

Thiago Bottino & Michael Freitas Mohallem (Orgs.)

ESTADO, JUSTIÇA E SOCIEDADE

Reflexões sobre as
Instituições e o Direito

**ESTADO,
JUSTIÇA E
SOCIEDADE**

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

Thiago Bottino & Michael Freitas Mohallem (Orgs.)

ESTADO, JUSTIÇA E SOCIEDADE

Reflexões sobre as
Instituições e o Direito

EDIÇÃO FGV Direito Rio
Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil
Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2020
Este livro consta na Divisão de Depósito
Legal da Biblioteca Nacional.

*Este material, seus resultados e conclusões são de
responsabilidade dos autores e não representam,
de qualquer maneira, a posição institucional da
Fundação Getúlio Vargas / FGV Direito Rio.*

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e
Nathasha Chrysthie Martins

Capa: Aline Martins — Sem Serifa

Imagem da capa: leventalbas/iStock

Diagramação: Aline Martins — Sem Serifa

1ª revisão: Daniele Gullo

2ª revisão: Erika Alonso

Dados internacionais de Catalogação na Publicação

**Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV
Elaborada por Amanda Maria Medeiros López Ares - CRB-7/1652**

Estado, justiça e sociedade : reflexões sobre as instituições e o direito
/ Thiago Bottino e Michael Freitas Mohallem (Orgs.). - Rio de Janeiro :
FGV Direito Rio, 2020.

308 p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-86060-06-5

1. Direito. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Corrupção adminis-
trativa. 4. Eleições. 5. Liberdade de expressão. 6. Direito do consumidor.7.
Agências reguladoras de atividades privadas. I. Bottino, Thiago. II. Mohal-
lem, Michael Freitas. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação
Getúlio Vargas.

ORGANIZADORES

Thiago Bottino Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Pós-Doutor pela Columbia Law School. Professor visitante (short-term international visiting professor) na Columbia Law School (2018). Professor e Coordenador do curso de graduação em Direito e membro do corpo docente permanente do PPGD (Mestrado e Doutorado) em Direito e Regulação da FGV Direito Rio. Professor Associado de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) desde 2008 e integrante da Comissão Permanente de Direito Penal e da Comissão de Direitos Humanos. Integrou as Comissões de Direitos Humanos (2007), de Exame de Ordem (2007-2009) e de Estudos de Direito Penal (2014-2016) e o Observatório Jurídico da OAB/RJ para a Intervenção Federal (2018) da OAB/RJ e a Comissão de Direito Constitucional do Conselho Federal da OAB (2015-2016). Associado ao IBCCRIM, tendo exercido as funções de Vice-Presidente (2017-2018), Diretor do Departamento de *Amicus Curiae* (2013-2014) e Diretor de Projetos Legislativos (2019-2020), além de integrar a Comissão Organizadora do Seminário Internacional (2015-2020) e o departamento de *Amicus Curiae* (2012-2020).

Michael Freitas Mohallem Professor de Direitos Humanos, Processo Legislativo e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio. Atua como pesquisador do Programa de Transparência Pública da FGV, integra o Comitê Científico da Rede Mundial de Justiça Eleitoral, o Conselho Fiscal do Instituto Alziras, o Conselho Consultivo do Observatório Social do Brasil – Rio de Janeiro e o Conselho Editorial da FGV Direito Rio. Doutorando e LL.M em Direito Público e Direitos Humanos pela University College London (UCL), especialista em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB) e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Foi visiting researcher no European University Institute (EUI) e visiting scholar no Minerva Center for Human Rights da Hebrew University of Jerusalem. Foi Diretor da organização Avaaz no Brasil, assessor parlamentar da Liderança do Governo no Senado Federal e assessor jurídico no Ministério da Justiça.

SUMÁRIO

Apresentação	13
--------------------	----

PARTE 1. Corrupção, Lava Jato e o Supremo

STF deve rever a prisão após condenação em segunda instância?	19
---	----

Thiago Bottino

Só não viu quem não quis	22
--------------------------------	----

Joaquim Falcão

STF e o desgaste inevitável após condenação de Lula	25
---	----

Michael Freitas Mohallem

Ministro Toffoli <i>versus</i> Lava Jato	27
--	----

Joaquim Falcão

Final surpreendente esvazia julgamento do TRF-4	31
---	----

Michael Freitas Mohallem

Vazamentos revelam contradição de Moro com interrogatórios à força pela Lava Jato	33
--	----

Thiago Bottino

Restrição do foro privilegiado com mais clareza no futuro ou menos processos criminais?	36
--	----

Michael Freitas Mohallem

Risco de corpo estranho	38
-------------------------------	----

Thiago Bottino

Delação dos irmãos Batista foi um divisor de águas para as colaborações premiadas	41
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
Ao adiar segunda instância, Supremo deixa de ser o centro do debate	43
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
Chances de Lula estão no STJ	45
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
Menos foro, mais pressão sobre o Supremo	52
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
“Os onze”: a vida como ela é	58
<i>Joaquim Falcão</i>	
O que tanto conversam?	61
<i>Joaquim Falcão</i>	
Transparência ajuda na identificação de sinais de corrupção	64
<i>Michael Freitas Mohallem e Guilherme France</i>	
Caso Ghosn: quais alternativas para o direito internacional?	66
<i>Paula Wojcikiewicz Almeida e Gabriela Hühne Porto</i>	
A campanha anticorrupção e os desafios do estado de direito na China ...	74
<i>Evandro Menezes de Carvalho</i>	

PARTE 2. Eleições, Ficha Limpa e Caixa Dois

Lula pode estar na cadeia e na urna ao mesmo tempo?	83
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
Tanto a lei quanto a jurisprudência do STF admitem que Lula fique em liberdade	89
<i>Thiago Bottino</i>	
Decisão do TRF-4 dá início à novela jurídica que fará sombra à campanha presidencial	97
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
Todos os olhares para o Supremo	104
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	

Moro 2022	106
<i>Joaquim Falcão</i>	
O que mais importa é conhecer a origem do dinheiro	109
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
Urna eletrônica e a contagem paralela de votos	111
<i>Michael Freitas Mohallem e Pedro Campos</i>	
O Conselho Tutelar entra no radar da sociedade	114
<i>Michael Freitas Mohallem e Isabel Veloso</i>	

PARTE 3. Constituição, Transparência e Liberdade de Expressão

A guerra perdida de Toffoli	121
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
Por que devemos respaldar a nossa Constituição?	126
<i>Fernando Leal</i>	
Lawtechs, Siri e Google: qual o futuro do professor de Direito?	130
<i>Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo</i>	
Quais os limites para a fiscalização eleitoral nas universidades?	133
<i>Silvana Batini e Michael Freitas Mohallem</i>	
Censura à diversidade sexual	136
<i>Michael Freitas Mohallem e Guilherme France</i>	
O inimigo da imprensa	140
<i>Camilla Teixeira Ribeiro e Michael Freitas Mohallem</i>	
A transparência piorou no governo Bolsonaro?	147
<i>Gregory Michener e Michael Freitas Mohallem</i>	
É nepotismo tornar o próprio filho embaixador?	154
<i>Michael Freitas Mohallem e Guilherme France</i>	
Morte de Marielle é um golpe de desmobilização na luta contra a violência	158
<i>Michael Freitas Mohallem</i>	
Além da criminalização: LGBTfobia e ausência de dados	160
<i>Guilherme France</i>	

As duas sessões na China e a longa marcha
para a promoção do Estado de Direito 163
Evandro Menezes de Carvalho

**PARTE 4. O Direito do Consumidor e a Irreparabilidade
do Dano no Direito Civil Brasileiro**

Venda substitutiva ou de cobertura no Direito brasileiro: pode
o vendedor alienar a mercadoria caso o comprador não a receba? 173
Daniel Dias

Para que a tecnologia não fique contra o consumidor 181
Gustavo Kloh Muller

Pode o comprador adquirir mercadoria de terceiro
à custa do vendedor inadimplente? 184
Daniel Dias

A irreparabilidade do dano evitável no Direito Civil brasileiro (parte 1) 193
Daniel Dias

A irreparabilidade do dano evitável no Direito Civil brasileiro (parte 2) 201
Daniel Dias

A irreparabilidade do dano evitável no Direito Civil brasileiro (parte 3) 209
Daniel Dias

**PARTE 5. Agências Reguladoras, Investimento Coletivo e
o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**

Lei Geral das Agências Reguladoras: avanços e
limites dos seus mecanismos de participação decisória 219
Natasha Schmitt Caccia Salinas e Sérgio Guerra

Supremo, COAF e a sub-autonomia do Banco Central 225
Joaquim Falcão

Transparência ativa e produção normativa do Poder Executivo 228
Sérgio Guerra, Natasha Schmitt Caccia Salinas e Fernanda Martins

Novos contratos de investimento coletivo: evolução conceitual, ofertas irregulares e a atuação da CVM	234
<i>João Pedro Barroso do Nascimento e Pedro Maruo Palis</i>	
A ANAC e a segurança dos voos nas férias	239
<i>Joaquim Falcão</i>	
Pagar para desenvolver	243
<i>Patrícia Sampaio e Rômulo Sampaio</i>	
Mecanismos de participação social no marco regulatório das organizações da sociedade civil: avanços e retrocessos	246
<i>Natasha Schmitt Caccia Salinas</i>	
Por um uso abrangente da análise de impacto regulatório no Brasil	253
<i>Natasha Schmitt Caccia Salinas</i>	

PARTE 6. Regulação Tributária e o Mercado de Pagamentos

Quem perde com o limite da taxa de intercâmbio?	263
<i>Antônio José Maristrello Porto e João Manoel de Lima Junior</i>	
Quatro problemas do mercado de pagamentos que a regulação da trava de domicílio bancário não resolveu	267
<i>João Manoel de Lima Junior e José Egidio Altoé Junior</i>	
Regulação de sociedades pluriprofissionais: uma releitura do ISS à luz da decisão do <i>Bundesverfassungsgericht</i> de 2016	271
<i>Gustavo Fossati</i>	
Reforma tributária, igualdade e IR Negativo	281
<i>Gustavo Fossati</i>	
Sociedade em conta de participação: problemas da interferência tributária no Direito Societário brasileiro e críticas à obrigatoriedade de CNPJ para as SCPS	290
<i>João Pedro Barroso do Nascimento, Lucas Germano, Marcela Reis, Julia Rezende, Maria Sanches e Miguel Barros</i>	
CPMF: tributo eficiente, mas amoral	297
<i>Gustavo Fossati</i>	

APRESENTAÇÃO

Os últimos anos foram desafiadores para estudiosos do Direito. As instituições foram exigidas até o limite de suas competências, e reformas legais com profundo impacto no país foram aprovadas pelo Congresso Nacional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi inovada em inúmeros temas, mas revertida em tantos outros, com reflexos em burocracias estatais e na aplicação da lei por milhares de magistrados em instâncias inferiores do Judiciário.

A política também foi profundamente transformada, com intensidade que não se via desde a redemocratização. A Operação Lava Jato produziu investigações que atingiram atores políticos e empresários tidos por muitos como inalcançáveis pelos mecanismos de enfrentamento da corrupção. Tornou-se internacionalmente conhecida e celebrada como a maior operação de anticorrupção que o Brasil e possivelmente o mundo jamais vira. Mas as decisões que compuseram a Lava Jato e seus protagonistas receberam críticas e um escrutínio até então desconhecido. Imprensa, advogados e acadêmicos produziram livros, artigos e análises sobre possíveis quebras de legalidade e parcialidade, notadamente quando sua principal figura, Sérgio Moro, tornou-se ministro.

A mistura entre direito e política foi acentuada não apenas nos desdobramentos da Lava Jato, mas também no *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff. As consequências desse conturbado período são

sentidas ainda hoje e provavelmente por muitos anos. Partidos antes insignificantes tornaram-se forças da política nacional, políticos de pouca expressão tornaram-se as novas lideranças – em âmbito federal e nos estados –, e sob o argumento da renovação da política, quadros sem experiência apresentaram-se às urnas e hoje definem os rumos do país.

Para compreender o papel do direito e das instituições nesse intrincado contexto foi organizada a obra *Estado, Justiça e Sociedade: Reflexões sobre as Instituições e o Direito*. O livro é formado de importantes reflexões originalmente publicadas pelos principais jornais e portais de notícias do país pelos pesquisadores e professores da FGV Direito Rio. São análises e artigos de opinião produzidos no calor dos acontecimentos, justamente para que cada grande episódio do direito e da política nos últimos anos recebesse a devida análise no momento em que seu entendimento era mais necessário.

A reunião das análises nos permite revisitar os principais desafios do Direito nesse período, mas também compreender as diferentes visões sobre alguns dos temas que polarizaram o debate nacional e as carreiras jurídicas.

Esta obra também é representativa de como a FGV Direito Rio identifica sua missão institucional. Desde sua fundação, a Escola buscou situar-se de forma que fossem valorizadas suas vocações de uma escola de excelência no ensino e de influenciadora dos grandes debates nacionais. Assim, os 56 artigos que integram esta obra são exemplos da tentativa constante de contribuir com a reflexão sobre os desafios e as mudanças no Direito, logo após uma deliberação relevante de agentes públicos ou pouco antes de uma importante decisão judicial. Entre viradas jurisprudenciais e inovações regulatórias, debruçar-se sobre o momento é desafiador. Parece-nos, entretanto, imprescindível que a produção técnica elaborada no tempo da imprensa coexista com a produção acadêmica tradicional e de excelência, característica da FGV Direito Rio.

Os artigos são organizados em seis eixos temáticos, cada qual com artigos de diferentes especialistas. A primeira parte, intitulada “Corrupção, Lava Jato e o Supremo”, volta-se para as questões jurídicas que ocuparam o debate público brasileiro nos episódios centrais da Operação Lava Jato, como a constitucionalidade da prisão em segunda instância – no contexto geral e específico do julgamento do ex-presidente Lula – e o foro por prerrogativa de função (foro privilegiado), dentre outros aspectos.

Na segunda parte, tratando das “Eleições, Ficha Limpa e Caixa 2”, os artigos focam os desdobramentos legais que sucederam importantes deliberações públicas no contexto da agenda anticorrupção, especificamente para as implicações eleitorais, a exemplo do julgamento do ex-presidente Lula. As reflexões dessa seção abordam os aspectos jurídicos que impediram a participação de Lula nas eleições de 2018, passando pelo tema da Lei da Ficha Limpa e apresentando uma visão crítica sobre a questão do caixa 2.

Na terceira parte, as reflexões se concentram nos temas de “Constituição, Educação e Liberdade de Expressão”, trazendo à tona o amplo debate sobre *fake news* e suas implicações. O debate gravita em torno de como os Poderes da República têm se mobilizado para resguardar a Constituição, ao mesmo tempo em que são demandados maiores índices de transparência pública e são pensados os limites da liberdade de expressão. Também a liberdade de pensamento político nas universidades ocupou o Supremo, já que ocorria, na época das eleições presidenciais de 2018, ações de diversas instituições que poderiam colocar em risco a liberdade de expressão nas universidades públicas. Também integram esse eixo as reflexões sobre agressões do governo Bolsonaro à imprensa e à liberdade de expressão, assim como sobre o impacto da tecnologia na sala de aula e como este deve ser administrado.

Em seguida, a obra traz uma seção dedicada ao tema do “Direito do Consumidor e a Irreparabilidade do Dano no Direito Civil Brasileiro”, abordando as questões de segurança e privacidade do consu-

midor no contexto de presença constante e sempre mais integrada da tecnologia. No campo do direito civil, as relações de compra e venda, bem como os aspectos legais do dano e sua reparação à luz do Código Civil são tratados nesse eixo.

Na sequência, o tema “Agências Reguladoras, Investimento Coletivo e o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil” é abordado por meio de artigos de especialistas na área de regulação. Nesse eixo é possível encontrar uma análise da Lei Geral das Agências Reguladoras, seus avanços e o que ainda precisa ser feito. Também se discute o poder normativo das agências reguladoras, os contratos de investimento coletivo no âmbito da CVM, além da participação social no marco regulatório das organizações da sociedade civil. Questões práticas do dia a dia também aparecem nos artigos, como a possibilidade da tarifa em parques públicos para arcar com seu desenvolvimento e a segurança de voos de férias no contexto da ANAC.

A última parte da obra é dedicada ao tema “Regulação Tributária e o Mercado de Pagamentos”. Os tópicos discutidos nesse eixo refletem situações recentemente vivenciadas no debate público, como o possível retorno da CPMF e outros aspectos da agenda da reforma tributária, tais como o Imposto de Renda Negativo e a alteração do Bolsa Família. Em nível tributário também se discute a regulação das sociedades pluriprofissionais em uma perspectiva de Direito Comparado, utilizando o caso da Alemanha. Questões de Direito Societário também são tratadas, bem como uma análise crítica da Regulação da Trava de Domicílio Bancário (Resolução nº 4.707 do Conselho Monetário Nacional) no âmbito do mercado de pagamentos.

Boa parte dos temas aqui discutidos permanece na agenda dos tribunais, das casas legislativas e no dia a dia das políticas públicas. Pois se as análises feitas no calor dos acontecimentos possam ter sido úteis então, esperamos que continuem a provocar boas reflexões agora.

Rio de Janeiro, setembro de 2020.

PARTE 1

CORRUPÇÃO, LAVA JATO E O SUPREMO

STF DEVE REVER A PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA?¹

Thiago Bottino²

Em que momento uma pessoa deve começar a cumprir a pena pela prática de um crime? Antes de ser condenado, após uma condenação provisória ou só depois da decisão definitiva? Essa é a questão que o Supremo Tribunal Federal (STF) irá responder. E a resposta pode ser jurídica, realista ou moral.

Se cada um de nós pudesse escolher, a resposta talvez fosse diferente a depender do réu nesse processo penal imaginário. Certamente, nenhum de nós gostaria de perder a própria liberdade enquanto ainda pudesse lutar por ela, usando os recursos previstos na lei. Muitos, no entanto, acreditam que a prisão dos outros deve vir o mais rápido possível.

1. Artigo publicado, originalmente, na *Folha de S.Paulo*, em 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/tendenciasdebates/2018/02/stf-deve-rever-a-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia-sim.shtml>. Acesso em: 9 fev. 2020.

2. Professor da FGV Direito Rio.

Contudo, essa escolha já foi feita quando se promulgou a Constituição. Ali diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ora, trânsito em julgado é quando acabam os recursos. E ser considerado culpado significa cumprir a pena. De tão importante, esse direito está na parte “imutável” da Constituição. O Congresso não pode alterar isso. E nem o STF.

É verdade que, logo após a Constituição de 1988, o STF autorizava essa modalidade de prisão sem decisão definitiva, mantendo a interpretação que vinha desde a ditadura do Estado Novo, quando foi feito o Código de Processo Penal. Contudo, o Congresso mudou o Código em 2008, e, com isso, o STF mudou seu entendimento em 2010. Logo após, em 2011, o Código foi novamente alterado.

Hoje, a lei diz que a prisão sem condenação definitiva só é permitida se houver uma razão específica (risco de fuga, por exemplo). Não é efeito automático da condenação provisória. Logo, a resposta jurídica é cumprir a pena só após a decisão definitiva.

A realidade do país leva à mesma conclusão. Grande parte das decisões dos tribunais de 2º grau são modificadas no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dependendo do crime e do local em que ocorreu, mais da metade das decisões é modificada. Muitas pessoas seriam presas para cumprir uma pena que, mais tarde, não exigiria prisão. E as estatísticas mostram que essa injustiça afeta justamente os mais pobres, clientes das defensorias públicas.

Sem falar no estado das nossas prisões, que o próprio STF reconheceu serem desumanas. Devemos arriscar colocar algum inocente nelas? Ou alguém que, no final, não teria uma pena de prisão?

A resposta realista é que, se o STF quiser promover a igualdade dos cidadãos, deve aguardar a decisão ao menos do STJ.

E também existe a resposta moral. Mas a moral individual de cada um dos 11 ministros não pode ser a razão de decidir. Afinal, se

esse for o critério, cada vez que a composição do tribunal mudar, a resposta também mudará.

Mas talvez seja essa a causa do problema. Entre 2010 e 2016, 5 novos ministros tomaram posse. E, em 2016, o STF permitiu punir quem ainda não foi condenado definitivamente. Dos 7 votos pela mudança, 4 foram desses novos ministros. Porém, oito meses depois, o “placar” mudou para 6 a 5. Com a posse do ministro Alexandre de Moraes, que ainda não votou sobre o tema, não se sabe qual tese irá prevalecer.

Ora, se o STF está “interpretando” a Constituição, a mudança pontual de ministros não pode ser a causa da mudança pontual de interpretação. Juízes (e ministros) devem respeitar a lei. E não colocar suas opiniões morais acima dela.

Por fim, há quem diga que julgar a questão nesse momento seria um casuísmo. Mas será que o casuísmo não foi ter mudado o entendimento em 2016, em meio a uma “cruzada moralista” chamada operação Lava Jato?

SÓ NÃO VIU QUEM NÃO QUIS³

Joaquim Falcão⁴

O ministro Toffoli abriu, com atraso, a sessão de quarta-feira (23) sobre o julgamento da segunda instância. O ministro Marco Aurélio reclamou. Em Marco Aurélio, reclamação ou ironia não são grátis. É sempre flecha disparada.

E o país esperando.

O ministro Toffoli passou, então, a receber homenagens, discursos, autolouvações, com certeza devidas, por estar fazendo dez anos de vida no Supremo, em Brasília.

Nunca vi, em lugar nenhum do mundo, se interromper uma sessão do Supremo para celebrar este tipo de bodas. Não se distinguir o que importa e o que não importa para o país. Isto não é matéria de pauta de Supremo.

Talvez um *e-mail*, um abraço, bastasse. Custaria menos aos cofres públicos.

3. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 26 de outubro de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/so-nao-viu-quem-nao-quis-24042726>. Acesso em: 14 fev. 2020.

4. Membro da Academia Brasileira de Letras. Professor titular de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Educação pela Universidade de Genebra e mestre em Direito pela Harvard Law School.

E o país esperando.

O ministro Toffoli, no meio da sessão, avisou que o, aliás, coerente voto da ministra Rosa Weber ficaria para quinta-feira seguinte, pois já se aproximava das 18h.

Gentil e estranho ao mesmo tempo. Temos visto sessões que vão até às 19h, às 20h ou mais.

E o país esperando.

A esta altura já se percebia uma certa ânsia pelo adiamento. O ministro Toffoli, antes de terminar a sessão de quarta, já avisara que a próxima sessão haveria de ser encurtada.

Encerrada por volta de 17h30, pois tinham uma recepção programada para presidentes dos Supremos dos Brics.

Ou seja, programa-se coquetel de celebração em cima de horário de sessões!

E o país esperando.

A quinta-feira confirmou. Começou atrasada. Não se conseguiu acabar a sessão.

O ministro Toffoli anunciou, então, que, como nesta próxima semana não teria sessão do plenário, a votação estava adiada para novembro.

E o país esperando.

Sabemos todos que quem controla o tempo e a pauta de sessão tem mais possibilidades de controlar o resultado da decisão.

Desde o início, os movimentos do ministro Toffoli como presidente da sessão foi para avisar que ia adiar a decisão. De tempos em tempo, ele dizia que os ministros podiam se alongar nos votos. Estímulo?

Por que este adiamento dispensável? Negociações ainda não terminadas? Acomodações geológicas?

Paralelamente, desta feita, não houve discussões, deselegâncias. Ministros usualmente vociferantes ficaram ineditamente quietos.

Evidentemente não estamos falando de protocolos, rituais ou diplomacias judiciais. Estamos falando de algo mais grave e nem sempre perceptível.

Estamos falando de direitos dos cidadãos. Do devido processo legal. O Supremo tem regras decisórias claras, permanentes e cumpríveis. A Presidência deve fazê-las respeitar.

Não por uma questão estética ou ética comportamental.

Mas porque é seu dever.

Não pode permitir que alguns ministros deem prioridade às suas conferências e palestras, viagens ao exterior ou conagraçamentos profissionais e deixem as sessões pelo meio. Como às vezes acontece.

Sessões de julgamento do Supremo fazem parte do devido processo legal. Devem ser estritamente reguladas.

É preciso julgamentos que não dependam do presidente de plantão a cada dois anos, por melhor e quem quer que seja.

Quem vai investir no Brasil onde um só ministro pode reter, por pedido de vista, um processo por mais de 300 dias! Sem ter de justificar. E a Presidência silente?

Tinha razão, e tem razão, o ex-presidente José Sarney, quando defende a liturgia do cargo. A liturgia é componente da estabilidade política. Não é um estilo. É um dever. É devido processo legal.

A legitimidade do ministro Toffoli não aumenta por votos congratulatórios, por mais que mereça. Mas por meio de atos concretos.

Como o de decidir, com antecedência de cada semestre, a pauta, e segui-la de acordo com projeto que por lá está...

Como enviar para o julgamento do plenário o ato em que se autoconcedeu competência para investigar e até censurar a mídia e imprensa. Como já aconteceu com a revista *Crusoe*.

E o país esperando.

Como enviar para julgamento definitivo a proibição que decretou o Ministério Público usar dados do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e assim prosseguir os julgamentos referentes ao Senhor Queiroz.

E o país esperando.

STF E O DESGASTE INEVITÁVEL APÓS CONDENÇÃO DE LULA⁵

Michael Freitas Mohallem⁶

A condenação de Lula deu nome e sobrenome ao debate no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre permitir a antecipação da prisão mesmo para os casos que ainda não chegaram ao fim. Se já seria um debate espinhoso, agora o risco de desgaste ficou inevitável.

Em 2016, o STF alterou sua jurisprudência e passou a admitir a chamada execução provisória da pena, quando um colegiado de juízes, em grau de apelação, decide pela prisão mesmo que o processo ainda não tenha se encerrado. A mudança foi motivada pela percepção de que poucos condenados se beneficiavam da proteção constitucional. O argumento que prevaleceu é que a regra favorecia apenas os clientes de advogados de grife e que, portanto, ter dinheiro passava a ser um fator para atrasar – ou evitar – a prisão.

5. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 26 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/analise-stf-tera-desgaste-inevitavel-apos-condenacao-de-lula-22331038>. Acesso em: 15 nov. 2019.

6. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Antes da mudança de interpretação, o entendimento do STF era de que a prisão antes do trânsito em julgado deveria ser proibida por conta do princípio constitucional da presunção de inocência. Com isso, ficava minimizada a chance de prisão indevida na hipótese de que tanto a primeira quanto a segunda instância tivessem errado na aplicação da lei. Quando combinada com a morosidade do judiciário brasileiro e a sobrecarga de processos nos tribunais superiores, a regra gerava muitas prescrições.

Desde antes da condenação de Lula, esse entendimento do STF não estava pacificado. Há poucos meses, declarações contrárias à nova regra feitas pelo novo ministro Alexandre de Moraes, que não integrava a corte no momento da decisão, e pelo ministro Gilmar Mendes, que havia votado em favor da mudança em 2016, já indicavam que poderia acontecer, a qualquer momento, uma nova reviravolta na jurisprudência. A pressão para que o caso seja pautado não vem apenas de dois ministros, mas de uma provável nova maioria do Tribunal.

A volta à regra antiga não tinha Lula como alvo, mas o debate será contaminado por seu caso. Resta agora saber se o fator Lula é capaz de acelerar o caso ou de colocá-lo na geladeira. Caso o STF decida não enfrentar a questão passadas poucas semanas da decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), poderá ter que, mais à frente, lidar com o desgaste de ser o responsável por tirá-lo da prisão. Caso acelere o julgamento para tomar a decisão enquanto Lula está em liberdade, será acusado de favorecer Lula. Seja qual for o caminho, o STF será o protagonista do maior assunto de 2018.

MINISTRO TOFFOLI VERSUS LAVA JATO⁷

Foaquim Falcão⁸

Cinco pontos para melhor entender a tática do ministro Toffoli contra a Lava Jato. Em especial contra Deltan Dallagnol e o ministro Moro.

Primeiro, esqueçam, pelo menos temporariamente, a lição do ministro Celso de Mello, de que o poder do Supremo reside na sua palavra final.

O poder agora reside no instante do ministro presidente. Na liminar monocrática, na definição ou indefinição da pauta, na cotidiana declaração pública, na indevida visita às partes, na distribuição das relatorias. E por aí vamos.

Tem poder, não quem tem a palavra final: a instituição. Mas quem tem o efêmero instante: o ministro individualmente.

Segundo, o importante é o presidente manter em aberto a possibilidade de agradar e/ou ameaçar a todos, ao mesmo tempo. Seja Lava

7. Artigo publicado, originalmente, em *Correio Braziliense*, em 14 de agosto de 2019.

8. Membro da Academia Brasileira de Letras. Professor titular de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas. Doutor em Educação pela Universidade de Genebra e mestre em Direito pela Harvard Law School.

Jato. Seja a Presidência da República, o Congresso, os congressistas denunciados, os acordos de leniência, os empreiteiros. Todos.

Agrada o presidente Bolsonaro, protegendo e dificultando a investigação de seus filhos. Ao mesmo tempo, fica aberta a possibilidade, a ameaça de prosseguir as investigações.

Agradar e ameaçar são faces da mesma moeda.

Manter esta moeda é a arma do ilimite.

Produz incerteza judicial e insegurança jurídica permanentes em todo o país. Entra na pauta, sai da pauta, adia a pauta, leva à mesa, não leva, pede vista. As vítimas são as próprias instituições. Liquefeitas, diria Bauman.

E, também, a economia. E o investimento. A expectativa econômica muito vive da expectativa jurídica.

Terceiro, ministro não é Supremo. Nem mesmo presidente do Supremo é supremo. Nem ministro do Tribunal de Contas da União (TCU) é o TCU. Nem Corregedor do Ministério Público é o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Não confundir opiniões, decisões, insinuações, declarações à mídia de ministros individuais com as decisões das instituições a que pertencem.

Quem fala por estas instituições são seus plenários. E seus plenários estão prudentemente calados. Quase constrangidos. Processualmente silenciados.

Como os plenários são plurais, a tática dos alto-falantes é evitá-los. Diante de questões polêmicas, é difícil prever o resultado. É melhor adiá-los. Esperando a sombra da liminar do eu sozinho, o momento político propício. Quando conseguir votos suficientes para aprovar suas inclinações, alianças ou seus interesses pessoais.

É o que está acontecendo, aconteceu no Conselho Nacional do Ministério Público. Os processos contra Deltan entram ou não entram em pauta de acordo com os cálculos dos votos que previamente fazem

os que controlam a pauta. A pauta da conveniência. Abuso do direito. A fase atual é pressão nos conselheiros.

Até hoje o ministro Toffoli não levou para o plenário sua decisão unilateral e sem previsão constitucional ou regimental de editar e promover inquéritos envolvendo parentes de ministros, inclusive.

Criou assim uma espécie de Medida Provisória Suprema que começa a valer no instante em que edita, e na hora silencia o plenário.

Com um pequeno e decisivo detalhe. A Medida Provisória só vale por sessenta dias. A Medida Provisória Suprema do ministro Toffoli vale até o dia em que ele queira colocar em pauta.

Quarto, ao ultrapassar limites institucionais, Toffoli coloca uma armadilha para o plenário. Se colocar para apreciação do plenário seu ato unilateral em que se concede autopoderes de investigação, o plenário ficará coagido. Como dizer ao povo que seu presidente fez um ato irregular?

Não precisa dizer. Já se sabe.

A pesquisa de Rubens Glezer da FGV-Direito São Paulo sobre os pedidos de suspeição mostra claramente. O Supremo, mesmo seu plenário, não quer se julgar. Nem julgar seus pares. Os ministros do Supremo não são suspeitos nunca! Mesmo sendo.

Quinto, esqueçam as discussões jurídicas, as teorias formalistas, doutrinas, jurisprudências. Como, por exemplo, a celeuma sobre imparcialidade do magistrado.

Um ministro do TCU pode ou não ameaçar os auditores fiscais? Conflitando com a Receita Federal. Extrapolou ou não sua competência? Pouco importa. Importa é ter acesso, por instante, às informações confidenciais que, por enquanto, não teria.

Vejam a querela da parcialidade da força-tarefa. Vai ser julgada por ministro que, de antemão e de público, diz que se trata de uma organização criminosa. Declaração que não advém de prova ilícita. Mas de registro no cartório da opinião pública. É suspeito. Já prejudicou.

Como julgar as questões envolvendo o presidente Bolsonaro, sem se julgar suspeito?

Alguém se lembra de John Stevens, presidente da Suprema Corte americana, se encontrando amiúde com Trump? Ou do presidente da Corte Constitucional Alemã Andreas Voßkuhle se encontrando-se amiúde com Angela Merkel?

Não se encontram. E quando se encontram é público e protocolarmente.

O cerne do poder é a manipulação do tempo. Da expectativa da pauta, da mídia, da opinião pública, das partes, dos advogados e dos demais poderes submissos.

No estado democrático de direito, o poder do presidente do Supremo é o silêncio.

O resto é silêncio, diria Hamlet.

FINAL SURPREENDENTE ESVAZIA JULGAMENTO DO TRF-4⁹

Michael Freitas Moballem¹⁰

A liminar concedida em favor de Lula esvaziou a expectativa que havia sobre o julgamento dos embargos, na segunda-feira, mas sinalizou que a tese sobre antecipação da prisão será debatida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF).

A decisão surpreendeu. Em geral, pedidos de *habeas corpus* (HC) são simples do ponto de vista do direito. Caso os ministros julgassem existente a ameaça à liberdade de locomoção por alguma ilegalidade, poderiam conceder o HC preventivo. Se entendessem que não havia risco concreto iminente, como foi o caso da 5^a turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), poderiam denegar o HC. Portanto, mesmo com o alongamento da discussão das questões preliminares, seria pouco provável que o mérito de um HC se arrastasse por muitas horas. O re-

9. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 23 de março de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/artigo-final-surpreendente-esvazia-julgamento-do-trf-4-22518280>. Acesso em: 15 nov. 2019.

10. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

gimento do STF, inclusive, determina que se deva finalizar a análise do HC em pauta mesmo que a sessão avance à noite.

O caso de Lula, entretanto, é revestido de expectativas que extrapolam sua liberdade. O adiamento atípico para casos assim se explica pela verdadeira agenda que acompanha o HC pautado, que é a interpretação sobre se a Constituição admite a execução da pena de prisão imediatamente após a decisão de segunda instância, antes do trânsito em julgado. Esta, sim, é uma longa discussão.

A grande dúvida que antecedia ao julgamento – e que permanecerá até o dia 4 de abril – era se os ministros conseguiriam pautar a rediscussão da tese sobre a prisão antecipada de forma que valesse para todos os casos de modo vinculante, e não apenas para Lula. O caminho processual ideal para que os efeitos da decisão sejam para todos os tribunais e condicionem casos futuros são as Ações Diretas de Constitucionalidade. O HC, tipicamente, serve para solucionar a dificuldade de quem o apresenta.

Como o STF é, ao mesmo tempo, um tribunal constitucional – e, como tal, responsável por analisar dúvidas constitucionais capazes de ordenar todo o sistema – e um tribunal recursal – responsável, em última instância, por recursos e ações de HC de quaisquer indivíduos –, a via processual escolhida pelos ministros dirá qual dos dois tribunais está com a palavra.

Mas não é apenas a dúvida sobre qual tribunal falará após o feriado. Por se tratar de provável maioria apertada, especula-se que a ausência de um dos ministros no dia da nova sessão possa impactar o resultado. Ausente um dos ministros, se houver empate no julgamento de HC, prevalece a decisão mais favorável ao réu. Mas se a decisão for de natureza constitucional, o desempate cabe à presidente, cuja posição já se conhece.

VAZAMENTOS REVELAM CONTRADIÇÃO DE MORO COM INTERROGATÓRIOS À FORÇA PELA LAVA JATO¹¹

Thiago Bottino¹²

Diz a lei que o juiz deve declarar que é suspeito para prosseguir no processo se tiver aconselhado qualquer das partes (art. 254, IV, do Código de Processo Penal). Caso as mensagens recentemente divulgadas e que teriam sido trocadas entre o ministro Sérgio Moro e o procurador Deltan Dallagnol sejam verdadeiras, pelo menos uma das mensagens indica um ato de aconselhamento do então juiz ao Ministério Público.

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que as conduções coercitivas para interrogatório eram inconstitucionais. Até então, a população assistira sua utilização em larga escala pela ope-

11. Artigo publicado, originalmente, na *Folha de S.Paulo*, em 12 de junho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/vazamentos-revelam-contradicao-de-moro-com-interrogatorios-a-forca-pela-lava-jato.shtml>. Acesso em: 9 fev. 2020.

12. Professor da FGV Direito Rio.

ração Lava Jato. Um dos principais argumentos, constante em várias decisões, para justificar a condução forçada de um investigado era a necessidade de impedir que os suspeitos conversassem entre si antes dos seus depoimentos, ou seja, impedir que discutissem estratégias comuns de defesa. Argumento equivocado, como afirmou o STF.

Se o suspeito não está obrigado a falar, ou, se falar, não precisa dizer a verdade, é indiferente se mente sozinho ou se o faz depois de discutir com outro suspeito. Nenhuma linha de investigação séria pode se basear apenas na palavra do suspeito. De outro lado, a parte acusatória sempre foi livre para discutir estratégias seja entre seus membros, seja com funcionários de outras agências governamentais, o que constitui a verdadeira essência de uma força-tarefa. No entanto, se as partes – acusação ou defesa – podem debater estratégias processuais entre si, é proibido que contem com o aconselhamento do juiz da causa.

