interesse em descer. E é nesta pauta



estagnada que está inserida a reforma política, tema de máxima relevância, que somente emerge do calabouço de tempos em tempos, ou melhor, de crises em crises, como no cenário atual de grave descrédito da classe política, dos partidos políticos e até mesmo das instituições.

Como resposta para o assolado momento de desconfiança, o Parlamento, ladeado pelo Executivo, através de comissão especial na Câmara, sob relatoria do deputado Vicente Cândido (PT-SP), bota em mesa uma reforma política que em muito dista dos anseios populares vociferados nas ruas nos últimos anos. Uma reforma incompleta, que tem como principais pontos os que serão analisados a seguir.

Item interessante e oportuno é a unificação, para quatro meses, do prazo de desincompatibilização para todos os cargos públicos, medida que trará a simplificação do instituto e maior objetivação do processo eleitoral. Já por outro lado, não tão positiva, em verdade uma opção contraproducente, é a inovadora possibilidade de um candidato disputar mais de um cargo político em um mesmo pleito, uma anomalia que exigiria do candidato mais de um projeto de governo/mandato.

Outra opção positiva é a extinção da segunda suplência de senadores, juntamente com a previsão de que, em caso de vacância definitiva da vaga de senador, o único suplente não ficaria até o fim do mandato, mas tão somente até a eleição imediata. Pela proposta, este suplente tomaria posse e permaneceria no cargo apenas até a eleição imediatamente próxima, independente da previsão de mais uma vaga para a disputa.

Também salutar é a proposta de vedação de divulgação de pesquisas eleitorais uma semana antes das eleições, extinguindo as disputas midiáticas pela apresentação de pesquisas na semana das eleições, todas com resultados variados e publicados com nítida objetivação de manipular a vontade do eleitor.

A proposta prevê também a unificação dos tempos de filiação e de domicílio eleitoral dos candidatos para nove meses antes das eleições, o que não vejo com bons olhos, uma vez que o encurtamento do prazo de domicílio proporciona candidaturas flutuantes nas proximidades do pleito, dando azo à eleição de pessoas sem identidade com a localidade que o escolher.

Bastante polêmica, e que tem levantado acalorada rejeição, é a proposta de extinção dos cargos de vice-presidente, vice-governador e vice-prefeito, sob o argumento maior de redução dos custos da administração pública. Entretanto, vejo como melhor solução a não remuneração do cargo de vice para as três esferas do Executivo, por trazer a desejada economia financeira e evitar a realização de novas eleições em caso de vacância, esta sim geradora de elevados custos para realização de novo pleito, além de reduzir a alternância e sua inerente instabilidade.

Prevê, ainda, a reforma em debate, que as eleições para os cargos do Executivo e do Legislativo devem ser realizadas em pleitos diferentes; com mudanças nas datas de posses para o dia 9 de janeiro, no caso de prefeitos e governadores; dia 10 de janeiro, presidente da República e dia 1º de fevereiro para todos os parlamentares.

Outro item de insofismável importância é o que põe fim às coligações para todas as eleições proporcionais, encerrando a vida de um instituto que proporciona distorções e incoerências partidárias inexplicáveis, fortalecendo-se a identidade de cada partido, que agora só poderá atuar isoladamente – caso aprovado este componente da proposição sob deliberação do Parlamento.

Não menos contestável é a adoção de cláusula de desempenho eleitoral, também conhecida por “cláusula de barreira”, como critério para que partidos tenham

acesso ao fundo partidário e ao tempo gratuito de televisão, trecho da proposição rechaçada com veemência pelas pequenas agremiações que têm sobrevivência econômica atrelada ao fundo partidário e protagonismo político máximo somente nos momentos de barganhas para formação de grupos eleitores.

Traz, ainda, a reforma proposta, a modalidade de financiamento eleitoral misto, bancado com parte por um fundo eleitoral e parte por doações de pessoas físicas. A grande rejeição do acenado fundo é a previsão de que ele seja mantido por receita proveniente da carga tributária, já tão elevada e sem o justo retorno à sociedade através de serviços de qualidade. Certamente o administrado não anseia ver seus recursos aplicados em eleições, o que é absolutamente compreensível.

Finalmente, sem dúvida o mais acalorado ponto da reforma, na ótica do cidadão, é a proposta de adoção do sistema de eleição de parlamentares por meio de lista fechada, com listas elaboradas por meio de prévias, convenções ou primárias; isto para as eleições de 2018 e 2022. Por este item, somente nas eleições de 2026 seria introduzido o sistema eleitoral misto, com parte das vagas destinadas aos escolhidos por lista pré-ordenada e a outra parte por sistema distrital.

Na ótica da sociedade, o sistema de lista fechada se destina unicamente à manutenção dos atuais mandatários, na quase totalidade desgastados pela derrocada econômica do país e/ou escândalos de corrupção que corroeram as colunas do Planalto e Parlamento, e que hoje veem-se na iminência de não alcançarem êxito na próxima eleição de 2018, já muito próxima e com todos estes ainda maculados pelo bombardeamento de notícias atentatórias às suas imagens.

A política partidária, que já mostrava sinais profundos de convalescência, ruiu de vez com a conjuntura atual. Partidos sem identidades, outros com fracionamentos internos sem condições de serem ajuntados, partidos antagônicos envolvidos em um mesmo escândalo. Enfim, toda sorte de desventuras vividas pelas agremiações conduziu ao *status* presente, em que uma reforma estruturante é imprescindível para a recuperação da democracia brasileira e não uma mera liberalidade do Parlamento.

Certo é que o prazo limite para aprovação da reforma, com tempo hábil para a sua adoção já nas próximas eleições, se aproxima a passos largos enquanto o consenso está distante, as divergências são inumeráveis e o rito ainda caminha para o Plenário, onde tudo há de ser debatido e deliberado. Dificilmente teremos uma reforma integralmente pronta para 2018, tanto pela falta de tempo suficiente, quanto pela falta de proposições que realmente tragam reformas estruturantes para nosso ordenamento político.

Por fim, é chegada a hora de sepultar o insustentável presidencialismo de coalizão e abrir caminhos para o semipresidencialismo ou parlamentarismo, com uma prévia fase de diminuição do injustificável acervo de partidos políticos atuais, construindo um ambiente de agremiações sólidas e com identidade, e assim realizar uma reforma de fato estruturante, viabilizando o avanço da nossa jovem República. Do contrário, continuaremos a dar passos laterais e andaremos em círculos, sob o mesmo trilho e com os mesmos mandatários, que somente são sucedidos hereditariamente. 



MARCONES SANTOS é advogado de Direito Eleitoral e sócio do escritório Lopes, Leite & Santos Advogados Associados



O Fundo Partidário e a falta de incentivo da participação da mulher na política

■ POR JULIANA RODRIGUES FREITAS

A alteração da legislação eleitoral brasileira ocorrida em 2015, com a promulgação da Lei nº 13.165, trouxe algumas modificações – nenhuma delas estruturantes –, dentre as quais uma bastante discreta em relação à obrigatoriedade de os partidos políticos destinarem um determinado percentual do Fundo Partidário para supostamente estimular não apenas a participação da mulher na política, mas também aumentar o número de candidatas eleitas, uma vez que há inquestionável necessidade de maior representação feminina para efetivar a democracia no nosso país.

A oxigenação parlamentar torna-se fundamental para garantir a rejeição ao sistema de castas, estabelecido a partir da ocupação hegemônica dos cargos eletivos por homens, e, portanto, permitir que se (re)coloque na pauta de deliberação política os delineamentos acerca da efetivação da democracia no nosso país.

Para que seja analisada a deliberação política como forma de expressão da democracia, é preciso observar, de acordo com Susteim (2000), três vertentes: o



“Não existe como o sistema de cotas de gênero na política apresentar um resultado real. As mulheres, em regra, ainda não são prioridade de investimento intrapartidário, além de sequer comporem a cúpula da maioria dos partidos políticos, fator que dificulta ainda mais o acesso delas a um tratamento baseado na igualdade de oportunidades e na isonomia, fundamentais para a democracia sociopolítica no nosso país.”

exercício da cidadania; a necessidade de se coadunar o querer dos cidadãos através de um acordo; e a igualdade política.

No que toca à igualdade política, axioma que serve de cerne para a discussão central trazida nestas breves ponderações, faz-se necessária a eliminação de largas disparidades entre as influências políticas exercidas pelos diversos grupos sociais. Assim, é preciso, inicialmente, que sejam supridas as necessidades humanas vitais, como a proteção policial, a comida, a moradia e os cuidados médicos adequados para a garantia da condição de cidadão e da dignidade dos homens (SUSTEIN, 2000. p. 138).

Além da proteção dessas mínimas condições para a vida humana, a igualdade política implica a rejeição ao sistema de castas, pelo qual são priorizados os interesses de um grupo minoritário, já titular de uma série de regalias, em detrimento dos da maioria desfavorecida. Esse sistema no qual são beneficiados pequenos grupos com significativas imponência econômica e hegemonia política não se coaduna à democracia deliberativa, contrapondo-se aos princípios da cidadania e da igualdade política. Sugere ainda a igualdade política a partir da minimização das diferenças de oportunidades, pois, ainda que se admita a impossibilidade da igualdade real entre todos, as diferenças humanas são produtos também das diferenças de oportunidades, as quais podem ser atenuadas pelas ações governamentais.

Diante desse contexto teórico, entende-se que, para que a democracia deliberativa se efetive, portanto, no nosso Estado Democrático de Direito é condição *sine qua non* que a igualdade política se apresente no exercício das capacidades eleitorais ativa e passiva. Para tanto, torna-se imprescindível, dentre outros tantos

fatores, a regulamentação de um processo eleitoral que permita a alternância efetiva nos cargos eletivos, de modo que haja uma oxigenação na representatividade político-social e, assim, se evite a perpetuação dos mesmos grupos no poder. Afinal, o engessamento do sistema democrático se dá também em razão da perpetuação das castas e senhorios que se apoderam da soberania popular como se sua fosse.

A igualdade política conduz ao relativismo que integra o ideal democrático por conferir a cada cidadão a mesma possibilidade de participar, de expor suas opiniões e de buscar o convencimento de outros cidadãos. Porém, é necessário lembrar que a ideia de democracia não se resume à prevalência absoluta da vontade da maioria, constatada pela expressão da vontade popular das últimas eleições.

Como o regime democrático pressupõe livre oposição e espaço para o debate público, atribuir mais recursos e espaços para os partidos que já ocupam maior parcela do poder político no Estado significa criar um sistema de retroalimentação do poder das agremiações consolidadas, comprometendo a efetivação do pluralismo e das alternativas políticas. Assim, impede a oxigenação intrapartidária que permite que pessoas de gêneros distintos tenham as mesmas oportunidades não apenas formais, mas materiais de se candidatar e, dessa maneira, tornarem-se representantes da diversidade nas instituições estatais, à qual é reconhecido em um dispositivo de eficácia limitada o direito a recursos do Fundo Partidário, na forma da Lei nº 9.096, de 19 de setembro 1995, que dispõe sobre os partidos políticos no Brasil.

O FUNDO PARTIDÁRIO E A AUSÊNCIA DE POLÍTICA DE INCLUSÃO DA MULHER NA POLÍTICA BRASILEIRA

A Constituição Federal, em seu artigo 17, prevê a livre criação, a fusão, a incorporação e a extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

O partido político, como pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal, e funciona nas Casas Legislativas, por intermédio de uma bancada, que deve constituir suas lideranças de acordo com o estatuto do partido, as disposições regimentais das respectivas Casas e as normas da lei (ALVIM, 2016. pp. 211-236).

Os partidos políticos devem ter caráter nacional, não lhes sendo permitido receber recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, cabendo-lhes, ainda, prestar contas à Justiça Eleitoral.

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbitos nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecerem normas de disciplina e fidelidade partidária.

Os partidos políticos têm direito a recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira (Fundo Partidário), que, de acordo com o artigo 38 da Lei nº 9.096/1995, é constituído por: multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; recursos financeiros que lhes forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de

eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

No próprio Estatuto partidário deverá constar os critérios de distribuição dos recursos do Fundo Partidário entre os órgãos das esferas municipal, estadual e nacional que compuserem o partido (artigo 15, VIII, Lei nº 9.096/1995). Porém, nenhuma exigência legal se impõe no tocante à distribuição entre os candidatos que pleiteiam concorrer aos cargos políticos nas várias esferas de circunscrição dos diretórios partidários. Tampouco restam definidas políticas de efetiva promoção da igualdade de gênero.

De fato, apresentam-nos, pontualmente, duas normas sobre questões de gênero relacionadas ao Fundo Partidário que em nada alteram ou proporcionam a inclusão da mulher na política, aliás, pelo contrário, o próprio legislador reforça o tratamento discriminatório em desfavor das mulheres ao estabelecer uma diferença injustificada, que deverá ser reconhecida como não amparada, portanto, pelo sistema constitucional brasileiro, como é o caso da norma contida no artigo 9º da Lei nº 13.165/2015, que determina que três eleições subsequentes à vigência da lei, portanto, nas eleições de 2016, 2018 e 2020, os partidos deveriam reservar, no mínimo, 5% e, no máximo, 15% dos recursos do Fundo Partidário destinados às campanhas eleitorais para aplicar nas campanhas das candidatas mulheres.

Já num plano inicial saltam aos olhos, pelo menos, duas indagações:

1. por que o legislador definiu um percentual mínimo e um outro máximo para a destinação de recursos provenientes do Fundo Partidário para a candidatura das mulheres, e, em relação aos candidatos, nenhum critério foi estabelecido por lei?
2. considerando o percentual mínimo para registro de candidatura de gênero ser de 30% e o máximo ser de 70%, qual a justificativa para os recursos provenientes do Fundo Partidário deverem atender a um piso de 5% e um teto de 15% para as candidaturas femininas?

Diante desse contexto normativo inquestionavelmente violador da base axiológica democrática estabelecida pela Constituição Federal de 1988 foi ajuizada pelo procurador-geral da República a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617, perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido cautelar, sob as alegações de que o dispositivo em questão contraria o princípio fundamental da igualdade (art. 5º, I, CRFB), deixa de proteger suficientemente o pluralismo político, a cidadania e o princípio democrático (art. 1º, II, V e parágrafo único, CRFB), falha no atingimento do objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB) e fere os princípios da eficiência e da finalidade (art. 37, CRFB), bem como da autonomia de partidos políticos (art. 17, § 1º, CRFB)

Segundo o procurador-geral da República, as cotas para mulheres na política como opção legislativa de materialização do princípio da igualdade apenas encontrarão efetividade se acompanhadas de proporcional destinação, por tempo razoável, de recursos financeiros. Defende, ainda, que o ato impugnado viola as políticas afirmativas à medida que estipularia um percentual mínimo de 5% do Fundo Partidário, aquém do que preveem as cotas de candidatura de gênero (30%), protegendo, assim, de forma deficiente os direitos políticos das mulheres. De igual modo, ao estipular um percentual máximo de 15% inviabilizaria a alocação de recursos equitativa entre candidatas e candidatos, violando a autonomia de organização dos partidos políticos.

No que tange à vigência da reserva para financiamento de campanhas de candidatas, o procurador-geral da República questiona a restrição às três eleições subsequentes à publicação da lei, posto carecer de um estudo técnico para estipulação do prazo para a política pública de ação afirmativa.

Outra norma contida no inciso V do artigo 44 da Lei dos Partidos Políticos, Lei nº 9.096/1995, incluída pela Lei nº 12.034/2009, previa que o Fundo Partidário deveria ser destinado para a criação e a manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, conforme percentual fixado pelo órgão de direção partidária, observado o mínimo de 5% do total.

Alterada pela “reforma” eleitoral, a referida norma passou a dispor que o Fundo Partidário deveria ser destinado para aos programas criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% do total.

A critério da secretaria da mulher ou, inexistindo a secretaria, da fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, os recursos acima mencionados poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, mantidos em contas bancárias específicas para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido.

Exatamente por o texto constitucional assegurar aos partidos políticos autonomia para definirem suas estruturas internas, organização e funcionamento, inclusive para adotarem os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, de acordo com sua conveniência política – matéria *interna corporis* – não enfrentando de modo mais firme e contundente os aspectos pertinentes à democracia intrapartidária, existe uma margem ampla de deliberação interna que pode, inclusive, implicar a ilegitimidade constitucional, como tem acontecido rotineiramente. Os tribunais têm se posicionado reiteradamente no sentido de firmar entendimento quanto à impossibilidade de apreciação judicial de matéria *interna corporis*.

Além de a cúpula partidária optar por definir apoio formal sempre aos mesmos grupos de filiados que pretendem lançar-se candidatos, representando as convenções, na prática, apenas uma formalização de candidaturas que deveriam ter sido discutidas, deliberadas e aprovadas desde a base e pela base partidária, existe o grave problema do apoio material das candidaturas à destinação do fundo partidário e à distribuição interna dos horários gratuitos de televisão e de rádio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão do direito de participação dos partidos nos recursos do Fundo Partidário pela Constituição Federal demonstra a preocupação constituinte com dois aspectos fundamentais do processo eleitoral: o interesse público na manifestação da vontade popular e a instituição de mecanismos de igualização de oportunidades na organização partidária e nas campanhas eleitorais.