Ao julgar a ação que questionava a condução coercitiva (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 395), e defender a medida que foi considerada inconstitucional, assim escreveu o ministro Roberto Barroso: “E agora que juízes corajosos rompem esse pacto oligárquico de impunidade e de imunidades e começam a delinear um direito penal menos seletivo e a alcançar criminosos do colarinho branco, há um surto de garantismo”.

Com essas palavras, o ministro sustentava que as medidas empregadas pelo juiz da operação Lava Jato, dentre outros magistrados, eram uma necessidade para o enfrentamento do crime. Não podia saber, naquela altura, que um dos juízes corajosos a quem se referia não apenas poderia ter agido com parcialidade em favor do Ministério Público (quando deveria ser equidistante e imparcial), como também discutido e aconselhado os acusadores sobre estratégias de atuação.

A contradição e ilegalidade dessa prática são evidentes: um juiz que prende e manda conduzir suspeitos para que não conversem entre si (o que é lícito) não poderia, jamais, conversar, às escondidas,

com a parte acusatória. Essa prática absurda e ilegal não é sinônimo de coragem, mas de comportamento incompatível com as regras do Código e uma violação dos princípios mais elementares da justiça e do devido processo legal.

É certo que o juiz, como qualquer ser humano, pode ter uma opinião formada sobre um caso, mesmo antes de proferir a sentença. Porém, quando suas opiniões se transformam em ações no sentido de favorecer, com conselhos, uma das partes, ele perde a isenção necessária para julgar o caso. Ao se unir à parte acusatória para favorecê-la, o magistrado prejudica a defesa dos indivíduos e perde a legitimidade para prosseguir julgando o caso. Se esse mesmo juiz fosse desmascarado dando conselhos a um advogado para vencer a causa, seria igualmente errado.

Assim, caso comprovados os fatos que vieram à tona nos últimos dias, talvez o ministro Barroso queira rever a frase escrita no seu voto, mantendo, porém, o parágrafo imediatamente seguinte: “Violência policial, direito penal do autor, abuso de autoridade judicial, nada disso faz parte da minha visão de como deve funcionar o sistema punitivo no Brasil. O direito penal deve ser moderado, sério e igualitário”.

RESTRIÇÃO DO FORO PRIVILEGIADO COM MAIS CLAREZA NO FUTURO OU MENOS PROCESSOS CRIMINAIS?¹³

*Michael Freitas Moballem*¹⁴

A sessão de julgamento estava decidida antes mesmo de começar. A dúvida não era se a nova regra restritiva do **foro privilegiado** seria adotada, mas quais seriam as consequências para as centenas de inquéritos e processos envolvendo parlamentares federais. Ainda há muita expectativa sobre como a redistribuição dos casos evitará impunidade e prescrições, mas, para o Supremo Tribunal Federal (STF), o efeito é certo: a nova interpretação vai desafogar a carga de processos criminais.

O extenso voto do ministro Dias Toffoli deu emoção ao julgamento, tornando a divergência aberta há meses pelo ministro Alexandre

13. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 2 de maio de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/analise-restricao-do-foro-privilegiado-com-mais-clareza-no-futuro-ou-menos-processos-criminais-22646901>. Acesso em: 15 nov. 2019.

14. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

de Moraes em preocupação sensível. A tese defendida pelo ministro Luís Barroso, relator do caso, cria dois critérios a serem observados conjuntamente, um temporal e outro material. O aspecto temporal é simples de ser compreendido: para que a acusação de crime seja protegida pelo foro, basta que tenha sido cometido durante o mandato parlamentar. Já o critério material abarcaria apenas casos em que o crime tivesse sido realizado em razão do cargo.

A atenção do julgamento passou a ser justamente sobre as dificuldades que o critério material projetaria ao futuro. Como determinar ao certo, por exemplo, se um crime eleitoral foi realizado em razão do mandato a ser exercido após as eleições ou se uma agressão fruto de uma discussão política seria considerada “em razão do cargo”.

Os dois votos desta quarta-feira optaram pela interpretação mais segura e que, certamente, evitará que muitos futuros casos cheguem ao próprio STF para determinar se cabem ou não na hipótese de incidência do foro. O ministro Gilmar Mendes, que votará por último na sessão de quinta-feira, caminhará com a divergência. Caso adote um tom conciliador, poderá, até mesmo, reverter parcialmente mais dois votos em favor da tese exclusiva pelo critério temporal, construindo a maioria.

Ao adotar apenas o critério temporal, ganha-se clareza, mas evita-se a retirada da pauta do STF de casos pouco relevantes para a corte. Esse passou a ser o dilema da deliberação: mais clareza no futuro ou menos processos criminais?

RISCO DE CORPO ESTRANHO¹⁵

*Thiago Bottino*¹⁶

O ministro da Justiça defendeu uma alteração na lei para permitir acordos entre o Ministério Público (MP) e os réus como alternativa ao processo penal, inspirado no modelo americano do *plea bargain*: uma negociação onde o réu confessa um crime em troca de uma pena mais branda do que a que receberia se fosse condenado. Para que a sociedade se posicione, é preciso entender as vantagens e desvantagens do modelo, segundo a experiência americana, e como seria a adaptação ao nosso sistema.

A primeira vantagem é a redução de custos. Acordos são mais rápidos porque dispensam intimações e audiências e geram menos gastos com pessoal, material e aluguel de prédios. Ademais, a morosidade do judiciário no Brasil é ruim tanto no caso de réus culpados (pois demoram a ser punidos) como inocentes (porque ficam submetidos a essa suspeita por anos, até serem absolvidos). Outra vantagem é a voluntariedade. Como é fruto de um acordo, o *plea bargain* atende

15. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-risco-de-corpo-estranho-23409759>. Acesso em: 9 fev. 2010.

16. Professor da FGV Direito Rio.

ao interesse das duas partes e reduz a quantidade de recursos, aliviando os tribunais.

A primeira desvantagem também envolve custos. O uso em larga escala dos acordos nos EUA (97% dos crimes federais são decididos assim) gerou o aumento de presos, inclusive em infrações leves. Hoje, os EUA são o país com o maior número de encarcerados do planeta e gastam US\$ 82 bilhões por ano com prisões. Se o mesmo ocorrer no Brasil, o custo do encarceramento em massa poderá ser superior à economia com pessoal e equipamentos.

Além disso, já se constatou nos EUA a tendência de que o acusado aceite um acordo mesmo quando é inocente. Promotores pressionam e ameaçam os réus para obter acordos. Não se deve duvidar que isso aconteça aqui, decretando-se prisões com a finalidade (não declarada) de obter acordos.

Outra desvantagem é a falta de publicidade. No modelo atual, um juiz precisa indicar por escrito as razões que levaram à condenação e todos podem criticá-las, pois o processo é público. Já no modelo de acordos, as negociações são secretas, feitas a portas fechadas.

A última desvantagem é a falta de controle institucional. Nos EUA, promotores são eleitos ou indicados por pessoas eleitas (presidente ou governadores) e decidem quem será processado (ou não) com base na vontade popular. No Brasil, promotores são selecionados pelo conhecimento técnico, e não por seus valores e opiniões. Portanto, não podem “escolher em nome do povo” nem tomar decisões que acreditem “ser o melhor para o país”. Caso um membro do MP nos EUA tome uma decisão inadequada, ele não será reeleito e pode até ser demitido. No Brasil, membros do MP possuem independência e raramente são afastados, mesmo quando acusam pessoas inocentes ou sem provas.

É preciso que a lei estabeleça mecanismos de controle e responsabilização dos promotores, bem como que casos semelhantes tenham

direito a acordos e penas iguais, para evitar arbitrariedade e subjetivismo (outra crítica comum nos EUA).

Entretanto, o mais importante é que esses acordos não envolvam penas de prisão.

Como a prisão tem um custo social altíssimo (pois inocentes também aceitarão acordos), ela não pode ser fruto de uma negociação onde não se examinam provas e não há possibilidade de defesa. Além disso, aumentar prisões por meio de acordos implodirá nosso sistema carcerário, já superlotado. O remédio acabaria sendo pior do que a doença, porque presídios lotados são um conhecido foco de violência e de fortalecimento do crime organizado. Logo, acordos devem ser usados apenas para penas alternativas à prisão.

Assim como um transplante de órgãos exige uma série de exames de compatibilidade, um “transplante jurídico” também exige que se compreenda que os sistemas jurídicos são diferentes. Introduzir um “corpo estranho” sem ter isso em conta pode simplesmente produzir o efeito inverso, piorando nosso sistema de justiça.

DELAÇÃO DOS IRMÃOS BATISTA FOI UM DIVISOR DE ÁGUAS PARA AS COLABORAÇÕES PREMIADAS¹⁷

Michael Freitas Moballem¹⁸

O acordo dos irmãos Batista transformou o modo como o país enxerga as colaborações – ou delações premiadas. A versão atual das regras de delação foi criada em 2013, mas conheceu seu caso mais desafiador justamente há um ano, quando se tornavam públicas as provas apresentadas pelos irmãos Batista contra centenas de políticos, incluindo o presidente da República.

A partir da notícia da delação, discutia-se então a renúncia do presidente Temer como se fosse mera questão de tempo. A má qualidade do áudio que implica Temer frustrou quem esperava a bala de prata, e o terremoto não foi confirmado. Mas a delação tinha muita carne e, aos poucos, deu corpo às duas denúncias contra o presidente e à medida cautelar de suspensão do mandato de Aécio Neves.

17. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 17 de maio de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/artigo-delacao-dos-irmaos-batista-foi-um-divisor-de-aguas-para-as-colaboracoes-premiadas-22690453>. Acesso em: 15 nov. 2019.

18. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Nos dois casos – Temer e Aécio – a delação entregou o que prometia, mas houve obstrução dos processos no âmbito político. Os deputados, a um alto custo de emendas parlamentares, preservaram Temer. Já os senadores, respaldados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que lhes deu o poder de decidir sobre a suspensão de seus próprios mandatos, decidiram o óbvio: salvar Aécio.

Elementos externos à delação enfraqueceram seus resultados e, com isso, reforçaram o argumento de que não foi um bom negócio para a sociedade. Mais do que isso, para além de Joesley e Wesley, o caso pode ter enfraquecido o próprio instituto da delação premiada.

Desde seu início, o caso dos Batista foi uma sucessão de surpresas. Se ainda havia dúvidas sobre a relação custo-benefício daquela delação, uma lucrativa operação de câmbio fez pender a balança da opinião pública contra os irmãos. Em seguida, uma confissão acidental colocou em xeque a validade do acordo (em uma conversa gravada por engano entre Joesley e um executivo da JBS, surgiu um relato que indicava uma tentativa de cooptação de um procurador ligado a Janot).

As delações – qualquer uma delas – levam a benefícios como redução da pena, mas apenas excepcionalmente à imunidade ou perdão judicial. Embora a decisão sobre o benefício caiba ao policial ou promotor, com a anuência do relator do caso, a percepção do público tem enorme impacto para delações futuras. Ao conceder o prêmio máximo a um criminoso confesso, não deve haver dúvidas sobre a vantagem para a investigação.

Por essa razão, a delação dos donos da JBS parece ser um divisor de águas. Ao prometer muito, desapontou. Ao enfrentar as incertezas do processo político, perdeu força. Ao buscar legitimar-se, perdeu a opinião pública.

Seja qual for o desfecho, o custo de se propor delações após o caso dos irmãos Batista já é bem mais alto do que era antes. Raquel Dodge parece contar menos com as delações do que fazia seu antecessor, mas sempre que tentar um novo acordo, será medida pela régua deste caso.

AO ADIAR SEGUNDA INSTÂNCIA, SUPREMO DEIXA DE SER O CENTRO DO DEBATE¹⁹

Michael Freitas Mohallem²⁰

Três fatores influenciaram a decisão de adiar a decisão sobre prisão após condenação em segunda instância: o receio de mais um desgaste do Supremo Tribunal Federal (STF), a iminência do julgamento do ex-presidente Lula pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o temor natural de um resultado adverso por parte da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), proponente de uma das ações.

Caso o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) acontecesse no dia 10, o STF poderia se colocar, mais uma vez, no centro do debate nacional sobre o futuro da Lava Jato. Há menos de um mês, o STF decidia que os processos sobre caixa dois devem arrastar consigo os crimes conexos para que sejam todos julgados

19. Artigo publicado, originalmente, em *O Estado de S. Paulo*, em 5 de abril de 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,analise-ao-adiar-segunda-instancia-supremo-deixa-de-ser-o-centro-do-debate,70002780109>. Acesso em: 15 nov. 2019.

20. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

juntos pela Justiça Eleitoral. Para além da controvérsia jurídica que o tema carrega, o STF recebeu a incômoda acusação de querer obstruir a Operação Lava Jato.

A eventual reversão do atual entendimento pelo STF provocaria a imediata soltura de acusados presos após decisões de segundo grau em casos da Lava Jato, notadamente seu mais conhecido réu, o ex-presidente Lula. Embora Lula já tenha sido condenado em uma segunda ação penal, apenas um de seus casos teve a confirmação em segunda instância, razão pela qual está preso.

Outro fator é o calendário de julgamento do STJ. Como o recurso de Lula no seu caso mais avançado – que o acusa de ser dono do apartamento no Guarujá – deve ser julgado pelo STJ nos próximos dias, ao STF parece oportuno aguardar. Caso Lula tenha sucesso em seu recurso, a sua liberdade não terá vindo pelas mãos do STF. A crítica de parte da sociedade seria, desta vez, para outra corte. Sendo Lula derrotado em seu recurso, ganharia força no STF a esquecida tese de Dias Toffoli, prevendo a prisão não após a segunda instância, mas, sim, após a manifestação do STJ.

A razão oficial do adiamento, porém, foi o pedido da OAB. Não é plausível que seu novo presidente, conhecido defensor da interpretação de que a prisão só possa se dar após o final do processo, considere adiar o julgamento apenas para estudar melhor o caso. O temor da conjuntura desfavorável, que leve a uma derrota, parece ser a principal motivação do adiamento. Não seria apenas mais uma derrota. Este caso é visto por todos como a última chance, em muitos anos, de reverter a tese que autoriza a prisão em segunda instância.

CHANCES DE LULA ESTÃO NO STJ²¹

Michael Freitas Moballem²²

A confirmação da condenação de Lula, por 3 votos contra e nenhum a seu favor, com o aumento da pena de prisão, diminuiu a percepção de que ele poderá alcançar seu objetivo de tornar-se candidato a presidente. O resultado também limitou suas alternativas recursais. Porém, há opções disponíveis tanto na esfera eleitoral quanto na esfera penal. Espera-se que o acórdão seja publicado em até uma semana e, a partir desse momento, abre-se o prazo de dois dias para apresentação pela defesa dos embargos de declaração. A apreciação dos embargos, mesmo sem ter prazo fixo, costuma ser rápida. Mais ainda, imagina-se, neste caso que parou o Brasil. Dentro de um a dois meses é provável que os embargos tenham sido avaliados e o processo possa seguir para a etapa de execução da pena de prisão.

21. Artigo publicado, originalmente, no portal da revista *Piauí*, em 25 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/chances-de-lula-estao-no-stj/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

22. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Recursos no STJ e STF

Lula ainda poderá apresentar o recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Essas serão suas últimas oportunidades de questionar os fundamentos da prisão, a aplicação da lei ou mesmo argumentar que houve violação de regras constitucionais. Também será o momento de solicitar a suspensão da execução da pena de prisão, que poderia ser feita por meio de pedido cautelar conjuntamente com os argumentos de mérito. O instrumento de *habeas corpus* também pode ser utilizado para buscar a liberdade, tanto em sua versão repressiva quanto na preventiva. Já na esfera eleitoral, Lula poderá, nestes mesmos pedidos ao STF e STJ, solicitar a suspensão da inelegibilidade, que passará a incidir sobre ele após a publicação da decisão sobre os embargos. Poderá também, através do seu partido, apresentar o registro de sua candidatura ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) antes do dia 15 de agosto. Mas, se não tiver uma decisão favorável em ao menos um dos recursos, suas chances serão pequenas.

Como São os Recursos

A defesa poderá apresentar simultaneamente os recursos ao STJ e ao STF. A discussão no STF, por meio do recurso extraordinário, terá como base a Constituição Federal. A análise a ser feita pelos ministros do STF é se, ao longo do processo (e não apenas na última decisão), algum ato ou decisão afrontou algum direito protegido na Constituição, ou se algum princípio constitucional não foi observado. Já no STJ, por meio do recurso especial, o foco será a análise sobre a aplicação das leis federais incidentes neste caso. Desde o Código de Processo Penal até a Lei sobre os Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores. No STJ,

será feito o cotejamento da aplicação da lei e dosimetria neste caso em relação a outros, comparáveis de modo que se buscará sua compatibilidade com a jurisprudência do Tribunal.

Chances de Defesa

As melhores chances de Lula estão no STJ. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), já se conhece a visão e leitura jurídica do caso da parte dos três juízes, que serão os mesmos a apreciar os embargos de declaração, portanto não se espera nada de positivo para a defesa. Em relação ao STF, por ser um tribunal relativamente pequeno, de onze ministros, em constante exposição midiática – e recente desgaste com a opinião pública –, é possível que não queiram assimilar mais essa que seria uma decisão de altíssima visibilidade e, suponho, enorme rejeição por parte de setores amplos da sociedade. Já o STJ é um Tribunal de 33 ministros, pouco conhecidos por quem está fora do universo da advocacia. As posições individuais são pouco conhecidas e o desgaste individual de eventual liminar não traria grande ônus para o Tribunal como um todo. Ademais, se é verdade que as teses do domínio do fato e, agora, da desnecessidade do ato de ofício estão de fato cristalizadas no STF após o mensalão, poderá ser chance de provocar via STJ nova reflexão sobre os pontos. De qualquer forma, em se tratando de tribunais superiores, prevalecerá um elevado grau de imprevisibilidade sobre quem será o relator sorteado ou mesmo em que momento os pedidos serão apresentados, já que, em recesso, por exemplo, a presidência faz plantão e recebe todos os pedidos urgentes. Sobre o assunto, recomendo o “Lula e seu Labirinto, de Joaquim Falcão e Silvana Batini.”²³

23. Lula e seu labirinto. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/artigo-lula-seu-labirinto-por-joaquim-falcao-silvana-batini-21584180>. Acesso em: 9 nov. 2020.

A Controvérsia dos Atos de Ofício

O tipo penal “corrupção passiva” (um dos crimes pelos quais Lula foi condenado) estabelece como causa de aumento de um terço da pena a prática de ato de ofício infringindo dever funcional para obter vantagem ou promessa. Os advogados de Lula argumentaram que deveria haver prova de existência de ato de ofício para a comprovação do crime. Já os juízes entenderam que é suficiente para a configuração do crime que os pagamentos sejam realizados em razão do cargo, mesmo que sejam em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades apareçam.

Rapidez no TRF-4

Ao TRF-4, só se pode apresentar o recurso chamado embargos de declaração. De acordo com o Código de Processo Penal, art. 619: “poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão”. Não há prazo para apreciar os embargos. Em geral, é um procedimento rápido e espera-se celeridade especial neste processo, como se viu na etapa anterior. O prazo de um a dois meses é uma expectativa razoável, embora possa demorar mais ou menos.

As Cortes Superiores

O TRF-4 não tem a opção de negar o seguimento do recurso de embargos de declaração, mas poderá respondê-lo no sentido de que não há contradição, ambiguidade, omissão ou obscuridade. Assim, mesmo

nesse contexto em que o TRF-4 não identifica problemas no acórdão, tanto o STJ quanto o STF poderiam reverter a decisão no mérito se assim entendessem. Ambas são cortes hierarquicamente superiores e os recursos servem justamente para corrigir a má aplicação da lei ou a afronta às normas constitucionais. Assim, neste caso, prevaleceria a decisão de qualquer dos dois tribunais superiores e Lula não seria preso, caso a decisão recursal especificamente suspendesse a execução da pena de prisão.

Risco de Prisão

É esperado que o pedido de embargos de declaração a ser oposto por Lula receba resposta breve, rejeitando a existência das alegadas contradições e obscuridades. Portanto, não deve alterar a forma ou o impacto do acórdão. Após a apresentação dos embargos de declaração, ficará suspenso o prazo de 15 dias para a apresentação dos recursos especial e extraordinário. Julgados os embargos, o prazo volta a correr. Portanto, é possível que Lula seja preso após o julgamento dos embargos, mas antes do fim do prazo de interposição dos recursos, apenas se o TRF-4 processar com rapidez o caso. Também será um fator imprevisível a rapidez com a qual os tribunais superiores processarão os recursos.

Quando pode ser preso?

A prisão não pode ser imediata. Em 2016, o STF alterou sua jurisprudência e passou a admitir a chamada execução provisória da pena, quando um colegiado de juízes, em grau de apelação, decide pela prisão mesmo que o processo ainda não tenha se encerrado.

Portanto, será necessário superar o último recurso disponível na segunda instância – os embargos de declaração – para que a prisão seja permitida. Vale lembrar, como dito acima, que a execução da prisão poderá ser suspensa por meio do recurso especial, do recurso extraordinário ou do *habeas corpus*. Lula poderá ser preso após a apreciação dos embargos de declaração pelos juízes do TRF-4 que o julgaram, caso seus pedidos de suspensão da execução da pena aos tribunais superiores não prosperem. Embora não seja possível estabelecer o tempo certo de apreciação, é razoável imaginar que seja feito dentro de um a dois meses.

O Ficha Suja

Qualquer indivíduo condenado em primeira e segunda instâncias – havendo apreciação dos recursos de segunda instância – e que também planeje ser candidato a qualquer cargo eletivo, como Lula, será ficha suja em tese. Ainda que os requisitos previstos em lei para que um candidato seja considerado ficha suja tenham sido preenchidos, a formalização da inelegibilidade só será determinada legalmente pela Justiça Eleitoral, após o pedido de registro de candidatura. Por exemplo, além de Lula, falou-se, há alguns anos, que o presidente Michel Temer teria se tornado ficha suja por doação eleitoral acima do limite legal. Como ele anunciou que não será candidato, a Justiça Eleitoral provavelmente não atestará essa condição formalmente. Portanto, após a apreciação dos embargos de declaração, Lula será ficha suja em tese, mas pode se tornar ficha limpa caso um de seus recursos aos tribunais superiores suspenda a execução da pena, que seria a causa da inelegibilidade. A decisão sobre ser ou não pré-candidato é do partido e do candidato e não tem análise judicial prévia. A Justiça define apenas quem será candidato registrado.

O Pré-Candidato

Lula continua pré-candidato, conforme anunciado por seu partido, e só deixará de sê-lo por decisão própria ou do partido. Como a avaliação de elegibilidade é feita apenas no momento do registro das candidaturas, em tese, Lula poderia ser preso e ser registrado pelo partido como candidato. Porém, além de ser decisão improvável por parte do partido, levará inevitavelmente à denegação do registro de candidatura semanas depois da solicitação. Se o candidato já foi preso, significa que foi condenado em segunda instância e teve os recursos apreciados. Portanto, essa será também a condição objetiva para a inelegibilidade e a recusa do pedido de registro, devido à condição de ficha suja. Em relação aos direitos políticos, vale lembrar que apenas o trânsito em julgado da sentença levaria à suspensão dos direitos de votar e ser votado, pelo tempo que durar a pena.

Justiça Eleitoral

Apenas o TSE dirá se Lula é candidato ou não. É certo que, para determinar o resultado do pedido de registro de candidatura, deverá avaliar a vida pregressa do candidato, especialmente se há condenações criminais em segunda instância, ou condenações transitadas em julgado (em qualquer instância), de modo que o que acontece fora do TSE pode definir como o TSE decide. Porém, do ponto de vista formal, a decisão deve partir do TSE para candidatos a presidente, e dos Tribunais Regionais Eleitorais, no âmbito dos estados, para outros cargos.

MENOS FORO, MAIS PRESSÃO SOBRE O SUPREMO²⁴

Michael Freitas Moballem²⁵

A limitação dos tipos de processo com direito a foro privilegiado para deputados federais e senadores deve desafogar o Supremo Tribunal Federal (STF), mas levantará novo movimento de pressão pelo fim da prisão em segunda instância. Fora da esfera dos tribunais superiores, haverá, ainda, muita dúvida sobre a extensão dos efeitos da nova regra – cujo julgamento pelo STF será retomado nesta quarta-feira, com maioria já formada pela restrição.

Quando o foro por prerrogativa de função foi inserido na Constituição de 1988, não se poderia imaginar que, passados trinta anos, quase metade dos deputados e senadores estaria envolvida em inquéritos ou ações penais perante o STF. A demora e a dificuldade para levar adiante tantos processos mudou a forma como se vê o foro – original-

24. Artigo publicado, originalmente, no portal da revista *Piauí*, em 2 de maio de 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/menos-foro-mais-pressao-sobre-o-supremo/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

25. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

mente idealizado como escudo do representante eleito contra o uso do Judiciário como instrumento da política.

Com o endosso constitucional, o foro proliferou-se em legislações diversas e se tornou símbolo da desigualdade. Outros 55 mil servidores e agentes públicos passaram a receber tratamento processual diferenciado. Em 2017, deslegitimada e sem apoio, a regra do foro especial foi então desafiada no STF. A solução encontrada pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso, foi mudar a interpretação atual da Constituição – que alcança todos os crimes comuns, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não têm relação com o seu exercício – para uma leitura restritiva da regra de foro, de modo que apenas crimes praticados no cargo e em razão do cargo seriam levados ao tribunal de última instância.

Embora a maioria já formada em favor da mudança venha sendo celebrada como salvação contra a impunidade, o momento do debate convida a três reflexões: o STF é o espaço adequado para essa mudança? Quais são as consequências da mudança para a Lava Jato? O fim do foro levará a Justiça brasileira a interferir mais na política?

Supremo Versus Congresso Nacional

Tal como em outras grandes disputas judiciais recentes, o embate sobre o foro ganharia contornos mais legítimos se fosse protagonizado pelos legisladores. Uma vez mais, porém, o STF chamou para si a responsabilidade de ler as entrelinhas da Constituição e alterar regra que vige inalterada há trinta anos. Essa medida, é verdade, tem contornos de autopreservação do tribunal. Em 2014, projetando o tamanho que a Lava Jato ganharia, o STF mudou seu regimento e transferiu do plenário para as turmas o julgamento de ações penais de autoridades com foro, mas a medida não foi suficiente para dar a agilidade espe-

rada aos casos. Agora, a interpretação proposta por Barroso é mais uma tentativa de salvar o STF do monopólio temático da Lava Jato.

A decisão, de fato, aliviará a agenda criminal do STF, mas incidirá significativamente apenas sobre os membros do Congresso Nacional, e não sobre as dezenas de milhares de autoridades com foro. Deputados e senadores perceberam que a mudança mais abrangente apenas poderia ser produzida por meio de emenda constitucional, e a inércia legislativa os deixaria como únicos afetados pela restrição.

Quando o STF sinalizou que poderia votar a mudança do foro, o Senado aprovou a **Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 10/2013**. Em vez de restringir a aplicação da regra, os parlamentares a extinguem para todos os casos, reservando-a apenas para os chefes dos três poderes da União e o vice-presidente da República, além de expressamente vedar a sua adoção no futuro. Seria a mudança por completo.

Por um breve momento, parecia que o debate tomaria rumo no Legislativo. O ministro Toffoli, inclusive, quando freou o andamento do julgamento no STF ao pedir vista em novembro, disse que o fazia para dar tempo de que o Congresso avançasse com a PEC. Antes que a Câmara pudesse confirmar a decisão do Senado, porém, veio a intervenção federal no Rio de Janeiro e impossibilitou que qualquer emenda à Constituição fosse feita. A bola voltou ao STF, ciente de que a restrição do foro será aplaudida pela nova audiência cativa da TV Justiça.

A Restrição do Foro e a Lava Jato

Caso seja chancelada a tese defendida pelo ministro Barroso, proporcionalmente poucos casos penais permaneceriam no STF. Seria necessária a conjugação de duas condições para a preservação da jurisdição do STF: crimes praticados quando do cargo e em razão dele. A realidade dos processos dos parlamentares são acusações de diversos delitos, que vão

de crimes ambientais a calúnia e injúria, passando por crimes eleitorais e de lavagem de dinheiro, muitos dos quais praticados como prefeito ou deputado estadual, antes de ocupar o cargo atual no Congresso Nacional.

Portanto, a mudança teria impacto maior em casos não relacionados à Lava Jato, mas permitiria ao STF focar-se nos casos remanescentes, muitos dos quais originados nas investigações da Lava Jato. Da mesma forma, em 2019, quando tiver início a nova legislatura, não chegará ao STF uma avalanche de casos novos não relacionados com a atuação do legislador, como costuma acontecer em anos de início de mandato parlamentar.

Outra importante mudança que se pretende é acabar com o vaivém dos processos em instâncias diferentes. Quando houver a instrução processual, a competência para julgar a ação não será mais modificada apenas pela mudança de cargo público. A regra atual faz com que todos os processos criminais em nome do deputado ou senador sejam levados ao STF. Muitos delitos “pequenos” adormecem nos escaninhos do STF diante da urgência de casos maiores. Muitos outros casos acabam pulando de uma instância para outra – quando o prefeito elege-se deputado federal, por exemplo, arrasta consigo o processo criminal, mas retorna ao não se reeleger-se deputado.

O caso de Eduardo Azeredo é um bom exemplo. Quando seu caso avançava no STF, o ex-deputado renunciou ao cargo em 2014 para ganhar tempo na remessa e recomeço de tramitação do processo na Justiça de Minas Gerais. Passados onze anos da denúncia, Azeredo apenas agora foi julgado na segunda instância. O resultado comum do vaivém processual ou mesmo da demora em julgar costuma ser a prescrição.

Em relação à Lava Jato, as mudanças podem acelerar os julgamentos tanto no STF, então com menos processos sob sua responsabilidade, quanto nas varas de primeira instância, cujos tempos médios são menores do que os do STF. Claro que nem todas as varas terão a mesma velocidade que algumas daquelas mais conhecidas atualmente, como a de Sérgio Moro. O fato novo aqui será a grande mudança de perspectiva

processual: atualmente, um parlamentar tem um certo controle sobre seu caso perante o STF, pois sabe das limitações e duração média dos casos. Na nova realidade, a depender da localidade, o processo poderá produzir resultados que levem parlamentares – em dois anos nos casos mais rápidos ou quatro anos em média – tanto à prisão quanto à impossibilidade de disputar eleições por conta da Lei da Ficha Limpa.

Com isso, amplia-se a pressão de partidos, advogados e acadêmicos sobre o STF pela execução de prisão somente após o trânsito em julgado dos processos. A questão deve se manter no centro das especulações sobre quando será pautada a rediscussão pela presidente – ou pelo presidente Toffoli a partir de setembro –, além de ser inevitavelmente a grande dúvida que pesará sobre as próximas nomeações ao STF, que devem acontecer na segunda metade do próximo mandato presidencial, com a aposentadoria compulsória de Celso de Mello e Marco Aurélio Mello.

O debate nos últimos meses ficou centrado na figura do ex-presidente Lula, cujo caso serviu parcialmente para a discussão da tese no STF. Mas, em breve, haverá outras figuras importantes colocando seus respectivos pesos políticos para a revisão da possibilidade de execução provisória da prisão. E não faltarão novos argumentos, nem novas ações – como se viu com a substituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade do PEN pela do PC do B – para tentar reverter a maioria frágil e ainda incerta que se formou.

A Ampliação da Presença da Justiça na Política

O foro especial ganhou proporções injustificáveis no Brasil. Porém, a distorção da regra ocultou aspectos importantes, como o papel do órgão colegiado para onde é direcionado o caso de quem tem foro. Em decisões que envolvem ocupantes de cargo eletivo, a decisão colegiada protege contra a preferência política capaz de contaminar a

atuação de juízes em momentos de exacerbação política. O voto colegiado dissolve paixões individuais.

É claro que a decisão por um colegiado não é imune a influências políticas e pressões de interesses. No entanto, erros individuais se dissipam no contraditório do colegiado e radicalismos se isolam quando confrontados com o bom senso. Minimiza-se a chance do impacto na política. Por outro lado, ganham também juízes e o Judiciário. A carreira de um jovem magistrado pode ser definitivamente afetada se, da loteria da distribuição processual, resultar um controverso processo contra um senador, ministro ou governador. Magistrados em início de carreira poderiam ser precocemente levados a ter o protagonismo de heróis ou vilões nacionais.

O debate recente sobre o foro brasileiro ser uma jabuticaba está mal colocado. A comparação com outros países isola o Brasil pelo excesso de indivíduos com foro, mas pouco olha para o papel que os precedentes judiciais têm por aqui. Magistrados, por vezes, atuam com voluntarismo e em completa negação de entendimentos pacificados por tribunais superiores. Em sistemas assim, aumenta o risco de impacto indesejado das decisões judiciais monocráticas na esfera que deveria ser deixada para a democracia.

A restrição do foro privilegiado pelo STF será um passo importante para resolver o problema no principal tribunal do país. Mas a questão não será resolvida nas demais instâncias, e a política no Brasil profundo será afetada por magistrados politizados e mais fortalecidos. Um ajuste efetivo e duro como esse dependerá, em algum momento, da participação do Congresso e, claro, da normalização da atividade política em que o crime é apenas excepcional.

“OS ONZE”: A VIDA COMO ELA É²⁶

*Joaquim Falcão*²⁷

Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises, novo livro de Felipe Recondo com Luiz Weber é fina ressonância magnética do Supremo.

Mas com título equivocado. O título deveria ser: “Os Onze, o STF, seus bastidores e seu cotidiano”.

Hoje, no Supremo, a crise é o cotidiano. Fratura exposta, politizada e personalizada.

O livro toca melodia recorrente: o processo decisório dos ministros. Como decidem o que é constitucional e o que não é?

Segue tendência universal: a urgência de transparência judicial na democracia. Inclusive os autores escolheram como modelo o livro *Os nove*, de Jeffrey Toobin, sobre o Supremo americano.

A pesquisa histórica é instrumento privilegiado desta transparência. Vem com força. Este ano teremos ainda os livros de Conrado Hubner e Rodrigo Janot.

26. Artigo publicado, originalmente, em *Valor Econômico*, em 23 de agosto de 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2019/08/23/hoje-no-supremo-criese-e-o-cotidiano-escreve-joaquim-falcao.ghtml>. Acesso em: 14 fev. 2020.

27. Membro da Academia Brasileira de Letras. Professor titular de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Educação pela Universidade de Genebra e mestre em Direito pela Harvard Law School.

A transparência tem sido quantitativamente buscada na série *Supremo em Números*, da FGV Direito Rio.

Aí revelou-se a manipulação dos pedidos de vista, a impunidade decorrente de foro privilegiado, o monocratismo de ministros e a grave doença do processualismo.

Criou-se nova pauta para advogados, jornalistas e professores. Um constitucionalismo de realidade.

“Os onze” não tem números. Mas é rigorosa pesquisa qualitativa. Revela os gritos e sussurros que cercam uma decisão. Pesquisas quantitativas e qualitativas assim mutuamente se confirmam.

No livro, dois personagens emergem:

Joaquim Barbosa, pois é a partir do Mensalão que tudo vai mudar. Impôs seu rito, coragem e argumentação. “Foi a largada para um Supremo conflagrado, confirmou-o como um tribunal atento e reativo à opinião pública, catapultou a imagem dos ministros, tornou-os personas públicas e instigou até mesmo ambições políticas”, dizem Recondo e Weber.

Luiz Roberto Barroso que, como advogado, já defendera causas de avanços sociais, agora usa a concepção de um Supremo iluminista contra a corrupção obscurantista denunciada por Lava Jato.

Ambos, Barbosa e Barroso são atacantes. Destemidos como o Vavá da seleção brasileira de 1968. Não são dissimulados, sibilinos. Têm ideias e não interesses.

Outros ministros poderiam também ser atores privilegiados. E no livro são. Teori Zavascki, é excelente a narração sobre a tessitura de seus votos na Lava Jato. Carlos Direito, por sua vocação coordenadora. Ayres Britto, pela iluminação ao colocar o Mensalão em votação. Infelizmente não mais estão por lá.

Dos que ainda estão, ressalte-se a pauta de Celso de Mello como voz de autoridade institucional. Agora contra Bolsonaro. O devido e necessário silêncio da imparcialidade de Rosa Weber. A prudência e

tática de Edson Fachin. E o contraponto de Marco Aurélio, quem sabe e às vezes até gosta de perder.

Não é, pois, por falta de exemplos internos que o Supremo perde legitimidade.

“Aqui cada um é por si”, disse certa feita Lewandowski. “Hoje eu diria que o tribunal é a baderna de todos contra todos”, disse Sepúlveda Pertence. “As alianças no Supremo são de vidro.” “O adversário de hoje pode ser o aliado de amanhã”, dizem os autores.

Com a crueza de um golpe ippon, Luiz Fux complementa: “Ninguém gosta da ideia que não teve”.

Supremo partido e repartido.

Não leia o livro apenas como história. É mais. Serve para nos entender hoje. A origem dos parâmetros, por exemplo, nas relações de magistrados com as partes interessadas.

Na discussão sobre o crédito premium do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), o advogado dos exportadores chega a Eros Grau, que lhe diz com a tranquilidade de um consequentialismo de realidade:

“Vocês acham que o Supremo vai julgar em favor de vocês uma causa que a Fazenda diz que custa 200 bilhões de reais? Nunca. O Supremo vai decidir contra vocês!”

Vários outros exemplos de contatos entre magistrados, autoridades e partes estão presentes no livro. É uma rotina cultural que dificilmente pode ser considerada como evidência de parcialidade dos processos.