De um lado, o processo de formação e manifestação da vontade popular justifica que o Estado assuma parte do custo econômico, seja pelo Fundo Partidário, seja pelo tempo gratuito na TV e no rádio. De outro, ao pluralismo político deve corresponder a efetiva possibilidade, portanto, viabilidade financeira, de expressão das diversas correntes políticas com igualdade de oportunidades (LENERA, 1999. p. 217).

Se cabe aos partidos políticos dar subsídios para que seus candidatos concorram em igualdade de oportunidades às vagas que pleiteiam nas Casas Legislativas que

aderem ao sistema proporcional de votação, presume-se, então, que são distribuídas de forma equitativa entre os candidatos convencionados não apenas a verba proveniente do Fundo Partidário como também o tempo gratuito na TV e na rádio. Certo? Errado! Porque se trata de matéria *interna corporis* e, sendo assim, a executiva dos partidos políticos é que decide como, quanto e para quem tais recursos serão destinados.

Portanto, a previsão de cota de candidatura por gênero não vai operar força efetiva alguma se, internamente, os partidos políticos deliberarem por não apoiá-la financeiramente, acompanhando o mínimo e o máximo estabelecido por lei.

Continuamos diante de um sistema de castas que impede a efetivação da democracia no nosso país, e, portanto, a promoção do desenvolvimento. A despeito de serem violadoras dos direitos fundamentais reconhecidos e garantidos constitucionalmente, se as decisões dos partidos políticos se mantiverem intocáveis em função de seu cunho *interna corporis* jamais alcançaremos o ideal democrático e desenvolvimentista que se pretende, e, assim sendo, ou se estabelece um sistema de *compliance* eleitoral intrapartidário ou o Judiciário deixa de reconhecer-se incompetente para dirimir conflitos resultantes da aplicação de matéria *interna corporis*. Que sejam ambas!

Se a democracia intrapartidária não funcionar em razão de os filiados não escolherem os nomes dos candidatos convencionados – ocorrendo, assim, as candidaturas pró-forma – ou por o partido político não distribuir equitativamente a receita proveniente do Fundo Partidário e o tempo gratuito de propaganda, ou, ainda, por qualquer outro motivo não mencionado, um dos princípios constitucionais basilares que justifica a criação e o regular funcionamento das agremiações partidárias será violado.

Admitindo que essa democracia interna não se efetiva, não existe como o sistema de cotas de gênero na política apresentar um resultado real. As mulheres, em regra, ainda não são prioridade de investimento intrapartidário, além de sequer comporem a cúpula da maioria dos partidos políticos, fator que dificulta ainda mais o acesso delas a um tratamento baseado na igualdade de oportunidades e na isonomia, fundamentais para a democracia sociopolítica no nosso país.

Por último, se a legislação eleitoral não permitir o empoderamento da mulher por meio de sua inserção e participação nos canais político-institucionais, estaremos diante da violação do direito ao desenvolvimento, um dos objetivos expressos no artigo 3º da Constituição Federal, reconhecido como um direito humano inalienável pela Resolução nº 41/128, de 04 de dezembro de 1986, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que aprovou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Quanto ao reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais das minorias políticas deve-se entender a dialética democrática não como um sistema bilateral, mas como um conjunto de correntes cuja situação de minoria ou maioria pode ser cambiante, no sentido de alternância no poder, ou de ascensão da minoria à qualidade de maioria. Por isso, para que o sistema político não seja engessado pelo continuísmo de grupos no poder os direitos fundamentais assegurados às minorias não devem se limitar apenas à participação formal no processo político, mas a direitos que assegurem uma efetiva democracia de minorias competitivas, através de instrumentos como a ampla liberdade de criação dos partidos, a garantia de seu acesso aos meios de informação política

e recursos financeiros que assegurem a igualdade de oportunidades entre os que pleiteiam cargos políticos.

A necessidade de se reconhecer a existência das minorias durante o processo de deliberação política ocorre também em razão de, no futuro, o grupo que hoje assim se apresenta poder se transformar numa expressão da maioria da sociedade. Se não existir essa alternância política, a expectativa de que a minoria se torne um dia maioria jamais será atendida, e, portanto, não poderemos vislumbrar a democracia em uma de suas facetas mais genuínas pela simples frustração da expectativa de alternância política, e, portanto, de representatividade (SUSTEIN, 2000). 

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Frederico Franco. *Curso de Direito Eleitoral*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- BARRAL, Walber. *Direito e Desenvolvimento: um modelo de análise*. IN: BARRAL, Walber (org.). *Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- COUTINHO, Diogo R. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização: Paradoxos e Desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FILHO, Robério Nunes dos Anjos. *Fontes do Direito ao Desenvolvimento no plano internacional*. IN: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FREITAS, Juliana. O Sistema de Cotas de Gênero e o óbice ao desenvolvimento no Brasil: reflexões iniciais acerca da reduzida participação feminina na política brasileira. IN: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTANO, Ana Cláudia (orgs.). *Conexões Eleitoristas*, Brasília: Abradep, 2016.
- FREITAS, Juliana; DOMINGUES, Maira de Barros. *O Direito ao Desenvolvimento como limite à Judicialização da Política*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n.63. jul/dez.2013.
- LENERA, Miguel Ángel Presno. *La reforma del sistema de financiación de los partidos políticos*. Revista Española de Derecho Constitucional. Ano 19, n. 57, set./dez. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- MEZZAROBBA, Orides. *Dos Partidos Políticos*. IN: CANOTILHO, J. J. Gomes. (et. al). *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.
- PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao Desenvolvimento*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*, Rio de Janeiro: Garamons, 2008.
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao Desenvolvimento*, São Paulo: Método, 2004.
- SUSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2000.
- VALENTE, Luiz Ismaelino; SALES, José Edvaldo Pereira. *O Registro de Candidatos* (artigos 10 ao 16-B). IN: PINHEIRO, Célia Regina de Lima; SALES, José Edvaldo Pereira; FREITAS, Juliana Rodrigues Freitas (Coords.). *Comentários à Lei das eleições: Lei nº 9.504/97, de acordo com a Lei nº 13.165/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima S. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. IN: BARRAL, Walber (org.). *Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005.



ARQUIVO PESSOAL

JULIANA RODRIGUES FREITAS é advogada e consultora em Direito Público. Professora da Graduação e do Mestrado do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Carlos III, de Madri - Espanha. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Pará. Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará, com pesquisa realizada na Universidade de Pisa, Itália. Membro fundadora da Abradep.



Compliance: nova modelagem contra a cultura de tolerância

■ POR JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR E THAÍS BOIA MARÇAL

“Não basta a punição da sociedade empresária por práticas ímprobas. É preciso compelir que a sua estrutura organizacional interna seja realinhada, a fim de atender a princípios éticos e com respeito à legislação pátria, de modo a que a função social da empresa seja efetivamente cumprida e venha a ensejar a reabilitação, mesmo que haja sido declarada inidônea.”

Tornar operante o modelo republicano de boa governança traduz-se em implementar práticas administrativas e institucionais probas, que concretizem o princípio da moralidade como fundamento e corolário ético de planejamentos público e privado, a promover o desenvolvimento, que há de ser sustentável – em sua tríplice dimensão social, econômica e ambiental –, eficiente – na equação custo-benefício – e eficaz – na consecução dos planejados resultados de interesse público.

A Lei nº 12.846/2013 trata das responsabilidades objetiva, administrativa e civil, das pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, bem como a respeito da responsabilização individual de dirigentes ou administradores das pessoas jurídicas infratoras e de qualquer pessoa que tenha relação com o ato ilícito praticado. Inspiraram-lhe a edição compromissos internacionais aos quais o Brasil aderiu, notadamente:

1. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, da OCDE, de 1997. Aprovada pelo Congresso Nacional, em 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000;
2. *American Convention Against Corruption*, da OEA, de 1996. Aprovada pelo Congresso Nacional, em 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002;
3. *Convention Against Corruption*, da ONU, de 2003. Assinada pelo Brasil, em 9 de dezembro de 2003, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Os negócios contratados pelo Estado constituem sede de direitos e obrigações particularmente sensíveis aos valores da probidade e da boa-fé. Os contratos administrativos de compras, obras e serviços apresentam peculiaridades sempre carentes de proteção em face do interesse público que almejam satisfazer. Desde a Lei Geral das Licitações e Contratações Públicas (nº 8.666/1993) que, presente, desde que apurada em processo regular a culpa do particular contratado, o órgão público contratante é titular da prerrogativa de impor as penalidades previstas em seu art. 87: I – advertência; II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a dois anos; IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

O inciso IV do mencionado art. 87 da Lei nº 8.666/1993 trata das condições necessárias para a reabilitação do particular, estabelecendo que esta não será admitida enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição. Em cenário em que a inidoneidade tenha decorrido da prática de atos de falta grave, que poderiam ter sido evitados pela implantação de um programa de *compliance*, conclui-se que, enquanto tal programa não for implantado a empresa permanecerá inidônea e não poderá participar de licitação, nem contratar com o poder público. Ou seja, a aplicação da vetusta Lei nº 8.666/1993 há de contar com interpretação que a harmonize, nesse ponto, com a Lei nº 12.846/2013.

O *compliance* apresenta índole normativa, baseada na legalidade, nos princípios que presidem a administração pública brasileira, nos valores éticos e na formação cultural dos integrantes da pessoa jurídica destinatária. Pressupõe procedimentos, bem como a processualização de regras e princípios, exigentes de estruturas operacionais mais densas para a implantação de modelos de vigilância e de investigação privada de ilícitos, além de efetivar sua apuração e punição interna através das estruturas implantadas.

Essa modelagem normativa deve preceder a qualquer outra que se possa pretender inserir nos terrenos da vigilância, da apuração e da repressão interna de ilícitos como medidas de controle e acesso à privacidade das pessoas, incluindo análise de perfil das figuras elencadas na Lei nº 12.846/2013 e o funcionamento de agente operacional efetivo, o *compliance officer*.

Estabelecem-se limites e procedimentos à inteligência investigatória e à pretensão punitiva privada em face de sujeitos, assegurada à empresa a necessária margem de cooperação com as autoridades públicas. Diversos são os precedentes da Controladoria Geral da União (CGU) em que a probidade foi ressaltada ao se declarar inidônea empresa em que o sócio praticou ato de improbidade.

As pessoas jurídicas devem ser responsabilizadas por ambientes ineficientes, opacos e/ou por organizações defeituosas, sendo imperioso o cumprimento, entre outras exigências: (i) das obrigações antissuborno e de probidade; (ii) de regras de governança ligadas à probidade empresarial, sempre com vistas a cumprir as diretrizes dos sistemas de *compliance* brasileiro e internacional.

Programas de *compliance* não são criaturas da Operação Lava Jato, iniciada apenas em março de 2014, ou seja, quase quinze anos depois do primeiro dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil nessa área. Mas ilustra que não basta a punição da sociedade empresária por práticas ímprobas. É preciso compelir que a sua estrutura organizacional interna seja realinhada, a fim de atender a princípios éticos e com respeito à legislação pátria, de modo a que a função social da empresa seja efetivamente cumprida e venha a ensinar a reabilitação, mesmo que haja sido declarada inidônea.

Como sintetizado em edição especial da Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (nº 60, março de 2015, p. 5):

Para efetivar-se no Brasil, essa nova cultura corporativa terá de superar alguns pontos polêmicos. Quais seriam os limites de uma investigação interna? Ainda persistem dúvidas sobre o direito de invadir e-mails, investigar contas-salário, grampear telefones ou mesmo interrogar funcionários suspeitos... a palavra delação tem, no Brasil, uma carga negativa [...] que as democracias mais modernas já superaram [...] Um controle interno mais rigoroso e esquemático, especificamente nas grandes empresas do setor privado, em suma apresenta desafios que, sob vários aspectos, são muito brasileiros. Atuar como organização ética é muito mais do que cumprir as regras: significa erradicar a cultura de tolerância. 



ARQUIVO PESSOAL

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR é desembargador e professor-coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do

Rio de Janeiro.



ARQUIVO PESSOAL

THAÍS BOIA MARÇAL é mestranda em Direito da Cidade pela UERJ. Especialista em Direito Público pela UCAM. Pós-graduada em Direito pela EMERJ.

Decadência moral, violência sexual

■ POR SÉRGIO GURGEL

O primeiro passo a ser dado pelo povo brasileiro nessa longa jornada civilizatória deve ser o de admitir que figuramos entre os povos mais rudes do planeta, embora, por interesses múltiplos, quisessem nos fazer acreditar que nossas maiores virtudes seriam a simpatia e a cordialidade.

Quando somos provocados a escrever sobre episódios de assédio sexual, estupro e outros tipos de violência contra a mulher, como os que vêm sendo noticiados pela imprensa e amplamente divulgados pelas redes sociais, o maior desafio passa a ser não se deixar trair pela falsa noção de que se trata de uma anomalia pontual que afeta a geração atual. Pretender tratar do problema do mesmo modo que age um cientista em laboratório quando isola um vírus revela-se tão ingênuo quanto inútil, pois o que nos atinge é sistêmico e se desenvolve como as engrenagens de um relógio.

Logo que um evento vira notícia nos principais jornais, o senso comum impera em todos os cantos, sendo proferido indiscriminadamente por pessoas de diferentes classes sociais. Com relação aos últimos acontecimentos envolvendo funcionários de emissoras de televisão, mais uma vez, por unanimidade, levantou-se a bandeira da educação como a única saída. Embora entoada em coro uníssono, a educação como solução não é traduzida do mesmo modo por seus defensores. Essa dissonância quanto ao seu real significado faz com que andemos em círculo, inviabilizando o entendimento sobre o mal que nos assola.

“Se a tarefa de formar o indivíduo engloba transmissão de conceitos valorativos, adentramos em um deserto infinito. Por esse motivo, nossos governantes se propõem a edificar escolas em vez de construir o indivíduo.”

Educar é incutir na consciência do indivíduo os valores considerados fundamentais pela sociedade, a fim de que seja possível o convívio de formas harmônica e pacífica. Assim sendo, o rótulo de educado não deve ser atribuído àquele que se limita a uma apresentação impecável de sua vestimenta, ou que fale em baixo tom ou se mantenha ereto perante a mesa com o guardanapo no colo. O que se deve entender como educação transcende consideravelmente a essa perspectiva. Claro que não há como admitir a polidez de um homem que se porte de forma inversa, mas é preciso avançar em uma série de outras características que não conseguiriam ser utilizadas por alguém que pretendesse disfarçar sua natureza embrutecida.

Países como Noruega e Dinamarca, sempre citados como exemplos de regiões de altíssimo grau de desenvolvimento humano, destacam-se em razão de serem constituídos por cidadãos extremamente atentos ao bem comum, cuja base de tudo é somente poder fazer aquilo que não venha ferir direito alheio. Aliás, há séculos esse ideal já havia sido consagrado pelos revolucionários franceses na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que dispõe sobre como deveria ser entendido o direito de liberdade.

No Brasil, a influência da Era das Revoluções pode ser perfeitamente constatada na Carta Magna, mas não há garantia de que possa ser encontrada fora dela. Infelizmente, em *terra brasilis*, nota-se extrema dificuldade de se promover educação, não apenas pela ausência da forma de pensar daqueles que em nome de seus povos tomaram nos campos de batalha, mas porque sequer sabemos quais seriam os nossos verdadeiros valores. Se a tarefa de formar o indivíduo engloba transmissão de conceitos valorativos, adentramos em um deserto infinito. Por esse motivo, nossos governantes se propõem a edificar escolas em vez de construir o indivíduo.

O primeiro passo a ser dado pelo povo brasileiro nessa longa jornada civilizatória deve ser o de admitir que figuramos entre os povos mais rudes do planeta, embora, por interesses múltiplos, quisessem nos fazer acreditar que nossas maiores virtudes seriam a simpatia e a cordialidade. Uma vez superada essa etapa, chegaremos à conclusão de que a pretensão de ensinar um homem a respeitar uma mulher em um país onde a cultura agoniza, equivale a entregar talheres a um primata. E, como dizia Oswald Spengler, quando a cultura morre, o dinheiro ergue-se como Deus único. No Brasil, valor é somente aquilo que pode fazer parte de uma relação de compra e venda. Todo o resto é invisível ou subjugado.

Somente em um país com grave deficiência em sua formação educacional é preciso ter placas no banheiro advertindo para não urinar nas paredes; avisos frequentes pelos autofalantes do Metrô para que os usuários não viajem com mochilas nas costas, nem sentem no chão; circulares pelos condomínios solicitando que objetos não sejam lançados pela janela, entre outras aberrações que constituem prova incontestável de selvageria. Fato que encerra de uma vez por todas a gravidade da situação na qual vivemos foi a placa que uma vez tive o desprazer de ver pregada em um parede em frente a um local onde havia uma caçamba colocada pela empresa coletora de lixo: “Favor não jogar criança!”. Naquele momento senti saudades do tempo em que o pedido era para não se jogar lixo. Entretanto, hoje voltamos ao anúncio original, pois aos olhos da sociedade não há mais muita diferença entre uma coisa e a outra.

Para efeito de avaliação sobre o nível cultural de uma nação também deve ser ponderada a legislação penal vigente. No texto embrionário do atual Código Penal

havia um título denominado *Dos Crimes Contra os Costumes* (atual título *Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*). Nele, havia uma quantidade exorbitante de delitos, o que já demonstrava a necessidade da intervenção do Direito Penal em fatos que não ocorreriam em regiões onde o respeito mútuo se fizessem presentes. Como se não bastasse, alguns tipos incriminadores traziam em seu texto a expressão “mulher honesta” para indicar o sujeito passivo do crime. Portanto, na ausência de tal qualidade da vítima, o fato seria considerado atípico, enquanto para o homem não havia qualquer distinção nesse aspecto, o que permitia presumir a austeridade masculina em qualquer circunstância. Além disso, na parte geral do mesmo diploma legal havia a previsão de causa de extinção da punibilidade pelo casamento do estupro com a sua vítima. Isso porque, na concepção do legislador, nascido na segunda metade do século XIX, e que redigiu o Código Penal vigente, a preocupação maior não se voltava para a dignidade da vítima, mas sim para a dificuldade que seu pai teria de promover-lhe um casamento tradicional diante da notoriedade do ocorrido. Alguém ainda acha que lei e justiça são a mesma coisa?

Faz tempo em que se discutiu no Supremo Tribunal Federal se a presunção de violência disciplinada no revogado art. 224 do Código Penal teria um caráter absoluto. Por incrível que pareça, houve quem defendesse a tese de que o consentimento para a relação sexual dada por uma menina com idade inferior a catorze anos não poderia ser entendida como estupro, por aplicação do instituto da violência presumida, se, porventura, ela se entregasse costumeiramente à prostituição. Esse posicionamento, ao contrário do que na época muitos imaginaram que entraria para a jurisprudência como um julgado isolado, começou a incidir copiosamente nos tribunais. Tal fato motivou o Congresso Nacional a editar a Lei nº 12.015/2009, que criou a figura do estupro de vulnerável, na qual a idade da vítima passaria ao *status* de elementar, tornando a divergência outrora debatida completamente despicienda. E assim, o legislador conseguiu se redimir dos seus antigos pecados. Alguém ainda acha que jurisprudência e justiça são a mesma coisa?

Apesar de a ciência do Direito procurar acompanhar a evolução cultural da sociedade e a dinâmica das relações sociais, nada disso seria preciso para o indivíduo educado em sua plenitude. Ele aprendeu, desde cedo, a respeitar todas as pessoas, sem qualquer consideração quanto à idade, credo, etnia, origem, nacionalidade, opinião, capacidade financeira, orientação sexual e gênero. Proveniente dessa ou daquela geração, jamais tocaria nas partes íntimas de alguém sem o prévio consentimento, independentemente da tipificação do estupro; não abusaria da sua condição de superior nas relações de trabalho para fins libidinosos, mesmo que não existisse a figura típica do assédio sexual; não proferiria palavras obscenas para quem lhe despertasse desejo sexual, ainda que ausente a previsão da importunação ofensiva ao pudor na Lei de Contravenções Penais. Em suma, quem foi privilegiado pelo acesso à educação, não se intitula machista ou feminista, prefere deixar a classificação de macho e fêmea apenas para o grupo dos animais irracionais. Dignifica-se ao se apresentar como homem ou mulher, não com o intuito de criar divisões de qualquer natureza, mas pela aceitação do desafio oferecido pela vida das duas metades se unirem novamente, na forma romântica descrita por Platão em *O Banquete*. 



ARQUIVO PESSOAL

SERGIO GURGEL é advogado criminalista; autor da Impetus Editora; professor de Direito Penal e Processo Penal; palestrante.



Conspiração contra o povo brasileiro

■ POR WÁLTENO MARQUES DA SILVA

“A voz do povo tem sido fautriz de mudanças decorrentes de concretos gestos de mobilização popular para romper com esse círculo vicioso que tende a sepultar históricas conquistas sociais. O Brasil é nosso e a luta é de todos. Ao cidadão Lula pede-se permissão para usar parcialmente o seu bordão que caiu no agrado popular para dizer “nunca antes na história deste Brasil” se viu tamanha desfaçatez e descaso com a coisa pública. Avança democracia!”

Caríssimos compatriotas,
A base angular do art. 2º da Carta Constitucional reza que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Impulsionado pelo sentimento de desolação e com perplexidade vejo a situação brasileira de integrantes dos Três Poderes, movidos por egoísmo e agindo como “senhores de feudos intocáveis”, chegar ao absurdo de sepultar a Carta Constitucional quando, na prática, transmudam os termos “independentes entre si” em criminoso praxe das “promiscuidades entre si”.

Essa escancarada miscelânea atingiu tal grau de descontrole a ponto de o cidadão não saber mais ao certo o que ocorre entre os três Poderes: quem é quem; quem pode mais ou menos; quem domina quem; quem está subjugando quem ou de quem é a responsabilidade legal e institucional por uma ou outra matéria. Como se diz no popular, panela em que muitos enfiam a colher, bom final não terá.

Com obstinada defesa dos seus próprios interesses o Poder Executivo faz escancarada ameaça de perseguições e retaliações a parlamentares que lhes negam a garantia de votos. Esses são titulados de traidores. Os parlamentares, por sua vez, sempre ávidos por recursos financeiros submetem-se ao jogo do Executivo e aí, ambos, Executivo e Legislativo, pactuam a estratégia do exercício da pressão sobre o Judiciário naquilo que lhes interessa.

Por sua vez o Judiciário avança em questões que dizem respeito aos dois Poderes, como ocorrido no episódio do julgamento do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, tramando-se a construção daquela saída política esdrúxula.

Recentes decisões e fatos provam que sob a égide da praxe dessa promiscuidade eles se entendem, acertam e alimentam o insaciável prazer pelo poder e, sem pudor, firmam compromissos de cumplicidade com a salvaguarda entre uns e outros.

Essa cruel realidade fática demonstra com solar clareza, e à saciedade, que o Poder Executivo imiscui-se no Legislativo com sanha avassaladora de modo a obter, a qualquer preço, a aprovação das pretendidas reformas, sempre ao argumento, não comprovado, de que são imprescindíveis para o Brasil. Na perspectiva dessa lógica, na calada da noite ou em adrede encontro para jantares ou atrativos que tais, pactuam os conchavos e acerto das regras do famigerado toma lá, dá cá.

Notório é que os parlamentares têm consciência de estarem patrocinando reformas que passam ao largo de qualquer mínima discussão popular, não obstante a certeza que elas atingirão de morte milhões de brasileiros.

“Farinha pouca, meu pirão primeiro” é o adágio que se lhes aplica, posto que as excrescências por eles produzidas ou patrocinadas em nada os atingirão.

Ao contrário, agindo na contramão dessas propostas, legislando em causa própria, os seus benefícios são cada vez mais garantidos em quantidade e qualidade. E é exatamente nesse conluio que em cada situação o Executivo acena que o voto favorável terá uma maior ou menor contrapartida financeira, e com essa trama urdida, o poder da influência é o medidor da valoração do benefício para cada parlamentar.

Na vizinhança, ao centro do espaço físico que acomoda os Três Poderes, hospeda-se o poderoso Legislativo, hoje irremediavelmente contaminado pela mazela da corrupção que grassa no Brasil, escancaradamente desnudada pela bem-vinda operação Lava Jato e as suas delações premiadas.

A maioria dos parlamentares submete-se ao jogo desse aliciamento do Executivo ao abrigo do pacto da reciprocidade da salvaguarda e, também, de olho na promessa da liberação de verbas para garantir benefícios para seus respectivos currais eleitorais, via aporte de recursos orçamentários e, assim, alimentam a sementeira da pretensa reeleição.

No mesmo quadrante da Praça dos Três Poderes posiciona-se o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, que dentre os seus desafios tem o mister de ser guardião da Constituição. Infelizmente, a Corte Suprema vem se revelando “porto seguro” e fonte validadora da “salvaguarda” para detentores do foro privilegiado ou de tantos outros réus e delatores. Ministros do STF não se

incomodam com a espúria intimidade nas relações entre os Poderes, dando-se agora ao luxo de pontuais presenças em viagens, jantares, reuniões residenciais e outros eventos congêneres, atraindo para si a pecha do adágio “farinha do mesmo saco”.

Para muito além da notória lentidão no julgamento de centenas e centenas de processos sob sua responsabilidade, quiçá a confirmação do assinalado estado de letargia, alguns ministros do Excelso Pretório mergulham fundo num mar de inusitadas decisões judiciais que aos seus pares e ao mundo jurídico causam estranheza e perplexidade.

Não por outra razão muitas pessoas têm ensaiado uma viagem-pensamento ao passado para expressar: “Ah! Que boas lembranças do tempo em que o STF era reconhecido e respeitado pelo conjunto de juristas da mais elevada estirpe e verdadeiramente vocacionados ao cumprimento do seu mister institucional e constitucional”. Deveras fosse esta uma irrefutável verdade, e como a democracia brasileira poderia avançar se o tempo atual não justificasse o fomento desse saudosismo!

Ao que tudo aparenta, mancomunados com ministros do Executivo e parlamentares delatados, na egrégia Segunda Turma do STF, sob o domínio da maioria, ali se tem dado abrigo ao exercício da “caneta soltura”.

Curiosamente, cresce o número de pedidos de *habeas corpus* dos asseclas beneficiários da corrupção com essas recentes decisões judiciais revogadoras de prisões preventivas decretadas por juízes de primeira instância no âmbito da operação Lava Jato.

Fazendo juízo leigo, portanto, sem adentrar no mérito se estão ou não corretas essas decisões judiciais, fato inegável é que, aos olhos da maioria da população, elas dão a nítida percepção da concessão de benesses para alguns poderosos, sendo vistas como verdadeiras “cartas de alforria”.

Delinquentes chamados de empresários e de corruptores ganham a liberdade enquanto “ladrão de galinha” divide cela superlotada Brasil afora, sem a mínima condição humana.

Quando menos fazem, alguns dos ministros, por meio de decisões monocráticas, patrocinam a obstrução processual impondo barreiras para dificultar ou impedir a profícua atuação do Ministério Público e da Polícia Federal no cumprimento das respectivas missões institucionais. Mais grave ainda é utilizarem a mídia de modo ostensivo para lançar pechas sobre os membros das aludidas instituições. Aqui, faço registro pontual à reprovável atitude de um ministro do STF no julgamento do *habeas corpus* de José Dirceu, ocorrido em 3 de maio de 2017, quando em tom raivoso e exibicionista verberou contra juízes de primeira instância e membros do Ministério Público menosprezando seus trabalhos e denegrindo suas imagens institucionais.

Verborragia é o mínimo que se diz dessa atitude frenética de um ministro do STF que, apoiado em seu jargão “somos supremos”, afirmou: “Se a Corte fosse ceder a pressão do MPF, deixaria de ser Supremo, a última instância do Judiciário. Creio que hoje o Tribunal está dando uma lição ao Brasil. Há pessoas que têm compreensão equivocada do seu papel. Não cabe a Procurador da República pressionar, como não cabe a ninguém pressionar o Supremo Tribunal Federal, seja pela forma que quiser. É preciso respeitar as linhas básicas do Estado de Direito. Quando nós quebramos isso, nós estamos semeando o embrião do viés autoritário”.

A imprensa vem divulgando com certa frequência acaloradas discussões entre ministros comprometidos com o poder-dever funcional e institucional, fato que

se tornou corriqueiro. Mas uma minoria tendenciosa e protecionista não se cansa de lançar suas pérolas no âmbito da Turma ou mesmo no curso das sessões plenárias do STF. O bate-boca de baixo nível virou coisa comum. A disputa do mais saber deu espaço ao mais querer ou demonstração de poder. E tudo isso se projeta como péssimo exemplo para a sociedade. Chegou ao ponto de um ministro afirmar publicamente e diante dos seus pares que o Pretório estava “destruindo a credibilidade da Justiça brasileira”.

O resultado de tudo isso é a mácula e o descrédito que o próprio STF atraiu para si. Para captar o sentimento de como a sociedade está percebendo a atuação do Supremo Tribunal Federal não mais é preciso pesquisa alguma, basta um simples passeio pelas redes sociais para constatar, com imensa tristeza, que seus ministros dão inspiração às charges e chacotas com achincalhamento e desmoralização. Ora, não é esta então uma realidade preocupante para um Tribunal que até pouco tempo era motivo de orgulho para alguns dos seus ministros e para o povo brasileiro?

Então, a pergunta que não quer calar é: será mesmo que tudo isso acontece em nome do bom direito e da responsável interpretação e aplicação da Carta Magna e da legislação infraconstitucional? Ou isso ocorre por imperiosa necessidade da blindagem a delatados e condenados presos preventivamente em razão de haver grande receio de a Lava Jato alcançar as raias do território do STF?

Nessa perspectiva não se perde de vista que as situações de Eduardo Cunha e Palocci são tão preocupantes quanto a de José Dirceu, haja vista o impacto que a delação possa provocar no âmbito dos Poderes em Brasília.

Diante dessa potencial ocorrência como se comportará o STF se eles fecharem acordo de delação premiada para colocar a boca no trombone? Com certeza, a terra vai estremecer e não ficará pedra sobre pedra.

A propósito, vale dizer que outrora os advogados de Eduardo Cunha ingressaram com pedidos de *habeas corpus* objetivando a sua liberação, mas foram negados pelo próprio STF e também pelo Superior Tribunal de Justiça. É fato que as permanências de Cunha e Palocci na prisão significam fogo na fogueira, e isso só faz aumentar a pressão para uma colaboração com a Justiça.

É exatamente neste ponto que reside o medo e a razão da insônia de muitos. Suas delações poderão atingir expressivo número de autoridades no cenário político nacional e, também, no Judiciário. Se isso realmente se concretizar a situação vai mesmo pegar fogo, pois há quem as denominou de “bomba-mãe”, com poder de fogo incalculável. Vamos aguardar o desenrolar dos futuros passos em Curitiba e no âmbito do STF.

Nesse contexto, resta evidente que não pode ser ignorado que a vida em sociedade é movida por necessárias mudanças, pois quase tudo está e sempre esteve numa dinâmica da busca do melhor para o povo. Esta é a sensata lógica que deve ser perseverantemente perseguida. As situações mudam, as pessoas mudam, o contexto muda, as leis mudam, enfim tudo, em um dado momento, pode e precisa mudar.

Aliás, essa é uma realidade irrefutável, nada tenho contra necessárias mudanças em todos os sentidos e segmentos da sociedade, desde que sejam plausíveis, precedidas de minucioso estudo técnico e amplo debate democrático com a população, demonstrando-se, de modo insofismável, que são verdadeiramente direcionadas ao bem comum e não à minoria.

Nessa perspectiva, em relação a temas essenciais como as reformas trabalhista, previdenciária e política, calorosamente defendidas e perseguidas pelo Poder

Executivo como “menina dos olhos” para garantir o equilíbrio das contas públicas e assegurar a governança do país, há que se ter maior cautela, exatamente porque envolvem a dura pena da retirada de históricas conquistas sociais.

Reza a Carta Magna que o poder emana do povo. Ora, se democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, é evidente, então que o povo é o princípio e o fim. Consequentemente, o povo é quem deve legitimar essas reformas, não apenas ser seu mero destinatário. E não se diga que para essa finalidade o povo está representado naquele Parlamento pelos candidatos eleitos, pois já de muito tempo o corporativismo e a defesa de interesses pessoais ou grupais são desvios da legitimidade dessa representação. A perversa realidade existente é que grande maioria do Parlamento é constituída por empresários que legislam em causa própria, em detrimento do povo.

Por conseguinte, se o que se quer verdadeiramente é dar transparência e obter êxito nessas iniciativas legiferantes, temas de grande envergadura jamais podem ser colocados em apreciação e votação plenária com base nas exclusivas discussões *interna corporis*, patrocinadas no âmbito de pequenos feudos, mas, sim, mediante amplo, democrático e transparente debate com foco no que realmente se propõe a mudar. Ninguém gosta e nem merece “levar gato por lebre”.

Não subestimem ou ignorem as manifestações contrárias ocorridas em recentes movimentos populares, sinalizando que são turbulentas essas questões. Portanto, ainda são “verdes” e distantes de um ponto de amadurecimento e de convergência para deliberação. Aliás, isso foi duramente sustentado em posicionamentos técnicos por inúmeros especialistas que, categoricamente, fizeram apontamentos dos graves equívocos e inconsistências nas propostas legislativas.

Nesse contexto, para afastar a ocorrência do adágio “farinha pouca, meu pirão primeiro”, uma vez comprovado o polêmico mérito dessas matérias o bom senso impõe maior dose de cautela para assegurar amplo, democrático e transparente debate. É nesse cenário participativo que o Executivo, Legislativo, Judiciário, instituições públicas e privadas dos diversos segmentos, poderão contribuir efetiva e decisivamente para o enriquecimento do debate para defesa dos seus posicionamentos, obviamente, sempre focando o interesse maior: o povo; nesse caso particular, fim e princípio de tudo.

Mesmo em tempo de perplexidade, incerteza, insegurança jurídica motivada pelo descortino dessa histórica praxe corruptiva, da escancarada prática do toma lá, dá cá e da promiscuidade entre os Poderes, acredito que não se permitirá que os asseclas roubem os sonhos e a esperança do povo brasileiro, menos ainda, que sufoquem o poder e a força do movimento popular.

A voz do povo tem sido fatriz de mudanças decorrentes de concretos gestos de mobilização popular para romper com esse círculo vicioso que tende a sepultar históricas conquistas sociais. O Brasil é nosso e a luta é de todos. Ao cidadão Lula pede-se permissão para usar parcialmente o seu bordão que caiu no agrado popular para dizer “nunca antes na história deste Brasil” se viu tamanha desfaçatez e des-caso com a coisa pública. Avança democracia! 