Hoje estes contatos de magistrados com partes seriam demonizados por alguns advogados, jornalistas e mesmo por outros ministros.

O livro é tiro mortal no processualismo. Esta doença-crença de que todos os ministros decidem de acordo com o formalismo artificial do direito processual e do regimento, como acreditam indispensável ao estado democrático de direito. Direito processual sim, processualismo não.

Carlos Peluso tentou sempre. Mas nova realidade emerge.

Aliás, retiro minha proposta inicial. O título do excelente livro de Recondo e Weber deveria ser: *A vida como ela é* Do supremo.

O QUE TANTO CONVERSAM?²⁸

Joaquim Falcão²⁹

Dos três poderes, o Judiciário e seus tribunais é o que mais oferece festas. Festas para todos gostos, o ano inteiro.

Por quê? Para quê?

Não são gratuitas. Têm uma função na definição da justiça.

Medalhas, títulos, honra ao mérito, jantares de adesão, comemorações de promoções, aposentadorias, remoções. Almoços que iniciam seminários, coquetéis que encerram.

Prêmios. Recepção a ministro do Supremo. A outro, também. Discursos, conferências, palestras. Idas a *resorts*, comitivas ao exterior. Festas presenciais, é claro. Não são virtuais.

Um abecedário que não acaba em z.

Se Gilberto Freyre fizesse a sociologia destas festas, começaria perguntando: Quem vai? Quem não vai? Para quem são?

Vão os magistrados, desembargadores, ministros, procuradores, subprocuradores, presidentes de tribunais, corregedores. E

28. Artigo publicado, originalmente, em *Folha de S.Paulo*, em 26 de julho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2019/07/0-que-tanto-conversam.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2020.

29. Membro da Academia Brasileira de Letras. Professor titular de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Educação pela Universidade de Genebra e mestre em Direito pela Harvard Law School.

cônjuges. Vai toda a hierarquia. Relatores, conselheiros, peritos, assistentes. Famílias.

Advogados, muitos, muitos e muitos advogados.

Vão sobretudo as partes com grandes processos pendentes. Os advogados de milhões de pequenas causas não são convidados.

Mas o que tanto conversam? Servidores públicos, donos de cartórios, partes, juízes e ministros?

Não é sobre teorias jurídicas. Hart *versus* Alexy, ou Pontes de Miranda. É sobre processos para serem julgados. A pauta da próxima sessão. Despachos auriculares. Pedidos de vista.

Jovem juiz é apresentado ao desembargador que vai votar, ou não, a sua promoção. Desembargador apresentado ao governador que vai escolher na lista tríplice. Pedidos de audiência. Procuradores alertando juízes. E vice-versa. O despacho vai ser publicado quando?

O coquetel judicial é o mercado das informações judiciais potenciais.

Lembra o mercado da praça de Jemaa el-Fna, patrimônio cultural da Unesco em Marrakech.

Tudo é informação. A linguagem corporal. O grupinho. Tudo interferirá, subliminarmente ou não, no processo.

Citar jurisprudência ou doutrina, com um Prosecco na mão, já é uma pista. Criticar o potencial voto do colega, outra. Prorrogar prazo também.

Gilberto Freyre não seria unilateral. Festa é também fraternidade, celebração do conhecer os colegas, formular empatias intelectuais. Alianças inter e extrapolíticas. De reforçar o sistema de relações profissionais, diria Luhmann.

Mas tudo vai depender das conversas. Será que, nelas, se respeita o artigo do Código de Processo que proíbe um processo passar à frente de outro? Ou o artigo da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que proíbe o juiz de se pronunciar sobre processo seu ou do colega?

O processualismo protoformalista, tão em moda, proíbe conversas, independentemente dos resultados. Proíbe a forma, independen-

temente do conteúdo. Proíbe a boa-fé. A descontração. E, no entanto, se conversa, se ouve, se pratica a boa-fé.

Um coquetel é humano. Demasiadamente humano para ser codificado. Demasiadamente fugaz para ser punido.

No final, cada um recorta a conversa como lhe apeteceu.

O importante foi o ouvir, e não o falar.

E se as conversas fossem gravadas e vazassem?

O coquetel seria contra o devido processo legal, imparcial e inconstitucional.

Anulam-se os processos ou o coquetel?

TRANSPARÊNCIA AJUDA NA IDENTIFICAÇÃO DE SINAIS DE CORRUPÇÃO³⁰

*Michael Freitas Moballem*³¹
*Guilherme France*³²

Assim que os partidos registraram seus candidatos, surgiu a primeira grande questão das eleições 2018: qual é a origem do crescimento patrimonial dos parlamentares?

Os dados do projeto Congresso em Números, da FGV Direito Rio, indicam que aproximadamente 20% dos parlamentares tiveram evolução patrimonial maior que o acúmulo de 100% da remuneração pela função de legislador. Ainda que cause surpresa, podemos concluir muito pouco sobre a ética individual. Além do salário, os parlamen-

30. Artigo publicado, originalmente, em *O Estado de S. Paulo*, em 23 de agosto de 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,analise-transparencia-ajuda-na-identificacao-de-sinais-de-corrupcao,70002469455>. Acesso em: 15 nov. 2019.

31. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

32. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

tares podem ter outras fontes legais de rendimento e, por isso, seria precipitado afirmar que são fontes de renda ilícitas.

A Justiça Eleitoral exige de candidatos apenas uma descrição genérica dos bens que atinge apenas parcialmente seu propósito de transparência. Não permite que se compreenda o quadro de evolução patrimonial e, assim, histórias de enriquecimento repentino e não explicado permanecem sem esclarecimento, justo quando eleitores buscam candidatos acima de qualquer suspeita de corrupção – a principal preocupação do eleitorado em 2018.

Além de não ajudar o eleitor na sua escolha, a falta de mais detalhes afeta a confiança na classe política. Afinal, quais são essas atividades econômicas paralelas ao mandato? Há conflitos de interesse entre elas e o dia a dia parlamentar?

Declarações de bens são instrumentos relevantes para a identificação de sinais de corrupção e para o controle de conflitos de interesse. A transparência dos bens daqueles que se candidatam possibilita o controle social e facilita a atuação do jornalismo investigativo.

É claro que candidatos também são contribuintes e precisam declarar bens e fontes de renda à Receita Federal. Os eleitos também são monitorados pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Essas informações são, todavia, protegidas pelo sigilo fiscal. É necessário adequar a declaração de bens dos eleitos para que seja feita em períodos mais frequentes, com informações sobre bens relevantes, e a criação de incentivos para o correto preenchimento da declaração no momento da candidatura.

A dúvida que paira sobre a trajetória dos patrimônios de detentores de mandatos é prejudicial à democracia. Iguala candidatos que querem oferecer informações àqueles que têm algo a esconder.

CASO GHOSN: QUAIS ALTERNATIVAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL?³³

Paula Wojcikiewicz Almeida³⁴
Gabriela Hübne Porto³⁵

O caso do multimilionário Carlos Ghosn chamou a atenção do mundo. Nascido no Brasil e criado no Líbano, país natal de seus pais, também adquiriu nacionalidade francesa após anos vivendo e estudando no país. Sua fama começou pelo sucesso profissional como antigo dirigente da Nissan, da Mitsubishi Motors e do Grupo Renault e reforçou-se por fatos recentes. Ghosn foi preso em novembro de 2018 no Japão, acusado de subnotificação de sua renda e de quebra de confiança. Após mais de 120 dias detido em território japonês, foi concedida fiança em abril de 2019. Fugiu de lá, de for-

33. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 14 de março de 2020. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-ghosn-quais-alternativas-para-o-direito-internacional-14032020. Acesso em: 30 mar. 2020.

34. Professora de Direito Internacional e coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet da FGV Direito Rio.

35. Pesquisadora do Centro de Excelência Jean Monnet da FGV Direito Rio.

ma planejada e elaborada, em dezembro de 2019, passando pela Turquia e chegando no Líbano.

Também sofre processo na capital francesa, onde é acusado de financiamento de eventos privados no Castelo de Versalhes, bem como de “abuso de bens sociais, abuso de confiança agravada e lavagem de dinheiro” pela Renault. No Líbano, Ghosn é acusado pela Nissan de ocupar e fazer funcionar um apartamento da empresa sem “justificativa legal”. O processo no Líbano tem audiência marcada para 30 de março, data na qual o tribunal deverá determinar a data do julgamento. Nesse ínterim, Japão tem tentado, sem sucesso, convencer as autoridades libanesas acerca da extradição de Ghosn.

Tendo em vista o complexo cenário jurídico de um caso que ultrapassa fronteiras e que depende fundamentalmente de cooperação internacional entre os países envolvidos, quais são as alternativas efetivamente em jogo?

Teses de Acusação e Defesa de Ghosn

De um lado, a defesa de Carlos Ghosn nega todas as infrações financeiras. Em resposta às acusações, a defesa de Ghosn levanta hipótese de conspiração e aponta a influência da crise econômica de 2008 na administração dos ativos do empresário; bem como a regularidade das transações com a família real saudita. Mais recentemente, passaram a integrar os argumentos de defesa, sobre os possíveis maus-tratos recebidos por Ghosn na detenção em território japonês. O empresário foi enfático na coletiva de imprensa no Líbano, em 8 de janeiro, que estava fugindo da “injustiça” e de perseguição do sistema criminal japonês.

De outro lado, o governo japonês sustenta o descumprimento de Ghosn do regimento da fiança ao fugir do país e alega a propagação de informações falsas sobre seu sistema judicial internacionalmente.

Sobre o que ficou conhecido como “justiça dos reféns”, a ministra de justiça do Japão reconheceu publicamente as particularidades do processo de investigação, mas enfatizou a sua imparcialidade e respeito aos direitos humanos dos detentos no país.

Justifica-se a acusação no sentido de “justiça dos reféns”? No Japão, a decisão por prolongar o período de detenção é realizada por um juiz independente da autoridade que investiga, quando houver risco de destruição de provas ou fuga, cabendo recurso para questionar tais decisões. Na prática, há períodos de detenção mais extensos do que os padrões de outros países, sem haver acusação formal. Há também críticas sobre a concentração de poder dos procuradores japoneses na busca insistente da confissão dos acusados. Segundo informação fornecida pelo Ministério da Justiça japonês, optou-se pela proibição da presença de advogados de defesa durante o interrogatório, proposta que foi discutida por três anos no Legislativo. Há gravação de áudio e vídeo nas interrogações. Além disso, segundo a lei japonesa referida pelo Ministério da Justiça, detentos sob fiança podem ser impedidos de receber visita de familiares, quando for identificado risco de destruição de prova ou fuga.

No caso Ghosn, o juiz Yuichi Tada explicou que a detenção continuada de Ghosn justificou-se pelo medo da fuga do suspeito ou de vê-lo destruir evidências. Ghosn afirma que participou de interrogatórios de mais de 8 horas sem a presença de advogado(a). O caso impacta ainda mais o público internacional pelo suposto contraste com o tratamento dado em outras prisões de alto escalão no mundo corporativo.

Repercussões do Caso e Imbróglío Jurídico

As repercussões do caso continuam. Em fevereiro, o empresário foi acionado pela Nissan em 83,4 milhões de euros por “má conduta e atividades fraudulentas” perante um tribunal civil japonês,

levantando novamente as perguntas sobre o futuro da situação, inclusive do possível envolvimento do Brasil. Poderia o empresário ser extraditado do Líbano? Sob qual base legal? Quais seriam as implicações para o Brasil? Existe outro tratado ou mecanismo de cooperação internacional aplicável ao caso? O que possibilitaria tal instrumento internacional?

Japão *versus* Líbano: Há Possibilidade de Cooperação Internacional?

Após pagar a fiança e fugir do Japão, Ghosn encontra-se atualmente em sua mansão no Líbano. Apesar de acusações, o Líbano negou envolvimento na fuga de Ghosn. Em 2 de janeiro, o Líbano recebeu um alerta vermelho da Interpol para prisão de Ghosn. Ocorre que ainda não houve pedido formal de extradição por parte do Japão. E mesmo que houvesse, não há tratado de extradição entre o Líbano e o Japão, pois este último somente possui tratado de extradição com os Estados Unidos e com a Coreia do Sul.

Além disso, existe a noção de territorialidade da lei penal segundo a qual o crime deveria ter sido cometido no território do Estado, no caso o Líbano. Essa hipótese somente poderia se concretizar caso se estabelecesse que o suposto crime ultrapassou as fronteiras e teve repercussões no Líbano.

Existem Repercussões Jurídicas no Brasil?

Segundo a legislação brasileira, eventuais repercussões jurídicas no país, resultando em possível extradição, somente poderiam ocorrer se Ghosn estivesse de fato respondendo a processo investigatório ou

a processo penal, ou mesmo se tiver sido condenado pelas autoridades judiciárias japonesas a pena privativa de liberdade superior a dois anos. Parece-nos que nenhuma das hipóteses acima indicadas teria se concretizado até o momento.

Além disso, é importante frisar que o Líbano não possui tratado de extradição com o Brasil. Esse fato é reforçado por jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que determinou a libertação de um libanês em 2012 sob o argumento de que o Líbano não teria tratado de extradição com o Brasil e não aplicaria a reciprocidade, conforme exigido pela legislação brasileira (Lei nº 13.445/17). O mesmo argumento ainda continua válido, pois, até o momento, não se tem notícia acerca da promulgação de tratado de extradição entre o Brasil e o Líbano.

Entretanto, na hipótese de ser promulgado o referido tratado, ainda assim a constituição brasileira não autorizaria a extradição de brasileiro nato, o que seria o caso de Ghosn. A única exceção à impossibilidade de extradição seria a eventual perda da nacionalidade brasileira por parte de Ghosn, o que somente ocorreria, segundo a letra da constituição, se (i) fosse cancelada a naturalização por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; ou se (ii) houvesse a aquisição de outra nacionalidade, salvo se tal nacionalidade fosse reconhecida como sendo originária pela lei estrangeira ou ter sido a outra nacionalidade imposta pelo Estado estrangeiro como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis. Muitas variáveis estão em jogo e o caso levanta mais questões do que traz respostas.

Soma-se ao imbróglis jurídico o fato de que o Brasil também não possui tratado de extradição com o Japão. Caso Ghosn fugisse para o Brasil, em havendo tratado de extradição entre o país e o Líbano, a legislação brasileira determina, ainda assim, que somente será efetivada a entrega do extraditando se o Estado que a solicitou assumir a obrigação de não entregar o indivíduo a outro Estado que o reclame,

no caso hipotético, o Japão (Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei nº 13.445/2017).

Há Tratado Internacional Autorizando a Entrega de Ghosn? As Possibilidades Previstas pelo Direito Internacional e seus Desafios

Se as alternativas baseadas na cooperação internacional bilateral parecem escassas, uma alternativa bastante concreta seria o uso de convenções internacionais que regulam o tema, em particular a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2005 e promulgada pelo país em 31 de janeiro de 2006 (Decreto nº 5687). Em vigor em território nacional, a referida convenção, da qual Japão, França, Líbano e Turquia também fazem parte, prevê um mecanismo de cooperação internacional que autoriza a extradição entre seus signatários (art. 44).

Ao ratificar a convenção, os Estados assumem a obrigação de adotar as medidas necessárias para agilizar os procedimentos de extradição e simplificar os requisitos probatórios internos. Assim, o Estado que eventualmente recusar a extradição acaba por assumir a obrigação de julgar em seu território o indivíduo acusado de corrupção, mesmo na ausência de tratado de extradição específico. Isso porque entra em jogo a obrigação internacional de *aut dedere, aut judicare*, prevista em diversas convenções internacionais, como as Convenções de Genebra de 1949, que regulam o direito internacional humanitário. Segundo essa obrigação legal, prevista no texto da convenção contra a corrupção, cujo caráter costumeiro permanece discutível, o Estado no território do qual se encontra o autor presumido de um crime possui a obrigação de extraditá-lo (*aut dedere*)

ou de julgá-lo (*aut judicare*). Isso porque o crime transnacional em questão teria gravidade internacional, independentemente de ter sido cometido no território do Estado em questão ou por um nacional ou contra vítima desse Estado. A ideia é facilitar o combate aos crimes internacionais e, no caso específico da convenção contra a corrupção, reiterar a desnecessidade de tratados prévios de extradição.

A Convenção prevê todo um capítulo dedicado à cooperação penal internacional, por meio da qual os Estados se comprometerão a prestar assistência mútua nas investigações e procedimentos relacionados à corrupção, bem como para efetivar a extradição quando requerida por um Estado Parte. Ademais, a convenção é clara no sentido de que os Estados Partes não poderão negar um pedido de extradição por se considerar que o delito em causa envolve questões tributárias. A Convenção também afirma que os Estados signatários procurarão celebrar tratados bilaterais e multilaterais para efetivar a extradição ou aumentar sua eficácia. Parece-nos que essa “recomendação” contida no texto da convenção não foi seguida por Japão, França, Líbano, Turquia, tampouco pelo Brasil, já que a ausência de tratados bilaterais de extradição tem sido invocada frequentemente como justificativa para embasar a negativa de cooperação.

Merece destaque o fato de que a convenção, na ausência de tratado de extradição bilateral, poderá constituir-se como base jurídica para a extradição a respeito dos delitos envolvendo a corrupção. Com a aplicação da convenção, cairia por terra, portanto, a discussão a respeito da existência ou ausência de tratado de extradição entre os países envolvidos. A única exceção em que seria exigida a existência de um tratado de extradição seria o caso em que um Estado Parte da convenção emitisse uma declaração interpretativa, no momento do depósito do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, dispondo no sentido de que seria imprescindível a existência de um tratado para a efetivação da extradição, independentemente da conven-

ção. Ora, nenhum dos países envolvidos (quais sejam: Japão, França, Líbano, Turquia e Brasil) emitiu qualquer declaração nesse sentido, o que nos leva a crer que a convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) seria suficiente para conferir base jurídica para qualquer pedido de extradição entre os Estados Partes.

Entretanto, no caso do Brasil, ainda permanece o obstáculo referente à impossibilidade de extraditar brasileiro nato. A convenção da ONU reconhece tal obstáculo unicamente no que se refere ao cumprimento de pena no exterior, mas autoriza flexibilização caso a legislação interna assim o permita. Ocorre que o dispositivo legal que impede a extradição de brasileiro nato está contido na Constituição Federal, considerada hierarquicamente superior aos tratados internacionais regularmente incorporados à legislação brasileira. Estes ganham apenas o status de legislação ordinária (caso não envolvam direitos humanos), ficando subordinados à regra constitucional. O resultado é que eventual pedido de extradição para cumprimento de pena não poderia ser executado no Brasil, mesmo que fosse feito com base na convenção contra a corrupção da ONU. Conclusão análoga poderia ser extraída nos outros Estados Partes envolvidos, dependendo do valor que cada um deles conferisse aos tratados internacionais quando em contraposição com a legislação nacional.

De toda forma, resta saber se a defesa de Ghosn também se utilizará das brechas contidas no texto convencional, que garantem um tratamento justo ao acusado em todas as etapas do processo, bem como permitem que o Estado se negue a extraditar caso existam motivos justificados para pressupor que o pedido tenha por objetivo perseguir ou castigar o indivíduo em razão de nacionalidade, opiniões políticas, posição, dentre outros. O imbróglgio jurídico do caso Ghosn, que possui ramificações transnacionais, está longe de um desfecho.

A CAMPANHA ANTICORRUPÇÃO E OS DESAFIOS DO ESTADO DE DIREITO NA CHINA³⁶

*Evandro Menezes de Carvalho*³⁷

Ao assumir a Secretaria Geral do Partido Comunista da China (PCCh), no final de 2012, Xi Jinping prometeu “colocar o poder em uma gaiola de regulamentos” e iniciou uma campanha anticorrupção (*fǎnfǔ xíngdòng*, 反腐行动) que puniu mais de 1,5 milhão de funcionários – dentre eles, centenas do alto escalão – por violarem as regras do Partido Comunista da China e do governo. A campanha abrangeu investigações para identificar crimes como suborno e peculato, bem como envolveu a proibição de luxos como associações de golfe e clubes privados. A *fǎnfǔ xíngdòng* tem sido considerada a mais rigorosa repressão à corrupção na história do Partido.

No primeiro ano desta campanha, em 2013, o julgamento de um ex-dirigente chinês, Bo Xilai, então com 64 anos, tornou-se um evento

36. Artigo inédito.

37. Professor de Direito Global e coordenador do Núcleo de Estudos Brasil-China da FGV Direito Rio.

mediático e jurídico. Os jornais publicavam diariamente relatos do julgamento e o *blog* oficial do Judiciário divulgava, em tempo real, as transcrições do processo judicial – iniciativa tida como inovadora por permitir que a população acompanhasse o processo.³⁸ Este julgamento foi considerado um dos mais importantes casos jurídicos desde 1978, quando se iniciou a era pós-Mao Zedong.

Bo Xilai não era um personagem qualquer da cena política chinesa. Ele foi Chefe do Partido na cidade de Chongqing – uma das quatro cidades diretamente subordinadas ao governo central – e membro do poderoso Comitê Central do Partido Comunista. Era considerado um político popular nos setores nostálgicos do maoísmo e um “príncipe vermelho”, isto é, filho de uma figura da revolução comunista. Rival político do atual presidente chinês, Bo não era estimado nas altas esferas do Partido. Ele foi acusado de suborno, peculato e abuso de poder numa trama que envolveu, segundo a imprensa chinesa, 25 milhões de yuan (na época, o equivalente a 4.1 milhões de dólares americanos). O caso foi fartamente divulgado na mídia ocidental. A esposa dele, Gu Kailai, não era mera coadjuvante na história. Além de ter participado de esquemas envolvendo

38. A transmissão ao vivo de julgamentos tornou-se uma realidade na China. Segundo o relatório sobre a informatização dos tribunais na China, de 2017, “live trial broadcasts are not limited merely to videos of trials, but they also include images and texts. [...] In May 2016, Shanghai High People’s Court launched an open trial cloud platform which is integrated in a wireless fashion with such media as the Internet, WeChat, Weibo and other apps, as well as with the SPC’s open trial platform and mobile TV platforms. Shanghai High People’s Court and Guangzhou Intermediate People’s Court’s online live trial broadcasts include live video broadcasts and live image and text broadcasts. [...] To expand the influence of live trial broadcasts, some courts also use local influential websites and media to broadcast trials live. For instance, Xuzhou Intermediate People’s Court runs a court channel at China Xuzhou Net (disponível em: <http://www.cnxz.com.cn/>); Wuxi Intermediate People’s Court has a law channel at Lake Tai Pearl Net (disponível em: <http://www.thmz.com/>); Zhuhai Intermediate People’s Court has its live trial broadcasts linked directly to Zhuhai News Online (disponível em: <http://www.hizh.cn/>; acessos em: 9 nov. 2020)”. (LIN, Tin; HE, Tian. Blue book of rule of law: development report on china’s court informatization. *Social Sciences Academic Press*, Beijing, n. 1, p. 99 e 100, 2017.)

desvio de dinheiro, Gu Kailai foi acusada de ter assassinado o britânico Neil Heywood, em novembro de 2011. Bo Xilai alegava que ela teria escondido dele todos estes fatos. O caso teve seu desfecho no Tribunal Popular Intermediário de Jinan, na província de Shandong. Ambos foram condenados à prisão perpétua e Bo teve seus direitos políticos permanentemente cassados, segundo o texto da sentença divulgado no Sina Weibo, o Twitter chinês.

O caso Bo Xilai foi mais do que simbólico. A luta contra a corrupção esteve no topo da agenda política do primeiro mandato do presidente Xi Jinping e casos de corrupção frequentavam quase diariamente as páginas dos jornais chineses. No ano de 2013, quatro executivos de cargos importantes da maior companhia estatal de petróleo da China, a *China National Petroleum Corporation* (CNPC), foram dispensados tanto dos seus postos administrativos quanto dos postos que ocupavam no Partido para serem investigados por suspeita de “graves violações de disciplina” – um termo que geralmente se refere a casos de corrupção. Um ex-presidente do Supremo Tribunal Popular, a Corte mais alta do sistema judiciário chinês, Xi Xiaoming, foi condenado por ter feito uso da sua posição para receber suborno em troca de favores para indivíduos e empresas. Esta foi a autoridade de mais alto nível no sistema de justiça chinês a ter sido julgado por corrupção.³⁹ A campanha anticorrupção alcançou, ainda, dois ex-comandantes do Exército de Libertação Popular, Xi Caihou e Guo Boxiong, que foram depostos de suas funções. Outros casos de figuras importantes ocorreram nos anos seguintes. Mas a despeito deste fato, a percepção generalizada na China parece ser a de que a corrupção é corrente em razão de deficiências do sistema de justiça.

Na China, o combate à corrupção está tanto nas mãos do Estado como nas do Partido. Ambos possuem os seus órgãos próprios, seu

39. XU, Wei; CAO Yin. Ex-top judge pleads guilty. *China Daily*, Beijing, p. 3, 11 jan. 2017.

sistema de normas e âmbitos de aplicação. A atuação do Partido no combate à corrupção de seus quadros precede a do Estado. Na prática, se o Partido considerar que não houve “grave violação de disciplina” por parte de um membro seu, o caso dificilmente será levado ao sistema de justiça do Estado. Por outro lado, se o Partido entender que um membro seu cometeu atos de corrupção, aumenta a probabilidade de os órgãos estatais iniciarem um processo criminal. Este diálogo normativo entre Estado e Partido é um dos principais desafios para o estado de direito na China.

A pergunta que tem sido recorrente no debate sobre a reforma do sistema de justiça chinês é a que indaga se o estado de direito pode funcionar em uma estrutura bicéfala como a chinesa, em que as normas do Partido convivem com as normas do Estado. Assim, o fato de a Procuradoria e o Judiciário, órgãos estatais, terem suas limitações para investigar e julgar uma autoridade partidária que não tenha sido previamente investigada e afastada de suas funções pelo Partido não evidenciaria uma forma seletiva de implementação do direito? Deveríamos questionar se a noção de **estado de direito** tem um significado especial na China de modo a poder abranger a atuação do Partido sob a condição de que não faça distinção entre os diferentes infratores da lei? Não estaríamos, afinal, diante de um direito “com características chinesas”? Para Zhuo Zeyuan, “a China é um país com uma longa história de governo de um homem. Promover o estado de direito em tal país será mais difícil do que em outros lugares. Se o estado de direito não fosse enfatizado conscientemente, devido ao efeito intrínseco da história, a sociedade poderia ficar estagnada no estágio inflexível anterior”.⁴⁰ Quem acompanha a reforma do sistema de justiça e do direito chinês nota que há um processo gradual de maior institucionalização do exercício do poder. As reformas apontam na direção da

40. ZHUO, Zeyuan. *Rule of law in China*. Beijing: Foreign Language Press, 2018. p. 131.

eliminação do **governo de um homem** (“*rule by man*”) em que a decisão de punir é tomada segundo o desejo da autoridade, para um governo submetido à lei (“*rule of law*”). O combate à corrupção tem contribuído para a promoção do estado de direito na medida em que novas leis e estruturas são criadas.

No 18º Congresso Nacional do Partido, em 2012, a Constituição do Partido foi alterada para permitir o estabelecimento de equipes de inspeção disciplinar em todos os níveis do Partido, eliminando-se, assim, a inspeção feita por uma única pessoa. Cinco anos depois, por ocasião do 19º Congresso Nacional do Partido, aprovou-se novas emendas à Constituição do Partido, incluindo mudanças no sistema de inspeção disciplinar. Assim, os inspetores individuais foram substituídos por equipes de inspeção não só por conta da complexidade da tarefa que exige lidar com pilhas de documentos, mas também para garantir que o próprio processo de investigação não seja corrompido.⁴¹ Além disso, ao contrário da inspeção disciplinar nos níveis inferiores do Partido onde as equipes de inspeção são permanentes, nos níveis mais altos, por se tratar de investigação de autoridades mais poderosas, a inspeção passou a ser feita por equipes temporárias formadas por membros oriundos de diferentes organizações e áreas de atuação a fim de evitar qualquer vínculo entre eles e as autoridades investigadas. Se um comitê de disciplina encontrar indícios de que uma autoridade importante do Partido está envolvida em corrupção, poderá reportar o fato ao comitê de disciplina de nível superior sem precisar comunicar o comitê do Partido do mesmo nível. Quer-se,

41. Segundo Du Zhizhou, vice-diretor do Centro de Pesquisa sobre Governança Limpa da Universidade de Beihang, no início de 2017, o ex-inspetor enviado pela Comissão Central de Inspeção Disciplinar para a província de Shanxi, Cao Lixin foi considerado culpado por aceitar subornos e conspirar com os funcionários acusados de corrupção que ele deveria supervisionar. (ZHOU-XIANG, Zhang. Systemic change to boost anti-graft fight. *China Daily*, Beijing, 20 nov. 2017. Disponível em: http://www.chinadaily.com.cn/opinion/2017-11/20/content_34753453.htm. Acesso em: 30 set. 2018.)

com esta medida, impedir que a autoridade local investigada crie obstáculos à investigação.

Se medidas foram tomadas para aprimorar os mecanismos de investigação dentro do Partido, o mesmo ocorreu no âmbito do Estado. Na 5ª Sessão da 12ª Assembleia Popular Nacional (APN), em 2017, aprovou-se uma lei nacional de supervisão que foi adotada no ano seguinte na Primeira Sessão do Comitê Permanente da 13ª Assembleia Nacional Popular.⁴² A lei integrou as autoridades de controle da corrupção.⁴³ E, ainda, foi criada uma nova agência anticorrupção: a Comissão Nacional de Supervisão (CNS). Esta poderosa agência situa-se no mesmo nível do governo central e acima do Judiciário. A CNS funde a agência anticorrupção do Partido com vários outros departamentos governamentais. Cabe-lhe monitorar não só os mais de 90 milhões de membros do Partido, mas também administradores de empresas estatais, hospitais, instituições educacionais e culturais, organizações esportivas e governos locais. Esta centralização do poder de investigar na CNS pode colocar em xeque os pesos e contrapesos institucionais. O tempo dirá.

Wang Ruolei afirma que “o combate à corrupção tem sido, provavelmente, uma tarefa de todas as dinastias desde que o primeiro Estado centralizado foi fundado na China há mais de 2.000 anos”.⁴⁴ A corrupção não é, portanto, um fato recente. O que pode ser apontado como atual é a busca por um estado de direito. Mas sem compreender

42. A versão em inglês da Lei de Supervisão da República Popular da China está disponível no *link*: <https://www.legal-tools.org/doc/ef4c4d/pdf/>.

43. Antes da adoção da lei, três comissões de supervisão em nível provincial – quais sejam, Pequim, Shanxi e Zhejiang – foram reunidas para um teste na aplicação da lei, ainda em fase de aprovação. Este é o modo chinês de governar baseado na prática de projetos-piloto. Antes de aprovarem e aplicarem uma lei nacionalmente, faz-se projetos-piloto em províncias específicas para análise dos resultados e ajustes posteriores. (CAO, Yin. NPC to enhance anti-corruption legislation. *China Daily*, 4 mar. 2017. Disponível em: http://www.chinadaily.com.cn/china/2017twosession/2017-03/04/content_28434403.htm. Acesso em: 30 set. 2018.)

44. WANG, Ruolei. A net to prevent corruption. *China Daily*, Beijing, p. 8, 27 ago. 2013.

o funcionamento do sistema jurídico-político chinês, a tarefa do observador estrangeiro se torna árdua. Sobre isto, Randall Peerenboom observa que, “ao teorizar sobre o futuro das reformas legais na China e a forma de estado de direito com maior probabilidade de se estabelecer e florescer no diferente solo da China, precisamos ter em mente as diferenças nas instituições políticas e econômicas, as diferenças no nível de desenvolvimento, e diferenças nas práticas e valores culturais. Precisamos manter nossa mente aberta para a possibilidade de a China desenvolver uma alternativa ao estado de direito democrático liberal – uma forma de estado de direito com características chinesas, por assim dizer”.⁴⁵ O estudo das instituições e das normas relativas à campanha anticorrupção na China é um bom caminho para se conhecer o sistema jurídico-político chinês e suas especificidades.

45. PEERENBOOM, Randall. *China's long march toward rule of law*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2002, preface.

PARTE 2

ELEIÇÕES, FICHA LIMPA E CAIXA DOIS

LULA PODE ESTAR NA CADEIA E NA URNA AO MESMO TEMPO?⁴⁶

Michael Freitas Moballem⁴⁷

Logo após a prisão, a presidente do PT declarou que “Lula continua nosso candidato”. Soa como bravata. Uma resposta previsível para sinalizar que o PT não estava derrotado. Talvez nem a própria Gleisi Hoffmann acreditasse, como não acreditou a maior parte dos analistas nas semanas seguintes. A grande dúvida não era se Lula seria candidato, mas quem receberia sua bênção eleitoral.

Os 31% de intenção de voto de Lula no Datafolha, porém, mantiveram sua candidatura entre as opções possíveis para o PT. Mesmo? Apesar da restrição imposta pela Lei da Ficha Limpa, há chances jurídicas de que Lula consiga chegar até a urna eletrônica em 7 de outubro.

As chances eleitorais do ex-presidente passam por três esferas distintas da Justiça brasileira. Primeiro, a Justiça Eleitoral poderá aceitar

46. Artigo publicado, originalmente, no portal da revista *Piauí*, em 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lula-pode-estar-na-cadeia-e-na-urna-ao-mesmo-tempo/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

47. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

o registro da candidatura de Lula e não aplicar a Lei da Ficha Limpa. Em segundo lugar, na Justiça comum, que julga os casos criminais, pode haver o acolhimento da exceção de inelegibilidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por fim, na esfera constitucional, o STF poderá reverter a tese que permite a prisão após a segunda instância.

Justiça Eleitoral

Os partidos políticos podem registrar seus candidatos à Presidência até 15 de agosto. Depois disso, em aproximadamente um mês, os pedidos de impugnação de registro de candidatos costumam ser julgados. Em caso de indeferimento do registro, o PT poderia substituir Lula por outro filiado ou então apostar na roleta da Justiça.

Contra o provável indeferimento do registro de Lula, poderá haver recurso ao STF. Como não se trataria de recurso da Lava Jato, o caso seria distribuído por sorteio e poderia cair com qualquer um dos ministros, exceto o presidente da Corte, que, neste momento, será o ministro Dias Toffoli (o mandato dele se inicia em 12 de setembro). Levando-se em conta o histórico recente dos votos de Dias Toffoli, imagina-se que o ministro teria interesse de usar seu poder de agenda para pautar o caso em plenário, se necessário. Mas é possível que o pedido nem chegue ao colegiado, caso o relator sorteado conceda a liminar que autorize a continuidade de Lula como candidato – e, neste caso, o poder de agenda pode ser útil para não pautar o caso e evitar sua discussão pelo plenário, como vem fazendo a presidente Cármen Lúcia com as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs).

O STF está dividido em questões penais e é possível que se divida também nas questões sobre restrições eleitorais que decorrem

de condenações, como é o caso de Lula. Seria perfeitamente possível construir o entendimento favorável à validade da Lei da Ficha Limpa, mas contrário aos seus efeitos no caso Lula. Considerando a imprevisibilidade que caracteriza as decisões individuais do STF atualmente, e a chance de mais ou menos 50% de que o sorteio leve o caso até um ministro que veja com ressalvas a prisão de Lula, essa não seria uma jogada irracional.

Justiça Comum

Nos próximos dias, a defesa do ex-presidente apresentará os recursos de praxe contra decisões condenatórias de segunda instância, que são o Recurso Especial, para o STJ, e o Recurso Extraordinário, para o STF. Nos dois casos, além da discussão de mérito sobre a condenação, as petições trarão argumentos pela exceção de inelegibilidade – uma espécie de suspensão da Ficha Limpa para o recorrente – que podem ser admitidos liminarmente, sempre que existir plausibilidade no recurso.

Os recursos serão distribuídos para os relatores da Lava Jato, ministros Edson Fachin, no STF, e Felix Fischer, no STJ, cujas posições são amplamente conhecidas de modo que não se espera um resultado imediatamente favorável a Lula. A dúvida que acompanhará esses recursos, portanto, não será sobre a posição dos relatores, mas, sim, se o caso chegaria a tempo nos plenários do STF e da Quinta Turma do STJ e, claro, se obteria os votos da maioria dos ministros.

Com frequência, os tribunais recebem pedidos de suspensão dos efeitos da Lei da Ficha Limpa, e, por vezes, os acolhem. Recentemente, o ex-senador Demóstenes Torres foi autorizado a disputar as eleições de 2018, mesmo que, segundo a Ficha Limpa, estivesse

inelegível. No caso do ex-senador, a inelegibilidade foi resultado da cassação do seu mandato pelo Senado, o que lhe havia deixado de fora das urnas até 2027. Já no caso de Lula, a inelegibilidade vem da condenação penal em segunda instância. O caso do ex-senador tem muitas diferenças em relação ao de Lula, mas evidencia que a lei, por mais importante que seja, admite exceções.

Justiça Constitucional

Na arena constitucional, Lula pode ser beneficiado eleitoralmente apenas de forma indireta. Nas últimas semanas, o Brasil acompanhou de perto o embate no STF entre Marco Aurélio Mello e Cármen Lúcia, sobre pautar ou não as ADCs que esperam do STF a confirmação da validade ou não da regra de prisão após a condenação penal em segunda instância.

A esperança da defesa de Lula é pela reversão da regra, o que, em princípio, tiraria Lula da prisão, mas não alteraria a possibilidade de incidência dos efeitos da Lei da Ficha Limpa. Mas, se aprovada a ADC, aumentam as chances de sucesso do recurso ao STF após o indeferimento do registro da candidatura de Lula. Caso Lula esteja solto e atuando ativamente em sua campanha, com boas intenções de voto, haveria enorme pressão nos julgadores para que a decisão definitiva ficasse com as urnas e não com o Tribunal.

Campanha na Cadeia

Em relação ao direito de ser candidato preso, não há dúvida. No Brasil, os direitos políticos são suspensos apenas após a condenação penal definitiva, pelo tempo da pena previsto na sentença. A atual

prisão de Lula é resultado da execução provisória da pena, contra a qual ainda cabem recursos. Não houve ainda o trânsito em julgado.

Porém, uma importante questão a ser contornada caso o PT decida lançar Lula como candidato preso é se poderia ter papel ativo na campanha.

A Lei das Eleições garante ao candidato cujo registro ainda esteja pendente de confirmação judicial o direito de “efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição”. Como a lei não é específica para casos de candidatos presos – e, sim, para candidaturas com quaisquer pendências jurídicas –, não se sabe como seriam feitas as gravações para programas eleitorais. O candidato poderia sair temporariamente ou a equipe faria gravações na cela? São questões a serem respondidas pelo juiz responsável pelo caso, quando questionado pelos advogados. Embora seja papel do juiz esclarecer os detalhes de como se dará o cumprimento desse direito, não lhe cabe negá-lo.

A Imunidade após a Posse

Caso Lula seja candidato, consiga superar as barreiras judiciais e seja eleito, assim que tomasse posse, todos os processos judiciais atualmente em tramitação ficariam suspensos até o fim do mandato. Essa proteção decorre da imunidade penal temporária de que gozam presidentes em relação aos processos anteriores ao mandato e a imunidade formal em relação aos “atos estranhos ao exercício de suas funções”.

Presidentes têm o foro privilegiado – e assim são julgados pelo STF –, mas também têm a proteção contra processos que já existiam

anteriormente e mesmo contra acusações de crime durante o mandato que não tenham relação direta com a sua atividade de presidente – como, por exemplo, um crime de trânsito. É como se, junto com a eleição, houvesse a opção para que o passado processual não interfira no presente.

Como se vê, os obstáculos judiciais que separam Lula das urnas não são poucos nem simples. Mas são superáveis. Empurrado pela intenção de voto estável e com uma dose de sorte na loteria que se tornou a distribuição de novos processos no STF, não é inviável a hipótese de um terceiro mandato do ex-presidente.

TANTO A LEI QUANTO A JURISPRUDÊNCIA DO STF ADMITEM QUE LULA FIQUE EM LIBERDADE⁴⁸

*Thiago Bottino*⁴⁹

De 1941 (quando foi editado o Código de Processo Penal – CPP) até 2009 (quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF julgou o *habeas corpus* – HC nº 84.078), permitia-se a prisão depois da decisão de segunda instância e antes, portanto, do trânsito em julgado. No que tange à liberdade individual, a exposição de motivos do CPP não poderia ser mais clara acerca do tratamento que se pretendia dar à presunção de inocência:

“É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. **A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz,** adquire a sufi-

48. Artigo publicado, originalmente, na revista eletrônica *Consultor Jurídico* (ConJur), em 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-11/bottino-lei-jurisprudencia-admitem-lula-fique-liberdade>. Acesso em: 9 fev. 2020.

49. Professor da FGV Direito Rio.

ciente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal” (sem grifos no original).

De fato, o CPP previu três modalidades de prisões “automáticas”, sem caráter de antecipação de pena, mas dotadas de “cautelaridade presumida” *juris tantum*:

1. uma prisão decorrente da sentença condenatória recorrível,⁵⁰ constante do art. 393, I, conjugada com a exigência de recolhimento à prisão como condição para apelar,⁵¹ estabelecida no art. 594;
2. uma prisão decorrente da pronúncia,⁵² prevista no art. 408, 1º; e,
3. uma prisão decorrente de acórdão condenatório,⁵³ conforme disposto no art. 637.

Essas prisões cautelares “por força de lei” (sem necessidade de fundamentação específica) mantiveram-se em vigor sob a égide das Constituições de 1937 (decretada pelo Presidente da República sem a participação do Parlamento), de 1946 (produzida em Assembleia Constituinte), de 1967 (aprovada pelo Congresso Nacional, que se

50. Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança” (redação vigente de 1941, até sua revogação pela Lei nº 12.403/11).

51. Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto” (redação vigente de 1973 até sua revogação pela Lei nº 11.719/08).

52. Art. 408, § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura” (redação vigente de 1973 a 1995) e “Art. 408, § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura” (redação dada pela Lei nº 9.033/95, vigente até sua revogação pela Lei nº 11.689/08).

53. Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença” (redação original de 1941, vigente até hoje).

encontrava fechado desde outubro de 1966 e foi reaberto para aprovar a Constituição, segundo as regras determinadas pelo Ato Institucional n.º 4, de dezembro de 1966), e de 1969 (decretada pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, durante o recesso parlamentar de 10 meses, com base no Ato Institucional n.º 5, de 1968). Uma jurisprudência consolidada. Pacífica. Um critério que valia para todos os cidadãos. Sinônimo de segurança jurídica.

Com o advento de uma nova Constituição em 1988, cujo artigo 5º, LVII, estabeleceu como direito individual fundamental a garantia de que “Art. 5º, LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, houve um movimento de modificar a jurisprudência a fim de que somente fosse possível prender alguém se demonstrada a necessidade específica (prisão cautelar) ou após o trânsito em julgado (prisão pena).

A doutrina sustentava que o conceito de *in dubio pro reo* recebera um novo *status*, de garantia fundamental. Por conseguinte, a necessidade da prisão antes da condenação definitiva deveria ser um ônus da acusação, não podendo ser aplicada “automaticamente”. Afinal, a Constituição de 1988 inovara: nenhuma das constituições anteriores havia previsto tal princípio em seu catálogo de direitos individuais.

Inobstante o posicionamento de alguns ministros (notadamente Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio Mello) defendendo a necessidade de mudança na interpretação do STF sobre tais prisões, os primeiros julgados logo após a promulgação mantiveram a jurisprudência pré-Constituição, afirmando que as regras infraconstitucionais relativas à prisão constantes do CPP, eram compatíveis com a redação da Constituição de 1988.

Uma a uma, as prisões automáticas constantes do CPP foram declaradas recepcionadas pela Constituição:

1. prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, constante do art. 393, I: HC nº 67.841, 2ª Turma, 1990; e HC nº 72.366, Pleno, 1995 e a exigência de recolhimento à prisão como condição para apelar, estabelecida no art. 594: HC nº 68.841, 1ª Turma, 1991 e HC nº 69.263, 2ª Turma, 1992;
2. prisão decorrente de pronúncia, prevista no art. 408, 1º: HC nº 67.707, 1ª Turma, 1989; HC nº 68.499, 2ª Turma, 1991; e HC nº 68.583, 2ª Turma, 1991;
3. prisão decorrente de acórdão condenatório, conforme o disposto no art. 637 (HC nº 67.245, 2ª Turma, 1989;⁵⁴ HC nº 67.707, 1ª Turma, 1989; e HC nº 68.037, 2ª Turma, 1990).
4. No tocante a essa última modalidade, depois de enfrentar o tema nas suas duas turmas durante os anos de 1989 e 1990, o Plenário do STF julgou a questão no HC 68.726, em 1991 (posteriormente reforçado no HC 69.964, Pleno, 1992 e no HC 72.061, Pleno, 1995).

Nessas três ocasiões (em 1991, 1992 e 1995), o Plenário do STF entendeu que o texto constitucional não proibia a prisão depois da decisão de segunda instância, se a lei assim o previsse. E, de fato, a lei não previa que a interposição do recurso extraordinário (RE) suspenderia a execução da pena.

De 2009 até 2016 (quando o Plenário do STF julgou o HC nº 126.292), vigorou o entendimento oposto, ou seja, o de que o acusado não poderia ser preso antes do trânsito em julgado, salvo se houvesse fundamentação cautelar específica que demonstrasse a necessidade dessa prisão, não bastando o texto da lei.

54. “Tendo o paciente sido condenado em primeiro grau, por crime de homicídio, mas, em face de sua primariedade e de seus bons antecedentes, aguardando em liberdade o julgamento da sua apelação, tendo vindo a ser mantida a condenação também em segundo grau, não é de se lhe conceder ‘habeas corpus’ para permanecer solto, aguardando julgamento de recurso extraordinário, pois, como resulta do art. 637 do CPP, não possui este efeito suspensivo. Não ampara sua pretensão o disposto no art. 5º, LVII da nova Constituição Federal.”

A mudança de orientação do STF não foi fruto de qualquer voluntarismo garantista. Isso se deveu ao fato do Congresso Nacional ter revogado os arts. 408, § 1º (prisão decorrente de pronúncia) e 594 (recolhimento à prisão como condição para apelar), por meio das Leis nºs 11.719/2008 e 11.689/2008, respectivamente.

Com a revogação dos dispositivos que previam prisões cuja fundamentação cautelar era *juris tantum*, ou seja, presumia-se a necessidade da prisão, o STF avançou a jurisprudência para acabar com a “cautelaridade presumida” nos demais casos (art. 393, I e 637, que tratavam da prisão decorrente de sentença condenatória e de acórdão condenatório, respectivamente), proibindo qualquer prisão sem expressa fundamentação cautelar.

Em outras palavras, no HC nº 84.078, de 2009, a decisão do STF transferiu o ônus de demonstrar a necessidade da prisão (ou de qualquer outra cautelar) para quem a requeresse, na medida em que a lei fora modificada para extinguir duas das três prisões automáticas.

Na sequência, o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 12.403/2011, revogando o art. 393, I e editando o art. 283: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Pela redação desse dispositivo, a prisão cautelar limita-se às hipóteses de flagrante delito, prisão temporária ou prisão cautelar.

O texto é de clareza solar. Permite (1) a prisão em flagrante; (2) a temporária e preventiva (com ordem escrita e fundamentada) ou (3) a decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

Recentemente, em fevereiro de 2016, julgando o HC nº 126.292, o Plenário do STF fez retornar a jurisprudência ao período anterior a 2009, permitindo a prisão antes do trânsito em julgado sem necessidade de fundamentação específica, bastando o comando da lei. Uma

decisão que, ao interpretar a Constituição, ignorou que cabe ao Congresso Nacional, antes de todos, fazer escolhas por meio da lei, desde que não contrariem a Constituição. E ainda que a Constituição não obrigasse o trânsito em julgado, claramente não exige que a prisão-pena seja executada antes da decisão se tornar definitiva.

A decisão do HC nº 126.292 foi reafirmada pelo Plenário nos julgamentos do RE nº 964.246, com repercussão geral (2016), e mais recentemente no HC nº 152.272 (2018), impetrado em favor do ex-presidente Lula.

Contudo, a prisão depois da decisão de segunda instância e antes do trânsito em julgado não é obrigatória. Nem nunca foi. Afinal, trata-se de uma prisão que ainda não é pena. É cautelar.

Com efeito, mesmo em 1991, quando permitiu a prisão antes do trânsito em julgado após a Constituição de 1988, a jurisprudência do STF não admitiu os demais efeitos da pena definitiva, como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados (HC nº 69.696, Pleno, 1992), ou pagamento da pena acessória de multa (Agravo Regimental em Petição – Pet-AgR nº 1079, Pleno, 1996).

Assim, por não ser ainda uma condenação definitiva, a prisão decorrente de segunda instância sempre foi tratada como prisão cautelar, ainda que a necessidade não precisasse ser demonstrada, admitindo-se a “cautelaridade presumida” decorrente do texto da lei infraconstitucional.

Segue daí que, se essa prisão decorrente de acórdão condenatório é cautelar e não uma antecipação da pena, ela está sujeita ao regime jurídico das medidas cautelares. E, nesse ponto, tanto o CPP quanto a jurisprudência do STF permitem que a prisão cautelar do acusado seja substituída por outra medida cautelar diferente da prisão, como a fiança.

Essa possibilidade de concessão de fiança constava expressamente das redações dos arts. 393, I; 408, § 1º e 594. Além disso, o CPP

possui regra específica sobre a concessão de fiança, mesmo no caso de prisão decorrente de acórdão condenatório: **“Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória”**.⁵⁵ Esse dispositivo segue em plena vigência, sem que jamais tenha sido questionada sua constitucionalidade.

Assim como seguia a lei para autorizar as prisões, o STF também autorizava, com base na lei, tanto nas turmas como no Plenário, em casos idênticos ao do ex-presidente Lula, que o acusado prestasse fiança para aguardar em liberdade o trânsito em julgado: HC nº 72.169, 1ª Turma, 1995;⁵⁶ Recurso em *habeas corpus* (RHC) nº 75.917, 2ª Turma, 1998⁵⁷ e HC nº 76.714, Pleno, 1998, restando este último assim ementado: **“Inexistindo condenação anterior com trânsito em julgado, cabível é a fiança, assistindo ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação”**.

Em 1998, quando o Plenário concedeu o HC nº 76.714 por maioria (vencido apenas o ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem em

55. A redação original foi alterada pela Lei nº 12.403/2011, sem modificação, contudo, de sua abrangência e significado: “Art. 334. A fiança poderá ser prestada em qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória” (Redação original do CPP de 1941).

56. “II. Fiança: prestação a qualquer tempo, enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória (C.Pr.Pen., art. 334): irrelevância da inexistência de efeito suspensivo dos recursos contra ela cabíveis e de a prisão dele decorrente constituir execução provisória da condenação: retração de entendimento contrário em decisões precedentes (HC nº 70.798, Pleno, 14/12/1993, Pertence; HC nº 70.662, 1ª Turma, 21/06/1994, C. Mello).”

57. “1. A ordem de prisão decorrente de decisão condenatória proferida por juiz competente não configura constrangimento ilegal ou abuso de poder. Consoante reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal, a determinação para expedição de mandado de prisão não conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) nem com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 2. Tendo em conta que a pena mínima cominada para o crime previsto no art. 299, parágrafo único, do C.P., é de um ano e dois meses, tem-se como cabível a prestação da fiança a teor do art. 323, I, do C.P.P., conforme a atual jurisprudência do STF. 3. O fato de haver sido revogado o *sursis* em face da superveniência de nova condenação não impede a concessão da fiança enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória. 4. Recurso conhecido e provido, para deferir, em parte, o *habeas corpus*.”

maior extensão ainda, permitindo a liberdade até o trânsito em julgado mesmo sem prestação de fiança) não havia a previsão legal de outras medidas cautelares, como hoje.

Desde 2011, com a alteração do art. 319, CPP, a fiança pode ser concedida cumulativamente com outras cautelares, como o recolhimento domiciliar no período noturno quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. A prisão, diz a lei, deve ser limitada apenas aos casos em que nenhuma outra medida cautelar se mostrar suficiente (art. 282, § 6º, CPP. **“A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”**).

Portanto, salvo se demonstrada a necessidade da prisão do ex-presidente Lula, tanto a lei quanto a própria jurisprudência do STF admitem que ele fique em liberdade, seja por meio do pagamento de fiança, seja mediante a imposição de outra medida cautelar.

Então, pergunta-se: por que Lula está preso?

DECISÃO DO TRF-4 DÁ INÍCIO À NOVELA JURÍDICA QUE FARÁ SOMBRA À CAMPANHA PRESIDENCIAL⁵⁸

Michael Freitas Moballem⁵⁹

Há seis meses, o juiz Sérgio Moro condenava Lula à pena de prisão, no primeiro de sete processos que o envolvem na operação Lava Jato. Começava ali a corrida de Lula contra o efeito da Lei da Ficha Limpa, seu principal adversário na disputa pela Presidência da República em 2018.

A Ficha Limpa impede a participação nas eleições de quem for condenado por crimes específicos, em decisão tomada por órgão judicial colegiado – o que geralmente acontece na segunda instância –,

58. Artigo publicado originalmente no portal da revista *Piauí*, em 23 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/decisao-do-trf-4-da-inicio-a-novela-juridica-que-fara-sombra-a-campanha-presidencial/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

59. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

mesmo que o processo não tenha transitado em julgado. Esse pode ser o caso de Lula, após o julgamento perante o Tribunal Regional Federal da 4^a Região (TRF-4), nesta quarta-feira, 24 de janeiro, caso seja condenado e não consiga emplacar nenhuma das alternativas recursais disponíveis. Mesmo que o colegiado de juízes federais reconheça sua culpa no caso do apartamento do Guarujá, as possibilidades no processo estarão abertas até sua eventual diplomação. Mas, para que consiga chegar tão longe, dependerá de, ao menos, uma decisão favorável.

Recursos Perante o TRF-4

A primeira definição crucial é sobre o momento em que se encerra a manifestação da Justiça na segunda instância. Como o julgamento colegiado é o divisor de águas entre fichas limpas e fichas sujas, todos os esforços da defesa do ex-presidente se concentrarão em mantê-lo do lado que o deixe elegível. Para isso, Lula buscará adiar o encerramento da etapa “segunda instância”, preferencialmente através dos embargos infringentes, que são uma modalidade de recurso que permite nova análise por um colegiado ampliado de magistrados, somando-se aos três juízes originais mais três de outra turma. Apenas o resultado da condenação por 2 a 1 abriria essa opção recursal, que tem a força de manter suspenso o processo até que se resolva o recurso. Em caso de condenação por 3 a 0, caberiam apenas os embargos de declaração, que é um recurso com menor potencial de alteração da decisão, de modo que costuma ser utilizado tanto para ganhar tempo quanto para sanar possíveis contradições e omissões da decisão.

Embora pouco provável, os embargos infringentes perante o TRF-4 poderiam ficar sem definição até o dia 15 de agosto, quando se en-

cerca o prazo para que os partidos apresentem o pedido de registro das candidaturas. Se até esse momento os efeitos da condenação estiverem suspensos pelo recurso, Lula será ficha limpa e poderá disputar as próximas eleições.

Recursos aos Tribunais Superiores - STJ e STF

Quando foi concebida, em 2010, a Lei da Ficha Limpa era temida em relação aos casos – provavelmente raros – em que determinado candidato fosse excluído das eleições diante de condenações em primeira e segunda instâncias, mas, posteriormente, inocentado antes do trânsito em julgado do processo. Em casos assim, o dano de ter ficado de fora de um ciclo eleitoral teria sido irreversível. Para minimizar esse risco, deputados e senadores acrescentaram um artigo na lei para permitir o recurso de suspensão da inelegibilidade aos tribunais, de modo que ficaram admitidas exceções à regra geral de exclusão das eleições. Nos últimos anos, diversos candidatos puderam concorrer a cargos eletivos, ainda que, em princípio, fossem fichas sujas.

Pois mesmo em um cenário de maior dificuldade para Lula, caso a condenação hipotética seja por 3 a 0, ou mesmo caso os embargos infringentes não tenham sido capazes de reverter a condenação por 2 a 1, a defesa deverá apresentar um recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), e um recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal (STF), buscando paralisar a inelegibilidade decorrente da condenação. Entretanto, até que Lula obtenha do STF ou do STJ a liminar suspensiva, ele será ficha suja e, portanto, potencialmente inapto ao registro eleitoral, para qualquer cargo.

Recursos após o Pedido de Registro de Candidatura

Imaginemos, por um momento, um quadro ainda mais complicado, em que a defesa do ex-presidente não tenha obtido resposta satisfatória no recurso perante o TRF-4 e também não tenha tido sucesso em relação às liminares esperadas nos recursos ao STJ e STF. Mesmo em situação como essa, ainda seria possível que o Partido dos Trabalhadores apresentasse o pedido de registro de candidatura de Lula para o Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Caso o registro não fosse concedido, caberia, então, novo recurso ao STF, desta vez não contra a condenação do TRF-4, de que derivou a inelegibilidade, mas contra o ato denegatório do registro da candidatura.

Como se sabe, esse é um processo que se inicia no começo da campanha e dura semanas. No contexto das novas regras eleitorais, em que as campanhas duram aproximadamente 50 dias até o primeiro turno, os candidatos inabilitados terão tido a oportunidade de expor-se provavelmente por mais da metade da campanha, e ainda lhes restará a possibilidade de reposição por outro candidato escolhido pelo partido até no máximo 20 dias antes da eleição.

A Justiça Eleitoral é um ramo especializado do Poder Judiciário e tem competências próprias. Ainda que a vida pregressa dos candidatos, particularmente as condenações criminais por órgão colegiado, deva ser considerada nos momentos de análise dos pedidos de registros dos candidatos, a conclusão sobre inelegibilidade dos candidatos é tomada apenas pela Justiça Eleitoral e não pela Justiça Federal, por onde tramita a maior parte dos casos contra Lula. Até a etapa do registro – e antes de qualquer decisão –, um candidato que se enquadre nas condições de ficha suja será, de fato, apenas ficha suja em tese.

Prisão e Suspensão dos Direitos Políticos

Além da preocupação imediata com a possibilidade de ser candidato, a defesa de Lula também buscará reverter a condenação com argumentos de mérito e tentará anular o processo alegando existência de vícios desde antes da sentença proferida por Moro. Portanto, além dos efeitos da Lei da Ficha Limpa sobre sua candidatura, Lula também poderá ser afetado pela antecipação da pena de prisão, mesmo antes do final do processo.

Em 2016, o STF alterou sua jurisprudência e passou a admitir a chamada execução provisória da pena, quando um colegiado de juízes, em grau de apelação, decide pela prisão mesmo que o processo ainda não tenha se encerrado e caiba o recurso especial ou extraordinário. Antes da mudança de interpretação, o entendimento da Corte era de que a prisão antes do trânsito em julgado seria vedada pelo princípio constitucional da presunção de inocência.

Esse entendimento do STF não parece estar pacificado. Há poucos meses, declarações contrárias à nova regra feitas pelo novo ministro Alexandre de Moraes, que não integrava a Corte no momento da decisão, e pelo ministro Gilmar Mendes, que havia votado em favor da mudança em 2016, indicam que poderá haver, a qualquer momento, uma nova reviravolta na jurisprudência. A volta à regra antiga, que não permitia a prisão antes que se encerrassem todos os recursos disponíveis, pode favorecer Lula e mantê-lo em liberdade mesmo que não consiga livrar-se dos impedimentos da Ficha Limpa.

Em relação aos direitos políticos, vale lembrar que apenas o trânsito em julgado da sentença levaria à suspensão dos direitos de votar e ser votado, pelo tempo que durar a pena. Se a Ficha Limpa antecipa esses efeitos apenas para o direito de ser candidato, a suspensão completa da capacidade política se daria apenas quando não coubessem mais os recursos.

Dosimetria da Pena

O processo contra Lula é controverso. Poucas sentenças penais foram tão debatidas e escrutinadas antes. Um dos pontos que suscitaram maior discussão foi o da dosimetria da pena. Para definir a pena de um réu condenado, os juízes seguem um método para arbitrar a dose correta de pena no caso concreto diante da flexibilidade deixada pela lei.

Assim, para cada crime há uma pena mínima e máxima. No caso do crime de corrupção passiva, ela vai de 2 a 12 anos. Já para a lavagem de dinheiro, de 3 a 10 anos. Caso fosse condenado às penas mínimas, a sentença teria estabelecido 5 anos. Porém, ao fazer as considerações de atenuantes, agravantes e avaliação das causas de aumento e de diminuição da pena, o juiz Sérgio Moro atribuiu a pena de 9 anos e meio a Lula.

Alguns analistas apontam que ao fundamentar a elevação da pena além do mínimo, o juiz teria se utilizado de elementos que extrapolam a eventual responsabilidade de Lula, como por exemplo o fato de se tratar de um esquema amplo, de corrupção sistêmica, no qual outros, inclusive seu partido, teriam se beneficiado. Da mesma forma, houve apontamentos críticos sobre o aumento da pena em função do cargo ocupado, o que não seria um fato discriminante para fins de agravamento do crime praticado.

O Futuro da Lava Jato e a Interferência nas Eleições

O julgamento de Lula provocará reflexões que irão além das consequências para a sua liberdade e para suas pretensões de candidatura. O debate provocado sobre a eventual seletividade do sistema de Justiça brasileiro pode levar instituições como o Ministério Público – em

especial os Ministérios Públicos dos estados – à revisão de seus métodos de definição de prioridades. Por um lado, caso a defesa de Lula consiga suspender os efeitos da Ficha Limpa e ser candidato, tanto a eficácia da festejada lei quanto a capacidade da Lava Jato de punir as mais altas lideranças políticas serão questionadas. Por outro lado, se, ao fim da longa teia de possibilidades processuais, Lula for impedido de participar do pleito de 2018, a própria legitimidade das eleições será questionada. Tanto mais por ocorrer dois anos depois do controverso *impeachment* contra sua sucessora.

O fato de que Lula é apontado seguidamente como o candidato preferido nas pesquisas de opinião torna a tarefa dos juízes que lidarão com os seus recursos processuais espinhosa. Não surpreende, portanto, que alguns dos adversários de Lula, como Fernando Henrique Cardoso e Michel Temer, tenham afirmado que preferem ver o petista derrotado nas urnas. Em breve, saberemos se também os juízes vão preferir delegar às urnas a dura tarefa de julgar Lula.

TODOS OS OLHARES PARA O SUPREMO⁶⁰

*Michael Freitas Moballem*⁶¹

O destino de Lula continua indefinido, mesmo após a rejeição unânime do *habeas corpus* preventivo pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O resultado não traz respostas definitivas para as duas principais questões que movimentam os bastidores do Judiciário e da política neste momento: Lula poderá ser candidato nas eleições de 2018? E será preso?

A grande questão no julgamento de ontem não era a garantia de liberdade de Lula. Essa questão já se sabia derrotada. A estratégia do ex-presidente era superar a etapa do STJ para que todos os olhares se voltassem ao Supremo Tribunal Federal (STF). Também no STF, parece pouco provável que prospere o pedido de *habeas corpus* preventivo no seu mérito. O recurso, porém, é um veículo para levar ao plenário

60. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 7 de março de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/artigo-todos-os-olhares-para-supremo-22463073>. Acesso em: 15 nov. 2019.

61. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

a revisão da tese sobre se a Constituição permite a prisão após a condenação em segunda instância – essa sim de interesse de Lula e todos os réus da Lava Jato sem foro, cujos processos ainda não subiram aos tribunais superiores.

A presidente Carmén Lúcia tem resistido a pautar o caso, e tem ao seu lado o argumento forte de que não é recomendável que uma corte constitucional reveja suas próprias teses sempre que uma nova maioria seja formada. É ruim para a estabilidade do Direito, além de transmitir dúvidas sobre eventuais motivações casuísticas. Mas tudo indica que não consiga resistir, mesmo que tenha controle sobre a agenda do plenário.

A eventual troca do entendimento do STF não mudaria a inelegibilidade de Lula. Mas há profunda diferença nas perspectivas de julgamento do registro da candidatura de Lula preso ou solto. Será mais fácil ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) negar registro a um candidato preso – caso o PT de fato insista no registro mesmo em caso de prisão, como anunciado – do que a um candidato solto, em plena campanha eleitoral, e com boas intenções de voto. Os argumentos de intervenção judicial nas eleições ganhariam força neste caso.

O relógio passou a jogar contra Lula. Se fosse uma partida de futebol, Lula estaria perdendo de goleada. Mas para chegar a uma vitória, não precisa virar o placar. Basta um gol para que o jogo vire a seu favor.

MORO 2022⁶²

*Joaquim Falcão*⁶³

Qualquer um que falar, se aproximar, ou se referir ao ministro Sergio Moro já sabe. Está claro. Queira ou não, estará falando com um possível, não necessariamente provável, candidato a presidente da República.

Esta candidatura não depende dele. Nem de você. Ela, simplesmente, é. Tem a virtude da existência e por convite de Bolsonaro para ser Ministro. Ao aceitar, ficou candidato.

Ele não é mais ele. O que existe não é seu presente. É apenas o possível futuro de seu próprio passado. Quem ameaçaria os demais candidatos seria, então, um Moro imaginado. E seus adversários já o combatem.

Contra este indefinido fantasma eleitoral, muitos já se opõem. Distribuem, por exemplo, a versão de que Bolsonaro venceu por causa do voto contra Lula. Difícil constatar.

62. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 30 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-moro-2020-24161941>. Acesso em: 14 fev. 2019.

63. Membro da Academia Brasileira de Letras. Professor titular de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas. Doutor em Educação pela Universidade de Genebra e mestre em Direito pela Harvard Law School.

As pesquisas eleitorais informam que o voto decisivo foi o voto diretamente contra a corrupção financeira e política, e contra a violência urbana.

Esta versão, a do voto contra Lula, não deixa de ter um fundo pró-bolsonarista. Busca, desde já, radicalizar a próxima eleição. E assim reduzir o Brasil e o eleitor.

Outros, também contra Moro, articulam candidaturas de centro conservador ou semiconservador ou protoconservador, com Luciano Huck, João Doria, Rodrigo Maia ou Ciro Gomes. E tantos mais. Tudo bem e legítimo. Saudável.

Mas Bolsonaro é presidente porque o eleitor teve a percepção de que ele melhor combateria a corrupção político-financeira e a violência urbana e rural. Não foi eleito para prioritariamente combater a inflação ou fazer a reformar da previdência. Mesmo que necessárias.

Política não é reconhecer necessidades. É escolher prioridades.

Uma vez no governo, Bolsonaro mudou de prioridades. Adotou uma política econômica que acredita, ortodoxamente, que, para empregar, é preciso antes desempregar.

Este é o ponto eleitoralmente frágil de Bolsonaro, que lhe fizeram acreditar ponto forte.

Todas as pesquisas eleitorais deste ano são convergentes. Dos melhores institutos, analistas e mídias, sejam pró ou contra Moro. Ibope, Datafolha, Ipespe, Veja, por exemplo.

Moro é o ministro melhor avaliado pelos brasileiros. O ano todo. Em todos os momentos.

Quando comparado com outros, com todos, Moro é o candidato com mais chances para ser presidente em 2022. Ganha de todos. Inclusive de Lula e Bolsonaro. Em qualquer turno.

Os jovens preferem Moro.

O mundo também. Acabou de ganhar o importante prêmio do Financeal Times, como um dos 50 mais importantes líderes desta década.

Carlos Drummond de Andrade uma vez perguntou: “Existem as coisas sem serem vistas?”. Neste caso, acredito que sim. Estes dados não são vistos.

A oposição a Moro, seja na mídia ou na política, tem a mesma cantilena: “Ah! Mas o Marco Aurélio votou contra ele”. “Ah! Mas ele foi derrotado pelo Congresso na votação do juiz de garantias”. “Ah! Mas o presidente o humilhou na solenidade X, pois não olhou para ele”.

Moro ganha cada vez que uma proposta sua – uma decisão, nomeação de um colega que signifique combate à corrupção e à violência – é derrotada pelo Congresso, Supremo ou Presidência. Quem ganha eleitoralmente é ele.

Às vezes, perder é ganhar.

Não destroem. Ao contrário. Reforçam a imagem de um Moro contra a corrupção, contra políticos denunciados, contra processos que não andam, contra ministros do Supremo instrumentais. Contra transparências ocultas.

Todo este cenário pode mudar, é claro. Mas, hoje, controlada a corrupção e a violência, quem competiria com Moro é: (a) a criação imediata de vagas de emprego estável; (b) mas de emprego com carteira assinada; (c) e com salário suficiente.

Entretanto, receio que, para a política econômica ortodoxa, estes empregos, de que precisam a maioria dos eleitores, brotam como os lírios no campo.

Será?

O QUE MAIS IMPORTA É CONHECER A ORIGEM DO DINHEIRO⁶⁴

Michael Freitas Mohallem⁶⁵

Saber se a doação feita por uma empresa a um candidato partiu do caixa 1 ou do caixa 2 revela apenas uma parte do enredo.

Na relação entre empresas privadas, partidos e governos (ou as empresas controladas por eles), havia dois fluxos regulares de capitais: o primeiro partia dos governos ou empresas públicas para as empresas privadas contratadas. O segundo fluía das empresas privadas aos partidos, em períodos eleitorais.

Mesmo que o segundo elo dessa relação – entre empresas e partidos – se estabeleça por meio do caixa oficial de campanha, não se pode afirmar apenas por isso que o primeiro elo – entre empresas e governos – esteja imunizado contra a corrupção.

64. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 4 de março de 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/analise-que-mais-importa-conhecer-origem-do-dinheiro-21011482>. Acesso em: 15 nov. 2019.

65. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Ao contrário, os desdobramentos da Lava Jato mostram, até aqui, que mesmo o caixa oficial de algumas campanhas pode ter sido tão ou mais problemático do que o caixa 2.

O que mais importa nas investigações é justamente conhecer a origem dos recursos e não por que meio circularam. Especialmente neste momento em que se tornam conhecidos os cartéis e as fraudes que irrigaram os caixas de grandes empresas, irremediavelmente situadas entre as maiores doadoras de campanhas de todos os grandes partidos políticos, não será suficiente apurar apenas se os recursos transitaram por caixa 2.

A apuração necessária é saber se há participação ou conhecimento por parte dos candidatos sobre origem ilícita do dinheiro, posteriormente transformado em doação legítima de campanha. Não é uma prova fácil, mas deve ser perseguida.

Da mesma forma, não há espaço para minimizar o crime de caixa dois. Mesmo que não exista um tipo penal com esse nome, a conduta de omitir em documento público informações que dele deveriam constar configuram falsidade ideológica.

No clima de salve-se quem puder que se instaura em Brasília, o debate sobre caixa oficial ou 2 não pode se tornar cortina de fumaça para a responsabilização de quem se beneficiou de corrupção ou praticou falsidade ideológica. Seja pelo caixa 2 ou pelo caixa 1 com origem em crime, ambos devem à Justiça.

URNA ELETRÔNICA E A CONTAGEM PARALELA DE VOTOS⁶⁶

Michael Freitas Moballem⁶⁷

Pedro Campos⁶⁸

O candidato Jair Bolsonaro colocou a integridade do sistema eletrônico de votação brasileiro em dúvida. Mas não foi a primeira vez que o temor da fraude ganhou destaque. Desde que foi implementada, há duas décadas, a votação eletrônica é alvo de debates sobre se é vulnerável a ataques digitais e recebe críticas pela falta de transparência na apuração dos votos.

A vitória apertada de Dilma sobre Aécio (51,64% contra 48,36%) nas eleições de 2014 levou o PSDB a requerer auditoria ao TSE “com o objetivo de não permitir que a credibilidade do processo eleitoral seja colocada em dúvida”. A ausência de cédulas impressas é recorrentemente lembrada como a principal vulnerabilidade do sistema, já que o papel permitiria a recontagem física dos votos.

66. Artigo publicado, originalmente, em *O Estado de S. Paulo*, em 5 de outubro de 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/urna-eletronica-e-a-contagem-para-lela-de-votos/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

67. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

68. Estudante da FGV Direito Rio.

A desconfiança levou o Congresso Nacional a incluir na minirreforma eleitoral de 2015 a previsão de impressão do voto a ser inserido em urna complementar à eletrônica. A regra foi suspensa recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por entender que o sigilo do voto estaria em risco, além das considerações extraprocessuais sobre o elevado custo da medida (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5889).

Mas será possível preservar o sigilo do voto ao mesmo tempo em que os eleitores tenham mecanismos de controle das eleições?

Um recurso tecnológico ainda pouco explorado pode servir aos partidos, eleitores e movimentos sociais desconfiados. Trata-se do QR code impresso nos boletins de urna e que fornece de forma ágil todos os resultados a quem tiver um smartphone em mãos. Há diversos aplicativos disponíveis gratuitamente nas lojas de aplicativos. Cada celular com o app envia os resultados para um site que faz a contagem dos votos de forma centralizada, não oficial e em tempo real. Uma verdadeira contagem paralela dos votos.

O aplicativo pode ser utilizado no final do período de votação, às 17 horas, quando cada seção eleitoral imprime automaticamente o Boletim de Urna. Nesse documento fica registrado o número de votos que cada candidato obteve naquela seção. Desde a última eleição, o boletim vem com um QR Code, que funciona como uma espécie de código de barras. Há diversos aplicativos gratuitos capazes de ler esse código e enviar os dados para um servidor que, em tempo real, fornecerá a contagem total dos votos.

Mesmo que a contagem paralela não seja feita na maioria das urnas, a depender da dispersão e alcance, pode servir como uma excelente amostragem para testar a integridade do sistema e assim apaziguar eventuais dúvidas sobre a legitimidade dos vencedores. Apesar de ter ficado disponível à população durante as eleições municipais de 2016, o uso dessa tecnologia não foi como esperado. Através do app

“Apura Fácil”, por exemplo, apenas 0,5% das urnas de Porto Alegre foram paralelamente apuradas. No Rio de Janeiro, apenas 0,13%, e, em São Paulo, apenas 0,17%.

A digitalização das eleições é um processo que se intensifica a cada ano no Brasil. Além das urnas eletrônicas, agora se exige o cadastramento biométrico dos eleitores. Também foi criado o e-título, que pode substituir o Título de Eleitor físico em breve. Mas o ambiente eleitoral com pouco papel é propício para teorias conspiratórias e pode levar candidatos a desafiarem irresponsavelmente resultados que lhes forem desfavoráveis.

Melhor do que fomentar um exército de desconfiados é criar um mutirão de fiscais. No dia das eleições, tudo o que precisam é motivação e um app de leitura do QR code eleitoral.