WÁLTENO MARQUES DA SILVA é advogado e pós-graduado em Administração de Recursos Humanos - ARH pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-DF.

Desconsideração inversa da pessoa jurídica no âmbito das obrigações alimentares

■ POR MARCO AURÉLIO RIBEIRO

“É plenamente possível e viável a aplicação da desconsideração inversa da pessoa jurídica ao devedor de alimentos, tudo com o amparo no poder-dever de polícia instituído pela norma processual disposta no art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, bem como o amparo material no art. 50 do Código Civil, desde que frustradas as demais medidas de satisfação e, ainda, implementados os requisitos para tanto, a fim de alcançar o patrimônio social da entidade abstrata.”

Não se olvida e nem é ponto controverso que o dever de sustentar os filhos menores é, num primeiro momento, dos pais, conforme sugerem os arts. 227 e 229 da Constituição Federal, o art. 2º da Lei nº 5.478/1968, bem como os arts. 1.630, 1.634 do Código Civil, persistindo tal obrigação se o alimentando, mesmo maior de idade, comprovar a necessidade, conforme se extrai dos arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil.

Lembra, com inteira razão, Yussef Said Cahali (1999, p. 15), que o ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção e como tal segue o seu fadário até



o momento que lhe foi reservado como derradeiro. Nessa dilação temporal – mais ou menos prolongada – a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida.

A lei civil confere aos filhos menores a faculdade de pleitear dos pais, quando separados, verba alimentar na proporção dos recursos auferidos pelos genitores (art. 1.703, CC), não trazendo à tona um conceito, mas tão somente os requisitos para tanto, balizado, em suma, no binômio necessidade-possibilidade. Nos dizeres de Silvio Rodrigues (2004):

Alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra alimentos tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui trata-se não só do sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica, em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

Enfim, o direito aos alimentos materializa-se como garantia fundamental ao direito à vida e, ainda, uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana, conforme a exegese, respectivamente, dos arts. 5º, *caput*, e 1º, III, da Constituição Federal.

Como é sabido e já alinhavado, na fixação dos alimentos o legislador estabeleceu o norte a ser observado, em que o juiz ao condenar o devedor o fará levando em conta as possibilidades deste e as necessidades do credor, sem perder de vista que a obrigação, no caso dos filhos menores, é de ambos os genitores.

Sendo assim, uma vez fixados os alimentos nasce ao filho o direito justo e a expectativa de percepção da obrigação alimentar para satisfação de suas necessidades essenciais à manutenção da vida e de sua dignidade.

No entanto, no dia a dia forense e, ainda, no cotidiano social não é raro nos depararmos com o descumprimento da obrigação alimentar agravado pelos subterfúgios usados pelo devedor de alimentos para se furtar ao cumprimento de suas eventuais obrigações.

Deste modo, sem olvidar outras formas de frustração da adimplência colhe-se que se encontra comum nos depararmos com devedores que nada possuem diretamente em seu nome, porém o possuem indiretamente em nome de pessoa jurídica da qual participa.

Neste ponto, para satisfazer a obrigação alimentar e, por seu turno, garantir os direitos fundamentais à vida e à dignidade humana entendemos que abrir-se-ia ao credor (no caso o filho), com fulcro, ao meu sentir, na teoria da desconsideração inversa da pessoa jurídica, a possibilidade de se invadir o patrimônio da empresa por dívidas contraídas por um de seus sócios, ou seja, é admitido desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigações assumidas por um ou mais sócios, utilizando-se como base jurídica o disposto no art. 50 do CC, o qual dispõe que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas

relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas.

Assim, analisar-se-ia ao inverso a desconsideração da pessoa jurídica, voltando-se os olhos para que fosse utilizado de forma abusiva, evidenciando-se que o devedor imbuído de má-fé pratica fraude ao desviar o patrimônio pessoal para a pessoa jurídica, tudo com o intento de impedir a personificação pessoal e frustrar o cumprimento de obrigações.

Nesse sentido, porém devendo ser feita a leitura sob o prisma inverso, transcrevemos ensinamentos de Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 157):

Com a intenção de impedir que a personificação jurídica seja instrumento para assegurar a impunidade de atos sociais fraudulentos, a jurisprudência passou a adotar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também chamada de superação e da penetração. Esta consiste em colocar de lado episodicamente a autonomia patrimonial da sociedade, possibilitando a responsabilização direta e ilimitada do sócio por obrigação que, em princípio, é da sociedade. Afasta-se a ficção para que aflore a realidade [...] O Juiz, constatando a evidência de fraude, desconsidera a personalidade jurídica da sociedade e determina a constrição dos bens particulares dos sócios que se valeram daquela.

Assim sendo, a finalidade da desconsideração inversa seria, em suma, coibir fraudes, o abuso de direito e, principalmente, o desvio de bens, ou seja, o sócio devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual tem controle total, esvaziando seu patrimônio pessoal, mas usufruindo daquele que está sob a propriedade da sociedade, já que ao integralizar totalmente a pessoa jurídica passa a exercer a atividade em seu nome, com o objetivo de fraudar terceiros. Nesse sentido, recentemente o próprio Superior Tribunal de Justiça assim entendeu:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). EXECUÇÃO. UTILIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DIVERSA PARA FRUSTRAR PENHORA DE COTAS. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DE FATURAMENTO. CABIMENTO. PERCENTUAL DE 30% RAZOABILIDADE. PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. 1. Controvérsia acerca da penhora de 30% do faturamento de empresa utilizada para frustrar anterior penhora de cotas sociais. 2. Necessidade de atendimento a três requisitos para a penhora de faturamento: (a) inexistência de bens penhoráveis suficientes ou existência apenas de bens de difícil liquidez; (b) nomeação de administrador; (c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade empresarial. Precedentes. 3. Mitigação dos requisitos (a) e (c) do item anterior nas hipóteses em que a personalidade jurídica da empresa é utilizada para frustrar a satisfação do crédito exequendo. Julgado específico desta Corte Superior. 4. Manutenção do percentual em 30% do faturamento para garantir a efetividade da tutela satisfativa. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (Recurso Especial nº 1.382.344/PR (2013/0134388-6), 4ª Turma do STJ, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.05.2016, DJe 17.05.2016).

Pois bem. No caso do devedor de alimentos com maior razão se justifica a aplicação do instituto em questão, de modo a evitar que o devedor se furte de suas obrigações e, conseqüentemente, garanta os direitos à vida e à dignidade humana do infante. Nesse sentido, especificamente na seara familiar, colhe-se o aresto a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA DO EXECUTADO. POSSIBILIDADE. MEIO A DAR EFETIVIDADE À EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO A QUO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica se caracteriza pelo “afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador”, razão pela qual tem sido aplicado no Direito de Família, como forma de dar eficácia às ações de alimentos. 2. À unanimidade, agravo de instrumento conhecido e desprovido nos termos do voto do relator (Agravo de Instrumento nº 00276878320038140301 (155042), 1ª Câmara Cível Isolada do TJPA, Rel. Leonardo de Noronha Tavares. j. 14.12.2015, DJe 08.01.2016).

Não é demais asseverar ainda que a desconsideração inversa da pessoa jurídica deve ser aplicada em casos excepcionais e, depois de esgotadas outras formas de satisfação do débito, aos devedores que blindam seu patrimônio para não quitarem suas dívidas em prejuízo dos credores, cabendo ao magistrado, conforme determina o art. 139 do novo Código de Processo Civil, usar de seus poderes de polícia a fim de concretizar a efetividade da medida e o resultado útil do processo.

Com o advento do novo Código de Processo Civil percebe-se uma ampliação dos poderes de polícia do magistrado, os quais se transmudam em um poder-dever jurisdicional, já tendo o próprio Supremo Tribunal Federal, na ADPF 172-MC-REF, de relatoria do ministro Marco Aurélio, reconhecido que a jurisdição insere poderes-deveres que são inatos ao juiz.

Nesse vértice são as lições de Paulo Rubens Salomão Caputo (2016);

Fica evidente, nestes casos, o reforço de que os poderes jurisdicionais são moderados, voltados ao fim maior do Estado-jurisdição: produção da norma concreta, implementação do *justo concreto*, mediante um processo amparado pela autoridade do Estado nas quais investido o Juiz, mas somente mediante um processo devido, marcado pela isonomia de oportunidades e pela dialogicidade cooperativa entre todos os sujeitos nele envolvidos.

Portanto, é plenamente possível e viável a aplicação da desconsideração inversa da pessoa jurídica ao devedor de alimentos, tudo com o amparo no poder-dever de polícia instituído pela norma processual disposta no art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, bem como o amparo material no art. 50 do Código Civil, desde que frustradas as demais medidas de satisfação e, ainda, implementados os requisitos para tanto, a fim de alcançar o patrimônio social da entidade abstrata.

REFERÊNCIAS

- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CAPUTO, *Novo Código de Processo Civil Articulado: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo*, Leme (SP): JH Mizuno, 2016.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. v 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2004. 



MARCO AURÉLIO RIBEIRO é promotor de Justiça Titular da Promotoria Especializada de Defesa dos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Acre.

A CLT realmente mudou nos últimos 74 anos?

■ POR EDUARDO PASTORE

“As 500 mudanças indicam que há leis detalhando leis; portarias com força de leis; leis que expandem leis, sem provocar qualquer alteração na estrutura da CLT. O mercado de trabalho mudou ao longo dos últimos 74 anos, mas a CLT não, salvo raríssimas exceções.”

Alguns defendem a tese de que a Consolidação das Leis do Trabalho não precisa de mudanças, uma vez que já teria sofrido, ao longo dos seus 74 anos de vida, inúmeras alterações. Os defensores desta tese alegam que não há por que se falar, por exemplo, de alteração legislativa da CLT por meio do Projeto de Lei nº 6.787/2016 – Reforma Trabalhista. O objetivo deste estudo é identificar se tal argumento é, ou não, procedente.

Uma análise das 500 alterações sofridas pela CLT nos últimos 74 anos trouxe a seguinte conclusão: é verdade que a CLT tem sofrido inúmeras mudanças ao longo de seus 74 anos de vida. Não se negue este fato. Por este motivo, foram analisadas as modificações no referido período, avaliando em que medida inovaram ou preservaram a filosofia legalista, estatutária e rígida da CLT.

MUDANÇAS INOVADORAS

Mudanças inovadoras são aquelas que flexibilizam a rigidez da CLT. São as mudanças que possibilitaram as partes, empregados e empregadores a negociarem seus interesses através de acordos ou convenções coletivas de trabalho, considerando o princípio da autonomia coletiva.

No contexto das 500 mudanças sofridas pela CLT nos últimos 74 anos, considerando a linha de corte em 1988 (promulgação da Constituição Federal), foram identificadas cinco mudanças inovadoras, quais sejam:

1. a Lei de Participação nos Lucros e nos Resultados (Lei nº 10.101/2000), a qual permite que as



partes, através de acordo ou convenção coletiva de trabalho, estipulem regras de participação dos lucros ou resultados das empresas;

2. a Lei das Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9.958/2000), a qual permite que as partes, sindicatos de empregados e de empregadores, solucionem os conflitos trabalhistas por meio de entendimento direto e fora do âmbito da Justiça do Trabalho;

3. a Lei do Banco de Horas (Lei nº 9.601/1998), a qual permite que sindicatos patronais e de trabalhadores negociem a troca de horas trabalhadas por horas não trabalhadas através de um sistema negociado de compensação de horas acumuladas;

4. a Lei do Contrato por Prazo Determinado (Lei nº 9.601/1998), a qual permite que através de convenções ou acordo coletivos as partes utilizem o contrato por prazo determinado;

5. a Medida Provisória nº 761/2016, Programa de Seguro Desemprego, antigo Programa de Proteção ao Emprego, a qual permite que as partes negociem a redução salarial com as empresas em dificuldades econômicas.

MUDANÇAS PRESERVADORAS

Ao lado das cinco mudanças inovadoras, que confiam na negociação como método de apaziguamento de interesses e de resolução das divergências entre empregados e empregadoras, há uma imensidão de mudanças que simplesmente reforçaram o caráter estatutário da CLT, segundo o qual a única forma de regular o mundo do trabalho é por meio da lei, denominadas mudanças preservadoras.

As mudanças preservadoras são limitadoras à negociação coletiva, visto serem impostas via legislação. Este estudo mostra que, na relação das 500 mudanças sofridas pela CLT nos últimos 74 anos, há leis, medidas provisórias, portarias e decretos legislativos com o objetivo de alterar a CLT, porém mantendo seu caráter estatutário, o que, na prática, não mudou sua estrutura.

Na verdade, a natureza jurídica das mudanças preservadoras promovidas na CLT provocou uma super-regulação legal relações de trabalho, impedindo que os sindicatos patronais e laborais participassem da modernização das leis do trabalho, que poderia acontecer pela valorização da negociação coletiva, onde acreditamos ser o ambiente ideal para se promover estas alterações.



As mudanças preservadoras têm como premissa a identificação da hipossuficiência, tanto de empregados quanto de empregadores, impingindo-lhes, por este motivo, regras rígidas de comportamento, em que a autonomia da vontade coletiva é simplesmente ignorada. Este é um fenômeno típico da CLT e do Direito do Trabalho no Brasil, onde o Estado interfere nas relações entre empregados e empregadores, relativizando a manifestação livre das partes, mesmo que se dê através de sindicatos, no Direito Coletivo do Trabalho.

Com exceção destes poucos exemplos citados das mudanças inovadoras, as mudanças preservadoras, como o nome diz, pouco mudaram a “filosofia” da CLT, qual seja, de uma super-regulação via legislativa, com muita intervenção e pouca negociação.

O que se notou, na conclusão final deste estudo foi que, na verdade, as 500 mudanças sofridas pela CLT nos últimos 74 anos pouco a alteraram.

O PARADOXO

É certo que o Direito do Trabalho se funda no princípio da proteção ao hipossuficiente, partindo do pressuposto que as partes envolvidas em um contrato de trabalho (empregados e empregadores) estão em desigualdade jurídica decorrente de sua desigualdade econômica (ARAÚJO, 2003, p. 183).

Da mesma forma, o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da autonomia privada coletiva, possibilitando que empregados e empregadores construam normas observando a peculiaridade de seus interesses econômicos e sociais. Neste contexto, o que se leva em consideração é a peculiaridade do ambiente laboral (RUPRECHT, 1995, p. 85).

A Constituição Federal de 1988 incorporou os estímulos à negociação coletiva. Trouxe o princípio tutelar do Direito do Trabalho no âmbito da autonomia privada coletiva, onde a hipossuficiência do empregado é relativizada.

O princípio da autonomia coletiva está consagrado no art. 7º, VI, XIII, XIV, XXVI e art. 8º, VI da CF/1988. Lá está a primazia dos acordos e convenções coletivas valorando a autonomia da vontade coletiva, uma vez que autoriza as partes a estabelecerem normas jurídicas específicas e adequadas ao ambiente de trabalho.

A Constituição Federal de 1988, valoriza negociação coletiva, considerando-a uma:

Ferramenta de diálogo utilizada para se firmar um instrumento coletivo (convenção ou acordo coletivo) com o objetivo de estabelecer normas, direitos, obrigações, rotinas, entre outros, combinados entre empresas e trabalhadores, de modo a ajustar os interesses das partes envolvidas, além de propiciar satisfação dos trabalhadores e maior competitividade às empresas” (Negociações Coletivas: valorizar para modernizar – Mapa Estratégico da Indústria 2013/2022 – Uma Agenda para a Competitividade – Volume 9).

Nesse sentido, o Brasil ratificou as Convenções nº 98 e nº 154 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que destacam a necessidade de os países valorizarem e fomentarem a negociação coletiva como mecanismo de harmonização das relações entre empregados e empregadores.

Os arts. 5º e 8º da Convenção nº 154 estabelece que:

Art. 5º

1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

- a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção;
- b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os anexos *a, b e c* do art. 2 da presente Convenção (a – fixar as condições de trabalho e emprego; b – regular as relações entre empregadores e trabalhadores; c – regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez);
- c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;
- d) a negociação coletiva não seja impedida devido a inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas;
- e) os órgãos e procedimentos de resolução de conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva.

[...]

Art. 8º As medidas previstas com o fito de estimular a negociação coletiva não deverão ser concebidas ou aplicadas de modo a obstruir a liberdade de negociação coletiva.

Já a Convenção nº 98 da OIT, em seu art. 4º, estabelece:

Art. 4º Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.

A Constituição Federal, em seu art. 7º, XIII, permite a redução da jornada de trabalho através de negociação coletiva.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

Já em seu art. 7º, VI, a Constituição Federal permite que se negocie o mais sagrado dos direitos sociais do empregado, qual seja, seu salário.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

Como se pode notar, a Constituição Federal de 1988 abarcou o caráter protetor do Direito do Trabalho, preservando as hipossuficiências jurídica e econômica do empregado em relação ao seu empregador, porém relativizando-a ao afirmar que trabalhadores e empregadores, por meio de seus sindicatos, podem, inclusive, negociar direitos de natureza alimentar – salário –, bem como no âmbito da saúde e segurança do trabalho a jornada de trabalho. Este fato demonstra que a Carta Magna valoriza sobremaneira a autonomia privada coletiva, mas no sentido contrário a legislação ordinária, representada pela Consolidação das Leis do

Trabalho, limita sobremaneira a negociação coletiva, determinando o estabelecimento cogente de comportamento, praticamente impedindo as partes de negociarem os seus interesses através de sindicatos.