O CONSELHO TUTELAR ENTRA NO RADAR DA SOCIEDADE⁶⁹

*Michael Freitas Moballem*⁷⁰

*Isabel Veloso*⁷¹

Churrasco, caravana religiosa e boca de urna: as eleições para o cargo de conselheiro tutelar de 2019 foram movimentadas como nunca. Apesar de remunerado, o cargo despertava pouca atenção e proporcionava disputas limitadas a poucos grupos de interesse. Neste ano, no entanto, o pleito registrou a maior votação da história em diversos municípios do país e ganhou nova dimensão, sobretudo pela intensa mobilização nas redes sociais.

A mudança se deveu, especialmente, a dois acontecimentos correlacionados: as vagas se tornaram uma demanda prioritária para grupos religiosos e, ao mesmo tempo, despertaram a reação de movimentos progressistas, que passaram a mapear candidatos e divulgá-los.

69. Artigo publicado, originalmente, no portal da FGV, em 14 de outubro de 2019. Disponível em: <https://portal.fgv.br/en/node/18009>. Acesso em: 15 nov. 2019.

70. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

71. Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Na seara religiosa, uma das principais instituições a fomentar tal engajamento foi a Igreja Universal do Reino de Deus, que, dentre outras ações, divulgou em seu site um artigo intitulado “Conselho Tutelar: é nosso dever participar”, bem como uma lista de “conselheiros do bem”. De forma semelhante ao que já tradicionalmente ocorre em eleições gerais, essa e outras instituições religiosas convocaram seus fiéis a terem “compromisso com Deus nas urnas”.

A mensagem religiosa não foi o único fator de mobilização. Importante que se perceba que, desde 2015 – ano da última eleição para o cargo de conselheiro tutelar – muita coisa mudou. Desde então, ideias e valores conservadores ganharam mais corpo, tornando-se centrais no cenário nacional. Muitas das grandes questões políticas que pautaram a eleição de 2018 estavam voltadas à infância e adolescência, como o “Programa da Escola sem Partido”. No entanto, ainda que sejam agentes eleitorais de convencimento, tais pautas nem sempre são baseadas em fatos verdadeiros – a exemplo do combate ao suposto *kit gay*.

Para além do viés eleitoral, o embate em torno dos Conselhos Tutelares mostra que a infância está no centro do debate cotidiano, mantendo vivo o interesse de quem está politicamente ativo em redes sociais e grupos de *whatsapp*. No plano das ações, em episódio recente, o prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, bispo licenciado da Igreja Universal do Reino de Deus, empreendeu grande esforço para impedir que um HQ dos Vingadores, que incluía um beijo entre personagens LGBT, chegasse às mãos de crianças e adolescentes, sob argumento de que o livro trazia conteúdo sexual destinado às crianças e que, por isso, constituía material impróprio para leitura infantojuvenil. Também aqui, o argumento central do prefeito – rapidamente revertido pelo Judiciário – era a suposta proteção da infância.

O fato é que grupos conservadores, particularmente os evangélicos, parecem ter reconhecido o Conselho Tutelar como uma instituição que pode exercer influência sobre algumas de suas pautas prioritárias e

que, portanto, deve ser ocupada. Mais ainda, esses grupos parecem ter concluído que os Conselhos Tutelares se tornaram espaços de entrada na política, uma espécie de primeiro degrau para voos mais altos, como as câmaras de vereadores. Além de serem funções com capilaridade social, possibilitam o exercício de uma agenda assistencialista que se aproxima daquela tipicamente praticada por igrejas.

Grupos progressistas e partidos de esquerda também mobilizaram esforços para a eleição. Houve tanto quem se articulasse de forma reativa, para evitar a ocupação desse espaço por forças políticas e religiosas antagônicas aos seus interesses, como também se percebeu a articulação ativa de valorização desses espaços para a reconstrução de bases políticas perdidas nos últimos anos.

Embora a intensa movimentação política tenha ofuscado a institucionalidade da função, as atribuições dos conselheiros carregam uma parcela de poder difuso, distribuído em pequenas doses para cada um desses milhares de coletivos espalhados pelo país. Dialogam com o poder executivo e judiciário, com crianças e adolescentes, pais ou responsáveis, profissionais da saúde, educação, líderes comunitários e outros com conselheiros. Os conselhos podem fiscalizar entidades governamentais, requisitar serviços públicos, encaminhar notícias sobre violação de direitos das crianças e adolescentes ao Ministério Público, solicitar medidas de perda ou suspensão do pátrio poder, promover ações educativas, dentre outros poderes que complementam funções de estado. Como se vê, conselheiros tutelares articulados podem ser capazes de movimentar agendas políticas e fazer mover instituições de investigação.

Uma leitura rápida do contexto da eleição pode até preocupar. Evidentemente, há risco de desvio de finalidade em ambientes carregados de interesses externos às atribuições do cargo. Mas, superado o calor eleitoral, conselheiros encontrarão um enorme campo de atuação suprapartidária que se apresenta no Brasil, a exemplo dos casos de abuso

sexual de crianças e adolescentes, que compreende 67,9% dos casos registrados no país (Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017), e dos elevados índices de evasão escolar – são 2 milhões de crianças e adolescentes de 4 a 17 anos fora da escola no Brasil (Inep – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira Legislação e Documentos, 2018).

O aumento do interesse pela posição de conselheiro tutelar deve trazer consequências positivas. Isso porque espaços públicos que não mobilizam interessados correm risco de abandono e irrelevância. Os conselhos tutelares entraram no radar da sociedade e isso deve se reverter em fiscalização da atuação dos eleitos e motivação para o trabalho de conselheiros sérios.

PARTE 3

**CONSTITUIÇÃO,
TRANSPARÊNCIA
E LIBERDADE DE
EXPRESSÃO**

A GUERRA PERDIDA DE TOFFOLI⁷²

Michael Freitas Moballem⁷³

“É o momento de o Judiciário se retrair”, anunciava o ministro Dias Toffoli em novembro de 2018, dois meses depois de assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal (STF). A leitura estava correta. O país se preparava para a mais extrema mudança política desde a redemocratização, e a temperatura do debate exigia do STF sensatez. Um ponto de moderação diante de quem queria testar os limites da nossa democracia lavada a jato.

O ex-chefe do Estado-Maior, Fernando Azevedo e Silva, se tornava o novo braço direito de Dias Toffoli – um gesto de evidente composição com Jair Bolsonaro, eleito presidente em outubro. Para quem esperava uma rápida atuação em favor de Lula, a presidência de Dias Toffoli mais uma vez sinalizava o interesse de esfriar o ambiente político ao projetar o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade sobre a prisão em segunda instância para o ano seguinte.

Tirar o STF do centro da política era tarefa difícil diante do protagonismo recente. Os ministros do STF escreveram as manchetes

72. Artigo publicado, originalmente, no portal da revista *Piauí*, em 18 de abril de 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/guerra-perdida-de-toffoli/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

73. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

quando decidiram sobre o *impeachment* de Dilma, no afastamento de Renan Calheiros da presidência do Senado, nos duelos de Barroso *versus* Gilmar e na decisão de manter Lula preso. Contra a expectativa de um STF onipresente, Toffoli apostava – com sucesso – na contenção.

O jogo de Dias Toffoli se alterou durante o julgamento sobre os crimes de caixa dois e qual ramo da Justiça deveria julgá-los ao lado dos crimes conexos. A decisão que deu tal poder à Justiça Eleitoral trouxe desgaste ao STF, que passou a ser criticado como inimigo da Lava Jato. Os ataques foram sentidos e o presidente da Corte, antes mesmo que o julgamento do caixa dois fosse concluído, determinou a abertura de um inquérito heterodoxo para apurar *fake news*, ofensas e ataques contra os ministros do STF.

O inquérito foi o início da espiral de erros que arrastou o STF para a mais recente crise. Ao contrário das típicas controvérsias jurídicas que dividem a sociedade, a imposição de censura a dois veículos da imprensa não recebeu qualquer apoio representativo. As opiniões sobre a condução do inquérito foram em um único sentido – e isolaram os ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli.

Os equívocos dos ministros são de duas naturezas: primeiro, há um problema formal na aplicação do art. 43 do Regimento Interno do STF para a apuração das ofensas e *fake news*. O artigo não deixa dúvida de que só deve ser usado na raríssima hipótese de “infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal”. Não há espaço de interpretação que admita compreender essa regra, que trata de espaço físico, como se fosse o equivalente ao poder dos ministros de decidir sobre assuntos em todo o país, a chamada jurisdição nacional. Essa foi a primeira barra forçada por Dias Toffoli.

O segundo equívoco – esse de ordem substantiva – foi contrariar a tradição e jurisprudência do STF sobre liberdade de expressão. Ao determinar cautelarmente a censura, o ministro relator

ignorou que a Constituição prefere assumir o risco de que pessoas se ofendam com manifestações de opiniões do que evitar que tais opiniões sejam dadas. No balanço entre expressão de ideias e risco de ofensa, ficamos com as potencialidades da fala livre – sem deixar ofendido o desguardado. O direito oferece a possibilidade da reparação pelo dano sofrido e a retratação por parte do autor da ofensa ou inverdade.

O dano estava feito – e foi agravado quando se determinou que a polícia apreendesse computadores nas casas de críticos do STF. Diante da escalada de insensatez, a procuradora-geral da República tentou arquivar o inquérito e cessar os abusos. Raquel Dodge presenteou Moraes com uma oportunidade de sair com dignidade da sinuca em que se colocou. Com alguma dignidade, ao menos. Caso o pedido de arquivamento do inquérito tivesse sido acatado, a derrota de Toffoli-Moraes seria camuflada com a narrativa do respeito ao papel do Ministério Público (MP): “não parece ser a decisão correta, mas reconheço o direito do MP de requerer o arquivamento”, poderiam dizer depois.

Agora, já não há mais saídas fáceis. A cruzada de Alexandre de Moraes e Dias Toffoli contra seus críticos está condenada a não prosperar, mas ainda é incerto o seu desfecho. São três os caminhos mais prováveis: a primeira possibilidade é que Moraes corrija o foco do inquérito para atrair algum suporte para suas próximas ações. A segunda possibilidade é que outro ministro, com a relatoria de processo diferente, interfira nos rumos do inquérito das *fake news*. Por fim, uma terceira possibilidade é o encerramento do inquérito por decisão soberana da maioria dos ministros do STF, por meio da manifestação do plenário do Tribunal. Qualquer que seja o desfecho, Toffoli e Moraes já perderam.

Diante da forte reação da sociedade contra os desdobramentos do inquérito, particularmente contra os atos de censura, o relator

poderá, daqui por diante, relaxar a linha de ação que se volta contra a ideia ambígua de *fake news*. Ao preservar o direito de promover o jornalismo investigativo, ainda que contra o ministro do STF, o inquérito poderia afastar parte dos seus mais duros críticos. Mais ainda, caso o inquérito se debruce exclusivamente sobre as manifestações verdadeiramente ameaçadoras, deve ganhar apoiadores. Ao misturar ameaças com críticas, Moraes perde a oportunidade de isolar e expor aqueles que pregam a violência contra os ministros e se colocar ao lado de muitos que não se identificam com o discurso de violência.

O segundo possível desfecho para o inquérito é a atuação interventiva de outro ministro. Embora sejam raras e sempre controversas as ocasiões em que ministros revertem de forma monocrática decisões também individuais de colegas, há precedentes. No caso do inquérito sobre as *fake news*, estão sendo construídos pelo menos três caminhos que permitirão a intervenção. A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ajuizou mandado de segurança e *habeas corpus* coletivos buscando a suspensão do inquérito. A distribuição aleatória dos casos poderá levá-los para ministros mais ou menos inclinados a conceder uma liminar que suspenda, por exemplo, a censura imposta aos sites de notícias. O ministro Marco Aurélio foi o primeiro a criticar abertamente a medida e, caso se torne relator de uma das ações, deve conceder a liminar. A outra ação que poderá alterar o andamento do inquérito é a **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 572**, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade. O ministro Fachin, relator deste caso, já solicitou informações sobre o inquérito e, também, poderá provocar revisões.

O terceiro possível desfecho do inquérito seria levá-lo para o plenário do STF, que é, de fato, quem decide. Nos últimos anos, acentuou-se a monocratização do processo decisório do STF, de forma

que, por vezes, confunde-se decisão de ministro como se fosse decisão do STF. Na eventualidade de que uma das ações mencionadas – ou mesmo o próprio inquérito causador da controvérsia – sejam levados ao plenário, a maioria dos ministros poderá reafirmar a conhecida jurisprudência do tribunal em favor da plena liberdade de expressão.

Seja qual for o desfecho deste caso, a presidência de Dias Toffoli à frente do STF já estará marcada pela estratégia equivocada de confrontar críticos, investigadores e agressores. A sensatez e a moderação esperadas da parte do STF passam, então, a ser o projeto do seu próximo presidente, a partir de 2020.

Quando, em julho de 2018, Eduardo Bolsonaro disse que bastariam um cabo e um soldado para neutralizar o STF, ninguém imaginou que uma dupla sim, mas de ministros, tentaria dar conta do serviço.

POR QUE DEVEMOS RESPALDAR A NOSSA CONSTITUIÇÃO?⁷⁴

Fernando Leal⁷⁵

Em *A Constituição Norte-Americana é Democrática?*, de Robert Dahl, um dos mais importantes cientistas políticos do último século, coloca-nos diante de uma pergunta simples, mas altamente instigante: “por que nós [...] devemos respaldar nossa Constituição?”. Ainda que as reflexões que o autor desenvolve tenham como referência a Constituição dos Estados Unidos e as suas instituições democráticas, é possível encontrar no texto de Dahl diagnósticos e desafios que se colocam e precisam ser enfrentados por quem pretende articular uma resposta convincente para aquela pergunta em um país como o Brasil.

Pode parecer estranho questionar o respaldo merecido por uma Constituição que já sobrevive há mais de duzentos anos e governa uma das democracias mais maduras do Ocidente. A própria permanência da Constituição americana, associada ao funcionamento

74. Artigo publicado, originalmente, na revista *Conjuntura Econômica* (Rio de Janeiro), v. 70, p. 32-33, 2016. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/data/files/16/02/2D/07/600145108745A9155C-28C7A8/Conjuntura%20Econ_mica%202016%2004%20baixa.pdf. Acesso em: 9 fev. 2020.

75. Professor da FGV Direito Rio.

adequado, por tanto tempo, das instituições democráticas, já poderia ser razão suficiente – quase evidente – para justificar a saúde do sistema constitucional dos Estados Unidos. Para Dahl, porém, o aparente sucesso do sistema constitucional norte-americano apenas ofusca possíveis inadequações da Constituição para atender bem aos padrões democráticos da atualidade. Será que uma Constituição confeccionada no final do século dezoito e em diversos aspectos tão singular – singular a ponto de se revelar ímpar entre as Constituições de outras tantas democracias sólidas – continua igualmente apta para organizar, proteger e fomentar o aquecimento da democracia no século XXI? Por que deveríamos nos manter comprometidos a um documento de cuja elaboração não participamos? Essas não são perguntas triviais.

No fundo, Dahl não propõe uma carta de emendas à Constituição. Tampouco um abandono definitivo da Constituição de 1787. O que o autor insistentemente sugere é uma maneira diferente de **pensar** na Constituição e no papel que as suas regras e instituições exercem na democracia. Dahl estimula mais uma reflexão, propõe mais um desafio intelectual, do que prescreve receitas mirabolantes para tornar o sistema constitucional mais democrático. Com essa proposta (apenas aparentemente) pouco ambiciosa, Dahl acaba por enfatizar certos problemas relacionados ao modo como se encara normalmente o sistema constitucional norte-americano que se mostram claramente aplicáveis ao modo como costumamos olhar para a Constituição brasileira.

Dois desses problemas parecem ser especialmente importantes para estimular um repensar sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e a nossa jovem democracia.

Em primeiro lugar, Dahl rejeita qualquer mitificação da Constituição. Ela não é – nem deve ser compreendida – como um documento sagrado que retira a sua força simbólica dos ideais que encarna e

das transformações que pretende concretizar. Conhecer uma Constituição não é, portanto, idealizar um texto pronto, mas, sobretudo, obter informações reais sobre as inspirações históricas por trás da sua elaboração e as circunstâncias políticas dos momentos em que ela é aclamada, criticada ou alterada. Esses dados podem nos dizer muito mais sobre a estrutura do sistema constitucional, o desenho das instituições democráticas e a performance desse sistema para o atingimento de objetivos sociais e políticos relevantes do que assumir que a Constituição é a cristalização de uma série de virtudes que, pelo simples fato de estarem escritas em um pedaço de papel, vão transformar o mundo. O recado de Dahl é direto: os norte-americanos não devem encarar a sua Constituição como um “texto sagrado”. Nós deveríamos fazer o mesmo, tanto em relação à nossa Constituição como em relação ao sistema constitucional dos Estados Unidos, muitas vezes evocado acriticamente como um modelo a ser seguido. Com isso, Dahl sugere a substituição de um constitucionalismo mítico e teórico por um constitucionalismo de realidade.

Em segundo lugar, Dahl é crítico feroz da expansão das vocações da suprema corte. Em tempos de singular expansão judicial e de protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) na realidade institucional brasileira, o “pessimismo moderado” de Dahl sobre a saúde de um sistema democrático com um tribunal supremo tão forte pavimenta um caminho para uma discussão mais profunda sobre os limites da jurisdição constitucional. Para o autor, o amplo poder de revisão judicial exercido pela Suprema Corte é um “aspecto aberrante” do sistema constitucional norte-americano. Aberrante porque não justificável. Em sua visão, o papel de uma suprema corte é legítimo quando se volta a garantir a estabilidade da federação e os direitos fundamentais necessários à existência de um sistema democrático, especialmente a igualdade política. Ultrapassados esses limites, como nos casos em que o tribunal revê políticas públicas

formuladas por órgãos eleitos ou impõe as suas visões de mundo à sociedade, coloca-se em xeque a sua autoridade. Deveríamos fazer o mesmo com o nosso Supremo?

É certo que Dahl não é apenas um pessimista. Ele também enxerga virtudes no sistema constitucional americano. Mas não é um entusiasta ingênuo e tampouco um crítico míope. Sua grande contribuição está em sugerir que a “grande e permanente dádiva” legada ao mundo pelos norte-americanos não foi a sua Constituição. Um conjunto de palavras elaborado em algum lugar do passado explica pouco o sucesso de uma democracia e, sozinho, serve para determinar os destinos de uma nação tanto quanto um romance pode ser útil a um marinheiro à deriva. Um olhar mais amplo e crítico para o sistema constitucional é sempre necessário. Isso vale tanto para eles como vale para nós.

LAWTECHS, SIRI E GOOGLE: QUAL O FUTURO DO PROFESSOR DE DIREITO?⁷⁶

Carlos Emmanuel Foppert Ragazzo⁷⁷

Os inúmeros congressos sobre LawTechs indicam que existe mais do que mera curiosidade sobre o impacto da tecnologia nas profissões jurídicas. Não tenho, entretanto, a intenção de escrever sobre essa preocupação com o futuro dos advogados; pelo menos, não agora. Meu ponto aqui diz respeito ao impacto que a tecnologia, dentro e fora da sala de aula, tem e terá sobre as aulas de direito, um assunto tão ou mais importante do que as famosas LawTechs, mas que, por algum

76. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 10 julho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/carreira/lawtechs-siri-e-google-qual-o-futuro-do-professor-de-direito-10072018>. Acesso em: 10 set. 2019.

77. Professor e membro do corpo permanente do Mestrado *Stricto Sensu* da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro. Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro (PUC/RJ), é ainda mestre em Direito da Concorrência e Regulação de Mercados (LL.M) pela New York University School of Law (NYU), mestre e doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e visiting scholar na University of California at Berkeley. Foi, também, entre 2008 e 2012, Conselheiro do CADE e, entre 2012 e 2014, o primeiro Superintendente-geral do CADE.

motivo, tem merecido menos atenção por parte dos profissionais da área jurídica, mesmo os professores.

Será que os professores de direito irão acabar? Serão devidamente substituídos por Alexas ou mesmo por Siris? Basicamente, o professor era (e, em vários casos, continua sendo) um transmissor de conteúdo, construindo uma relação quase que parental com os alunos, em que a autoridade era um elemento *default* dessa relação, raramente desafiado, prescindindo de maiores obrigações de comunicação com alunos. Nesse cenário, havia uma atualização mais lenta do conteúdo e, conseqüentemente, um custo relativamente baixo para revisão e atualização de aulas já preparadas. O mesmo acontecia com as avaliações, repetidas ao longo dos anos. E todas as matérias geravam a expectativa de que o conteúdo integral daquela disciplina seria abordado; uma ideia de completude disciplinar, servindo principalmente à preparação para concursos.

Não há mais espaço para esse professor. Com a tecnologia, há uma necessidade de revisão não só dos currículos, mas, sobretudo, da forma como professores interagem com alunos. Estes precisam ver valor no tempo que despendem se preparando e estando em salas de aula, sendo necessária, para isso, a progressão das suas habilidades. Aliás, o primeiro efeito disso já se manifesta: a relação de autoridade não é mais a mesma; em um mundo caracterizado pela escassez de tempo, deter conteúdo, hoje facilmente disponível na internet, não representa diferencial. A relação quase parental, então, dá lugar a uma relação profissional, em que o respeito precisa ser conquistado. E é natural ver como os professores se sentem frustrados diante desse novo paradigma de valores.

Fora da dinâmica de preparação para concursos, os alunos que superaram os dois anos de faculdade enxergam pouca valia na permanência no curso, transferindo o foco para estágios e experiências profissionais. Isso porque, nas faculdades de direito, não há uma preocupação com a progressão de habilidades; basicamente, os alunos aprendem a ter fluência em uma matéria nova, exercício que repetem exaustivamente. Passam a

entender o vocabulário de civil, processo, comercial, etc. e depois tudo é praticamente uma enorme repetição, com poucas variações concretas. Por isso, aliás, vem crescendo a importância de atividades não relacionadas apenas à fluência, mas também com prática, como competições e júris simulados. Os alunos precisam saber negociar, falar, escrever, lidar com bases de dados, entre outras habilidades, incluindo as socioemocionais, tão importantes em um mundo de conexões e interações.

Além disso, o custo para preparação de aulas e avaliações aumentou consideravelmente. Está mais complicado manter um curso atualizado e ainda mais difícil reaproveitar avaliações, hoje facilmente compartilhadas pelas redes sociais. Isso faz com que as Editoras e Empresas de Soluções Educacionais se reinventem, procurando entender a escassez de tempo e o volume de conteúdo que precisa ser processado pelos estudantes. De inimiga, a tecnologia pode virar parceira de professores e alunos, sistematizando informação, assegurando a fluidez do processo pedagógico, além de prover atualização e individualização do fluxo de aprendizagem.

Nos próximos anos, os professores terão que superar três enormes desafios. Primeiro, precisarão se encaixar em um currículo (ainda não existente) que migrará para o desenvolvimento de habilidades, em que o professor perde a posição central e precisa, ele próprio, ser capacitado em novas formas de ensinar. Depois, terão que saber utilizar soluções educacionais com novas tecnologias para manter seus cursos atualizados e para prover os alunos com atividades e avaliações que irão promover habilidades além da simples memorização. E, por último, terão que entender que comunicação com os alunos é um fator chave para conseguir um resultado positivo em seus cursos.

E o interessante é que a tecnologia vai nos tornar mais – e não menos – humanos.

QUAIS OS LIMITES PARA A FISCALIZAÇÃO ELEITORAL NAS UNIVERSIDADES?⁷⁸

*Silvana Batini*⁷⁹

*Michael Freitas Moballem*⁸⁰

A pouquíssimos dias do fim do segundo turno, diversas universidades no país foram alvos de ações de fiscalização das respectivas justiças eleitorais estaduais. O motivo era o mesmo: fiscalizar supostas propagandas eleitorais irregulares.

O caso da Universidade Federal Fluminense (UFF) foi um dos que suscitaram o debate. Uma faixa com a frase “Direito UFF Antifascista” foi retirada por fiscais, que entenderam que a mensagem, mesmo sem qualquer cor associada ou menção a partidos, representava um prejuízo a uma das candidaturas presidenciais.

78. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 26 de outubro de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/artigo-quais-os-limites-para-fiscalizacao-eleitoral-nas-universidades-23188587>. Acesso em: 15 nov. 2019.

79. Professora da FGV Direito Rio.

80. Professor e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

As medidas provocaram reações e levantaram questionamentos. A Justiça Eleitoral tem o poder de retirar manifestações que entenda ser indevidas sem mandado específico? O fato de que as manifestações aconteceram em universidades exige outro tipo de reflexão e ponderação?

A justiça eleitoral, no Brasil, concentra poderes diferentes: legisla e administra as eleições, além de julgar conflitos. Dentro de seus poderes de administração, se encontra o poder de polícia da propaganda. No exercício desse poder, pode agir mesmo sem provocação.

A lei eleitoral proíbe propaganda em bens de uso comum, definindo-os como “aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada”. A literalidade do artigo poderia fazer supor que universidades se encaixam no dispositivo. Sim e não. Equiparar universidades a shoppings para fins do exercício do poder de polícia eleitoral é temerário. O espaço de liberdade constitucionalmente garantido às universidades nem de longe se assemelha aos outros exemplos da lei.

Universidades não são ambientes imunes à fiscalização, mas a régua para medir os limites da intervenção judicial, nestes casos, deve ser diferente. Trata-se de compatibilizar poderes administrativos com garantias constitucionais caras ao estado democrático de direito, tais como a liberdade de manifestação (que, em ambientes universitários, tende a ser mais ampla) e a liberdade de cátedra. A lei eleitoral também proíbe que imóveis públicos sejam destinados a campanhas. Quer, com isso, evitar o emprego da máquina pública a favor de candidaturas. Mais uma vez, o ambiente da universidade tem peculiaridades, pois a discussão política e partidária é da essência dos ambientes universitários, onde, inclusive, nascem e aprimoram-se ideias, e formam-se lideranças. Imaginar que ambientes universitários possam ser esterilizados do debate eleitoral é uma aposta perdida.

De qualquer forma, o próprio TSE vem tolerando práticas que, abstratamente consideradas, poderiam caracterizar o abuso. Visitas de

candidatos a repartições públicas em horário de expediente normal, para fins de campanha, vem sendo consideradas normais. Além disso, a lei eleitoral restringiu o conceito de propaganda drasticamente para considerar apenas quando há pedido expresso de votos.

Não por outra razão, os candidatos vêm realizando atos de campanha inequívocos há mais de um ano sem que a Justiça Eleitoral possa interferir ou coibir. Se o próprio candidato, que deve prestar contas, inclusive dos gastos de campanha, pode expor-se de forma notória sem que isso seja classificado como propaganda eleitoral, resta saber se o eleitor não poderia, da mesma forma, fazê-lo.

As eleições de 2018 estão marcadas por uma polarização muito intensa, na qual um dos temas centrais do debate é justamente a alegação de que liberdades democráticas estariam em risco. Quando a justiça eleitoral, fiadora da normalidade e legitimidade das eleições, aparentemente de forma coordenada, interfere na autonomia universitária, acaba levando gasolina para a fogueira. Despertou reações de diversos setores, potencializou e fortaleceu o argumento do risco democrático, dando margem à alegação de censura e arbítrio. Se o objetivo era zelar pelo equilíbrio das eleições, o efeito pode ter sido o inverso. As redes sociais estão inundadas de postagens sobre as medidas de ontem. Atos de repúdio estão sendo marcados e manifestos vem sendo assinados. Tudo isso a dois dias de um segundo turno dramático.

O Código Eleitoral, um vetusto diploma da década de 1960, proíbe propaganda que possa “criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”. Não se imagina, no mundo de hoje, como uma disputa eleitoral não possa despertar paixões e emoções. O dispositivo da lei parece não fazer mesmo sentido. Ainda assim, em eleições com ânimos tão exaltados, como estamos hoje vivendo no Brasil, seria razoável esperar que as instituições atuassem na direção da pacificação.

JurisPRUDÊNCIA não tem esse nome à toa.

CENSURA À DIVERSIDADE SEXUAL⁸¹

*Michael Freitas Moballem*⁸²

*Guilherme France*⁸³

A decisão de censurar uma revista em quadrinhos que mostrava um beijo entre dois super-heróis homens mobilizou o judiciário, escritores e ativistas no final de semana. A ação dos fiscais da prefeitura ocorreu justamente na Bienal dos Livros – ápice da celebração da leitura e da liberdade de expressão literária. Como nas histórias de heróis, o desfecho foi feliz, com uma canetada do Supremo Tribunal Federal (STF) que derrubou a decisão discriminatória do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A decisão do prefeito Marcelo Crivella de recolher as revistas foi seguida de uma guerra de liminares. A primeira decisão do Tribunal proibiu a ação dos agentes municipais, mas foi logo revertida pelo

81. Artigo publicado, originalmente, no portal da FGV, em 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://portal.fgv.br/en/node/17804>. Acesso em: 15 nov. 2019.

82. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

83. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

presidente daquela corte, o desembargador Claudio de Mello Tavares. Foi necessária a interferência do STF, em pleno plantão de domingo, para garantir a liberdade de expressão e reafirmar os direitos da população LGBT+.

A liberdade de expressão é direito fundamental, firmemente protegido pela Constituição Federal e por diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Dessa forma, a proibição de circulação de livros ou revistas, caso fosse dirigida a quaisquer obras com sinais de afeto, afrontaria a liberdade de expressão artística e a liberdade do público de adquirir tais obras. A decisão do prefeito Marcelo Crivella, entretanto, voltou-se apenas às obras que mostram afeto entre personagens homens, configurando também discriminação por orientação sexual.

A discriminação contra o afeto entre pessoas LGBT+ foi, recentemente, equiparada pelo STF ao crime de racismo, em resposta à omissão legislativa no sentido de desenvolver mecanismos indispensáveis de proteção – afinal, ano após ano, o Brasil figura entre os países mais perigosos para gays, lésbicas, bissexuais e, especialmente, transexuais e travestis.

Esta mais recente decisão do STF, longe de representar ponto fora da curva, consistiu em mais um passo no importante papel desempenhado pela mais alta corte do país na defesa da comunidade LGBT+. Em 2011, o tribunal já havia reconhecido a união estável para casais homoafetivos e, em 2018, permitiu a alteração de nome e sexo para pessoas transgêneras.

Destaca-se também a decisão do STF, em 2015, que reconheceu o direito à adoção por casais homoafetivos. É o progressivo reconhecimento das famílias LGBT+ (e subsequente proteção que esse status lhe confere) que evidencia o descompasso da medida tomada pelo prefeito carioca em relação à ordem jurídica vigente. O direito de crianças e adolescentes à convivência familiar – heterossexual

ou LGBT+ – está garantido no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Impossível imaginar que se esse direito exclua presenciar demonstrações de afeto entre pais ou mães.

A justificativa para o recolhimento das publicações se fundava exatamente no ECA, o qual busca restringir o acesso a publicações com conteúdo “impróprio ou inadequado” (art. 78). Por óbvio, a definição da inadequação não é amplamente subjetiva ou sujeita a crenças individuais ou religiosas. O próprio ECA oferece balizas interpretativas, trazendo referência a “mensagens pornográficas ou obscenas” e a “bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições”.

A ideia de que demonstração de afeto entre pessoas do mesmo sexo em publicações gráficas representa conteúdo impróprio que exigiria a comercialização dessas publicações em embalagem lacrada desafia a própria definição do que seria conteúdo impróprio e isonomia necessária ao defini-lo. Claramente, a imagem de dois rapazes se beijando não se qualifica como nenhuma das duas hipóteses previstas no ECA, evidenciando o cunho discriminatório da ação da prefeitura carioca. Afinal, nenhuma publicação com demonstração heteroafetiva foi recolhida.

No conjunto, as ações do último final de semana, além de demonstrar a hostilidade em relação à importante parcela da população carioca e de turistas que visitam a cidade, geraram uma vulnerabilidade para a Prefeitura do Rio de Janeiro, que, agora, responderá à ação judicial buscando indenização por danos morais.

Em momento de multiplicações das restrições à diversidade sexual e aos direitos da população LGBT+, o Judiciário tem se apresentado como barreira de defesa em relação aos avanços conquistados na última década. Outro exemplo recente disso foi a decisão da Justiça paulista de determinar a devolução das apostilas recolhidas pelo Governo de São Paulo sob a justificativa de que promoviam a chamada “ideologia de gênero”.

A resposta do Judiciário carioca, entretanto, denota que não há consenso entre todos os juízes e juízas neste tema. O STF, por enquanto, tem se posicionado em defesa das minorias LGBTQ+, mas, inserido na polarizada disputa política entre conservadores e garantistas, estará sujeito a desgaste sempre que for chamado a analisar a legalidade de atos de governos municipais, estaduais e federal. E não serão poucos até as eleições de 2020.

O INIMIGO DA IMPRENSA⁸⁴

*Camilla Teixeira Ribeiro*⁸⁵

*Michael Freitas Mohallem*⁸⁶

Em 6 de setembro de 2019, o presidente Jair Bolsonaro editou a Medida Provisória (MP) nº 896, que alterou a Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei nº 8.666/93), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02), a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/11) para dispensar a obrigatoriedade de publicação de atos administrativos em jornais diários de grande circulação, passando a exigir apenas a publicação em diário oficial ou *site* oficial do respectivo órgão.⁸⁷

A REDE Sustentabilidade levou ao Supremo Tribunal Federal (STF) ação direta de inconstitucionalidade em face da MP alegando que o Poder Executivo “tem como objetivo explícito desestabilizar uma imprensa livre e impedir a manutenção de critérios basilares

84. Artigo inédito.

85. Jornalista e estudante da FGV Direito Rio.

86. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

87. Medida Provisória nº 896, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv896.htm. Acesso em: 21 nov. 2019. Ver textos alterados no anexo deste capítulo.

de transparência e ampla participação no âmbito das licitações”.⁸⁸ Argumenta que a medida (i) causará impactos financeiros diretos às receitas geradas aos jornais por meio da publicação dos atos administrativos; e (ii) apresenta-se como evidente oposição aos direitos à publicidade, à informação, à transparência e à ampla concorrência nas licitações. Parece haver poucas dúvidas sobre a motivação da MP. No dia seguinte de sua publicação, o próprio presidente declarou, de forma irônica, esperar que “o *Valor Econômico* sobreviva à medida provisória de ontem”.⁸⁹

Essa não foi a única medida do presidente Jair Bolsonaro em afronta ao direito de receber informações de fontes diversificadas. Recentemente, cancelou as assinaturas do jornal *Folha de S.Paulo* para a administração pública federal, já se recusou a dar entrevistas coletivas para evitar veículos específicos, além de haver ameaçado canal de televisão com a possibilidade de não renovação da concessão dos serviços de radiodifusão.

A questão constitucional provocada por tais medidas é da maior importância para a preservação do ambiente democrático. Em *Poliarchy*, Robert Dahl aponta que a disponibilidade de fontes alternativas de informação permite que todos os cidadãos tenham “(i) oportunidade de formular suas preferências, (ii) de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e coletiva e (iii) a oportunidade de ter suas preferências igualmente

88. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6229. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=577405>. Acesso em 21 nov. 2019.

89. Durante a abertura do Congresso da Federação Nacional de Distribuição dos Veículos Automotores (Fenabreve), Bolsonaro disse que “a medida vai ‘ajudar a imprensa de papel’, porque as empresas não terão mais que publicar seus balanços. Voltou a criticar a mídia e citou expressamente o jornal *Valor Econômico*. ‘Eu espero que o *Valor Econômico* sobreviva à medida provisória de ontem, eu espero’, disse, entre risos.” Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/08/06/bolsonaro-edita-mp-que-desobriga-balanços-em-jornais-e-ataca-imprensa.ghtml>. Acesso em: 21 nov. 2019.

consideradas na conduta do governo, sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte de preferência”.⁹⁰

Conforme analisam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt em *How Democracies Die*, é preciso reconhecer a centralidade da mídia como uma instituição democrática e respeitar o seu lugar no sistema político. Os autores afirmam que “tratar a mídia com um mínimo de respeito e civilidade em público deu origem a inúmeras regras não escritas que governam a relação do presidente com a imprensa”, e citam como exemplo a realização de coletivas de imprensa que sejam acessíveis a todos os jornalistas encarregados de cobrir a pauta. Ao entender a imprensa como inimiga e quebrar tais tipos de costumes, coloca-se a democracia em risco. Isso porque, “as normas são as grades flexíveis de proteção da democracia; quando elas param de funcionar, a zona de comportamentos políticos aceitáveis se expande, dando origem a discursos e ações que podem pôr a democracia em perigo”.⁹¹

Desde que foi eleito para a presidência da República, Jair Bolsonaro fez ataques públicos a setores da imprensa, chegando a atribuir a veículos específicos a intenção de desestabilização do governo. Neste sentido, de acordo com a presidente da Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), Maria José Braga, “desde a posse, já foram 99 ataques pessoais e agressões a veículos específicos. São manifestações do tipo **‘a imprensa é nossa inimiga’** ou **‘se valesse, jornalista já estaria tudo preso’**. O presidente parece buscar de forma sistemática desacreditar a imprensa, intentando que a população creia ser ele um perseguido por ela, e que, portanto, as informações veiculadas não seriam confiáveis. Os principais alvos são o grupo Globo e os jornais *Folha de S. Paulo* e *Valor Econômico*”.

Uma possível consequência da retórica agressiva foi apontada pela FENAJ no Relatório 2018 de Violência Contra Jornalistas e a Liberda-

90. DAHL, Robert A. *Poliarchy: participation and opposition*. São Paulo: EDUSP, 1971. p. 26.

91. Levitsky, Steven; Ziblatt, Daniel. *How democracies die*. New York: Broadway Books, 2019. Cap. 8.

de de Imprensa no Brasil, dando conta de que “os casos de agressões a jornalistas cresceram 36,36%, em relação ao ano de 2017” e que o “eleitores foram os principais agressores, [...] o que representa 22,22% do total. Entre esse grupo, os partidários do presidente eleito Jair Bolsonaro foram os que mais agrediram a categoria”.

A experiência da posse no cargo de Presidente da República, no primeiro dia de 2019, em que à atuação da imprensa foi restrita de diversas formas,⁹² ainda que parcialmente explicada pelo receio com a segurança, mostra como o tratamento inapropriado com jornalistas pode significar uma grave afronta aos direitos das pessoas de acesso à informação, nos veículos que preferam ler, ver ou ouvir.

Em relação à escolha dos veículos de imprensa para os quais os presidentes optam por conceder entrevistas – e considerando que o tempo e as possibilidades para dar entrevistas são escassos e os veículos são inúmeros –, o presidente pode fazer escolhas discricionárias para se comunicar com a população. Por vezes, poderá privilegiar um veículo para uma entrevista exclusiva, por vezes outro, sem que isso, *prima facie*, seja considerado favorecimento ou alinhamento comercial/político em relação ao veículo de imprensa favorecido.

Entretanto, caso se trate de favorecimento sistemático, parece razoável que tanto o presidente quanto o veículo particular de imprensa justifiquem a aproximação incomum em democracias nas quais há

92. A cerimônia de posse do presidente Jair Bolsonaro foi marcada por mal-estar com os jornalistas. Sob o argumento de havia sérias restrições de segurança, a equipe que preparou a posse do presidente Jair Bolsonaro impôs diversos limites à atuação da imprensa durante as três cerimônias em que ele foi efetivado no cargo de presidente do Brasil. A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji) emitiu uma nota sobre as condições impostas aos jornalistas: “Confinados desde as 7h, alguns com acesso limitado a água e a banheiros, eles não puderam interagir com autoridades e fontes, algo corriqueiro em todas as cerimônias de início de governo desde a redemocratização do país. A Abraji protesta contra este tratamento desrespeitoso aos profissionais que estão lá para fazer o registro histórico deste momento”. Disponível em: <https://abraji.org.br/abraji-protesta-contra-limitacoes-ao-trabalho-de-jornalistas-na-cobertura-da-posse-presidencial>. Acesso em: 21 nov. 2019.

pluralidade de meios de comunicação. Da parte do presidente, cabe avaliar se o direcionamento assimétrico de tempo e favorecimento não resulta em desequilíbrio indevido da competição comercial por espaço de audiência. Da parte dos veículos favorecidos, cabe a avaliação se a cobertura pode sofrer com a deterioração da postura de independência ao ser recorrentemente destacada pela atenção desproporcional do presidente.

Anexo - Leis alteradas pela Medida Provisória

Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Públicos)

Redação anterior

Redação proposta pela MP nº 896/19

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: [...]

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: [...]

III – em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

III – em sítio eletrônico oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo Federal.

Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Públicos)**Redação anterior**

§ 1º O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

Redação proposta pela MP nº 896/19

§ 1º O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, com periodicidade mínima anual, por meio da imprensa oficial e de sítio eletrônico oficial, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão)**Redação anterior**

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º;

Redação proposta pela MP nº 896/19

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso na imprensa oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal;

Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas)**Redação anterior**

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

[...]

Redação proposta pela MP nº 896/19

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

[...]

Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas)**Redação anterior**

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

Redação proposta pela MP nº 896/19

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, por meio de publicação na imprensa oficial e em sítio eletrônico oficial, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato e o seu valor estimado, com a indicação do prazo mínimo de trinta dias para recebimento de sugestões, cujo termo final ocorrerá com, no mínimo, sete dias de antecedência em relação à data prevista para a publicação do edital; e

Lei nº 12.462/11 (Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas)**Redação anterior**

Art. 15. [...]

§ 1º A publicidade a que se refere o *caput* deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I – publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

Redação proposta pela MP nº 896/19

Art. 15. [...]

§ 1º A publicidade a que se refere o *caput* deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I – publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, na hipótese de consórcio público, do ente de maior nível entre eles; e

A TRANSPARÊNCIA PIOROU NO GOVERNO BOLSONARO?⁹³

*Gregory Michener⁹⁴
Michael Freitas Moballem⁹⁵*

O Brasil percorreu um longo caminho desde que aprovou a sua Lei de Acesso à Informação (LAI) em 2011.

Por quase oito anos, consolidaram-se no Brasil portais de transparência pública, investigações jornalísticas originadas em pedidos de informação, além de uma visão geral positiva sobre os efeitos da transparência no combate à corrupção.

93. Artigo publicado, originalmente, na *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/a-transparencia-piorou-no-governo-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 1º mar. 2020.

94. Professor da Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV e pesquisador do Programa de Transparência Pública da instituição.

95. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Diante de uma consistente trajetória de avanços em governos anteriores, é natural que haja expectativa e dúvida sobre como o governo Bolsonaro tratou a demanda por informações no primeiro ano.

O balanço mostra uma contradição. O levantamento de dados feito pelo Programa de Transparência Pública da Fundação Getulio Vargas (FGV) revela que a administração federal mantém patamares de cumprimento consistentes com os últimos anos, mesmo havendo resistência à transparência por parte do presidente Jair Bolsonaro.

A Estabilização do Acesso à Informação

O melhor dado disponível para se avaliar o compromisso do governo federal com o acesso à informação pública são as respostas aos recursos apresentados com base na LAI. Quando um solicitante faz um pedido de acesso à informação, a resposta da entidade pública (ou a ausência de resposta) pode ser questionada por um primeiro e depois por um segundo recurso interno. Além dos recursos internos, é possível apresentar um terceiro recurso para a Controladoria Geral da União e um quarto para a Comissão Mista de Reavaliação de Informações.

O que os dados revelam é que, a despeito das ações do núcleo do presidente Bolsonaro, a administração pública federal demonstrou, em 2019, uma aderência estável à abertura. Em todos os graus de recurso, as taxas de deferimento são estatisticamente indiferentes em relação à média de outros anos (2013 a 2018). E mais: o número de recursos (e de pedidos) vem subindo de forma consistente com as tendências dos últimos anos.

Recursos a pedidos via Lei de Acesso à Informação**		2012*	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
1ª Instância	Recursos respondidos	3489	6043	6430	7849	9395	10108	10729	11092	65135
	Recursos revistos em favor do requerente	1746	3157	3712	4253	4707	5791	5258	5778	34402
	% de recursos revistos em favor do requerente	50%	52%	58%	54%	50%	57%	49%	52%	53%
2ª Instância	Recursos respondidos	1162	1842	1714	2012	3066	2866	2827	3184	18673
	Recursos revistos em favor do requerente	439	621	741	774	902	1235	1063	1196	6971
	% de recursos revistos em favor do requerente	38%	34%	43%	38%	29%	43%	38%	38%	37%
CGU	Recursos respondidos	370	1027	955	1204	2299	1818	1587	1414	10674
	Recursos revistos em favor do requerente	102	199	324	258	506	809	627	515	3340
	% de recursos revistos em favor do requerente	28%	19%	34%	21%	22%	44%	40%	36%	31%

* A partir de maio.

** Consulta realizada em 29 jan. 2020. A Controladoria Geral da União (CGU) pode atualizar esses números, levando a alterações.

As tendências extraídas dos recursos são, em tese, sinalizadoras das visões preponderantes na administração sobre o grau de abertura ao público. Portanto, seria de se esperar alinhamento entre os dados e o comportamento das lideranças políticas do governo. Entretanto, se o mecanismo de solicitação de informações manteve-se estável, de ponto de vista do comportamento presidencial, a tendência tem sido contrária à transparência.

Resistências à Transparência

O primeiro indício de que as ações do governo não estavam alinhadas com as promessas de campanha do presidente foi pouco depois de sua posse. Na agenda de transparência, o primeiro grande ato do governo foi o infame decreto do sigilo (nº 9690/2019), responsável por elevar significativamente o número de autoridades aptas a declarar informações públicas como secretas – uma clara afronta à LAI. O decreto teve vida curta. Foi revogado ante a iminência de ser derrubado pelo Senado, após uma emblemática derrota na Câmara dos Deputados – a primeira grande derrota do governo no Congresso.

As ofensas aos princípios básicos de transparência, porém, foram ainda mais pessoais do que um decreto debilitando o sistema de transparência federal. Na metade do ano, o coronel André Laranja Sá Correa, diretor do Departamento de Segurança Presidencial, determinou a ocultação do nome de quem visita o Palácio da Alvorada pelo prazo de 5 anos. Embora a lei admita que se classifiquem certas informações como “reservadas”, esse tipo de medida deveria ser sempre excepcional e sujeita ao debate público sobre sua necessidade. A informação sobre quem frequenta ou visita autoridades eleitas deve ser pública em sociedades democráticas. É, inclusive, direito protegido por lei em países onde há regulamentação do *lobby* – o que não é o caso do Brasil, apesar de haver projetos de lei em tramitação no Congresso desde 1988. A crença de que privacidade supera a transparência na hierarquia dos valores democráticos é profundamente equivocada.

Esta não foi a primeira vez que o governo Bolsonaro favoreceu a privacidade sobre o direito da população de conhecer os bastidores do poder. Logo no início do mandato, o ministro Sergio Moro se recusou a divulgar detalhes sobre uma reunião com a empresa Taurus, conhecida por um passado ativo de *lobby* pró-armas e financiamento

de campanhas políticas. Também ficou conhecido o episódio em que o Ministério da Economia decretou sigilo sobre estudos e pareceres técnicos que teriam embasado a Proposta de Emenda Constitucional da Previdência.

Em relação aos gastos com cartões corporativos, a transparência não veio espontaneamente do governo e sim do Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2019, quando votou o fim do sigilo desse tipo de gasto. Isso não impediu Bolsonaro de tratar como se fosse sua iniciativa, ainda que não tivesse responsabilidade pela novidade. De modo semelhante, já no começo de 2020, o Tribunal de Contas da União (TCU) acolheu uma petição de várias organizações da sociedade civil – dentre as quais a “Fiquem Sabendo”, que é uma agência especializada na LAI – para que o Ministério da Economia abrisse dados sobre servidores inativos. Estes dados incluem informações sobre remunerações vitalícias dos parentes de ex-militares. Bolsonaro não havia se posicionado sobre o assunto até que o TCU finalmente se pronunciou pelo fim do sigilo. Bolsonaro celebrou a vitória no Twitter como se fosse sua a determinação.

A Assimilação da LAI pela Burocracia Federal

O que explica a contradição de se obter resultados estáveis em relação aos pedidos de acesso à informação e, ao mesmo tempo, a proliferação de ações contrárias à transparência por parte do primeiro escalão do governo – nele incluído o próprio presidente?

A provável explicação é que a administração federal – a burocracia, especificamente – tem internalizado práticas consistentes frente à LAI e, neste contexto, a disposição política do governo tem tido efeito limitado até este momento. Como os dados não variam muito de governo a governo, é possível concluir que, ao menos em relação aos pedidos

de acesso à informação, a administração é que determina o grau de abertura e não os dirigentes políticos.

Pesquisas sobre política de transparência sugerem que líderes de governos que não exercem controle político sobre o parlamento — e sobre seu próprio governo — tendem a manifestar maior insegurança. A insegurança provoca desejo de controle, que, por sua vez, impulsiona os esforços para controlar as informações, de forma que governos minoritários fragmentados – fragmentados por partidos ou internamente – como o atual governo do presidente Jair Bolsonaro, invariavelmente são associados aos mais secretos e menos favoráveis à transparência.

A lógica é relativamente clara. Na falta de força para impor sua agenda legislativa, os presidentes minoritários que supervisionam bases de apoio fragmentadas devem ceder às preferências dos líderes de poderes executivos e legislativos a fim de compensar sua dificuldade de protagonismo legislativo. Em países como o Brasil, que lutam contra um estado patrimonialista e muitas vezes corrupto, essas preferências tendem a favorecer a opacidade.

Apesar dos precedentes preocupantes, a burocracia do governo Bolsonaro vem conseguindo levar adiante elementos esparsos de uma agenda de transparência. Por exemplo, o sistema +Brasil unificou e melhorou várias plataformas que serviam para promover a transparência do governo. A ambição é incluir todos os convênios e repasses do governo federal para entes subnacionais, mas o que está na plataforma ainda representa uma percentagem pequena do total. A recente aprovação do decreto nº 9.781/2019 também é promissora. Embora não vá “meter a faca no sistema S”, como disse certa vez o ministro Paulo Guedes, a norma pelo menos impõe obrigações de transparência a dez serviços sociais e de negócios. Embora os dirigentes do sistema S considerem a medida inconstitucional, o sistema recebeu, em 2016, mais de 62% de seu orçamento de R\$ 34,9 bilhões de contribuintes. De acordo com o art. 2º da LAI, qualquer entidade privada sem fins

lucrativos que receba dinheiro do governo para realizar “ações de interesse público” está sujeita a obrigações de transparência. O sistema S deveria ter sido incluído no alcance da lei desde o início.

Da mesma forma, a Controladoria Geral da União desenvolveu durante 2019 uma proposta de decreto – ainda não publicado – capaz de promover mudanças profundas nas práticas do governo federal. Ele amplia as obrigações de transparência sobre nome de indivíduos que queiram se reunir com tomadores de decisão, quais grupos representam e qual tipo de decisão eles buscam influenciar. Como se sabe, os projetos de lei sobre regulamentação do lobby tramitam sem sucesso no Congresso há 30 anos e poderiam receber novo fôlego caso o novo decreto seja publicado.

Em resumo, as ações do governo Bolsonaro demonstram tendências contraditórias frente à transparência. De um lado, há uma corrente de opacidade, derivada da influência militar e dos escalões mais elevados do governo. De outro, há uma corrente de modernização e aprofundamento da transparência, derivada de sua burocracia mais capaz.

A grande expectativa dos brasileiros que votaram a favor ou contra Bolsonaro é que a transparência impregne a administração pública, em vez de ser fragilizada a cada nova investida do controle social e da imprensa. Embora os representantes eleitos às vezes precisem de uma dose de privacidade para uma deliberação honesta sem que sejam tolhidos por pressões externas, a privacidade e o sigilo devem ser raras exceções diante da transparência como normalidade no dia a dia de qualquer governo.

É NEPOTISMO TORNAR O PRÓPRIO FILHO EMBAIXADOR?⁹⁶

*Michael Freitas Mohallem*⁹⁷

*Guilherme France*⁹⁸

O Supremo Tribunal Federal (STF) criou, em 2008, o que se tornaria uma das mais efetivas regras contra o uso de cargos públicos para o favorecimento de parentes. A Súmula Vinculante nº 13 dava sentido, ainda que tardiamente, ao que a Constituição havia idealizado 20 anos antes: a Administração Pública deve ser conduzida pelos princípios da moralidade e da impessoalidade, em contraposição à lógica comum no meio privado de benefício próprio ou familiar.

A recente declaração do presidente Bolsonaro sobre a possibilidade de designação do filho, o deputado federal Eduardo Bolsonaro, ao posto de embaixador do Brasil nos EUA, reacendeu a discussão sobre os limites da regra antinepotismo. Desde que foi instituída, a súmula

96. Artigo publicado, originalmente, no portal da revista *Época*, em 13 de julho de 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/artigo-e-nepotismo-tornar-proprio-filho-embaixador-23804514>. Acesso em: 15 nov. 2019.

97. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

98. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

vem, no mais das vezes com sucesso, barrando tentativas de nepotismo Brasil afora. Ao longo da última década, porém, casos específicos vêm modelando a interpretação da regra.

Quando lida em sua literalidade, a Súmula proíbe a nomeação de parente em linha reta para cargo na administração pública. Trata qualquer tentativa de fazê-lo como violação da Constituição Federal. Essa regra, entretanto, vem sendo reinterpretada conforme o STF é confrontado com uma miríade de casos concretos.

A primeira significativa exceção se consolidou em julgamentos de casos de nomeação de cônjuges ou filhos para a função de secretário em administrações municipais ou estaduais. O STF tem “excepcionado a regra sumulada e garantido a permanência de parentes de autoridades públicas em cargos políticos, sob o fundamento de que tal prática não configura nepotismo” [Reclamação (Rcl) nº 28.024, agravo (AgR)].

Portanto, sendo as atribuições de embaixador desempenhadas por cargo político, estaria o presidente autorizado a nomear seu filho? A resposta ainda é incerta. A caracterização do nepotismo não está afastada em todo e qualquer caso de nomeação para cargo político. A qualificação do nomeado para a função também deve ser analisada, e neste sentido o STF compreende que não se enquadra em exceção a indicação que apresenta “inequívoca falta de razoabilidade por ausência manifesta de qualificação técnica” (Rcl nº 28.024, AgR).

Por ser inovador, o caso de Eduardo Bolsonaro exigirá uma análise individual da justiça para que se avalie se é, de fato, mais uma circunstância excepcional diante da regra que proíbe a indicação de filhos para cargos públicos. Desde já, entretanto, é possível projetar razoáveis questionamentos sobre sua qualificação para a função de Embaixador.

Diferentemente de cargos de natureza estritamente política, embaixadores, assim como ministros do Tribunal de Contas e diretores

de agências reguladoras, devem atender a determinados requisitos para serem nomeados. A discricionariedade da nomeação do presidente da República não é, diferente do caso de ministros de Estado, irrestrita. A Constituição e a legislação estabelecem requisitos que devem ser cumpridos e auferidos pelo senado federal na ocasião da apreciação da indicação presidencial.

A própria Lei nº 11.440, ao regulamentar o funcionamento do Serviço Exterior Brasileiro e as carreiras do Itamaraty, determina que só podem ascender ao posto de embaixador, em regra, os ministros de Primeira Classe, que já fazem parte da carreira diplomática há pelo menos 20 anos. Prevê que, apenas excepcionalmente, poderá uma pessoa de fora dos quadros desta carreira assumir a função de chefe de missão diplomática.

De fato, o Brasil designou embaixadores externos à carreira diplomática em poucas ocasiões. Em todos esses casos, por não haver parentesco com o presidente, questionava-se apenas a experiência e qualificação para o cargo. Para essas circunstâncias, a lei exige que se demonstre “reconhecido mérito” e “relevantes serviços prestados ao país”.

O critério de reconhecido mérito em atividades de política externa pode ser verificado quando o indicado ao cargo de embaixador já tiver desempenhado atribuição relevante, por exemplo, em representação do Brasil no exterior, ou ainda ocupado posto de destaque em organização internacional ou empresa multinacional. Na ausência destas ou equivalentes experiências, fatalmente haverá “ausência manifesta de qualificação técnica” para o cargo.

A indicação de Eduardo Bolsonaro, caso se confirme, será controversa e, do ponto de vista da lei, frágil. A sinalização de que bastam quatro meses à frente da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara para preencher os requisitos legais contrapõe-

-se às expectativas de que o atual governo pautaria suas indicações políticas por critérios unicamente técnicos.

Imbróglios como o que se presencia poderiam ser evitados com a autocontenção do governo em relação a nomeações que suscitam questionamentos éticos. Conforme argumentamos, os senadores e, posteriormente, o STF – na hipótese de aprovação política – deverão avaliar tanto se o caso deve ser tratado como nepotismo quanto se há mérito e qualificação técnica suficientes.

MORTE DE MARIELLE É UM GOLPE DE DESMOBILIZAÇÃO NA LUTA CONTRA A VIOLÊNCIA⁹⁹

Michael Freitas Moballem¹⁰⁰

A execução de Marielle e Anderson tocou profundamente o Brasil. Se as chacinas frequentes já não comovem a sociedade, essa nos forçará a discutir suas causas. Não apenas por se tratar de parlamentar, mas pela conjunção rara de representações na figura pública da Marielle.

A dor pela perda da vida de uma jovem com brilhante carreira adiante é razão de solidariedade imediata. Em segundo, Marielle personificava a inclusão que tantos de nós esperamos das urnas em 2018: mulher, negra, de origem pobre, feminista, improvável trajetória de sucesso acadêmico. São muitos lugares de fala em uma única pessoa, o que a tornaram uma potência da política.

99. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 15 de março de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/artigo-morte-de-marielle-um-golpe-de-desmobilizacao-na-luta-contraviolencia-22495066>. Acesso em: 15 nov. 2019.

100. Professor de Direito e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Mas a morte de Marielle, em um terceiro nível, é um golpe de desmobilização na luta contra a violência e corrupção das instituições. Deixa um rastro de medo em ativistas dos direitos humanos e todos que atuam contra corrupção sistêmica no Brasil. Punir os responsáveis, embora essencial, não será suficiente para encorajar novas denúncias de violação de direitos.

A gravidade do caso se soma ao contexto jurídico confuso da intervenção federal parcial. Como apenas a área de segurança pública está sob o controle do governo federal, o processo deve ser feito na justiça do Estado do Rio de Janeiro? Ou seria o caso de deslocamento do caso para a Justiça Federal como forma de garantir independência para a investigação?

Seja qual for o passo inicial da investigação, haverá muita expectativa sobre seus resultados. As autoridades envolvidas sofrerão pressão pela apuração rigorosa, mas também terão a dura tarefa de evitar influências políticas para que os resultados não influenciem em visões favoráveis e contrárias ao projeto de segurança pública que tem, na intervenção, sua principal vitrine.

ALÉM DA CRIMINALIZAÇÃO: LGBTFOBIA E AUSÊNCIA DE DADOS¹⁰¹

*Guilherme France*¹⁰²

O Supremo Tribunal Federal (STF) deu um passo definitivo no sentido de criminalizar a LGBTfobia, equiparando-a ao racismo. Roubou a cena, entretanto, a declaração do presidente da Corte, o ministro Dias Toffoli, de que a violência contra a comunidade LGBT+ vinha diminuindo no Brasil. Sem qualquer fundamento na realidade, ela pode servir, entretanto, para evidenciar um grave problema: não existem, no país, informações suficientes sobre a discriminação e as violências que sofrem *gays*, lésbicas, bissexuais e transexuais.

Naquele momento, Toffoli defendia a interrupção do julgamento em razão da aprovação de proposta, o Projeto de Lei (PL) nº 672/2019, que criminaliza a LGBTfobia na Comissão de Constituição, Justiça e

101. Artigo inédito.

102. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio. É mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e mestre em História, Política e Bens Culturais pela Fundação Getúlio Vargas.

Cidadania (CCJ) do Senado. Louvável que seja, a aprovação não tem sequer caráter definitivo no âmbito da própria CCJ, restando ainda longo e, considerando o histórico e a atual composição do Congresso, improvável caminho até a sua aprovação.

A suposta redução da violência seria, dentro daquela lógica, sinal da desnecessidade de uma decisão do STF sobre o tema ou, pelo menos, de uma menor urgência deste esforço, que remonta a 2012, quando foi ajuizado o mandado de injunção agora em julgamento.

As informações efetivamente disponíveis demonstram o contrário do que sugeriu o ministro Toffoli. Levantamento realizado pelo Grupo Gay da Bahia indicou um aumento de 8% dos homicídios contra LGBT+ nos primeiros cinco meses de 2019, em relação ao mesmo período de 2018. A pesquisa “Violência LGBT+ no período eleitoral e pós-eleitoral”, realizada pela organização Gênero e Número, também sugere um agravamento recente do quadro de discriminação.

Isso não é surpresa frente à proliferação, nos últimos 12 meses, do discurso de ódio, cujo principal proponente ascendeu ao mais alto posto da República.

Mais relevante que a contradição, entretanto, é a escassez de informações sistematizadas sobre o preconceito contra a comunidade LGBT+ no Brasil. Impede a formulação de políticas públicas efetivas que devem, por óbvio, ir além da criminalização da LGBTfobia.

Esforços oficiais para produzir dados têm esbarrado na falta de vontade política. No âmbito do Ministério de Direitos Humanos, foram produzidos alguns Relatórios de Violência Homofóbica, mas o último a ser publicado, em 2016, se refere ao ano de 2013, e aproveitam um espectro muito limitado de dados públicos. Não abarcam sequer informações de boletins de ocorrência registrados pelo país.

No plano estadual, alguns esforços merecem destaque por justamente tentar alcançar, ainda que de forma incompleta, dados mais amplos. É o caso do Dossiê LGBT+ 2018, elaborado pelo Instituto de

Segurança Pública do Rio de Janeiro, e dos levantamentos feitos a partir de informações da Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância, da Polícia Civil de São Paulo.

A questão da subnotificação pelas vítimas, especialmente para polícias, é um problema à parte que afeta também uma plethora de outras estatísticas de criminalidade. As razões pelas quais membros da comunidade LGBTQ+ se sentem desencorajados a buscar assistência das autoridades policiais merecem, todavia, maior atenção e tratamento específico.

Ganhou destaque o trabalho de organizações da sociedade civil, como o Grupo Gay da Bahia, a Rede Nacional de Pessoas Trans e a Gênero e Número, e de entidades acadêmicas, como o Núcleo de Inclusão Social (da Universidade federal do Rio de Janeiro – UFRJ), que produziu o Dossiê sobre Lesbocídio, e o Centro Latino-americano de Sexualidade e Direitos Humanos (da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ). Elas próprias, todavia, reconhecem as limitações das fontes analisadas e das metodologias aplicadas.

As informações disponíveis são, portanto, incompletas. Não se sabe, com a precisão necessária, o número de vítimas da LGBTQfobia no Brasil, como e onde estas violências acontecem, qual o perfil das vítimas e dos agressores, entre tantos outros dados indispensáveis para a elaboração de propostas para enfrentem este fenômeno. Afinal, a criminalização não será uma panaceia para a LGBTQfobia, nem resolverá todos os problemas a ela relacionados. Neste cenário de agravamento das discriminações e do ódio, tampouco poderia se esperar que uma canetada, ainda que do STF assim o fizesse.

Apontar as limitações das informações disponíveis não implica em descreditá-las, mas, sim, em reconhecer a necessidade de se planejar e implementar políticas públicas, necessariamente complexas e multifacetadas, a partir de um diagnóstico real. Para desenhar estas políticas, compreender ampla e precisamente as dimensões da LGBTQfobia no Brasil é necessário dar um passo que não se pode mais esperar.

AS DUAS SESSÕES NA CHINA E A LONGA MARCHA PARA A PROMOÇÃO DO ESTADO DE DIREITO¹⁰³

Evandro Menezes de Carvalho¹⁰⁴

O sistema político chinês tem características que o distingue do modelo de organização político-administrativa de países que se inspiram na tripartição dos poderes e adotam um sistema multipartidário com eleições diretas. Por este motivo, estudar o modelo de governança da China com referência nas democracias ocidentais pode fazer o observador procurar aquilo que lhe é familiar e afastar-se de aspectos que são próprios e fundamentais para a compreensão do sistema chinês.

É corrente ouvir das autoridades políticas e de acadêmicos das instituições de pesquisas da China que os modelos ocidentais de governo não são adequados para o país. A justificativa funda-se em razões históricas e culturais. Uma mirada pelo mundo revela-nos

103. Artigo inédito.

104. Professor de Direito Global e coordenador do Núcleo de Estudos Brasil-China da FGV Direito Rio.

diversos regimes políticos e modelos de organização social que se estruturaram conforme as circunstâncias internas e influências externas. Estudar e compreender o sistema político de um país sem levar em conta o pano de fundo que o criou conduziria o observador a uma interpretação descontextualizada do seu objeto de estudo e, conseqüentemente, enviesada sobre a sua realidade.

O Partido Comunista da China (PCCh) tem um papel central na condução dos destinos do país e detém o monopólio do poder no Estado. É o núcleo da liderança chinesa. Mas o PCCh é diferente de um órgão do poder estatal em caráter, funções, formas de organização e modos de trabalho. Ao longo de sua história, houve uma evolução gradual na delimitação das suas funções em relação àquelas atribuídas aos órgãos do poder do Estado. O objetivo era não só reforçar e facilitar a liderança do Partido, mas também racionalizar as suas relações com os diversos órgãos do Estado, tais como as assembleias populares, a administração pública, os órgãos judiciais etc.

Partido e Estado são estruturas distintas, com papéis também distintos, mas que atuam com o mesmo objetivo segundo o Preâmbulo da Constituição de República Popular da China, de 1982, qual seja: “transformar a China em um país socialista próspero, poderoso, democrático e culturalmente avançado”. Para tanto, a estabilidade social, a prosperidade econômica da nação e a centralidade do Partido na liderança do país são três pilares importantes para o modelo de governança chinês. Entender como Partido e Estado interagem entre si é condição para entender a China, o seu sistema político e sua cultura política. Durante as primeiras décadas do governo comunista, estas duas estruturas operaram como um só sob o slogan da “liderança absoluta e unificada do Partido”. No final da década de 1970, quando se iniciou a política de reforma e abertura do país, o Partido passou a tomar decisões que pudessem separar as suas

funções das do governo, autorizando um gabinete, o Conselho de Estado, e governos em níveis mais baixos para gerenciar a administração cotidiana do país.

Sob a liderança do PCCh, os órgãos estatais possuem funções e deveres diferentes a desempenhar. São eles que executam as diretrizes e políticas estabelecidas pelo Partido, pela Constituição da República Popular da China e pelas leis no âmbito de suas respectivas jurisdições. Dentre estes órgãos, a Assembleia Popular Nacional (APN) e as assembleias populares locais ocupam um lugar especial, pois elas assumem a função de representar o poder popular.¹⁰⁵

A APN (em chinês, 人民代表大会, *Rénmín dàibiǎo dàhuì*) é considerada o órgão máximo do poder do Estado e é composta de deputados (全国人大代表, *Quánguó réndà dàibiǎo*) eleitos pelas assembleias populares das províncias, das regiões autônomas e dos municípios diretamente subordinados ao governo central e, também, pelo Exército de Libertação Popular, totalizando não mais do que 3.000 membros. Estes deputados são os legisladores nacionais. A **Lei da República Popular da China sobre os Deputados da Assembleia Popular Nacional e das Assembleias Populares Locais em Vários Níveis** traz disposições sobre os direitos e deveres dos deputados durante as sessões plenárias, bem como as garantias para

105. Artigo 1: A República Popular da China é um estado socialista sob a ditadura democrática do povo liderada pela classe trabalhadora e baseada na aliança de trabalhadores e camponeses.

O sistema socialista é o sistema básico da República Popular da China. Qualquer ato que prejudique este sistema por qualquer organização ou indivíduo é proibido.

Artigo 2: Todo o poder na República Popular da China pertence ao povo.

A Assembleia Popular Nacional e as assembleias populares locais em vários níveis são os órgãos através dos quais o povo exerce o poder do estado.

O povo administra os assuntos do Estado e gerencia os assuntos econômicos, culturais e sociais através de vários canais e de várias maneiras, de acordo com a lei” (tradução livre do autor) (Constituição da República Popular da China, adotada na Primeira Sessão da 5ª Assembleia Popular Nacional, em 4 de dezembro de 1982. Legislative Affairs Office of the State Council. Beijing: China Legal Publishing House, 2011, p. 5).

o desempenho das suas funções, e de sua suspensão ou desqualificação como deputado.

Mas, no sistema político chinês, há, ainda, um órgão peculiar que não é nem um órgão do poder estatal nem um órgão político em sentido estrito com poderes decisórios efetivos. Trata-se da *Conferência Consultiva Política do Povo Chinês* (CCPPC) (em chinês, 中国人民政治协商会议, ou simplesmente 政协, *zhèng xié*). A CCPPC é descrita como uma instância de cooperação multipartidária¹⁰⁶ e de consulta política que, sob a liderança do PCCh, serve como uma plataforma por meio da qual representantes de diferentes setores da sociedade, organizações e regiões do país expõem suas opiniões sobre assuntos da política nacional e apresentam sugestões de leis para o PCCh e para os órgãos do governo. Sendo assim, a CCPPC é o principal órgão consultivo tanto do Partido quanto do Estado. A instância mais alta daquele órgão é o *Comitê Nacional da Conferência Consultiva Política do Povo Chinês*.

Todos os anos, geralmente no mês de março, as Sessões plenárias da APN e do Comitê Nacional da CCPPC ocorrem no Grande Salão do

106. Além do PCCh, há, na China, oito partidos chamados de *democráticos*. São eles: *Comitê Revolucionário do Kuomintang Chinês, Liga Democrática da China, Associação da Construção Nacional Democrática Chinesa, Associação Chinesa para a Promoção da Democracia, Partido Democrático dos Camponeses e Trabalhadores Chineses, Partido Zhi Gong da China, Sociedade Jiu San e Liga do Governo Democrático de Taiwan*. Somados, estes partidos contam, atualmente, com mais de 850.000 filiados. Este número corresponde a apenas 1% do número de membros do PCCh que, atualmente, conta com mais de 90 milhões de membros.

O que estes oito partidos têm em comum? Além de serem considerados “não comunistas”, todos eles surgiram antes da fundação da República Popular da China em 1949, lutaram juntos ao lado dos comunistas contra os japoneses durante a Segunda Guerra Mundial e contra Chiang Kai-shek e suas forças nacionalistas. Com a fundação da RPC e a ascensão de Mao Zedong ao poder, o discurso ideológico comunista radicalizou-se e inibiu a participação dos partidos democráticos, que só retomaram o espaço perdido na vida política do país a partir do ano de 1978, com o início das reformas e a política de abertura promovidas por Deng Xiaoping.

Porém, mesmo atualmente, estes grupos políticos têm uma atuação institucional limitada, mas que têm, gradualmente, aumentado a sua influência e o seu papel na participação dos assuntos de governo. A eles é dada a possibilidade de participar do governo, mas não de disputá-lo.

Povo (人民大会堂, *rénmín dàhuìtáng*), em Beijing, e praticamente de maneira concomitante. Este evento político é conhecido como “Duas Sessões” (em chinês, *liang hui*, 两会). É o evento político anual com maior visibilidade no calendário político chinês – só perdendo para o Congresso Nacional do Partido, que ocorre a cada cinco anos. Durante as Duas Sessões, os desenvolvimentos políticos e econômicos do país são apresentados e discutidos. Os membros da CCPPC participam da sessão da APN, mas sem direito a voto e são encorajados a compartilhar suas sugestões e opiniões com os deputados da APN. Estes, por sua vez, têm o desafio de dar forma de lei às principais políticas do Partido e projetos de lei que são apresentados para sua aprovação. A atuação combinada e complementar entre a APN e a CCPPC é um exemplo daquilo que o sistema político chinês tem de peculiar. Na opinião de George N. Tzogopoulos, em artigo publicado no *Global Times*, “dentro dessa estrutura, as duas sessões da China talvez ofereçam as ferramentas mais importantes para entender o pensamento e a estrutura política chinesa. Embora os analistas e as pessoas dentro do país estejam familiarizados com elas, isso não é necessariamente o caso da elite e da opinião pública ocidental”.¹⁰⁷

No último ano do primeiro mandato do presidente Xi Jinping, em 2017, as Duas Sessões foram a ocasião para um balanço geral do governo. Inúmeros projetos de lei foram propostos, debatidos e aprovados durante as sessões. Mas um deles mereceu destaque: o que resultou na aprovação das Disposições Gerais de Direito Civil, que entrou em vigor em outubro daquele mesmo ano. Este foi o primeiro passo no processo na elaboração de um Código Civil para o fortalecimento do Estado de Direito como vetor estratégico para o desenvolvimento econômico e social da China para as próximas décadas.

107. TZOGOPOULOS, George N. Two sessions offer important opportunity to understand China's political structure. *Global Times*, Beijing, 2 mar. 2017. Disponível em: <http://www.globaltimes.cn/content/1035705.shtml>. Acesso em: 30 set. 2018.

O tema do “Estado de direito” não é novo no discurso oficial do Partido. Em 1997, o relatório adotado no 15º Congresso Nacional do PCCh declarou a importância de se “governar o país de acordo com a lei e tornando-o um país socialista regido pela lei”. Em 1999, uma emenda à Constituição incluiu este tema no texto constitucional e, desde então, ele se firmou no horizonte da política chinesa. Mas é com o presidente Xi Jinping que a promoção do Estado de Direito adquiriu uma importância estratégica e abrangente na economia e na sociedade chinesas em razão das profundas e constantes transformações por que passa o país e dos desafios decorrentes de ser a China a segunda maior economia do mundo.

Já no início de seu mandato, em 2013, o presidente chinês iniciou uma ampla campanha anticorrupção que conferiu maior protagonismo às leis e às instituições jurídicas. Em seguida, no mesmo ano, por ocasião da 3ª Sessão Plenária do 18º Comitê Central do PCCh, anunciou a reforma judicial como parte importante do conjunto das reformas de seu governo. Em 2014, a 4ª Sessão Plenária do 18º Comitê Central do PCCh estabeleceu que o objetivo geral do Partido é construir um país fundado no **Estado de direito socialista com características chinesas**. Esta foi a primeira vez na história do PCCh que uma sessão plenária faz do “Estado de Direito” um tema central.

O combate à corrupção e a reforma judicial são temas que indicam que o governo chinês está atento ao fato de que a administração eficiente do país dependerá, cada vez mais, de um conjunto estruturado de normas que deem segurança jurídica à população e aos diversos atores econômicos. As correções de erros de julgamento por parte dos tribunais chineses são um sinal de que o Judiciário passou a dar maior atenção ao devido processo legal e, também, busca proferir decisões materialmente mais justas.