Note-se que a legislação trabalhista – de caráter individual – visa a proteger o hipossuficiente, o que se louva e reconhece. Porém, relativiza esta mesma hipossuficiência ao permitir, através de negociação coletiva – caráter coletivo – que o conjunto de trabalhadores negocie, por exemplo, as reduções da jornada de trabalho e do salário. É o fenômeno da hipersuficiência da hipossuficiência, um dos mais instigantes paradoxos do Direito do Trabalho, em que se autoriza uma macro negociação constitucional de direitos sociais de suma importância e se limita micro negociações legais de direitos sociais relevantes, mas não tão carregados de significados social e psicológico quanto as reduções de salários e de jornada de trabalho.

O Brasil é signatário da Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho, que diz em seu art. 1º que “A presente Convenção aplica-se a todos os ramos da atividade econômica”.

O normativo da OIT integra, como se sabe, o ordenamento jurídico constitucional, aderindo automaticamente a este. O art. 7º da Constituição Federal, em seu inciso XXVI, reconhece a negociação coletiva como fonte de Direito Trabalhista, indicando que as partes podem e devem negociar livre e autonomamente o que lhes convier – segurança jurídica.

Temos, mais uma vez, uma Constituição que prevê a redução de direitos sociais considerados sagrados para o trabalhador, porém a Consolidação das Leis do Trabalho limita profundamente o princípio da autonomia da vontade coletiva, salvo nas cinco mudanças inovadoras ocorridas na CLT nos últimos 74 anos, as quais demonstramos no início deste trabalho.

Avançando na reflexão proposta, considerando a interpretação sistemática do Direito do Trabalho, poder-se-ia concluir que só é possível e admissível a negociação coletiva de reduções de salários e de jornada por meio de negociação coletiva, já que no Direito Coletivo do Trabalho não há a hipossuficiência do empregado, visto que este não negocia individualmente com seu empregador os seus interesses.

É o princípio da autonomia coletiva que permite concluir, reiterando, que não há a hipossuficiência do empregado no Direito Coletivo do Trabalho. Tanto é assim que a Constituição Federal permite que sindicatos negociem tanto a redução de salários como a de jornada de trabalho. Se assim não fosse, certamente não teria autorizado.

A legislação ordinária (CLT), ao que parece, colide com o princípio do art. 7º da Constituição Federal. A reflexão que se faz é: se é possível negociar o “mais”, por que há limite para negociar “o menos”?

Outro importante fato constatado na análise das 500 mudanças sofridas pela CLT nos últimos 74 anos é que as alterações consistem em leis regulando leis, medidas provisórias regulando medidas provisórias, ou seja, foram editadas leis para explicar leis, o que certamente não apresenta mudanças na estrutura da CLT no que se refere ao estímulo à negociação coletiva, muito menos à mudança da “filosofia” da CLT, que é a de regular tudo através de leis.

Infelizmente, as 500 mudanças sofridas pela CLT nos últimos 74 anos não foram inovadoras, mas sim preservadoras. Se as mudanças inovadoras tivessem ocorrido elas deveriam seguir o princípio da valorização constitucional das negociações coletivas, fato inexistente, a não ser nas tais cinco medidas inovadoras apontadas.

A legislação ordinária trabalhista vai no sentido contrário do estabelecido pelos mandamentos constitucionais, os quais permitem, inclusive, que sejam objeto de negociação coletiva o mais sagrado direito social do trabalhador: o salário.

Outro aspecto importante da análise das 500 mudanças ocorridas na CLT é que muitas delas tratam de mudanças voltadas para o processo do trabalho. Outras são leis explicando leis, medidas provisórias esclarecendo medidas provisórias, leis de Direito Sindical – direito de sindicalização – dispendo sobre ausência do empregado no trabalho, pagamento de verbas rescisórias, entre outras que não mudam a estrutura da CLT. Na verdade, são pseudomudanças.

CONCLUSÃO

A análise das 500 mudanças sofridas pela CLT nos últimos 74 anos nos permite concluir que:

a) persiste a filosofia da CLT de se regular todo o trabalho humano por meio de leis rígidas e detalhistas, que não comportam ajuste através de negociação.

b) as 500 mudanças indicam que há leis detalhando leis; portarias com força de leis; leis que expandem leis, sem provocar qualquer alteração na estrutura da CLT.

c) o sistema de hiper-regulação da CLT foi mantido e expandido, ainda que tenha havido algumas poucas mudanças nos últimos 74 anos. A filosofia intervencionista do Estado nas relações de trabalho não mudou.

d) o mercado de trabalho mudou ao longo dos últimos 74 anos, mas a CLT não, salvo raríssimas exceções, como as leis acima citadas nas mudanças inovadoras.

ALGUNS EXEMPLOS DE MUDANÇAS PRESERVADORAS DA FILOSOFIA INTERVENCIONISTA DA CLT

Decreto nº 7.944/2013 – promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da OIT.

Lei nº 12.761/2012 – institui o Programa de Cultura do Trabalhador; cria o vale-cultura.

Lei nº 12.619/2012 – dispõe sobre o exercício da profissão de motorista.

Lei nº 12.594/2012 – institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional

Lei nº 12.551/11- altera o art. 6º da CLT / equipara os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos.

Lei nº 12.506/2011 – concede o aviso prévio na proporção de 30 dias aos empregados com até um ano de serviço na mesma empresa.

Lei nº 12.44/2011 – institui a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

Lei nº 12.437/2011 – altera o art. 791 da CLT. Constituição de advogado em audiência.

Lei nº 14.405/2011 – faculta a elaboração de cálculos de liquidação complexos por perito e autoriza o arbitramento da respectiva remuneração.

Lei nº 12.347/2010 – revoga o art. 508 da CLT. Justa causa do empregado bancário (falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis).

Lei nº 12.275/2010 – processo do trabalho – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação.

Lei nº 12.198/2010 – dispõe sobre a profissão de repentista – acrescenta ao quadro de atividade do art. 577 da CLT.

Lei nº 12.925/2009 – altera o art. 830 da CLT/ prova no processo do trabalho. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Lei nº 12.788/2008 – dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lei nº 11.648/2008 – dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a CLT.

Lei nº 11.644/2009 – impede a exigência de comprovação de experiência prévia por tempo superior a seis meses.

Lei nº 11.495/2007 – dispõe sobre o depósito prévio em ação rescisória. Altera o art. 836 da CLT.

Lei nº 11.304/2006 – altera o art. 473 da CLT. Permite a ausência do trabalhador ao serviço, sem prejuízo do salário, na hipótese de participação em reunião oficial de organismo internacional ao qual o Brasil seja filiado.

Lei nº 11.295/2006 – altera o art. 526 da CLT, estabelecendo o direito de sindicalização para o empregado de entidade sindical.

Lei nº 5.598/2005 – regulamenta as funções de aprendizes.

Lei nº 11.180/05 – institui o Projeto Escola de Fábrica, autoriza a concessão de bolsas de permanência a estudantes beneficiários do Programa Universidade para Todos PROUNI.

Lei nº 10.820/2003 – dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento para empregados.

Portaria nº 1.012/2003 – estabelece procedimentos para a comprovação da condição de entidade sindical sem fins lucrativos para a isenção de contribuição sindical patronal.

Lei nº 10.270/2001 – altera o art. 29 da CLT, para proibir anotações desabonadoras na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Lei nº 10.225/2001 – revoga o art. 376 da CLT para permitir a realização de horas extras por mulheres.

Lei nº 10.218/2001- acrescenta dispositivos ao art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho. O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado.

Lei nº 7.189/1984 – altera o art. 370 da CLT. É permitido o trabalho noturno da mulher maior de 18 anos, salvo em empresas ou atividades industriais.

Lei nº 7.093/1983 – acrescenta parágrafo único ao art. 488 da CLT dispondo sobre o horário no período de aviso prévio. É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das duas horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por um dia.

Lei nº 6.637/1979 – altera o art. 225 da CLT. A duração normal de trabalho dos bancários poderá ser excepcionalmente prorrogada até oito horas diárias, não excedendo de quarenta horas semanais, observados os preceitos gerais sobre duração do trabalho.

Lei nº 10.272/2001 – altera a redação do art. 467 da CLT, que dispõe sobre o pagamento de verbas rescisórias em juízo. Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.

Lei nº 10.243/2001 – acrescenta parágrafo único ao art. 58 da CLT. Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.

Lei nº 10.097/2000 – altera o art. 403 da CLT. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Lei nº 9.853/1999 – acrescenta inciso ao art. 473 da CLT, permitindo ao empregado faltar ao serviço, na hipótese que especifica, pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a juízo.

Lei nº 9.471/1997 – acrescenta inciso ao art. 473 da CLT. O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário, nos dias em que estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior.

Lei nº 9.270/1996 – acrescenta inciso ao art. 659 da Consolidação das Leis do Trabalho. Concede medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

Lei nº 9.022/1995 – altera os arts. 846, 847 e 848 da CLT, que dispõem sobre procedimentos a serem adotados na audiência inaugural das Juntas de Conciliação e Julgamento. O Estado regulando o comportamento das partes e do juiz na audiência trabalhista.

Lei nº 9.013/1995 – altera o art. 322 da CLT. No período de exames e no de férias escolares é assegurado aos professores o pagamento, na mesma periodicidade contratual, da remuneração por eles percebida, na conformidade dos horários, durante o período de aulas.

Lei nº 9.016/1995 – acrescenta parágrafos ao art. 133 da Consolidação das Leis do Trabalho. Para os fins previstos no inciso III deste artigo a empresa comunicará ao órgão local do Ministério do Trabalho, com antecedência mínima de quinze dias, as datas de início e fim da paralisação total ou parcial dos serviços da empresa, e, em igual prazo, comunicará, nos mesmos termos, ao sindicato representativo da categoria profissional, bem como afixará aviso nos respectivos locais de trabalho.

Lei nº 8.949/1994 – acrescenta parágrafo ao art. 442 da CLT para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados.

Lei nº 8.921/1994 – dá nova redação ao inciso II do art. 131 da CLT. Não será considerada falta ao serviço, para os efeitos do artigo anterior, a ausência do empregado: durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social. 

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho, uma perspectiva democrática*. São Paulo: LTr, 2003.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*, trad. Edílson Alkmin Cunha, São Paulo: LTr, 1995.



ARQUIVO PESSOAL

EDUARDO PASTORE é advogado trabalhista e Mestre em Direito Social pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

“Desafio da **Baleia Azul**”: o jogo do suicídio – proteção e aspectos jurídicos

■ POR JOSÉ ANTONIO MILAGRE



“As vítimas do crime digital ou seus pais podem realizar a quebra de sigilo informático judicialmente, com base no Marco Civil da Internet, por meio de um advogado especializado ou mesmo autoridade policial, para identificar os cibercriminosos que, se identificados, podem responder por lesão corporal grave, caso as vítimas tenham se mutilado ou praticado “cutting”.”

Imagine um jogo *online* em que a dinâmica é desafiar jovens a experimentar desafios insanos, os quais colocam a própria vida em risco. Esta é a dinâmica do “Desafio da Baleia Azul”, um jogo em que alguém manipula e dá ordens para serem cumpridas pelo jogador. Crianças e jovens estão sendo coagidas a participar do game no Facebook e até mesmo no WhatsApp. Para participar é necessário ser convidado. Conforme vai cumprindo as “missões”, o usuário deve postar nas redes sociais. Existem missões como “assistir filmes de terror na madrugada”, “riscar a pele com faca”, dentre outras.

Estima-se aproximadamente 50 missões, sendo a última a prática do suicídio. O jogo ganhou popularidade na Rússia, vitimando mais de 100 jovens e já tem usuários no Brasil. Além disso, existe o risco de ameaça de criminosos com os dados pessoais de jovens, fazendo com que façam ou deixem de fazer algum ato. Não é de hoje a paixão de jovens por desafios *online*. Por outro lado, igualmente, muitos “desafios” constituem-se em instrumentos de práticas criminosas.

Na França, por exemplo, o governo tem feito uma campanha com a *hashtag* #bluewhalechallenge publicando, inclusive, a mensagem: “Nenhum desafio merece que você arrisque sua vida”. No Brasil, a polícia já investiga casos de uso do jogo por jovens. O desafio é repassado por meio de grupos e mensagens no WhatsApp e no Facebook.

A abordagem no Brasil se dá em redes sociais, onde o criminoso ou “curador” apresenta dados pessoais e até mesmo o IP de jovens e os constringe a participar do desafio. De se destacar que normalmente são jovens fragilizados, muitas vezes coagidos e constringidos com a divulgação de informações pessoais que, na verdade, já são públicas, mas eles sequer atentam a este fato.

O alerta é conscientização! Converse com seu filho, aluno, colega, amigo e alerte sobre os riscos e para que o diálogo ocorra caso sejam constringidos ou coagidos a participarem do desafio. As vítimas do crime digital ou seus pais podem realizar a quebra de sigilo informático judicialmente, com base no Marco Civil da Internet, por meio de um advogado especializado ou mesmo autoridade policial, para identificar os cibercriminosos que, se identificados, podem responder por lesão corporal grave, caso as vítimas tenham se mutilado ou praticado “cutting”.

O criminosos virtuais também podem responder por indução ou instigação ao suicídio, caso as vítimas efetivamente deem cabo da própria vida. A pena pode chegar a seis anos de reclusão, de acordo com o art. 122 do Código Penal.

Se as pessoas por trás do desafio forem menores, cometerão ato infracional, sujeitando-se às penalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já no aspecto cível, as famílias e vítimas poderão ingressar com ação reparatória pelos danos causados, que serão ressarcidos pelos pais dos menores manipuladores ou curadores por trás do game, ou pelos próprios criminosos, se maiores. Informe-se e informe, esclareça sobre a demência de desafios desta natureza e, principalmente, esteja ciente de que as provas do assédio ou da participação no jogo estão nos meios eletrônicos, momento em que é importante preservar as evidências, *chats* ou mesmo recuperá-las, se apagadas, para que possam servir de base para eventual medida para apurar autoria e responsabilizar os criminosos. **C**



JOSÉ ANTONIO MILAGRE é advogado e perito especializado em Direito Digital, professor de Pós-Graduação na Escola Paulista de Direito (EPD), presidente da Comissão de Direito Digital da OAB/SP Regional da Lapa. Mestre e Doutorando em Ciência da Informação pela UNESP. Facebook: [professormilagre](#)

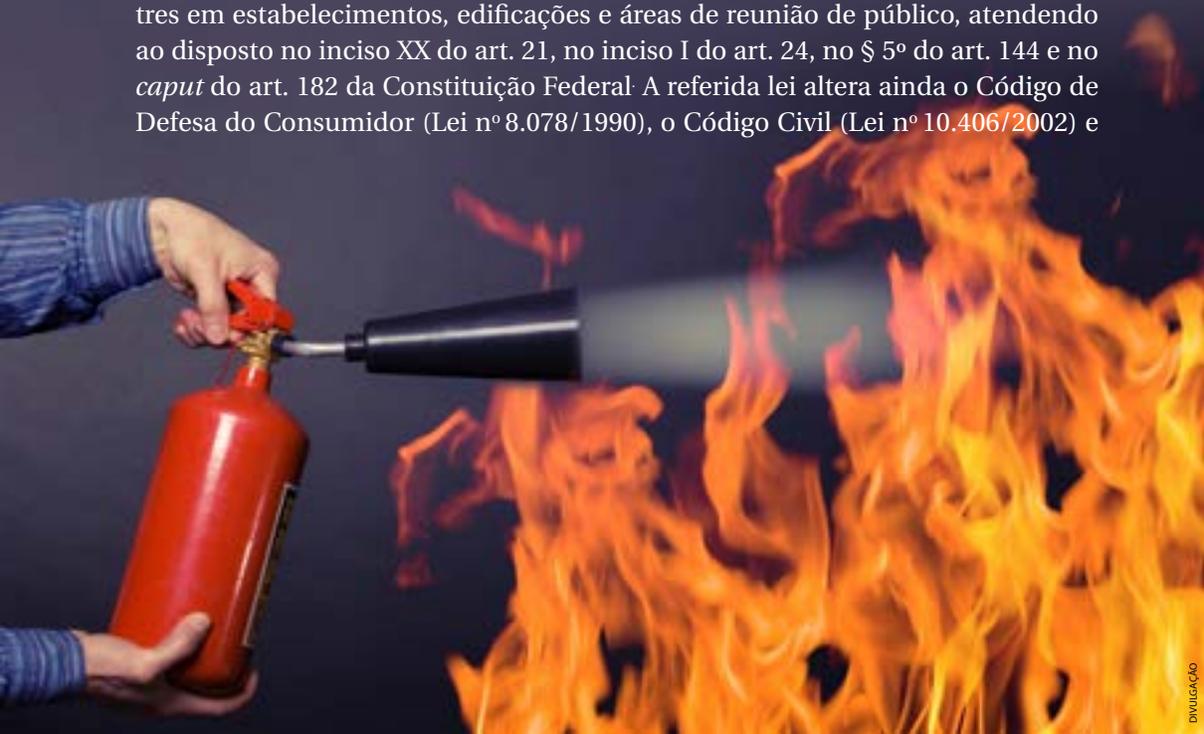
Medidas contra incêndio e atividades perigosas e alteração no Código de Defesa do Consumidor

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ

“A Lei nº 13.425/2017 pontualmente visou alterar o CDC – sob o aspecto consumerista – para ampliar a proteção deste universo exatamente na questão aos fins propostos, ou seja, tratar de diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público.”