Mas a aprovação das Disposições Gerais de Direito Civil constitui um passo decisivo para o maior protagonismo do direito na China. Fi-

nalmente, no final de 2019, o Comitê Permanente da APN aprovou o projeto de Código Civil que será enviado para consulta pública e submetido na próxima sessão anual da APN para deliberação. O projeto de Código Civil contém, além das disposições gerais, mais seis seções que versam sobre propriedade, contratos, direitos de personalidade, casamento e família, herança e responsabilidades. A expectativa é que o novo código civil chinês seja aprovado neste ano de 2020.

O Ocidente ainda tem pouca familiaridade com o sistema político e jurídico chinês e seu socialismo com características chinesas. As Duas Sessões são uma das peculiaridades deste modelo de governança chinês. A aprovação do Código Civil, considerado uma enciclopédia jurídica sobre a vida social, será um passo importante na longa marcha da construção de uma modelo de governança em que o direito tende a assumir, ainda que no contexto das especificidades do sistema político chinês, maior protagonismo desde a fundação da República Popular da China em 1949.

PARTE 4

**O DIREITO DO
CONSUMIDOR E A
IRREPARABILIDADE
DO DANO NO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO**

VENDA SUBSTITUTIVA OU DE COBERTURA NO DIREITO BRASILEIRO: PODE O VENDEDOR ALIENAR A MERCADORIA CASO O COMPRADOR NÃO A RECEBA?¹⁰⁸

Daniel Dias¹⁰⁹

1. Introdução

A pergunta formulada no título pode ser ilustrada por meio de exemplo simples: João e Maria celebram contrato de compra e venda de 400 sacas de soja. No dia acertado para entrega, porém, Maria não

108. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 19 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/venda-substitutiva-ou-de-cobertura-no-direito-brasileiro-19092019. Acesso em: 29 out. 2019.

109. Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito Civil pela USP (2013-2016), com períodos de pesquisa na LMU, em Munique, e no Instituto Max-Planck, em Hamburgo (2014-2015). Pesquisador visitante na Harvard Law School (2016-2017).

recebe a mercadoria. Poderá João, então, para liberar-se do contrato, vender a terceiro as referidas sacas?

Essa questão é ainda mais premente em situações em que a demora do comprador em receber o bem pode acarretar graves efeitos negativos, como os casos de mercadoria de rápida deterioração (por exemplo, frutas) ou cuja conservação ou armazenamento seja excessivamente custoso (por exemplo, bens muito volumosos, ou que exijam condições especiais de armazenamento). Nesses casos, pode-se chegar a questionar se o vendedor não teria não só a faculdade, mas o dever de revender a mercadoria a terceiro.

Para responder a essas perguntas, vai-se apresentar brevemente a experiência brasileira sobre o tema.

2. Experiência Brasileira

Em função de alterações relevantes da legislação, a análise do desenvolvimento do tema no Brasil será dividida em dois momentos, passando pela legislação não mais vigente e chegando à atualmente em vigor.

2.1 CC/1916 com CPC/1973 e CPC/1939

Em face da demora do comprador em receber a mercadoria, o vendedor tinha, em princípio, duas opções: ou permanecia com a coisa, até que o comprador aceitasse recebê-la; ou depositava-a em juízo [arts. 972 e ss., Código Civil (CC)/1916].

Havendo depósito, caso os bens depositados fossem de fácil deterioração, estivessem avariados ou exigissem grandes despesas, o juiz devia, de ofício ou a requerimento do depositário ou de qualquer das partes, mandar aliená-los em leilão (art. 1.113, Código de pro-

cesso Civil (CPC)/1973; art. 704, CPC/1939). O juiz podia autorizar também a alienação de bens de guarda dispendiosa, como o caso dos semoventes, “mas não o fará se alguma das partes se obrigar a satisfazer ou garantir as despesas de conservação”. (art. 1.113, § 1.º, CPC/1973). Caso uma das partes requeresse a alienação, o juiz tinha de sempre ouvir a outra antes de decidir (art. 1.113, § 2.º, CPC/1973). E, por fim, a alienação poderia ocorrer independentemente de leilão (venda particular), se todos os interessados fossem capazes e concordassem expressamente com a venda (art. 1.113, § 3º, CPC/1973; art. 704, § 2º, CPC/1939).

A possibilidade de depósito e alienação judicial eram ampliadas, pela doutrina, para os casos em que a coisa não pudesse ser depositada, que o depósito fosse arriscado, ou mesmo em que os custos fossem desproporcionais em relação ao valor do bem.¹¹⁰ Pontes de Miranda enfatizava que, só nas hipóteses previstas, o depositante teria direito à alienação da coisa devida: “O que mais importa saber-se que a pretensão à venda de ajuda própria sòmente *nasce* quando o depósito seria impossível (= impraticável), ou excessivamente dispendioso, ou de custo desproporcional ao valor dos bens depositandos”.¹¹¹

Em relação à jurisprudência, em pesquisa nos sites do STJ e dos tribunais estaduais, não foram encontradas decisões referentes a casos em que o vendedor, em face do não recebimento por parte do comprador, requeria a alienação judicial do bem.¹¹² Essa ausência

110. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. T. XXIV. São Paulo: RT, 2012. p. 363-364.

111. *Ibid.*, p. 364.

112. Foram, todavia, encontradas decisões sobre situações parecidas. Por exemplo, em execução, o TJSP admitiu a venda antecipada de bens perecíveis que haviam sido penhorados (feijão armazenado que apresenta perda da qualidade) (TJSP; Agravo de Instrumento 0058214-77.2006.8.26.0000; Relator (a): Antonio Marson; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Miguelópolis – 1ª VC; Data do Julgamento: 17/05/2006; Data de Registro: 19/06/2006). Em um caso envolvendo o transporte de 400 sacas de cimento, as quais não foram recebidas pelo contratante no

de julgados pode ser entendido como um indicativo de que esse procedimento da alienação judicial é excessivamente lento e oneroso para acomodar os interesses das partes envolvidas em uma situação de necessidade de revenda, especialmente de mercadoria sujeita a fácil deterioração.

2.2 CC/2002 e CPC/2015

Sob a legislação vigente, em face do não recebimento por parte do comprador, o vendedor segue tendo, em princípio, duas opções: ou permanece com a mercadoria, responsável pela sua conservação (art. 400, CC/2002), até o comprador recebê-la, purgando a sua mora (art. 401, II, CC/2002); ou o vendedor a deposita judicialmente, realizando a consignação em pagamento (arts. 334 ss., CC/2002).¹¹³

O CPC/2015 regulou de maneira bem mais sucinta a alienação judicial, como procedimento de jurisdição voluntária, prevendo apenas um dispositivo (art. 730), no qual é feita referência apenas à alienação judicial em caso de falta de consenso dos interessados sobre a

local de destino, o TJSC concluiu que “a falta de pagamento do frete e das despesas a ele relativo autoriza a retenção da mercadoria transportada (art. 2º, inc. VII, do Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930), e eventual venda, desde que perecível, para o devido ressarcimento do frete e demais despesas suportadas pelo transportador. A consignação judicial do saldo remanescente apresenta-se, assim, procedimento adequado e justo à liberação completa da responsabilidade deste.” (TJSC, Apelação Cível nº 1988.075004-9, de Criciúma, Relator (a). Desembargador Eládio Torret Rocha, Câmara Cível Especial, Data do Julgamento: 02/09/1998).

113. De maneira distinta, afirma Christian Lopes: “Quando a mora é do comprador, que não recebe os bens vendidos, [...] pode o vendedor revender os bens do mercado, fazendo-se a apuração das perdas e danos pelo critério concreto, isto é, o valor ajustado no contrato menos o preço de revenda no mercado, mais as despesas para realizar a revenda. Se a operação substitutiva não foi realizada ou não se circunscreveu a parâmetros razoáveis, apura-se a indenização pelo critério abstrato, pela diferença entre o valor contratual e o preço corrente de mercado ou de quotação em bolsa”. (LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213.) Essa posição reflete, contudo, uma tentativa de transposição para o direito brasileiro do regramento da CISG e não está de acordo com as disposições da legislação brasileira.

forma de se realizar a alienação. É possível, então, questionar se estariam extintas as tradicionais hipóteses de venda judicial de bens depositados que fossem de fácil deterioração, ou exigissem grandes despesas para a sua guarda.

A doutrina parece divergir. De um lado, afirma-se que “os requisitos previstos no CPC/1973 que se referiam a bens sujeitos à fácil deterioração, avariados ou com alto custo de manutenção deixam de existir, tornando a hipótese de cabimento da alienação judicial mais clara e objetiva”.¹¹⁴ De outro, defende-se que “o art. 730 do Novo CPC amplia o cabimento do procedimento de alienação judicial, para além do art. 1.113 do CPC/1973, que previa o procedimento para três hipóteses: bens depositados judicialmente de fácil deterioração, bens avariados ou bens com exigência de grandes despesas para a sua guarda”.¹¹⁵

3. Posição Adotada

Em caso de bens de “fácil deterioração”, ou que exijam “grandes despesas” para a sua conservação, em face da mora do comprador, o vendedor não só pode como a ele também incumbe adotar medidas razoáveis para alienar a mercadoria.

Retomando a interpretação do art. 730, CPC/2015, não parece ter sido intenção do legislador proscrever as hipóteses tradicionais de alienação judicial em procedimento de jurisdição voluntária. Para que se quisesse proibir, por exemplo, a venda de bens sujeitos a fácil

114. SILVA, Bruno Freire e. Da alienação judicial. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1039-1040.

115. MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. *Novo código de processo civil: anotado e comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 418.

deterioração, seria necessário haver uma justificativa grave e nenhuma foi apresentada. Por outro lado, parece forçado interpretar a alteração legal como fruto de uma intenção legislativa de ampliar o rol de possibilidades que havia anteriormente. A questão de se o vendedor tem ou não a faculdade de revender o bem devido é anterior à questão de se haveria ou não consenso sobre a forma como essa venda se dará. Ao que tudo indica, essa omissão, portanto, não foi intencional, restando então um caso de lacuna. Como resolver?

Nesse caso, deve-se recorrer à analogia, com base nos arts. 753 e 755 do CC/2002, ambos que falam sobre a possibilidade e mesmo dever do transportador de alienar mercadorias perecíveis. É inclusive com base nesses dispositivos que o processualista Tiago Figueiredo Gonçalves defende a possibilidade de alienação judicial de mercadoria perecível ou de conservação custosa: “Sempre, pois, que a coisa for de fácil deterioração ou tenha custo de conservação elevado ou desproporcional, e restar configurada uma hipótese legal justificadora do depósito em pagamento, é de se admitir que o devedor proceda à alienação judicial da coisa, e, conseqüentemente, realize a consignação do produto arrecadado, ainda que a coisa pertença ao credor”.¹¹⁶

Mas, por outro lado, teria o vendedor de alienar a mercadoria nessas situações? A resposta é positiva. Em primeiro lugar, tradicionalmente, as próprias previsões do CPC davam o tom de que isso não era uma mera faculdade do depositante, mas sim algo que deveria ser feito. Segundo a previsão legal, em caso de bem perecível ou cuja conservação demanda “grandes despesas”, o juiz, inclusive de ofício (!), “mandará aliená-los em leilão”. Além disso, o art. 403, CC, prevê que o devedor não responde pelo dano decorrente da sua

116. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Consignação em pagamento: aspectos de direito processual e material*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 42.

inexecução, mas que o credor inadimplido poderia ter evitado sofrer por meio da adoção de medidas razoáveis.¹¹⁷ Trata-se de regra geral de delimitação do dano indenizável, que pode ser aplicada analogicamente aos casos de mora do credor (comprador).

Nesse ponto, convém lembrar que a mora do credor (comprador) pode se configurar mesmo em casos em que não houve culpa dele ao não receber a coisa devida, ou seja, mesmo em casos em que ele não recebeu o bem por, por exemplo, impossibilidade. Além disso, quando o comprador não aceita receber a coisa devida, com frequência é com base em alguma motivação, e não mero capricho ou deslealdade. Em casos como esses, em que o comprador não recebe, e em que o bem, apesar de perecível ou de armazenamento custoso, seria facilmente alienado, não é dado ao comprador permanecer em inação prolongada e posteriormente exercer a pretensão ao pagamento do preço, apesar da perda da mercadoria, e/ou de ressarcimento pelas excessivas despesas de conservação.

Por fim, quanto ao procedimento, com o silêncio do CPC/2015, conclui-se que o procedimento não deve ser mais necessariamente o da via judicial, podendo o vendedor realizar a venda privada. Como referido acima, essa exigência é onerosa e pode ter contribuído para a pouca utilização dessa via de deslinde negocial. Naturalmente, o vendedor deverá tentar obter ao menos o preço originalmente acordado.

¹¹⁷. Extraí-se essa norma de uma interpretação histórica do art. 403, CC. Para uma exposição exauriente dessa fundamentação histórica, ver: DIAS, Daniel. *A corresponsabilidade do lesado no Direito civil: da fundamentação da irreparabilidade do dano evitável*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 24 ss. Para uma exposição mais resumida, ver: DIAS, Daniel. A irreparabilidade do dano evitável no direito civil brasileiro (parte 1). *Consultor Jurídico* (ConJur), São Paulo, 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/direito-civil-atual-irreparabilidade-dano-evitavel-direito-civil-brasileiro>. Acesso em: 2 nov. 2018.

4. Conclusão

Em face do não recebimento da coisa devida por parte do comprador, o vendedor em princípio não pode alienar a coisa a terceiro. Ele tem a faculdade de manter-se com a coisa, até que o comprador a receba; ou de depositá-la, extinguindo, nessa última hipótese, a sua obrigação contratual (art. 334, CC).

Se a coisa for de fácil deterioração, ou a sua conservação demandar despesas vultosas, o vendedor não só poderá como terá de adotar medidas razoáveis para aliená-la a terceiros. Apesar de o CPC/2015 não regular expressamente essas hipóteses, em face dessa lacuna, é a conclusão a que se chega por meio de analogia com base nos arts. 753 e 755 do CC/2002.

Essa alienação não precisará ser realizada necessariamente por via judicial, podendo ser por iniciativa privada.

PARA QUE A TECNOLOGIA NÃO FIQUE CONTRA O CONSUMIDOR¹¹⁸

Gustavo Klob Muller¹¹⁹

As preocupações com os direitos de privacidade, do consumidor e da segurança em ambientes virtuais ganharam maior visibilidade. Recentemente, a plataforma mais popular do mundo, o Facebook, foi denunciada por falha ou crime deliberado, por ter fornecido dados de 87 milhões de perfis para serem usados na campanha eleitoral dos Estados Unidos. O fato só fez amplificar as discussões sobre as medidas necessárias para reduzir os riscos aos consumidores.

A presença do fundador do Facebook perante autoridades americanas e o cerco regulador de países da Comunidade Europeia em relação às redes sociais demonstraram as preocupações diante dos ataques à privacidade, valor absoluto da democracia.

A fragilidade do consumidor também foi assunto de duas reportagens publicadas em *O Globo*: “Inadimplentes, sim, mas não sem direitos” (4 de março de 2018) e “Projeto do Cadastro Positi-

118. Artigo publicado, originalmente, em *O Globo*, em 4 de maio de 2018.

119. Professor da FGV Direito Rio.

vo sofre mudanças após vazamento de dados do Facebook” (4 de abril de 2018).

A primeira abordou recente lei aprovada pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Alerj), que proíbe as empresas de fazerem ligações de cobranças a terceiros, familiares e amigos. Na segunda, a abordagem sobre o cadastro positivo mostra as preocupações de órgãos como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor quanto ao uso de informações privadas dos cidadãos sem prévio consentimento. A manipulação de dados dos cidadãos significa grave delito, conforme a Constituição.

A mesma Alerj, em sede de sua regular competência legislativa concorrente com a União, está analisando o Projeto de Lei (PL) nº 2265/2016, que se aprofunda nos direitos do suposto inadimplente: o projeto prevê que o consumidor tenha cinco dias a mais para realizar o pagamento, passando dos atuais dez dias para 15; e exige que as empresas de cobrança provejam que a dívida existe e, em muito boa hora, façam a comunicação ao devedor, por escrito, pessoalmente e com o comprovante do recebimento, antes de colocar seu nome numa das “listas sujas”.

A exigência da notificação por escrito, além da eletrônica, ganha ainda mais força pela ausência de regulação de aplicativos como WhatsApp, pela insegurança quanto à privacidade e pela quantidade de golpes e notícias falsas que circulam nas redes sociais. É oportuno destacar que o Brasil é um dos países que lideram o número de fraudes na internet. As exigências do Código de Defesa do Consumidor são claras ao apontar a necessidade de se fazer uma notificação, ao menos por meio digital, por mais que tecnologia se coloque como aliada inevitável nos dias de hoje.

Os consumidores precisam de comunicação eficiente e solene – daí a necessidade de duplas verificações –, de modo a não sobrecarregar o Poder Judiciário em torno de casos de negativas

irregulares, cobranças fraudulentas e outras chagas brasileiras. O Judiciário pode ser poupado, caso os legisladores atentem para os riscos de validar novas tecnologias e formas de comunicação das empresas com os cidadãos.

Todo cuidado é pouco. Leis que anunciam agilidade e modernidade no relacionamento entre empresas e consumidores são acompanhadas de inúmeras brechas de insegurança.

Ademais, os especialistas garantem que nem as mais complexas e sofisticadas fortalezas digitais do mundo estão imunes a violações. Que dirá o pobre consumidor brasileiro.

PODE O COMPRADOR ADQUIRIR MERCADORIA DE TERCEIRO À CUSTA DO VENDEDOR INADIMPLENTE?¹²⁰

Daniel Dias¹²¹

1. Introdução

A questão formulada no título da presente coluna pode ser ilustrada por meio de exemplo simples: João e Maria celebram a compra e venda de 50 sacas de laranja por quinhentos reais. No dia acertado, João avisa que teve problemas com os fornecedores e que não irá entregar. Maria, porém, tem urgência na obtenção da mercadoria e sabe que Antônio, outro fornecedor da região, vende as 50 sacas de laranja por setecentos reais. Poderia, então, ela comprar 50 sacas de Antônio,

120. Artigo publicado, originalmente, na Coluna *Direito Civil Atual*, da revista eletrônica *Consultor Jurídico* (ConJur), no dia 23 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-23/comprador-adquirir-mercadoria-custa-inadimplente>. Acesso em: 29 out. 2019.

121. Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito Civil pela USP (2013-2016), com períodos de pesquisa na LMU, em Munique, e no Instituto Max-Planck, em Hamburgo (2014-2015). Pesquisador visitante na Harvard Law School (2016-2017).

sendo depois ressarcida por João pela diferença de preço de duzentos reais e demais despesas de contratação?

O Código Civil (CC) não contém dispositivo que trate disso especificamente. Por outro lado, nos casos das obrigações de fazer e de não fazer, o CC prevê que, em face do inadimplemento, o credor poderá contratar terceiro, à custa do devedor, para fazer ou desfazer aquilo a que ele se obrigara (arts. 249 e 251). E, em caso de urgência, o credor poderá fazê-lo independentemente de prévia autorização judicial (parágrafos únicos dos referidos dispositivos). Mas, no capítulo das obrigações de dar, modalidade obrigacional da qual a compra e venda é o exemplo mais marcante, não há norma equivalente. Essa ausência configuraria lacuna? Ou seria resultado da intenção do legislador de restringir a execução contratual por substituição aos casos de obrigações de fazer e de não fazer, excluindo, portanto, essa possibilidade dos casos de compra e venda?

2. Experiência Brasileira; Crítica

A questão de se o comprador pode ou não realizar compra substitutiva não é tradicionalmente enfrentada pela comunidade jurídica brasileira. O interesse por essa temática tem surgido mais recentemente, em decorrência de posicionamentos, doutrinário¹²² e jurisprudencial,¹²³ de que o comprador, em face do inadimplemento do vendedor, **de-**

122. Ver, por exemplo: LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 209 ss.

123. TJRS, AC nº 70025609579, da Quinta Câmara Cível, Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 20/05/2009. Trata-se de caso de compra e venda de máquina de eletroerosão. A máquina foi entregue com defeito e a compradora ajuizou ação pedindo, entre outras coisas, indenização por lucros cessantes. O TJRS decidiu que, a título de mitigação de danos, “caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo”, por exemplo, pela aquisição de “outra máquina que desempenhasse a mesma função”.

veria adquirir a mercadoria de terceiro para fim de evitar dano ao próprio patrimônio.

Acontece que, da maneira como foi feita, concluiu-se pela existência de “dever” do comprador de celebrar compra substitutiva sem, contudo, ter-se ocupado devidamente da questão primeira, que é a determinação de se haveria ou não a possibilidade jurídica de fazer tal operação.

Note-se que a pergunta não é tão simples, pois a compra substitutiva altera de maneira praticamente definitiva a relação contratual entre as partes. Com essa conduta, o comprador deixa de ter interesse na entrega das mercadorias pelo vendedor, passando a ter interesse apenas no ressarcimento pelos gastos a mais com a compra de cobertura. Caso admitida, essa conduta do comprador seria responsável por transformar um mero atraso do vendedor em inadimplemento definitivo, o que pode ser ruinoso para o vendedor. Além disso, do ponto de vista normativo, não é evidente a compatibilidade de tal comportamento com, por exemplo, a possibilidade de purgação da mora pelo devedor (art. 401, I, CC).

Há essencialmente dois fundamentos apresentados. De um lado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) fundamenta sua posição no Enunciado nº 169 das Jornadas de Direito Civil: “Art. 422. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Ou seja, o comprador deveria celebrar compra substitutiva para evitar o próprio dano, pois é isso que importaria a boa-fé objetiva. Esse argumento não é, contudo, suficiente, pois não enfrenta a questão fundamental e anterior que é a de se o comprador pode celebrar compra substitutiva. O fundamento não chega, porque é impensável querer extrair da boa-fé dever de realizar conduta não autorizada pelo ordenamento.

Por outro lado, segundo Christian Sahb Batista Lopes, “o ônus de mitigação impõe que o credor obtenha junto a terceiros, no mer-

cado, a prestação inadimplida se essa providência puder evitar que sejam causados danos adicionais. No que concerne à obrigação de dar, a aplicação dessa norma no direito brasileiro não traz maiores preocupações. Com efeito, não sendo entregue a coisa certa ou incerta, o credor poderá requerer perdas e danos ou tutela específica da obrigação. [...] Portanto, o credor terá livre escolha da medida a ser imposta ao devedor em caso de inadimplemento de uma obrigação de dar, podendo requerer, desde logo, perdas e danos (art. 389 do CC) ou tutela específica (art. 947 do CC)".¹²⁴

Essa posição reflete uma visão do direito brasileiro com lentes do *common law*, em que a compra substitutiva é vista como forma de perdas e danos.¹²⁵ No Brasil, não é possível, contudo, falar que o credor tem a liberdade para escolher entre tutela específica e perdas e danos. Aqui, na realidade, nem há essa oposição entre tutela específica e perdas e danos. A indenização por perdas e danos está, em verdade, sempre disponível em conjunto com as demais medidas, como execução em natura, execução por equivalente e resolução do contrato. Além disso, em face do inadimplemento, o credor não tem (total) liberdade para determinar a medida da qual se valerá em face do devedor. Em princípio, ele tem direito apenas de exigir a execução em natura. A resolução ou a execução do contrato pelo equivalente, por exemplo, só são admitidas em caso de inadimplemento absoluto ou definitivo.¹²⁶

É necessário, portanto, aprofundar a questão de se há ou não possibilidade de compra substitutiva no direito brasileiro.

124. LOPES, op. cit., p. 209-210.

125. ROWAN, Solène. *Remedies for breach of contract: a comparative analysis of the protection*. Oxford: University Press, 2012. p. 116.

126. Ver, por todos: TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez., 2018.

3. Solução Proposta

A principal via para aprofundar a questão é explorar o potencial que os arts. 249 e 251, CC, especialmente o primeiro, teriam para autorizar a execução por substituição em caso de compra e venda. Para isso, importa analisar o desenvolvimento dessa questão na França, país que inspirou o legislador brasileiro na elaboração dos referidos dispositivos.

3.1 Direito Francês

Até 2016, o CC francês tinha um regramento parecido com o do CC brasileiro: separava em capítulos, de um lado, obrigação de dar e, de outro, obrigações de fazer e de não fazer; havia também dispositivos ligados às obrigações de fazer e de não fazer que autorizavam a execução por substituição (arts. 1144 e 1143, respectivamente), não havendo artigo equivalente em relação às obrigações de dar. Nada obstante, com base no art. 1144,¹²⁷ os tribunais autorizavam que, em caso de inadimplemento do vendedor, o comprador adquirisse mercadorias de terceiro à custa do vendedor. Dessa maneira, os tribunais passaram a reconhecer uma especial *faculté de remplacement* do comprador.¹²⁸

Em caso de compra e venda de bens genéricos ou coisas incertas, o dever do vendedor de adquiri-las e entregá-las era vista como uma obrigação de *faire* que não podia ser diretamente imposta. Neste caso,

127. “Art. 1144. O credor também pode, no caso de inexecução, ser autorizado a fazer cumprir a obrigação à custa do devedor. Ele pode ser condenado a adiantar os valores necessários para tal execução.”

128. RABEL, Ernst, *Das Recht des Warenkaufs: eine Rechtsvergleichende Darstellung*. V. 1. Berlin: Walter de Gruyter, 1964. p. 468; KÖTZ, Hein. *Europäisches Vertragsrecht*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 290-291.

o comprador tinha, com base no art. 1144, direito a uma decisão que o autorizasse a comprar de terceiro à custa do vendedor.¹²⁹

A faculdade de substituição só podia ser exercida mediante prévia autorização judicial. Essa exigência servia para garantir que não fosse arbitrária a alteração da situação jurídica do devedor inadimplente.¹³⁰ Ela era, por outro lado, tida como bastante onerosa para o credor. Para mitigá-la, passaram a ser reconhecidas exceções, como os casos de urgência e de contratos comerciais. Nessas hipóteses, o credor podia prosseguir sem autorização judicial, mas assumia o risco de o tribunal decidir mais tarde que ele agiu equivocadamente e se recusar a conceder-lhe o ressarcimento pelos valores gastos com a transação substitutiva.¹³¹

Na prática, a *faculté de remplacement* era uma medida particularmente apropriada quando, para o devedor, o cumprimento em natura havia se tornado impossível, ou quando o credor não mais desejasse obter cumprimento por parte do devedor por ter, por exemplo, perdido a confiança nele. Era amplamente invocada no contexto de contratos de construção, com a permissão sendo solicitada para substituir o empreiteiro original, de modo que o trabalho inacabado pudesse ser concluído ou, conforme o caso, para remediar defeito na obra.¹³²

A natureza jurídica da faculdade de substituição era controversa, embora a doutrina majoritária defendesse que se tratava de execução em natura (indireta). Essa percepção baseia-se no resultado do processo sob a perspectiva do credor, o qual obtém (ao menos de maneira muito próxima) a mercadoria pela qual tinha desde o início contratado.¹³³

129. TREITEL, G. H. *Remedies for breach of contract: a comparative account*. Oxford: Clarendon Press, 1988. p. 57.

130. ROWAN, op. cit., p. 115.

131. LAITHIER, Yves-Marie, Exécution forcée en nature. In: CARTWRIGHT, John; WHITTAKER, Simon (Ed.). *The Code Napoleon rewritten: French contract law after the 2106 reforms*. Oxford: Hartt Publishing, 2017. p. 272-273; ROWAN, op. cit., p. 115; TREITEL, op. cit., p. 57.

132. ROWAN, op. cit., p. 115.

133. TREITEL, op. cit., p. 57; LAITHIER, op. cit., p. 272; ROWAN, op. cit., p. 116, dizendo que a natureza era híbrida, entre execução em natura e perdas e danos.

Em 2016, houve uma reforma do direito obrigacional. Entre outras medidas, eliminou-se a distinção entre obrigações de dar e de fazer, de modo que o regramento passou a ter alcance geral: “Art. 1222. Após notificação para cumprir, o credor pode também, dentro de um prazo e a um custo razoáveis, executar ele mesmo a obrigação ou, com autorização prévia do juiz, destruir o que foi feito em violação da obrigação. Ele pode exigir do devedor o reembolso dos valores dispendidos para esse fim. Ele pode também exigir em juízo que o devedor antecipe os valores necessários para tal execução ou destruição”.

Além das mudanças perceptíveis a partir do texto do dispositivo, vale ressaltar que o art. 1222 encontra-se inserido em subseção intitulada *l'exécution forcée en nature*, tendo sido assim chancelada legislativamente a natureza jurídica da medida como execução coativa em natura ou específica.¹³⁴

3.2 Direito Brasileiro

Com base nesse desenvolvimento, é possível retornar aos questionamentos presentes na introdução e responder que a ausência, no capítulo das obrigações de dar, de norma equivalente aos arts. 249 e 251 corresponde sim a lacuna e não ao resultado de uma decisão do legislador de restringir a execução por substituição aos casos de obrigação de fazer e de não fazer.

Outra não é a conclusão que se extrai do desenvolvimento do tema na terra de origem desse regramento, a França, em que doutrina e jurisprudência não hesitaram em se apoiar no art. 1144 para construir uma faculdade de substituição do comprador.

Aprofundando essa questão, é possível apontar ao menos duas possíveis razões para a ausência de regramento de execução por substitui-

¹³⁴. LAITHIER, op. cit., p. 258.

ção na seção *de l'obligation de donner*, omissão que foi repetida pelo legislador brasileiro. É relevante identificar essas razões, pois elas confirmam que essa omissão legal não é fruto da intenção legislativa de vedar a execução por substituição nos casos de obrigações de dar.

Em primeiro lugar, no CC francês, a seção *de l'obligation de donner* continha apenas regras em relação a obrigações ligadas a coisas determinadas individualmente, ou mercadorias que o vendedor já separou e disponibilizou para o comprador (coisa certa). Nesses casos, a simples celebração do contrato já implicava a transferência da propriedade (art. 1138, versão anterior à reforma de 2016). Assim, ao comprador, cabia pretensão não ao fornecimento de mercadorias alheias, mas à entrega de seus próprios bens.¹³⁵ Nesse contexto, não é possível ou, ao menos, é contraintuitivo pensar em execução por substituição.

Outro motivo é que, em prol da liberdade do devedor, as obrigações de fazer e de não fazer não eram passíveis de execução direta, sendo convertidas em perdas e danos (art. 1142, versão anterior à reforma de 2016), ou em execução por substituição (arts. 1143 e 1144). Esses dispositivos tinham, portanto, a finalidade de compatibilizar essa limitação com a satisfação do interesse do credor no cumprimento da prestação. No caso das obrigações de dar, como a coisa poderia ser executada sem que o devedor precisasse colaborar diretamente, ou seja, como a liberdade do devedor não estaria ameaçada, tal norma pode ter parecido desnecessária ao legislador.

O sistema brasileiro é ainda mais favorável do que o francês para concluir favoravelmente pela faculdade de substituição do comprador. No Brasil, é possível pensar em tal faculdade em casos de compra e venda de bens fungíveis, mesmo que a obrigação do vendedor seja de dar coisa certa, pelo fato de as coisas terem sido determinadas individualmente, ou de já ter havido concentração (art. 245, CC). Isso porque,

¹³⁵. KÖTZ, op. cit., p. 291.

mesmo nesses casos, não terá havido transferência da propriedade da coisa vendida, fazendo, portanto, sentido falar em compra substitutiva.

No direito brasileiro, contudo, não é possível uma solução igual à do direito francês pré-reforma de 2016, que seria a de reconhecer a faculdade de substituição do comprador com base **diretamente** no art. 249, CC. Diferentemente do que havia no CC francês, no CC brasileiro há uma seção específica sobre compra e venda de coisa incerta, o que afasta a possibilidade de ver a obrigação do vendedor em compra e venda de coisa genérica como uma obrigação de fazer. A compra e venda de coisa genérica está especificamente regulada no capítulo de obrigação de dar. No direito brasileiro, portanto, é necessário recorrer a uma aplicação *analógica* do art. 249, CC, para fim de extrair, no caso concreto, o direito do comprador à compra substitutiva.

4. Conclusão

O comprador pode, sim, adquirir mercadoria de terceiro à custa do vendedor inadimplente. Trata-se de compra substitutiva, hipótese de execução por substituição do contrato de compra e venda. Essa medida tem natureza de execução em natura ou específica indireta. Chega-se a essa solução por meio da aplicação analógica do art. 249, CC.

O comprador precisará, via de regra, obter prévia autorização judicial. Porém, em caso de urgência, ele está dispensado da necessidade de pedir essa autorização (art. 249, parágrafo único, por analogia).

A IRREPARABILIDADE DO DANO EVITÁVEL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO (PARTE 1)¹³⁶

*Daniel Dias*¹³⁷

1. Introdução

Esta é a primeira de uma série de três colunas sobre a **regra da irreparabilidade do dano evitável** – doravante referida por meio do termo *ride*, que corresponde à reunião das letras iniciais do seu *nomen iuris*. Como o próprio nome sugere, pela *ride* o devedor inadimplente não responde pelos danos decorrentes da sua inexecução, os quais o credor poderia ter evitado. Ilustrativamente, essa norma foi o fundamento de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que reduziu o valor da indenização do comprador de uma máquina industrial defeituosa, excluindo a responsabilidade do

136. Artigo publicado, originalmente, na Coluna *Direito Civil Atual*, da revista eletrônica *Consultor Jurídico* (ConJur), em 26 de fevereiro de 2018.

137. Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito Civil pela USP (2013-2016), com períodos de pesquisa na LMU, em Munique, e no Instituto Max-Planck, em Hamburgo (2014-2015). Pesquisador visitante na Harvard Law School (2016-2017).

vendedor pelos danos que o credor sofreu durante o tempo que a máquina permaneceu sem funcionar, mas que ele poderia ter evitado sofrer mediante, por exemplo, a imediata aquisição de outra máquina.¹³⁸

Trata-se de norma prevista em diversos ordenamentos jurídicos e que, nos últimos anos, vem ganhando uma maior atenção da comunidade jurídica brasileira. No Brasil, esse recente fenômeno é marcado pelas seguintes características: (i) há uma forte inspiração no instituto do sistema anglo-americano chamado, entre outros nomes, de *mitigation of damages* ou, como é mais conhecido, *duty to mitigate the loss*; (ii) pressupõe-se uma lacuna no Código Civil (CC) para regular o problema de responsabilidade pelo dano evitável pelo próprio lesado; e (iii) para colmatar essa lacuna, é proposto o recurso a institutos como o abuso do direito (art. 187, CC) ou os deveres acessórios da boa-fé (art. 422, CC).¹³⁹

Não há, contudo, essa lacuna no CC. Segundo o art. 403, mesmo quando a inexecução resulte de dolo do devedor, ele somente responde pelos prejuízos efetivos e pelos lucros cessantes “por efeito dela direto e imediato”, donde se extrai que o devedor inadimplente não responde pelo dano que o credor poderia ter evitado. O dano evitável é, por outras palavras, efeito indireto e mediato da inexecução do devedor. Essa ausência de lacuna implica a desnecessidade e mesmo a incorreção dos referidos recursos ao abuso do direito ou à boa-fé para solucionar o problema de responsabilidade pelo dano evitável.¹⁴⁰

138. TJRS, AC nº 70025609579, 5ª Câm. Cív., Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 20.05.2009, DJ 27.05.2009.

139. Para mais detalhes, ver: DIAS, Daniel. *A corresponsabilidade do lesado no direito civil: da fundamentação da irreparabilidade do dano evitável*. Tese de doutorado. USP. 2016, p. 170 e ss.; DIAS, Daniel. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. In: *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. V. III. RT: São Paulo, 2011. p. 683 e ss.

140. Sobre o equívoco e os perigos do recurso à boa-fé, e às cláusulas gerais em geral, quando já há no ordenamento regra específica aplicável ao caso, ver: Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt, in: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 5, ano 2, p. 349 e ss, 2015.

Para fundamentar essa conclusão, nessa primeira coluna, é apresentado um resumo da tradicional relação entre o limite do “feito direto e imediato” da inexecução e a irreparabilidade do dano evitável. Na segunda, são abordados os contornos dogmáticos da aplicação da *ride* no direito brasileiro. E, na terceira, analisa-se a natureza jurídica dessa regra, ou seja, o que ela representa e que lugar ocupa no sistema jurídico brasileiro.

2. Tradição Jusracionalista: Dano Evitável como Dano Indireto

A relação entre o dano evitável e o dano indireto remonta ao período do jusracionalismo (sécs. XVII e XVIII), especialmente à doutrina de Robert-Joseph Pothier. Essa relação foi assimilada e sintetizada em 1804 pelo CC francês, na previsão legal que limita a responsabilidade do devedor inadimplente à **consequência imediata e direta** da sua inexecução (art. 1231-4 do *Code Napoléon*). Essa previsão legal, e a tradição a ela subjacente, foi recepcionada em codificações civis de outros países, com destaque para o CC italiano de 1865 (art. 1.229) e os Códigos brasileiros de 1916 (art. 1.060) e de 2002 (art. 403).