A recente Lei nº 13.425, de 30 de março de 2017, caracteriza a prevenção de incêndios e desastres como condição para a execução de projetos artísticos, culturais, esportivos, científicos e outros que envolvam incentivos fiscais da União, além de prever responsabilidades para os órgãos de fiscalização do exercício das profissões das áreas de engenharia e de arquitetura.

A lei especifica em seu art. 1º que a norma visa a: a) estabelecer diretrizes gerais e ações complementares sobre prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público, atendendo ao disposto no inciso XX do art. 21, no inciso I do art. 24, no § 5º do art. 144 e no *caput* do art. 182 da Constituição Federal. A referida lei altera ainda o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), o Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e



define atos sujeitos à aplicação da Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. A norma caracteriza, ainda, a prevenção de incêndios e desastres como condição para a execução de projetos artísticos, culturais, esportivos, científicos e outros que envolvam incentivos fiscais da União; e prevê responsabilidades para os órgãos de fiscalização do exercício das profissões das áreas de engenharia e de arquitetura, na forma que especifica.

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor, a Lei 13.425/2017 alterou o art. 39, que define práticas abusivas por parte de fornecedores de produtos e serviços. Desta forma, o referido dispositivo agora vigora acrescido do inciso XIV, com a seguinte redação:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
[...]

XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo.

Ademais, alterou o art. 65 do CDC, inserindo um § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º, exatamente para incluir e tipificar como infração penal o crime previsto no inciso XIV do art. 39, supra apontado. Assim, o art. 65 passa a ter a seguinte nova redação:

Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente:

Pena Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

§ 2º A prática do disposto no inciso XIV do art. 39 desta Lei também caracteriza o crime previsto no caput deste artigo.

Conforme visto, a Lei nº 13.425/2017 pontualmente visou alterar o CDC – sob o aspecto consumerista – para ampliar a proteção deste universo exatamente na questão aos fins propostos, ou seja, tratar de diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público.

Ao tornar crime o ato de *permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo*, a norma automaticamente se aplica tanto a casas noturnas, quanto a bares, restaurantes, lojas, espaços de eventos e todos os mais diversos espaços nos quais sejam abertos ao público e que tenham uma capacidade máxima (número máximo de pessoas) *fixado pela autoridade administrativa*. 



LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ é sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP; Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM - Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP; Pós-graduado em Direito Societário - LLM - Direito Societário, do INSPER (São Paulo); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Desconsideração da personalidade jurídica

■ POR HENRY GONÇALVES LUMMERTZ

“O incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) deverá ser utilizado quando a Fazenda Pública buscar atingir o patrimônio da pessoa jurídica para garantir o recebimento do débito tributário do sócio – a denominada desconsideração inversa da personalidade jurídica –, uma vez que não há previsão no CTN de responsabilidade da sociedade por dívidas do sócio.”

A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica permite que o patrimônio dos sócios seja alcançado para cumprir com as obrigações da empresa ou dos sócios, evitando que a autonomia do patrimônio do sócio em relação ao patrimônio da pessoa jurídica seja utilizada para fraudar a lei ou como instrumento para o abuso de direito.

O novo Código de Processo Civil (CPC) determina que os bens particulares do sócio não respondem pelas dívidas da sociedade, a não ser nas hipóteses previstas em lei, e que, para a desconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a observância do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ).

A questão que se coloca é: deve o IDPJ ser aplicado nos casos em que a Fazenda Pública pretende direcionar a execução fiscal para o diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica?

Deve-se observar que não há qualquer incompatibilidade entre o IDPJ e o regime normativo da Lei de Execuções Fiscais.

Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm respondido negativamente, entendendo que, nas hipóteses em que o Código Tributário Nacional (CTN) prevê a responsabilidade de terceiros pelos débitos tributários (arts.124 e 135, inc. III, p. ex.), a responsabilidade desses terceiros é responsabilidade em nome próprio, de modo que, para se atingir seu patrimônio, não é necessário se desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica.

Assim, a responsabilidade tributária do terceiro, nesses casos, não depende do preenchimento dos requisitos nem do procedimento previsto para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

Entende-se, no entanto, que esse posicionamento não afasta de forma definitiva a aplicação do IDPJ no âmbito da execução fiscal.

Inicialmente, é importante destacar que, de acordo com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o direcionamento da execução fiscal para o sócio que exerce poderes de gerência com base na responsabilidade pessoal prevista no inc. III do art. 135 do CTN só prescinde de procedimento prévio no âmbito da execução fiscal naqueles casos em que a execução fiscal já tiver sido proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio, ou naqueles casos em que, mesmo havendo sido a execução fiscal ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, o sócio constar como corresponsável na Certidão de Dívida Ativa (CDA).

Se a execução fiscal tiver sido ajuizada apenas contra a pessoa jurídica e o sócio não constar como corresponsável na CDA, para que a Fazenda Pública possa promover o direcionamento da execução contra ele deverá demonstrar, nos autos da execução fiscal, a presença de alguma das circunstâncias que poderá conduzir à sua responsabilidade pessoal, nos termos do art. 135 do CTN.

Nesse caso, pode-se recorrer ao IDPJ para a discussão, no âmbito da execução fiscal, da responsabilidade do sócio. Com efeito, diante da lacuna existente na Lei nº 6.830/1980 (LEF) acerca de um procedimento específico para a demonstração da presença das circunstâncias do inc. III do art. 135 do CTN, abre-se espaço para a aplicação subsidiária do CPC, nos termos do art. 1º da própria LEF. Deve-se observar, ainda, que não há qualquer incompatibilidade entre o IDPJ e o regime normativo da LEF.

Trata-se, por fim, de procedimento que assegura o contraditório acerca dos requisitos para a aplicação do inc. III do art. 135 do CTN e a ampla defesa do sócio.

Por outro lado, o IDPJ deverá ser aplicado nas hipóteses em que a Fazenda Pública pretenda direcionar a execução para sócio que não se enquadre naquelas hipóteses de responsabilização previstas no CTN.

Esse é o caso, por exemplo, do sócio que não tenha poderes de gerência, que não se enquadre na hipótese do inc. III do art. 135 do CTN, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RExt nº 562.276 – PR, sob o regime da repercussão geral).

Nesse caso, fazendo-se presente alguma das causas de desconsideração da personalidade jurídica previstas na legislação – como aquelas previstas no art. 50 do CPC – a Fazenda Pública deverá recorrer ao IDPJ, caso pretenda, a fim de alcançar o patrimônio do sócio para garantir o pagamento do débito tributário da pessoa jurídica.

Por fim, o IDPJ deverá ser utilizado quando a Fazenda Pública buscar atingir o patrimônio da pessoa jurídica para garantir o recebimento do débito tributário do sócio – a denominada desconsideração inversa da personalidade jurídica –, uma vez que não há previsão no CTN de responsabilidade da sociedade por dívidas do sócio.

Como se vê, a despeito do que vêm decidindo os tribunais, não há como se afastar definitivamente a aplicação do IDPJ no âmbito das execuções fiscais. Há hipóteses em que o procedimento previsto no novo CPC não apenas pode, mas deve ser aplicado. 



HENRY GONÇALVES LUMMERTZ é advogado e sócio do escritório Souto Correa, Henry Lummertz.



Sucessão turbulenta ou céu de brigadeiro?

■ POR EMERSON DE ALMEIDA

“A troca de piloto por copiloto treinado e ancorado em processo planejado produz resultado eficaz. Porém, substituir o comandante por alguém da tripulação, em situação de emergência, com o avião em pane, é uma operação bem mais arriscada e, às vezes, com consequências danosas para a empresa, seus parceiros na cadeia de valor e a própria sociedade.”

Desde o início da operação Lava Jato estamos assistindo a trocas de comando nos cargos dos principais executivos de empresas acusadas de práticas ilícitas. Em uma das mais recentes, a dança das cadeiras ocorreu na presidência do conselho de administração da Camargo Corrêa, que passou a ser ocupada por um estrangeiro, fato inédito na história desse conglomerado empresarial que é um dos mais tradicionais e antigos do país.

Essas mudanças provocadas por investigações da Justiça servem de pretexto para introduzir uma questão observada também em outros contextos: a sucessão abrupta, que tende a gerar instabilidade e a busca das empresas por trocar insistentemente seus presidentes, como se isso bastasse para alcançar um porto seguro.

O exemplo de dez empresas brasileiras foi fonte de estudo e inspiração para o meu novo livro, no qual analiso casos de sucessão abrupta e relato o exemplo da TAM, que trocou de presidente sete vezes ao longo de 14 anos, resultando, portanto, em mandatos médios de dois anos. A Usiminas também foi alvo do estudo. Nela, a cadeira de presidente foi ocupada por cinco mandatários diferentes ao longo de sete anos, em um processo marcado por uma virulenta luta pela hegemonia dos seus dois grupos de controladores. Esse caos instalado pela incessante troca de comando, somado à deterioração do mercado de *commodities*, resultou na corrosão do valor acionário da empresa, já que as ações da Usiminas valem, hoje, perto de 10% do que valiam há oito anos.

A mudança incessante não é tudo, pois como em qualquer empresa um novo presidente significa novas equipes, novo estilo de gestão, novas orientações internas, novos interlocutores e novas estratégias com clientes, fornecedores e prestadores de serviço. Enfim, um recomeço sem fim com consequências imensuráveis para todos.

O que caracteriza a sucessão abrupta é a troca repentina de comando em decorrência de um fato inesperado ou de um ato deliberado. Contudo, há um fator agravante quando a empresa não está preparada para a mudança de presidente: a administração abruptamente substituída não ter deixado um plano de sucessão, quer por negligência, quer por interesse em se perpetuar no poder. Ou seja, esse tipo de sucessão ocorre quando a empresa não tem em sua “fila de espera” quadros internos de sucessores preparados, avaliados e pré-selecionados a partir de um processo orientado para o longo prazo.

Na análise sobre a experiência de outras empresas encontramos situações opostas, as quais indicam que a sucessão programada e integrada nas rotinas produz resultados positivos e duradouros. Nesses casos, o processo de gestão da sucessão, além de programado, sustenta-se na preparação contínua de gestores, tanto no plano da formação quanto na prática do rodízio interno de funções atrelada a desafios ascendentes.

O resultado da sucessão programada é exatamente oposto ao das empresas citadas anteriormente, uma vez que gera estabilidade e mandatos de longa duração para os principais executivos. Esse é o caso da WEG, que também foi estudada para compor a pesquisa apresentada no livro e que teve apenas três presidentes em seus 54 anos de crescimento e busca contínua de presença internacional.

Este caso e outros retratados no livro representam um salvo conduto para quem acredita que o processo de sucessão deve fazer parte da estratégia de negócios e sugere também que, embora seja uma das mudanças mais desafiadoras de qualquer empresa, a sucessão do presidente, quando bem planejada, pode trazer novas energias e elementos de rejuvenescimento, oferecendo rotas para voar num céu de brigadeiro. A troca de piloto por copiloto treinado e ancorado em processo planejado produz resultado eficaz. Porém, substituir o comandante por alguém da tripulação, em situação de emergência, com o avião em pane, é uma operação bem mais arriscada e, às vezes, com consequências danosas para a empresa, seus parceiros na cadeia de valor e a própria sociedade. 



EMERSON DE ALMEIDA é cofundador da Fundação Dom Cabral. Autor do livro “A Sucessão como ela é – de sentimentos e jogos políticos nas organizações”.

Governo reabre o Programa de Regularização Cambial e Tributária

■ POR MÁRCIO MAUÉS



No dia 31/03/2017 foi publicado no Diário Oficial da União a Lei nº 13.428/2017, que alterou a Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, a qual dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no país.

A Lei nº 13.428/2017 assegurou aos contribuintes que possuem “recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no país” a oportunidade de declarar tais bens mediante o pagamento de imposto e multa.

O prazo para a adesão ao Regime Especial será reaberto por 120 dias, contados da data da regulamentação para a declaração voluntária da situação patrimonial, em 30 de junho de 2016, de ativos, bens e direitos existentes em períodos anteriores a essa data. A regulamentação deverá ocorrer no prazo de 30 dias após a publicação da Lei nº 13.428/2017.

Às pessoas físicas e jurídicas que aderirem ao Regime Especial estarão sujeitas ao pagamento do Imposto de Renda com a alíquota de 15%, bem como a multa administrativa de 135%. O percentual de 46% da multa administrativa será partilhado pela União Federal com os estados, Distrito Federal e municípios.

A possibilidade de aderir ao Regime Especial, com o pagamento do Imposto de Renda e multa administrativa, também foi estendida ao espólio cuja sucessão tenha sido aberta até a data de adesão.

A participação no Programa de Regularização Cambial e Tributária do Governo trará benefícios aos contribuintes que estejam respondendo a processo criminal, pois a Lei nº 13.428/2017 prevê que a adesão ao programa antes da decisão criminal extinguirá, em relação a recursos, bens e direitos a serem regularizados, a punibilidade dos crimes elencados no § 1º do artigo 5º da Lei nº 13.254/2016, praticados até a data de adesão ao Regime Especial.

A extinção da punibilidade, entretanto, está condicionada ao pagamento do Imposto de Renda e da multa administrativa.

“A Lei nº 13.428/2017 concede ao contribuinte novo prazo para regularizar os ativos não declarados mantidos no exterior, assim como garante recursos extras para os entes da federação, o que contribui para minimizar a crise fiscal da União, dos estados, Distrito Federal e dos municípios.”

É importante destacar que eventuais erros na declaração com relação aos ativos não ensejará a exclusão do Regime Especial. A Receita Federal, no entanto, poderá exigir o pagamento dos tributos e acréscimos legais incidentes sobre os valores declarados incorretamente.

Os ativos regularizados no Regime Especial, obtidos a partir de 1º de julho de 2016, devem ser incluídos na declaração da pessoa física de ajuste anual do imposto sobre a renda relativa ao ano-calendário de 2016, ou em sua retificadora. No caso de pessoa física ou jurídica, na declaração de bens e capitais no exterior relativa ao ano-calendário de 2016. A pessoa jurídica deve realizar a escrituração contábil societária relativa ao ano calendário da adesão e posteriores.

A Lei nº 13.428/2017 também assegura ao contribuinte que aderiu anteriormente ao Regime Especial complementar a sua declaração e pagar o Imposto de Renda e a multa administrativa sobre o valor adicional.

Com relação à Declaração de Regularização Cambial e Tributária – DERCAT, a Receita Federal do Brasil esclarece na Solução de Consulta Cosit nº 162, de 14 de dezembro de 2016, que “O postulante ao RERCT, proprietário efetivo de todos os recursos constantes de conta conjunta, deve declarar em sua própria DERCAT todos esses recursos, fazendo constar a identificação dos demais participantes”.

A situação exposta pelo Fisco se enquadra, por exemplo, nos casos de famílias que possuem conta conjunta no exterior, na qual um dos titulares é de fato o proprietário dos recursos aplicados, mas mantém os filhos ou o cônjuge como cotitular da conta.

Nesta hipótese, cabe somente ao proprietário dos recursos constantes da conta conjunta declarar na DERCAT os valores e incluir os demais cotitulares da conta.

Como se observa, a Lei nº 13.428/2017 garante aos contribuintes a oportunidade de regularizar os ativos não declarados mantidos no exterior e, consequentemente, obter a extinção dos processos criminais relacionados a esses recursos.

A anistia aos crimes contra a ordem tributária a lei gerou um ressarcimento pelo dano causado a União, uma vez que o Regime Especial estabeleceu como pressuposto da extinção do processo criminal o pagamento do imposto e da multa.

Com esse Programa, o governo federal visa a regularizar recursos obtidos através de atividades econômicas lícitas que foram sonogados pelos contribuintes ao longo dos anos. Logo, valores adquiridos por intermédio de condutas criminosas, como tráfico de drogas e armas ou corrupção não podem ser regularizados no Programa de Regularização Cambial e Tributária.

Não se pode alegar que o Regime Especial tenha sido instituído com o objetivo de anistiar o caixa dois eleitoral em discussão atualmente no país, já que o programa visa a regularizar recursos obtidos através de atividades econômicas lícitas, e as Leis nºs 13.254/2016 e 13.428/2017 não se aplicam aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção.

Infere-se, portanto, que a Lei nº 13.428/2017 concede ao contribuinte novo prazo para regularizar os ativos não declarados mantidos no exterior, assim como garante recursos extras para os entes da federação, o que contribui para minimizar a crise fiscal da União, dos estados, Distrito Federal e dos municípios. 



MÁRCIO MAUÉS é advogado especialista em Direito Tributário. Sócio do escritório MAIORANA & MAUÉS – ADVOGADOS.



“Se antes da publicação da Lei nº 13.432/2017 havia um vácuo legal que permitia ao particular agir, desde que não resvalando a reserva de atividade exclusiva de Estado. Hoje, além dessa exigência, há requisitos legais bem claros para tornar a investigação particular válida. Atuando fora desses requisitos, incide o profissional em violação à lei adjetiva (processual) e substantiva ou material (penal e constitucional), de modo que tudo quanto colete será ilegal (ilegítimo e ilícito), inadmissível no processo por força de norma constitucional e processual penal.”

O detetive particular e a investigação criminal: algumas questões pontuais

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

A Lei nº 13.432/2017 regulamenta a atividade do detetive particular na investigação criminal. Estabelece limites a essa atuação que configura atividade típica de Estado. Para atuar o detetive é preciso contar com a autorização expressa de seu contratante e com o aceite do delegado de Polícia ou outra autoridade que presida investigações, a exemplo do promotor de Justiça nos casos de procedimento investigatório criminal (PIC). Também tal atuação não conta com todas as prerrogativas das Polícias Judiciárias (Civil e Federal) ou do Ministério Público, de forma que nem mesmo é possível participar diretamente de diligências policiais (artigos 5º e parágrafo único e 10, IV, ambos da Lei nº 13.432/2017).

Neste trabalho serão abordados alguns pontos que podem certamente levantar dúvidas a respeito da amplitude e dos limites da atividade do detetive particular na investigação criminal.

O primeiro ponto a ser desenvolvido diz respeito ao sigilo natural do inquérito policial ou qualquer forma de investigação criminal e como isso pode ser preservado com a presença do detetive profissional habilitado nos autos.

No seguimento tratar-se-á de caso em que o detetive tenha atuado antes de a Lei 13.432/2017 ter entrado em vigor e, portanto, sem a autorização do delegado de Polícia ou outro presidente da investigação. Seriam provas, informações ou indícios assim coletados passíveis de serem aproveitados? Ou somente depois da Lei nº 13.432/2017 é que as descobertas feitas por detetives particulares puderam ser acatadas numa investigação criminal?

Uma terceira questão diz respeito à atuação clandestina do detetive particular após o advento da Lei nº 13.432/2017. Uma atuação, portanto, ilegal, à margem da legislação de regência, e a coleta de provas, evidências e informações. Como isso ficaria diante do ordenamento jurídico. Haveria ou não possibilidade de aproveitamento dessas provas, evidências ou informações?

Ao final, as ideias desenvolvidas no decorrer do trabalho serão expostas sumariamente e apresentar-se-ão as conclusões.

O SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS E O DETETIVE PARTICULAR

O inquérito policial tem como uma de suas principais características o sigilo, legislado no artigo 20 do Código de Processo Penal, ao dispor que: “A autoridade

assegurar no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Em uma primeira vista, pode parecer que a introdução do detetive particular na investigação criminal poderia macular o necessário sigilo legalmente estabelecido, o qual certamente se impõe ao inquérito policial ou a qualquer outra forma de investigação criminal.

Primeiro, porém, é necessária uma breve digressão para deixar claro se o artigo 20 do CPP foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988, considerando o prestígio dado ao “princípio da publicidade” no “devido processo legal”. Isso porque se a resposta for negativa, ou seja, o artigo 20 do CPP não tiver sido recepcionado, então a questão posta se desfará no ar.

Ocorre que a resposta é positiva. O artigo 20 do CPP foi recepcionado pela Constituição de 1988. Apenas uma interpretação e aplicação exacerbada do dispositivo em análise pode ser inconstitucional. Pretender, por exemplo, vedar totalmente o acesso às pessoas interessadas (vítimas, investigados, testemunhas, defensores etc.) não se coaduna com a conformação de uma investigação criminal típica de um Estado Democrático de Direito erigido pela Carta Magna. Isso vale tanto para o inquérito policial como para os PICs do Ministério Público ou quaisquer outras formas oficiais de investigação criminal (artigo 4º, parágrafo único, CPP).

Neste sentido, Renato Marcão (2016, p. 123) leciona que:

O sigilo das investigações não é inconstitucional, até porque o art. 5º, XXXIII da CF, ao assegurar o direito de informação em relação a fatos de interesse particular ou coletivo, ressalva a possibilidade de sigilo nas hipóteses em que se revelar imprescindível para a segurança da sociedade e do Estado.

Assumindo, portanto, como ponto pacífico que o sigilo é uma característica inerente à investigação criminal, a abertura para a participação do detetive particular não viria a prejudicar esse aspecto tão importante? Realmente muito importante, porque o sigilo visa preservar a eficácia da atividade de investigação, a qual não pode ser alardeada, sob pena de destruição e ocultação de provas e indícios por pessoas interessadas, fuga de suspeitos e também para a preservação da honra e da imagem, seja de investigados, seja de vítimas e testemunhas envolvidas.

Tal como ocorre em praticamente todas as circunstâncias, há necessidade de buscar uma mediania virtuosa de que nos fala Aristóteles (2001, p. 49):

A virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo. Portanto, acerca do que ela é, isto é, qual é a definição de sua essência, a virtude é uma mediania, porém com referência ao sumo bem e ao mais justo, ela é um extremo.

Tratando inicialmente a questão sob um prisma genérico, é necessário ter em mente que o sigilo da investigação criminal não é absoluto e que se divide em interno e externo, conforme ensina Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 75):

Há, entretanto, que fazer distinção entre: *a) sigilo externo* e *b) sigilo interno*. O sigilo externo diz respeito à restrição à publicidade dos atos de investigação com relação às pessoas do povo. Já o sigilo interno constitui impossibilidade de o investigado tomar ciência das diligências realizadas e acompanhar os atos investigatórios a serem realizados.

O sigilo externo é regra na investigação criminal, pois, como já visto, não se pode alardear disquisições sob pena de prejudicar sua eficácia, além do fato da necessidade da preservação da honra e da imagem das pessoas envolvidas, sejam elas suspeitas ou vítimas. Já o sigilo interno é absolutamente excepcional e somente aplicável àqueles casos em que a realização eficaz da diligência possa ser prejudicada pelo conhecimento até mesmo dos envolvidos no procedimento. São exemplos, a busca e apreensão, o cumprimento de mandado de prisão provisória, a interceptação telefônica etc. Não seria racional permitir a ciência do sujeito passivo de tais medidas, de seu advogado ou de qualquer pessoa interessada, já que então a realização da diligência respectiva seria uma mera formalidade estéril. As buscas resultariam negativas, as interceptações vazias de conteúdo de interesse probatório e o suspeito poderia facilmente se evadir. Note-se, porém, que mesmo os casos excepcionais de sigilo interno não são estabelecidos “ad perpetuum”, ou seja, deve ser levantado no primeiro momento em que não mais seja imprescindível, passando a ser exercido o direito de informação e a vigorar a publicidade interna como regra geral.

Assim sendo, a inclusão da atuação do detetive particular na investigação criminal por força do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 13.432/2017 não vem a chocar-se com o sigilo necessário às investigações, previsto no artigo 20 do CPP. Caberá ao delegado de Polícia ou outra autoridade que presida uma investigação criminal oficial delimitar o grau de acesso informativo que o detetive particular terá com relação aos autos, sem prejudicar o sigilo necessário e nem coarctar o trabalho do profissional. Essa distinção entre o sigilo interno e o sigilo externo é bastante relevante. Admitido o detetive profissional num inquérito policial, por exemplo, passa ele, juntamente com seu cliente (seja este vítima de um crime ali apurado, seja investigado) a integrar o rol de pessoas com interesse direto na investigação, as quais não são afetadas pelo sigilo externo. Quanto aos casos excepcionais de sigilo interno, estará o detetive, tal como até mesmo o defensor, o investigado ou qualquer pessoa, alijado do conhecimento e contato com as diligências e documentos, até o momento em que se possa levantar o sigilo sem prejudicar a elucidação dos fatos.

Afinal, o sigilo imposto pelo artigo 20 do CPP não é absoluto, conforme ensina Mossin (2005, p. 55):

O regramento processual penal não é rígido, uma vez que somente é imposto o sigilo quando houver necessidade para a elucidação do fato ou quando o exigir o interesse da sociedade. Não se verificando essas situações, nada obsta que se dê publicidade às investigações, embora não seja recomendável em face das suas finalidades no campo da persecução criminal.

Com o devido ajuste, é plenamente aplicável ao detetive profissional a Súmula Vinculante 14 do STF:

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 de defesa.

Na mesma medida e com os devidos ajustes, também aplicável a mais ampla redação advinda do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994), a demarcar as prerrogativas do advogado na investigação criminal com relação ao seu acesso, nos termos do artigo 7º, XIV, com a nova redação dada pela Lei nº 13.245/2016.

É claro que quando se diz que a aplicação da Súmula e do artigo do Estatuto da OAB devem se dar com “os devidos ajustes”, é preciso ter consciência de que o detetive particular não pode ser equiparado ao defensor na persecução criminal em termos de prerrogativas. Trata-se apenas de uma baliza aproximativa. Diversamente do defensor, o detetive particular não conta com sustento constitucional para o exercício de sua atividade como “indispensável à administração da justiça” (artigo 133, CF). Ele pode, no máximo, enquadrar-se numa situação precária na legislação pátria, a uma condição de participante da chamada “investigação defensiva ou privada”.¹ Ponto marcante dessa diferença entre o detetive e o defensor é que a atuação do primeiro está condicionada à discricionariedade do delegado de Polícia no inquérito policial, de acordo com o artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 13.432/2017 e, inclusive, nos termos do artigo 14 do CPP. Já o advogado não pode ser alijado da persecução criminal por quem quer que seja.

Ainda maior cautela se deve ter com os casos em que o segredo de justiça é determinado legalmente, por exemplo, no caso dos crimes contra a dignidade sexual, nos termos do artigo 234-B do CP.

Malgrado no artigo 234 do CP se trate somente dos “processos” e não da fase de investigação pré-processual, há que se conjugar o dispositivo com o artigo 20 do CPP e ter a cautela devida. Este é o entendimento da doutrina:

Embora se refira a lei somente ao processo, o sigilo deve alcançar o inquérito policial, incumbindo à autoridade e ao juiz a adoção nos autos das providências necessárias à preservação da intimidade da vítima (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 483).²

Para uma melhor orientação sobre o tema, é preciso atentar para o fato de que o sigilo estabelecido legalmente em casos como o do artigo 234-B do CP e similares é do tipo “externo”, não atingindo as pessoas que têm participação direta no processo, tais como vítimas, investigados, defensores etc., mas somente o público em geral não afeto ao caso. Neste sentido:

Evidentemente, o segredo de justiça não pode ser oposto ao defensor do acusado ou do indiciado, a quem se deve facultar o acesso a todos os elementos de prova que estejam documentados nos autos do processo ou do inquérito policial. Como é cediço, o segredo de justiça não alcança o direito dos advogados e estagiários de advocacia, com procuração para a causa, de ter acesso *irrestrito* aos autos, no exercício de suas prerrogativas profissionais e como garantia de efetiva ampla defesa (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 483).

Em se tratando de sigilo externo, mesmo nos casos em que a lei o imponha, não será vedada, ao menos de maneira geral, a permissão de atuação do detetive

particular, a qual ficará na dependência da prudência do delegado de Polícia ou outra autoridade que presida a investigação, bem como também de seu próprio contratante (artigo 5º e parágrafo único da Lei nº 13.432/2017). Como visto, o sigredo externo não impede que pessoas interessadas legitimamente na investigação a ela tenham acesso. Como o sigilo especial decorre da lei e também a autorização de participação do detetive profissional é estabelecida legalmente, impondo como requisitos as autorizações do contratante e do delegado de Polícia ou outra autoridade incumbida da presidência da investigação, não se faz necessária ordem judicial para tanto. A lei exige somente a permissão do contratante e da autoridade policial ou investigadora. Perceba-se que o juiz, nos casos de sigilo legalmente estabelecido, não tem discricionariedade para impô-lo ou afastá-lo, assim como não o tem o delegado de Polícia ou o promotor de Justiça ou quem quer que seja. A questão não reside neste ponto, mas no fato de que esse sigilo, embora inafastável, mesmo pelo magistrado, é apenas externo, permitindo normalmente a participação do detetive ou de outros interessados diretos no caso, desde que devidamente cumpridas as normas legais. E essas normas são as do artigo 5º e seu parágrafo único da Lei nº 13.432/2017, no qual não existe previsão de exigência de autorização judicial.

Contudo, há casos em que o sigilo não decorre diretamente da lei, mas é decretado casuisticamente pelo juiz de acordo com normas de processo penal e ditames constitucionais que excepcionam, em certos casos, o princípio da publicidade. A normatização dessas situações encontra-se no artigo 93, IX, da CF e nos artigos 201, § 6º e 792, § 1º, do CPP. É claro que, por extensão, o magistrado pode decretar sigilo na fase pré-processual com fulcro nessas mesmas normativas e ainda as combinando com o artigo 20 do CPP. Também é óbvio que esse sigilo somente pode ser externo, tal qual ocorre com o que advém de normas legais diretamente.

Portanto, a princípio, mesmo em se tratando de sigilo judicialmente estabelecido para a fase de investigação, com a devida cautela, nada obsta a atuação do detetive particular, desde que cumprindo as normas legais e regulamentares respectivas.

Há, porém, uma diferença que a legislação não resolve e precisa ser estudada. Como visto, na determinação legal, o magistrado não tem discricionariedade, é obrigado a cumprir a determinação de sigilo externo. Já na “lei processual”, lhe é facultada uma discricionariedade regrada pela necessidade de obtemperar a publicidade em casos em que o interesse público e a intimidade e a vida privada das pessoas possam ser objetos de prejuízo (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 483). Então, o sigilo externo determinado nestes casos não decorre diretamente da lei, mas do dispositivo criado pelo magistrado, de sua decisão que determina o sigilo.

Dessa forma, não parece possível resolver a situação da autorização para que o detetive particular atue com base tão somente nas normas legais, mais especificamente, com a aplicação isolada do artigo 5º e seu parágrafo único da Lei nº 13.432/2017. Nessa situação, o juiz é protagonista da determinação de sigilo e não parece que alguém possa ser inserido na liberdade de acesso pela publicidade interna sem a sua consulta e concordância.

A habilitação do detetive particular nesses casos deverá passar por ao menos duas fases. Num primeiro momento, deverá obter a permissão de seu contratante

e do delegado de Polícia. Havendo negativa em qualquer caso estará impedido de atuar. Não há se falar em pedido direto ao juiz ou “recurso” a este contra a decisão discricionária da autoridade policial. Isso porque, mesmo havendo o sigilo partido do magistrado, não há alteração do fato de que a este último não cabe atuar na fase investigatória, sob pena de macular sua mais preciosa característica, que é a imparcialidade, ferindo de morte o sistema acusatório. Calamandrei (2017, p. 38) já chamava a atenção para isso ao afirmar que:

Historicamente, a qualidade proeminente que parece inseparável da própria ideia de juiz, desde sua primeira aparição nas árvores da civilização, é a imparcialidade.

Mas, em havendo autorização por parte do contratante e do delegado de Polícia ou outra autoridade presidente das investigações, não parece que isso baste para que o detetive particular, nestes casos específicos de sigilo judicial, passe a atuar livremente. É recomendável que sendo o sigilo de origem judicial o delegado de Polícia ou outra autoridade submeta sua decisão positiva à apreciação judicial para homologação. Embora a lei não exija isso, parece que as circunstâncias e a característica especial dessa espécie de sigilo impõem esse procedimento. Note-se que nessas situações não haverá mácula à imparcialidade judicial porque o magistrado não estará impondo a participação de alguém na investigação a contragosto do investigador (delegado de Polícia ou outra autoridade). Quando o delegado, por exemplo, nega a participação do detetive, se o magistrado a impusesse, estaria se imiscuindo na produção de diligências investigatórias que não existiriam. Mas, quando o delegado concede a permissão, não a obsta e a submete ao crivo do Judiciário, isso se dá tão somente porque o caso é sigiloso de forma especial e por determinação judicial, cabendo ao magistrado a palavra final sobre quem pode ter acesso aos autos em termos de participação direta excepcional, não com vistas à produção de informações, investigação, mas com respeito à preservação do sigilo nos termos por ele determinados. O mesmo não é necessário, por exemplo, com relação aos envolvidos na investigação, ao defensor etc., porque isso é corriqueiro. Acontece que a participação do detetive particular é excepcional e então deve ser submetida ao crivo judicial se o sigilo parte do magistrado. Em havendo negativa do magistrado, não há se falar em recurso ou ação de impugnação (mandado de segurança), pois este certamente age tal qual o delegado, por exemplo, nos termos do parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 13.432/2017, ou seja, discricionariamente.

Em geral, havendo autorização do delegado de Polícia e do contratante, não haverá necessidade de oitiva do Ministério Público para a atuação do detetive particular, seja em casos normais, seja em casos de sigilo legal ou judicial. Isso porque a lei não prevê essa participação do ‘parquet’. Falando especificamente da determinação de sigilo judicial, também não há menção nos dispositivos correlatos de oitiva prévia do Ministério Público. Entretanto, não haverá óbice a que o magistrado submeta a situação à manifestação prévia ministerial, se o quiser, na qualidade de “custos legis”. Apenas no caso do artigo 792, § 1º, do CPP é que se fala da determinação pelo juiz de ofício ou a requerimento “da parte ou do Ministério Público”. Entende-se que se o sigilo partiu de requerimento de defensor ou do Ministério Público, não decorrendo de atuação “ex officio” do magistrado, então será necessária sim a oitiva prévia, do requerente, seja ele o defensor, seja o Ministério

Público. Isso porque há que respeitar aquele que ensejou a determinação excepcional do sigilo judicial no que tange à sua amplitude. No caso de requerimento do defensor, também a oitiva prévia do Ministério Público é dispensável, embora possa ocorrer sem qualquer prejuízo tão somente na função de “custos legis”. Em qualquer caso, obviamente, o Juiz não ficará adstrito à manifestação de quem quer que seja, proferindo sua decisão com a independência que lhe é peculiar.

Finalmente, quanto ao tema do sigilo das investigações, é claro que há o risco de falta de descrição por parte do detetive particular, ferindo esse interesse público. Mas esse perigo existe com relação também aos advogados, às autoridades em geral, aos policiais etc. O detetive, como qualquer pessoa, funcionário público ou não, estará sujeito às sanções penais, administrativas e civis em caso de infração ao dever de sigilo. Aliás, esse dever de sigilo é explícito na Lei nº 13.432/2017 em seu artigo 11, especialmente incisos I, II, III e V, que tratam dos deveres do profissional. A lesão à honra e à imagem é passível de indenização nos explícitos termos do artigo 5º, X, da CF e dos artigos 186 c/c 927 do Código Civil. Administrativamente, a condição de atuação do detetive na investigação é a autorização do contratante e do delegado de Polícia ou outra autoridade que presida os autos. Obviamente, se atuar em prejuízo do sigilo necessário, deverá ser retirado das investigações, conforme permite do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 13.432/2017. Afinal, o detetive pode ser admitido ou rejeitado “a qualquer tempo”. Isso sem falar no repúdio por parte de seu próprio contratante, acaso o prejuízo causado seja a ele (inteligência do artigo 5º, “caput”, da Lei nº 13.432/2017). Finalmente, na seara penal, poderá incidir em violação de segredo profissional, nos termos do artigo 154 do CP, violação do segredo das interceptações telefônicas, de acordo com o artigo 10 da Lei nº 9.296/1996, entre outros crimes.

AS INVESTIGAÇÕES PRIVADAS ANTERIORES À LEI Nº 13.432/2017 E SEU APROVEITAMENTO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

É bem verdade que, mesmo com o advento da Lei nº 13.432/2017, permanece um tanto obscura a regulamentação da atividade dos detetives particulares, especialmente no campo da investigação criminal.

Obedecidos os limites e requisitos legais, nos termos do artigo 5º, parágrafo único e artigo 10, IV da Lei nº 13.432/2017, não parece mais haver dúvidas quanto à possibilidade de atuação desse profissional em casos criminais. O que ainda é um tanto quanto indeterminado é o alcance de sua atuação. De qualquer modo, as provas que apresente legalmente são admissíveis.

Pode surgir a dúvida quanto a provas, informações, relatórios, documentos, fotos, indícios, objetos, apresentados à autoridade policial, por exemplo, por detetive particular em investigação que envolva evento criminal antes da edição da Lei nº 13.432/2017.

Entende-se que não há óbice à admissão dessas provas e outros elementos, ainda que colhidos antes da Lei nº 13.432/2017. Isso pode se dar com sustento no artigo 14 do CPP que sempre permitiu o requerimento de diligências à autoridade policial.

Além disso, a legislação e regulamentos que já tratavam da atividade de investigação particular, desde antanho previam o fornecimento, inclusive obrigatório, de informações por parte do detetive profissional à autoridade policial sempre que requisitado a tanto (artigo 5º da Lei nº 3.099/1957 e artigos 5º e 7º do Decreto nº 50.532/2016).

Assim sendo, desde que não haja ilicitude na obtenção da prova, mesmo aquelas colhidas antes do advento da Lei nº 13.432/2017 por investigação particular, poderão ser aproveitadas normalmente numa investigação criminal e, posteriormente, num processo penal. A questão se torna clara e evidente se é comparada à situação em que a própria vítima de um crime sai à cata de informes e os repassa à autoridade policial. Nada obsta essa investigação privada, desde que não se cometa abusos e não se viole disposições constitucionais, nem se usurpe função exclusiva de Polícia Judiciária ou órgãos oficiais de Estado.

A ATUAÇÃO CLANDESTINA DO DETETIVE PARTICULAR NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL APÓS O ADVENTO DA LEI 13.432/2017

Antes da Lei nº 13.432/2017 os detetives particulares já atuavam no Brasil com base na Lei nº 3.099/1957 e no Decreto nº 50.532/1961, os quais, aliás, não foram revogados pela novel legislação e lhe servem de complemento naquilo que não haja conflito.

É bem verdade que não havia autorização expressa para atuação do detetive profissional na investigação criminal, mas, como já visto, seja por força do artigo 14 do CPP, seja tendo por sustento a lei e o regulamento supra mencionados, os quais inclusive previam o fornecimento de informações confidenciais de interesse criminal às autoridades policiais sempre que requisitadas, era de se concluir que não havia óbice a uma atuação que não violasse a reserva de atividade estatal exclusiva na persecução criminal. É claro que nem antes, nem mesmo agora, tem o detetive particular poder para notificar pessoas, conduzir coercitivamente, postular ou representar por buscas e apreensões, interceptações telefônicas, quebras de sigilo etc.

Mas, se alguém vier a entender que somente agora é que o detetive particular ganhou um empoderamento na investigação criminal por força do artigo 5º, parágrafo único da Lei nº 13.432/2017, incide em ledô engano. Muito ao revés, o dispositivo sobredito vem estabelecer balizas que limitam a atuação do detetive particular na investigação criminal. Balizas estas que inexistiam anteriormente.

Sem tais limitações e diante do artigo 14 do CPP, da Lei nº 3.099/1957 e do Decreto nº 50.532/1961, estava implícita uma autorização de atuação dentro daquilo que pode um particular fazer, em termos de apuração criminal, sem usurpar função pública exclusiva. Mesmo porque se aventava a possibilidade de que tais profissionais fornecessem tudo quanto apurassem sempre que requisitados pela autoridade policial.

Lembremos o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (1991, p. 78) quanto ao princípio administrativo da legalidade nas esferas pública e privada:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da *lei*. Na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Pois bem, se antes era possível receber informes colhidos sobre investigação criminal por detetive particular sem autorização prévia do delegado de Polícia ou de outra autoridade pública encarregada da presidência da investigação criminal, isso claramente não é mais admissível por força do parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 13.432/2017. Agora, a autorização do delegado de Polícia,

por exemplo, no bojo do inquérito policial, é imprescindível como elemento de legitimação da prova colhida por detetive particular. Realizada de outro modo, constitui violação frontal da lei de regência. Sob esse aspecto trata-se de “prova ilegítima”, uma vez que viola norma de caráter processual. No entanto, tendo em vista o dispositivo limitador em discussão, a prova colhida pelo detetive profissional, com omissão de requerimento de atuação ao delegado de Polícia ou em contradição à sua rejeição, constitui também “prova ilícita”, pois é produzida com violação de direito material penal (usurpação de função pública qualificada – artigo 328, parágrafo único, do CP, eis que o detetive particular cobra honorários) e constitucional (por infração ao disposto no artigo 144, §§ 1º e 4º, da CF). Sem a autorização do delegado ou contra sua rejeição por este no inquérito policial, por exemplo, o detetive atua de forma ilegítima e ilícita. Se por um lado ele tem autorização legal para atuar, dentro das regras estabelecidas, fora destas, obviamente, incide em atuação ilegal.³

Dessa forma, as provas por ele obtidas são inadmissíveis no processo, assim como aquelas que delas derivarem diretamente, nos termos do artigo 5º, LVI, da CF c/c artigo 157, § 1º, do CPP.

Antes do advento da Lei nº 13.432/2017 e o do estabelecimento de requisitos para atuação do detetive particular na investigação criminal, sua atuação era regida pela aplicação do princípio da legalidade administrativa particular e fundada na lei e decreto que a permitiam. Agora, sua atuação está vinculada a requisitos estritos e toda ação que não cumpra tais requisitos é ilegal (ilícita e ilegítima).

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objeto o estudo de alguns questionamentos impostos pelo advento da Lei nº 13.432/2017, que regula a atividade do detetive particular, com especial enfoque na seara investigatória criminal.

A primeira questão levantada foi sobre o sigilo imposto pelo artigo 20 do CPP ao inquérito policial e extensível a toda e qualquer modalidade de investigação criminal. A atuação do detetive particular, desde que dentro dos parâmetros legais e preservando seu dever profissional de sigilo, em nada se choca com a natureza sigilosa da investigação criminal, não se vislumbrando qualquer óbice referente a este aspecto à sua admissão no correr de um Inquérito Policial ou outra modalidade de investigação criminal.

Em seguida, foi analisada a recepção das investigações levadas a termo por detetives particulares na seara criminal, antes do advento da Lei nº 13.432/2017. A conclusão foi pela admissibilidade dessas investigações, mesmo porque as normas que regiam a matéria não as impediam e até mesmo determinavam o fornecimento de informes às autoridades policiais.

Finalmente, foi estudada a situação atual em que um detetive profissional atue sem consultar o delegado de Polícia ou outra autoridade que presida investigação criminal oficial, ou mesmo que aja contra a rejeição explícita dessas autoridades. A conclusão foi a de que, se antes da publicação da Lei nº 13.432/2017 havia um vácuo legal que permitia ao particular agir, desde que não resvalando a reserva de atividade exclusiva de Estado. Hoje, além dessa exigência, há requisitos legais bem claros para tornar a investigação particular válida. Atuando fora desses requisitos, incide o profissional em violação à lei adjetiva (processual) e substantiva ou material (penal e constitucional), de modo que tudo quanto colete será ilegal

(ilegítimo e ilícito), inadmissível no processo por força de norma constitucional e processual penal. E não só isso: por aplicação da teoria da ilicitude derivada (“fruits of the poisonous tree doctrine”), também as provas que advenham das colhidas ilegalmente pelo detetive serão inquinadas mancha da ilegalidade e da consequente inadmissibilidade. 

NOTAS

- 1 Para um aprofundamento do estado da arte: MACHADO, André Augusto Mendes. *A Investigação Criminal Defensiva*. Dissertação de Mestrado. USP. São Paulo: 2009, “passim”.
- 2 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. v. II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 483. Lembremos que a proteção não se refere somente à “vítima”, “mas também” aos “acusados (que gozam de presunção de inocência), da curiosidade mórbida que tais tipos de delito despertam em mentes malformadas e da chamada *imprensa marrom*” Cf. DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 730.
- 3 Pietro Nuvolone, jurista italiano, apresenta o conceito dogmático de “provas vedadas”, as quais se subdividem em “ilícitas” e “ilegítimas”. A noção de “vedação” já traz consigo a conclusão de sua inadmissibilidade no processo sejam elas ilícitas ou ilegítimas. Distingue-se “perfeitamente, as provas ilícitas das provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual [...] Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material” (Cf. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 42-43). Atualmente, essa posição que afasta a admissibilidade tanto das provas ilícitas como das ilegítimas, é reforçada pela parte final do artigo 157 do CPP, o qual dispõe sobre a violação de normas “legais” como obstáculo à admissão da prova, ou seja, provas “ilegais”, que é o gênero de que são espécies as “ilícitas” e as “ilegítimas”. Para maior aprofundamento, veja nosso artigo sobre o tema específico em: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *A reforma do Código de Processo Penal e a polêmica da inadmissibilidade das provas ilegítimas*. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 16 abr. 2017.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 4. ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*, 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *A reforma do Código de Processo Penal e a polêmica da inadmissibilidade das provas ilegítimas*. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 16 abr. 2017.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democracia*, Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MACHADO, André Augusto Mendes. *A Investigação Criminal Defensiva*. Dissertação de Mestrado. USP. São Paulo: 2009.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 16. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, v. II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e da jurisprudência*, Barueri: Manole, 2005.



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

Alexandre Triches



ARQUIVO PESSOAL

PEC nº 287/2016: independente dos governos, independente dos partidos

Mesmo tendo o governo cedido em pontos fundamentais sobre as mudanças na previdência, a insatisfação da população não diminuiu. Trabalhadores continuam saindo às ruas. Entidades reafirmam sua posição contrária às mudanças e, no último dia 28 de abril, o Brasil assistiu a maior greve geral da história do país. Isto talvez tenha uma explicação razoável: os governos no Brasil, independente da linha ideológica que carreguem, perderam a legitimidade para propor cortes sociais em prol do setor econômico.

Para alguns, é porque o governo não é legítimo. Para outros, porque ele não debate os temas com a sociedade civil. Questiona-se por que não fez uso de nenhuma política de comunicação ou pedagogia com a população. Ou se o Congresso tem legitimidade para aprovar estas decisões. Para nós, esta legitimidade não existe, pois propostas para reformas de Estado, há muito tempo defendidas pela sociedade, estão com tramitação parada no Congresso Nacional.

Isto nos convence de que o governo federal apenas adquiriu o “produto” reforma da previdência da experiência reformista de países estrangeiros, notadamente do continente europeu, para dar início a uma rodada de mudanças e, por essa razão, se esquece por completo do que deveria ser prioridade, bem como outras alterações estruturais que poderiam servir para o mesmo fim que a previdenciária, sem promover retrocessos sociais.

É o caso da reforma política. É o caso da reforma tributária. É o caso de uma ampla e dialogada reforma na administração pública. Mudanças nesses setores promoveriam superávits, racionalizariam a administração pública, espelhariam para o mundo o compromisso do governo com a austeridade e melhoraria a relação entre a população e a classe política.

Sim, o mundo mudou e a prestação integral dos direitos sociais tem sido tarefa difícil para os Estados modernos. Afinal, ao Estado não cabe fazer milagre ou, como exprime a clássica frase, “direitos não nascem em árvores”. Por essa razão, a manutenção de direitos na tão propalada era pós-industrial tem sido condicionada e limitada pela expressão “na medida no possível” ou, simplesmente, pela “reserva do possível”.

Não temos dúvidas de que o Estado brasileiro precisa de uma agenda de mudanças estruturais. Mas, por outro lado, a agenda deve ser de todos, e não do governo, além do que deve vir permeada de propostas respaldadas nos anseios da população, o que não se verifica no Projeto de Emenda Constitucional nº 287/2016.

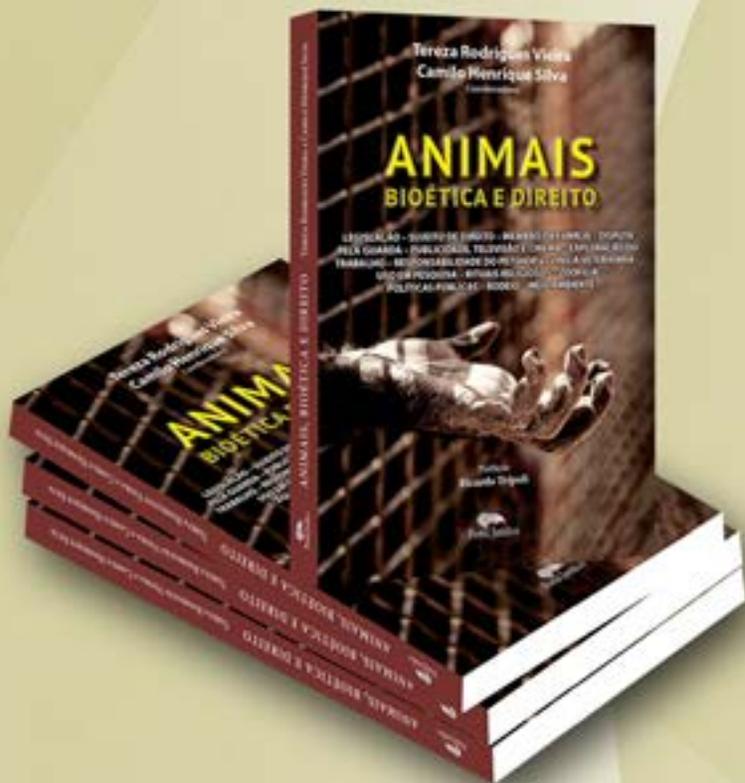
Caso a questão fosse realmente o específico déficit previdenciário em si e não a necessidade do país em fazer escolhas, por que as entidades representativas da sociedade não foram convidadas antes da propositura da PEC para colaborar com o projeto?

Talvez, a culpa seja da direita, autointitulada progressista, que denomina a esquerda de conservadora. Ou da esquerda, conservadora, que diverge da direita, pois a considera liberal. Ambas se esquecem de que, na verdade, progredir pode significar conservar, e que conversar pode significar progredir. Ou seja, o progresso é plurissignificativo. O que não podemos esquecer é do Estado brasileiro. Da população do país. Da Constituição Federal. Independentemente dos governos, independente dos partidos. 

ALEXANDRE TRICHES é advogado especialista em Direito Previdenciário.

ANIMAIS BIOÉTICA E DIREITO

Tereza Rodrigues Vieira
Camilo Henrique Silva
Coordenadores



R\$ **45,00**
FRETE GRÁTIS

Os artigos compilados nesta obra retratam algumas das infundáveis discussões acerca da relação entre os seres humanos e os animais, enfrentando os principais desafios bioéticos e jurídicos oriundos dessa delicada convivência. Instiga ainda, o leitor a realizar reflexões acerca de temas polêmicos e que necessitam de uma análise mais acurada para que o Poder Judiciário tenha subsídios no julgamento de litígios que versem sobre os temas abordados.

Telefone (61) **3225-6419**