2.1 A Ride na Obra de Pothier

Em sua obra *Tratado das Obrigações*, Pothier trata com frequência da irreparabilidade do dano evitável. Em diversos exemplos, Pothier estabelecia como pressuposto da reparabilidade de determinado dano o fato de que o credor inadimplido não pôde evitá-lo por meio de contratação com terceiro, como no caso de não entrega do cavalo a um cônego na data marcada, o que fez com que ele não chegasse ao seu local de destino a tempo de receber vantagem que lhe era devida. Na

análise desse caso para fim de fixação da extensão da responsabilidade do devedor, Pothier menciona o fato de que o cônego não teve condições de obter o cavalo de terceiro.¹⁴¹ Exigência análoga está presente também no caso de locatário cuja casa é indevidamente tomada logo depois de ele a ter ocupado. Para que o locatário inadimplido seja indenizado pelos lucros que teria obtido com o desenvolvimento de alguma atividade lucrativa na casa, Pothier menciona como requisito que ele “não tenha podido encontrar outra casa no bairro”.¹⁴²

Mas, para a relação entre o dano indireto e o dano evitável, o trecho mais relevante é aquele em que Pothier apresenta o caso, originariamente exposto por Ulpiano, da compra e venda da vaca doente. Segundo esse caso, se um comerciante vendeu uma vaca contaminada por doença contagiosa, tendo ocultado esse vício, ele seria responsável por todos os danos que o comprador sofresse, ou seja, não só pelos danos à vaca vendida, mas também pelos danos aos outros animais que foram contaminados pela vaca doente, porque foi a sua intencional ocultação da doença que causou todo esse dano.¹⁴³

Em seguida, Pothier questiona se o devedor deveria responder também pelos demais danos sofridos pelo credor, que são “uma consequência mais distante e mais indireta” do dolo do devedor. Por exemplo, se a contaminação e morte do rebanho do comprador obstar o cultivo das suas terras, o dano que ele sofreu pela ausência desse plantio também decorre do inadimplemento doloso do vendedor. Contudo, sendo essa “uma consequência mais distante” do que a morte do rebanho pela contaminação, deveria o comerciante ser responsabilizado por esse dano? Mas, antes de responder a essa pergunta, Pothier complica ainda mais a questão: e se o dano emer-

141. POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*: selon règles, tant du for de la conscience que du for extérieur. T. 1, 2. ed. Paris: Debure; Orleans: J. Rouzeau-Montaut, 1764, §§ 161 e 162.

142. POTHIER, op. cit., § 162.

143. *Ibid.*, § 166.

gente da morte do rebanho e o lucro cessante da falta de cultivo não permitiram ao comprador pagar as suas dívidas e os seus credores executaram seus bens e os venderam a preço baixo? O vendedor responderia também por esses danos? Em resposta, Pothier afirma que a solução para esse caso se daria pela aplicação da regra segundo a qual não se deve incluir nos danos e interesses pelos quais um devedor é responsabilizado aqueles danos “que não somente são apenas uma consequência distante, mas que não são uma consequência necessária, e que podem ter outras causas”.¹⁴⁴ Assim, no exemplo proposto, o comerciante não responde pelos danos decorrentes da apreensão dos bens do comprador, uma vez que “esse dano é apenas uma consequência muito distante e muito indireta do seu dolo, e não há uma relação necessária”, pois, embora a morte do rebanho tenha tido influência sobre a desordem do patrimônio do comprador, essa desordem também poderia ter decorrido de outras causas.

No fim dessa exposição, Pothier afirma ainda que as perdas decorrentes da falta de cultivo das terras do comprador são, em comparação com os danos decorrentes da apreensão dos seus bens, consequências menos distantes do inadimplemento doloso. Todavia, ele entende que essas perdas não devem ser imputadas ao vendedor ou, ao menos, não integralmente. Isso porque essa ausência de cultivo “não é uma consequência absolutamente necessária” da morte do gado, uma vez que, apesar desse obstáculo, o comprador poderia ter evitado essa falta de plantio: ele poderia ter comprado outros animais e assim cultivado as terras ou, se ele não tivesse essa possibilidade, poderia tê-los alugado, ou então, se não tivesse mesmo condições de cultivar as terras por si, o credor poderia tê-las arrendado a terceiro.¹⁴⁵

144. *Ibid.*, § 167.

145. POTHIER, *op. cit.*, § 167.

2.2 Concretização no CC Francês

Em 1804, essas lições de Pothier serviram de base para a clássica e ainda vigente previsão do CC francês: “Mesmo no caso em que a inexecução da convenção resulte do dolo do devedor, os danos e interesses devem compreender, em relação à perda sofrida pelo credor e ao ganho que ele foi privado, apenas o que é uma consequência imediata e direta da inexecução da convenção.” (art. 1151, correspondente em parte ao atual art. 1231-4.)

Em sua obra de análise da discussão do CC francês no Conselho de Estado, Jacques de Maleville, membro da Comissão que elaborou o CC, afirma que o título no qual está inserido esse art. 1151 é apenas um extrato da obra *Tratado das Obrigações* de Pothier e que essa obra é um dos melhores comentários a esse título. Nos comentários aos arts. 1149, 1150 e 1151, Maleville reafirmou a importância de se ter em conta os princípios de equidade e os exemplos dados por Pothier no tópico sobre os danos e interesses decorrentes da inexecução da obrigação para interpretar esses dispositivos.¹⁴⁶

Por mais de um século, doutrina e jurisprudência francesa (e italiana) majoritárias extraíram a *ride* do limite legal da responsabilidade à consequência imediata e direta.¹⁴⁷ No entanto, com o tempo, parte da comunidade jurídica francesa passou a não mais associar dano evitável com dano indireto. Esse processo de dissociação se deve, entre outras causas, a uma desvalorização e mesmo desconhecimento por parte da doutrina e jurisprudência acerca da sua própria tradição jurídica.¹⁴⁸

146. MALEVILLE, Jacques de. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*. T. 3, 3. ed. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1822. p. 32.

147. DIAS, 2016, p. 62 ss.

148. Sobre as razões para o indevido “esquecimento” na França da tradição jusracionalista do dano evitável como dano indireto, ver: DIAS, 2016, p. 123 ss.

Nesse sentido, é a crítica de Jean-Pascal Chazal a duas decisões da Corte de Cassação, nas quais o tribunal afirmou que a vítima não teria de limitar seu prejuízo no interesse do responsável. Em artigo intitulado “a ultrindenização’ – uma indenização para além dos prejuízos diretos”, Chazal afirma que essas decisões descortinam um grave desconhecimento da tradição presente na doutrina e nos tribunais franceses, uma vez que a irreparabilidade do dano evitável é “profundamente enraizada” na cultura jurídica francesa.¹⁴⁹

2.3 Recepção e Aplicação pelo Direito Brasileiro

O CC/1916 recepcionou a limitação da responsabilidade do devedor inadimplente ao dano por efeito direto e imediato da inexecução (art. 1.060) e, com isso, a irreparabilidade do dano evitável. Essa identificação entre o dano indireto e o dano evitável foi inclusive reconhecida por diversos autores brasileiros.

Segundo Antonio Lindbergh Montenegro, “o dano que podia ser evitado pelo ofendido” é indireto e, portanto, irressarcível.¹⁵⁰ Para José de Aguiar Dias, por causa do limite legal das perdas e danos ao efeito direto e imediato, os ganhos não auferidos em decorrência de artifício do lesado não deveriam ser tidos como lucros cessantes.¹⁵¹ Tratando do tema das perdas e danos, Washington de Barros Monteiro relata exemplo de alguém que compra forragens para os seus animais, mas o vendedor não as entrega e os animais morrem de fome. Segundo Monteiro, o vendedor não é responsável pelos danos decorrentes da morte dos semoventes, porque “a verdadeira causa da morte dos semoventes

149. Ver p. ex.: Chazal, Jean-Pascal. L’ultra-indemnisation: une réparation au delà des préjudices directs. *Recueil Dalloz*, n. 34, p. 2326-2330, 2003.

150. MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 22.

151. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. V. 2, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 770.

não foi a falta de entrega das forragens, mas a culpa do próprio comprador” que não procurou outras formas de alimentar os animais.¹⁵² E, por fim, Agostinho Alvim, estudando o sentido da previsão legal “efeito direto e imediato”, analisa, entre outras passagens relevantes, o caso da vaca pestilenta proposto por Pothier e conclui que, nesse caso, à luz do direito brasileiro, o vendedor não deveria responder pelos danos decorrentes da falta de cultivo da terra, porque eles seriam efeito indireto e mediato da inexecução.¹⁵³

Sob a vigência do CC/2002, contudo, essa ligação entre dano direto e o dano evitável tem sido ignorada ou, muitas vezes, recusada sob o argumento de que o art. 403, CC, trataria apenas de causalidade, questão que seria intrinsecamente distinta do dano evitável. Essa crítica infundada será rebatida na terceira e última coluna da presente trilogia.

3. Conclusão

A *ride* tem fundamento no art. 403 CC. Essa fundamentação legal é reflexo da tradicional relação entre o dano evitável e o dano indireto, a qual remonta, em especial, à doutrina de Pothier. Ela foi legalmente consagrada no CC francês (art. 1231-4), donde foi recepcionada por outros sistemas jurídicos, como o italiano e o brasileiro. Não há, portanto, lacuna para solucionar os casos de dano evitável, sendo desnecessário e equivocado recorrer à boa-fé para resolvê-los.

152. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. V. 4: direito das obrigações, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 335.

153. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 372. Para uma análise mais detalhada desses autores, ver: Dias, 2016, op cit., p. 111 e ss.

A IRREPARABILIDADE DO DANO EVITÁVEL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO (PARTE 2)¹⁵⁴

*Daniel Dias*¹⁵⁵

1. Introdução

Na coluna anterior, foi apresentada a regra da irreparabilidade do dano evitável (*ride*) e demonstrado que, no Código Civil (CC), essa regra tem fundamento no art. 403. Contudo, de pouco adianta fundamentar a *ride* no art. 403 CC se não for apresentada uma dogmática capaz de orientar a aplicação dessa regra aos casos concretos. Na presente coluna, são apresentados os contornos gerais de duas questões dogmáticas centrais à incidência da *ride*: os seus pressupostos e o seu âmbito de aplicação.

154. Artigo publicado, originalmente, na Coluna *Direito Civil Atual*, da revista eletrônica *Consultor Jurídico* (ConJur), em 5 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-05/irreparabilidade-dano-evitavel-direito-civil-brasileiro-parte>. Acesso em: 29 out. 2019.

155. Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito Civil pela USP (2013-2016), com períodos de pesquisa na LMU, em Munique, e no Instituto Max-Planck, em Hamburgo (2014-2015). Pesquisador visitante na Harvard Law School (2016-2017).

2. Pressupostos de Aplicação

A aplicação da *ride* pressupõe a presença conjunta de três elementos: (i) inadimplemento do devedor, (ii) comportamento imputável do credor de não evitação do próprio dano e (iii) dano.

Em relação ao primeiro pressuposto, uma questão que vale dar destaque é a inaplicabilidade da *ride* a casos em que a lei permite expressa ou implicitamente a rescisão unilateral do contrato (art. 473 CC). Um bom exemplo para ilustrar essa questão é o famoso caso *Rockingham City. v. Luten Bridge Co.*, que, nos EUA, foi resolvido pela aplicação de regra análoga à *ride*: a empresa *Luten Bridge Co.* foi contratada pelo município de *Rockingham* para construir uma determinada ponte. Algum tempo depois da celebração do contrato, mas antes que as obras começassem, o município notificou a empresa, declarando a sua vontade de que a ponte não fosse mais construída. Apesar disso, a empresa realizou a obra e ajuizou ação contra o município para exigir o pagamento do valor acordado. O tribunal entendeu que, depois da referida notificação do município, a empresa autora não podia proceder à construção e exigir o preço do contrato, com o seguinte argumento: “É verdade que o município não tinha o direito de rescindir unilateralmente o contrato, e a notificação dada ao demandante constituiu inadimplemento da sua parte; mas, depois de a autora ter tomado conhecimento do inadimplemento, era seu dever não fazer nada para aumentar os danos que dele decorrem”. O tribunal concluiu então que a empresa autora teria a sua indenização limitada às perdas e danos decorrentes do inadimplemento à data da notificação, não abrangendo os demais danos decorrentes da construção que ela podia ter evitado.¹⁵⁶

¹⁵⁶. *Rockingham City. v. Luten Bridge Co.*, 35 F.2d 301, 302 (4th Cir. 1929).

No Brasil, no entanto, um caso como este não seria solucionado pela aplicação da *ride*, exatamente por falta do pressuposto do inadimplemento contratual. Isso porque o CC brasileiro autoriza que o dono da obra interrompa a construção a qualquer tempo, “desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra” (art. 623 CC). No Brasil, uma empresa como a *Luten Bridge Co.* teria apenas direito a essa indenização e não ao valor integral pela execução da obra. Por falta de inadimplemento, as regras gerais de perdas e danos (arts. 402 a 405, CC) não teriam aplicação.

O segundo pressuposto é o do comportamento imputável de não evitação do credor. O art. 403, CC, não especifica qual o critério que deve ser utilizado para avaliação do comportamento do credor. Sob influência da dogmática desenvolvida no sistema anglo-americano, a doutrina brasileira tem defendido a adoção do critério da razoabilidade.¹⁵⁷ Esse é o critério previsto, por exemplo, pela Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacionais (CISG), segundo o qual o credor tem de adotar “medidas razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento” (art. 77).

Esse critério é, porém, analiticamente pobre. Nele estão concentrados, sob uma bitola única de “razoabilidade”, juízos distintos: o de ilicitude (violação de norma de conduta) e o de culpa (previsibilidade e evitabilidade do dano). Além disso, a própria verificação se, em um determinado caso, o credor tinha ou não a incumbência de agir para evitar o dano (juízo de ilicitude), desdobra-se em três critérios: a conduta exigível precisa ser apta, necessária e adequada para evitar o dano.¹⁵⁸ No curto espaço dessa coluna, é possível apenas ilustrar a complexidade

157. Entre outros, ver: LOPES, Christian. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 202 ss.

158. Em termos mais amplos, ver: LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschäftigen im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 311.

das questões envolvidas na análise desses critérios. Por exemplo, uma medida de evitação do próprio dano é desnecessária quando o bem jurídico do credor já está suficientemente protegido pelo devedor. Nesse caso, a evitação do dano recai exclusivamente em seu campo de responsabilidade. Essa delimitação tem especial relevância prática quando o devedor assumiu contratualmente em face do credor a responsabilidade exclusiva de proteger os bens jurídicos e interesses do credor, ou quando essa responsabilidade resulta da finalidade do contrato.

Os seguintes casos julgados na Alemanha são bons exemplos de aplicação desse critério da necessidade: um cliente contratou um advogado para ajuizar ação em seu favor, mas o advogado perdeu o prazo e a pretensão do cliente prescreveu. O cliente processou então o advogado para obter indenização. Em juízo, o advogado alegou que o seu cliente havia concorrido culposamente para o próprio dano por não ter impedido a consumação da prescrição da sua própria pretensão, uma vez que ele era legalmente habilitado para tanto. O BGH (*Bundesgerichtshof*, correspondente ao nosso Superior Tribunal de Justiça), todavia, não acatou essa alegação, sob o argumento de que o exercício oportuno da pretensão, segundo o propósito do contrato de prestação de serviços advocatícios, recai no exclusivo campo de responsabilidade do advogado.¹⁵⁹ Em outro caso, o BGH decidiu que um hospital que assumiu os cuidados de um paciente psicicamente doente e com risco de cometer suicídio não poderia se valer da alegação de culpa concorrente do lesado se o paciente se ferisse em uma tentativa de suicídio. Isso porque a finalidade desse contrato de tratamento é exatamente a de retirar do paciente a preocupação com a não materialização do risco de suicídio.¹⁶⁰

159. Caso citado por Looschelders, op. cit., p. 378.

160. Caso citado por Ibid., p. 378. Vale esclarecer que, na Alemanha, a situação de não evitação culposa, por parte do lesado, do próprio dano decorrente de evento danoso imputável a terceiro corresponde a caso de culpa concorrente (§ 254 BGB).

Por fim, há também o pressuposto do dano (“prejuízos efetivos e os lucros cessantes”, segundo o art. 403 CC). Entre outras questões, a configuração desse pressuposto se torna problemática no grupo de casos envolvendo a imposição de multa cominatória (“astreintes”). A doutrina processual afirma que o instituto da mitigação de danos imporá ao credor inadimplido o “dever” de agir para evitar a desnecessária elevação da multa cominatória.¹⁶¹ Há de se atentar, no entanto, que a multa cominatória não é dano do credor – e nem mesmo decorre de inadimplemento contratual. Trata-se, em verdade, de pena para constranger o devedor a cumprir ordem judicial. Essa constatação é suficiente para obstar a aplicação direta da *ride* a esses casos em que o credor não adotasse medidas para evitar a elevação do valor da multa cominatória.¹⁶² Mas seria então caso de aplicação analógica? A resposta a essa questão não é tão simples, pois, no caso de multa cominatória, a desídia do devedor é contra ordem judicial e não contra um dever de cumprimento contratual. Trata-se de conduta mais grave e, portanto, merecedora de maior censura. Esse fator aparentemente demandaria um tratamento mais gravoso do que aquele desenhado para quem comete “apenas” uma inexecução contratual, como é o caso da *ride* no art. 403 CC.

3. Âmbito de Aplicação

A *ride* é uma norma geral de delimitação das perdas e danos. Contudo, mesmo tendo sido preenchidos os pressupostos, a sua aplicação

161. Nesse sentido, entre outros: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 620 e ss.

162. De maneira um pouco distinta, essa crítica já se encontra formulada em: DIAS, Daniel. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. In: MENDES-TEPEDINO, Gustavo José; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. V. III. São Paulo: RT, 2011. p. 726.

pode ser afastada em determinados casos em função da incidência de regramento mais específico. Por exemplo, em caso de mora do credor, a aplicação da *ride* é restringida pela incidência do regramento mais específico presente no art. 400, CC.

Um bom exemplo para ilustrar essa questão é um caso real que, no Direito inglês, deu azo à aplicação de regra análoga à *ride*. O autor havia sido contratado para transportar uns cavalos a uma determinada cidade e entregá-los em local a ser designado pelo réu. Na data combinada, o demandante chegou à cidade, mas o réu demorou seis horas para informar o lugar da entrega. Durante esse período, os cavalos permaneceram no ambiente apertado e pouco ventilado do veículo de transporte, o que elevou a temperatura corpórea dos animais e acabou levando-os à morte pouco tempo depois. O transportador ajuizou ação pedindo indenização, mas o tribunal julgou o pedido improcedente sob o argumento de que havia sido insensatez do autor em deixar os cavalos nas referidas condições, pois ele poderia tê-los tirado do veículo de transporte ou colocado em qualquer lugar da cidade.¹⁶³ Contudo, por mais que, no direito inglês, esse caso seja um exemplo de mitigação de danos e que o comportamento do transportador possa, de fato, ser considerado negligente, no direito brasileiro o transportador não teria a sua indenização reduzida em função desse comportamento. Isso porque o atraso de seis horas do réu configura mora do credor e esse instituto “subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa” (art. 400 CC). Portanto, como no caso, a conduta do transportador foi “apenas” negligente e não dolosa, ele não poderia ser responsabilizado pela morte dos cavalos.

O âmbito de aplicação da *ride* pode sofrer restrições também em função de regramentos dos contratos em espécie envolvidos. Um bom

163. Caso citado por FARNSWORTH, Edward. *Contracts*. New York: Aspen Publishers, 2004. § 12.12, p. 778-779.

exemplo para ilustrar isso é o caso *Parker vs. Twentieth Century-Fox Film Corporation*, que, nos EUA, levantou o debate sobre a aplicação do instituto da mitigação de danos. No caso, uma atriz famosa foi contratada por um grande estúdio para atuar no papel principal em uma produção musical que seria filmada na Califórnia. O contrato previa ainda que a atriz teria poder de aprovação em relação ao diretor e ao roteirista do filme. Meses após o contrato ter sido assinado, o estúdio comunicou à atriz que o filme não seria mais produzido e ofereceu a ela o papel de atriz principal em outro filme, um drama do “tipo faroeste” que seria filmado na Austrália. Além disso, nesse novo filme, o diretor e roteirista não teriam de ser aprovados pela atriz. Insatisfeita, ela rejeitou essa proposta e ajuizou uma ação em face do estúdio, por meio da qual objetivava obter o valor acordado para atuar no filme que não seria mais produzido. O estúdio alegou em defesa que a autora não fazia jus a nenhuma retribuição, porque ela teria deliberadamente deixado de mitigar o próprio prejuízo ao ter irrazoavelmente recusado a oferta para atuar no papel principal do filme de faroeste.¹⁶⁴

Contudo, no direito brasileiro, a *ride* não seria aplicável a um caso como esse em virtude das regras específicas da extinção do contrato de prestação de serviço. À luz do direito brasileiro, em face da recusa da atriz em renegociar os termos do contrato, o estúdio não teria outra saída que não a de despedi-la sem justa causa. E como não havia ainda nenhuma retribuição vencida, uma vez que a execução do contrato ainda não havia se iniciado, de acordo com o art. 603, CC, a atriz poderia exigir o valor correspondente à metade da retribuição prevista no contrato a título de perdas e danos. Esse é um caso de “prefixação” legal do valor das perdas e danos.¹⁶⁵ Ou seja, essa regra corresponde a uma decisão do legislador, fruto da ponderação dos interesses das par-

164. *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 3 Cal.3d 176 (1970).

165. Nesse sentido, ver: SHEINMAM, Maurício. *Comentários ao código civil brasileiro*. V. VI, 2009. p. 359.

tes envolvidas: de um lado, o interesse do tomador do serviço em não obter uma prestação que ele não mais quer que seja cumprida e em não pagar o valor integral do contrato, uma vez que não obterá, ao menos não integralmente, a prestação do serviço; de outro lado, o interesse do prestador de serviço de ser indenizado, uma vez que contava que iria prestar o serviço e receber o valor acordado. Ao estabelecer que a indenização é no valor de metade da retribuição não vencida, o legislador fez a acomodação que entendeu mais justa e que contemplaria da melhor maneira os interesses envolvidos. Já se sabia que, mesmo sem prestar o serviço, o prestador de serviço receberia indenização. Mas é exatamente por que ele não presta o serviço que ele recebe apenas metade. Não se deve, portanto, querer afastar a “ponderação” do legislador para reduzir ainda mais o valor da indenização do prestador de serviço, sob o argumento de que ele poderia ter celebrado contrato com terceiro, ou mesmo aceitado proposta diversa do contratante, e assim evitado o próprio dano.

4. Conclusão

A aplicação da *ride*, fundada no art. 403, CC, pressupõe a configuração de três pressupostos: o inadimplemento contratual do devedor, conduta imputável de não evitação do credor inadimplido e dano. A incidência da *ride* pode ser limitada pela aplicação de regras mais específicas, como em casos envolvendo mora do credor ou contrato de prestação de serviço.

A IRREPARABILIDADE DO DANO EVITÁVEL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO (PARTE 3)¹⁶⁶

*Daniel Dias*¹⁶⁷

1. Introdução

A regra da irreparabilidade do dano evitável (*ride*) tem fundamento legal no art. 403, Código Civil (CC), como apresentado na primeira parte da presente trilogia. Na segunda coluna, foi abordada a aplicação dessa regra no direito brasileiro. Na presente e última parte, analisa-se qual é a natureza jurídica da irreparabilidade do dano evitável, ou seja, o que essa regra representa, qual é o seu significado no sistema jurídico-civil brasileiro vigente.

166. Artigo publicado, originalmente, na Coluna *Direito Civil Atual*, da revista eletrônica *Consultor Jurídico* (ConJur), em 19 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/direito-civil-atua-irreparabilidade-dano-evitavel-direito-civil-brasileiro-parte>. Acesso em: 29 out. 2019.

167. Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito Civil pela USP (2013-2016), com períodos de pesquisa na LMU, em Munique, e no Instituto Max-Planck, em Hamburgo (2014-2015). Pesquisador visitante na Harvard Law School (2016-2017).

A natureza jurídica da irreparabilidade do dano evitável é uma questão ainda sem solução satisfatória no direito brasileiro e, também, em outros ordenamentos jurídicos em que norma análoga vigora. Na Inglaterra, por exemplo, esse tema sofre da ausência de análises teóricas e críticas. Segundo o doutrinador inglês Michael Bridge, a base jurídica do *mitigation of damages* é “obscura”, havendo “pouco a ser achado na literatura jurídica ou nos casos decididos”.¹⁶⁸

No Brasil, a doutrina majoritária considera a irreparabilidade do dano evitável como uma sanção decorrente da violação do dever do credor, fundado na boa-fé (art. 422, CC), de evitar o próprio dano. Na presente coluna, em termos muito breves, essa posição majoritária é refutada e é apresentada brevemente a tese de que a irreparabilidade do dano evitável é um critério de imputação objetiva.¹⁶⁹

2. Da Ride como Sanção por Violação do Dever de Atuar Segundo a Boa-fé; Crítica

A tese que fundamenta a irreparabilidade do dano evitável no dever dos contratantes de guardar a boa-fé objetiva, previsto no art. 422, CC, afirma que, diante da inexecução do devedor, o credor deve evitar o próprio dano, pois essa conduta estaria de acordo com a “forma cooperativa” que a boa-fé exige das partes em uma relação contratual. Essa posição foi aprovada pelas Jornadas de Direito Civil no Enunciado nº 169 ao art. 422 CC: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

168. BRIDGE, Michael G. Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss. *Law Quarterly Review*, v. 105, p. 400, 1989.

169. Para um desenvolvimento mais detalhado dessas questões, ver: DIAS, Daniel. *A corresponsabilidade do lesado no direito civil: da fundamentação da irreparabilidade do dano evitável*. Tese de doutorado. USP. 2016, p. 176 e ss.

Esse entendimento se baseia na percepção de que a conduta do credor inadimplido de não evitação culposa do próprio dano elevaria desnecessariamente o valor da indenização, o que violaria os interesses do devedor inadimplente, sendo assim, portanto, contrário à boa-fé.

Essa percepção, contudo, não deve ser seguida. Em primeiro lugar, é questionável a própria ideia de que seria contrária ao direito a “oneração” do devedor inadimplente com o agravamento da pretensão indenizatória do credor. Em verdade, é inadequado “qualificar o desencadeamento de pretensões indenizatórias como lesão juridicamente reprovada”, porque a oneração do devedor com essas pretensões é consequência (também) do inadimplemento do próprio devedor. Sob essa perspectiva, mesmo que o credor não tenha evitado o próprio dano, essa oneração do devedor pode ser vista como “querida pelo ordenamento jurídico”.¹⁷⁰

Além disso, com o reconhecimento de que o art. 403, CC, estabelece a irreparabilidade do dano evitável, não há mais como pensar que, com o comportamento culposos de não evitação do próprio dano, o devedor inadimplente seria onerado com pretensões indenizatórias para além da sua “quota” de responsabilidade. Isso porque a pretensão indenizatória do credor, desde o início, já é limitada ao efeito direto e imediato, ou seja, a sua pretensão indenizatória, desde o seu surgimento, já não abrange o dano evitável. Dessa maneira, a conduta do credor inadimplido de não evitação culposa do próprio dano implica desvantagem apenas para o próprio credor. Esse comportamento, portanto, não pode contrariar a boa-fé, pois o dever de atuar segundo a boa-fé é imposto em função dos interesses da outra parte no contrato, e não para proteger os interesses do contratante em relação a si mesmo.¹⁷¹

170. Fazendo afirmação análoga à luz do § 254 BGB – dispositivo em que o dano evitável é regulado no Direito alemão –, ver: LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 185.

171. LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht I*, n. 60, p. 27.

Por fim, essa linha de entendimento majoritária vai longe demais sob a bandeira da “correção” e da “bondade” do credor inadimplido. Mesmo que se concorde com o pressuposto de que, em face de um inadimplemento, o credor não pode agir como se estivesse “em guerra” com o devedor, a irreparabilidade do dano evitável, nessa linha de entendimento, representaria não só a imposição de o credor ser leal com quem não foi leal com ele, mas também de ele suportar **sozinho** um dano decorrente de “deslealdades” de **ambas as partes** – do inadimplemento contratual do devedor e da não evitação de dano do credor. O argumento de que se deve agir segundo a boa-fé não é, portanto, suficiente para justificar a imposição de uma sanção assim tão drástica.¹⁷²

3. Da *Ride* como Critério de Imputação Objetiva

A irreparabilidade do dano evitável somente pode ser compreendida adequadamente como um critério de imputação objetiva. O devedor inadimplente não responde pelo dano que o credor poderia ter evitado, porque esse comportamento interrompe o nexos objetivo de imputação entre o devedor inadimplente e o dano. O dano evitável está, portanto, fora do nexos de imputação objetiva previsto pelo art. 403, CC.

Na responsabilidade civil, a imputação objetiva corresponde ao nexos objetivo de atribuição de responsabilidade a uma pessoa por um dano que ela causou.¹⁷³ O qualificativo “objetivo” é utilizado aqui em contraposição a subjetivo, ou seja, em oposição a critério ligado à *culpa* do agente causador do dano. Além de pressuposto da responsabilidade, a culpa pode funcionar também como um elemento de limitação

172. Nesse sentido, ver DIAS, op. cit., p. 187.

173. Sobre a imputação objetiva na responsabilidade civil, ver: LARENZ, Karl. *Zum heutigen Stand der Objektive Zurechnung im Schadensersatzrecht*, in: *Festschrift für Richard M. Honig*. 1970. p. 79 e ss.

da extensão da responsabilidade. Esse é o caso do direito francês, na hipótese de inexecução obrigacional **negligente**, em que o devedor inadimplente responde apenas pelos danos que ele previu ou podia ter previsto no momento da celebração do contrato (art. 1231-3 CC francês).¹⁷⁴ Diferentemente, o direito brasileiro, seguindo nesse ponto a linha alemã, prevê a culpa do devedor apenas como pressuposto da responsabilidade obrigacional (art. 392, CC), mas não como um elemento de limitação da sua extensão. Por outro lado, para os casos de inadimplemento **doloso**, o Brasil dispõe, assim como a França (art. 1231-4, CC francês), da previsão de que o devedor inadimplente responde apenas pelo efeito direto e imediato da sua inexecução (art. 403, CC). Essa é uma delimitação objetiva da responsabilidade do devedor inadimplente, porque não se baseia no elemento subjetivo da previsibilidade do dano por parte do devedor.¹⁷⁵

Essa previsão de limitação da responsabilidade do devedor inadimplente à consequência direta e imediata da sua inexecução foi sendo historicamente preenchida por diversos critérios, como os fornecidos pelas teorias da *necessariedade* e da *adequação*. Contudo, apesar de esses critérios serem comumente chamados de *causais*, eles não se confundem com o nexo de causalidade (*fático, material ou naturalístico*), porque esse corresponde à cadeia infinita e indistinta de eventos que tem entre si uma relação material de causa e consequência. No direito, essa relação de causalidade funciona especialmente como pressuposto de responsabilidade e a questão sobre a sua existência é determinada pela teoria da *equivalência*.¹⁷⁶

Nesse sentido, ao contrário do que a literatura brasileira majoritária deixa entender, as referidas teorias utilizadas para dar conteúdo

174. “O devedor só é responsável por perdas e danos previstos ou que podiam ser previstos na conclusão do contrato, salvo quando o incumprimento for devido a negligência grave ou a dolo.”

175. Para mais detalhes, ver: DIAS, op. cit., p. 213 e ss.

176. Para mais detalhes, ver: Ibid., p. 213 e ss.

ao art. 403, CC, não estão voltadas para identificar a relação de causalidade, mas, sim, a pressupõem. Elas mantêm alguma relação com a causalidade, pois procuram identificar, a partir da sequência fática de eventos decorrentes de um determinado evento danoso, algum outro evento que funcione como limite da responsabilidade do lesante. Por esse motivo, uma parte da doutrina adota, para ambas os vínculos, nomenclaturas baseadas no termo “causalidade”: a relação entre eventos determinada pela teoria da equivalência é chamada de causalidade **fática**; e a relação entre eventos determinada por teorias como a da adequação é chamada de causalidade **jurídica**.¹⁷⁷

Contudo, em um movimento de busca por uma maior precisão terminológica, a doutrina mais moderna, especialmente na Alemanha, não mais adota a expressão “causalidade jurídica”, mas, sim, “imputação objetiva” (*objektive Zurechnung*)¹⁷⁸ ou “imputação de dano” (*Schadenszurechnung*).¹⁷⁹ De fato, chamar de causais as teorias que se propõem a solucionar o problema de imputação de dano leva a confusões e equívocos. A própria resistência da doutrina brasileira em extrair a irreparabilidade do dano evitável do art. 403, CC, advém da percepção que esse dispositivo trataria da causalidade e que, portanto, seria algo diferente e incompatível com a irreparabilidade do dano evitável, porque essa regra leva em conta a análise (subjéctiva) do comportamento do credor.

Por exemplo, segundo Christian Lopes, se a irreparabilidade do dano inevitável fosse justificada pelo nexó de causalidade, o credor não teria direito à indenização, não porque o credor poderia ter evitado o próprio dano, mas porque o dano evitável seria um efeito indireto

177. Para mais detalhes, ver: *Ibid.*, p. 213 e ss.

178. Entre outros, ver: LOOSCHELDERS, op. cit., p. 346 ss.

179. Por todos, ver: LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadensersatz*. 3. ed. 2003. p. 74 e ss.

e imediato da inexecução do devedor (art. 403, CC).¹⁸⁰ Para justificar essa sua posição, Lopes recorre à célebre análise de Pothier ao caso da compra e venda da vaca pestilenta: “A lição de Pothier acerca da venda de uma vaca contaminada, que causa a perda do rebanho e o fato de ficar a terra inculca, é geralmente referida como um dos primeiros reconhecimentos da mitigação pela doutrina francesa. No entanto, Pothier analisava o nexo de causalidade para formular sua teoria de que os efeitos diretos e imediatos deveriam ser analisados como consequência necessária do inadimplemento. Em outros termos, a análise do problema foi realizada sob a ótica da causalidade e não do comportamento que se esperava do credor”.¹⁸¹

O problema desse raciocínio é que, como apresentado na primeira coluna dessa trilogia, ao analisar o caso da vaca pestilenta, Pothier não trabalhava em termos causais, mas, sim, enfrentava o problema da fixação de limites à responsabilidade do devedor pela inexecução de uma obrigação.¹⁸² Os pontos de partida dele eram a constatação (fática) de que, da inexecução de uma obrigação, pode decorrer uma série infinita de consequências danosas e a constatação (jurídica) de que não é acertado que se atribua uma responsabilidade ilimitada ao devedor inadimplente, ou seja, apesar de haver nexo de causalidade (esse era um pressuposto implícito do argumento), as consequências do inadimplemento deveriam ser limitadas. Para restringir a responsabilidade do vendedor da vaca pestilenta pelos danos decorrentes da falta de plantio, Pothier, de fato, afirmou que esses danos não deveriam ser indenizados pelo devedor por eles não serem necessários. Contudo, ele concluiu que esses danos não eram necessários, precisamente porque o credor poderia ter adquirido outros animais para realizar o

180. LOPES, Christian. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174.

181. *Ibid.*, p. 174-175.

182. Nesse ponto, de maneira expressa, ver: NEIRA, Lílian. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*. 2012. p. 178 ss.

plântio, ou mesmo arrendado as terras a terceiro, ou seja, porque o credor lesado poderia ter adotado medidas para evitar a ocorrência do próprio dano. A desnecessariedade do dano e a sua evitabilidade pelo lesado não se opunham nessa célebre lição de Pothier, pelo contrário, elas coincidiam em conteúdo.

Além disso, como foi apresentado na primeira coluna, historicamente, a hipótese de evitabilidade do dano pelo credor esteve sempre ligada ao limite da responsabilidade do devedor à consequência imediata e direta da inexecução, seja no direito francês, italiano e brasileiro.

3. Conclusão

A natureza jurídica da irreparabilidade do dano evitável, imposta pelo art. 403, CC, é a imputação objetiva. A posição majoritária que vê, na *ride*, a sanção por violação de dever de atuar segundo a boa-fé, previsto no art. 422, CC, deve ser refutada, porque: (i) como o devedor inadimplente já não responde pelo dano evitável, não há necessidade de impor ao credor o dever de evitar o próprio dano; e (ii) o dever do credor, fundado na boa-fé de evitar o próprio dano não é capaz de justificar a consequência de o credor suportar *sozinho* todo o dano evitável, sendo que esse dano foi resultado tanto do inadimplemento contratual do devedor, quanto da não evitação do credor.

PARTE 5

**AGÊNCIAS
REGULADORAS,
INVESTIMENTO COLETIVO
E O MARCO REGULATÓRIO
DAS ORGANIZAÇÕES
DA SOCIEDADE CIVIL**

LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: AVANÇOS E LIMITES DOS SEUS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DECISÓRIA¹⁸³

*Natasha Schmitt Caccia Salinas*¹⁸⁴
*Sérgio Guerra*¹⁸⁵

1. Introdução

No último dia 23 de setembro, entrou em vigor a Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras. Também conhecida como

183. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 8 de outubro de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/lei-das-agencias-reguladoras-avancos-e-limites-dos-seus-mecanismos-de-participacao-decisoria-08102019. Acesso em: 5 nov. 2019.

184. Professora do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Regulação e do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Doutora e mestre em Direito pela USP. *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School.

185. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio. Pós-Doutor (Visiting Researcher) pela Yale Law School e Pós-Doutor em Administração Pública pela FGV/EBAPE. Editor da *Revista de Direito Administrativo* – RDA.

“Lei Geral das Agências Reguladoras”, este ato normativo cumpre o importante papel de uniformizar procedimentos e reduzir assimetrias entre agências. Antes de sua edição, normas sobre organização e processos decisórios figuravam apenas nas leis-quadro que regem os princípios gerais dos setores regulados e de cada agência reguladora.

Tomando como exemplo as normas que regem o processo de produção de normas das agências, há divergência entre as diferentes leis-quadro sobre se e como deve ser exercida a participação social nesta atividade. Enquanto as leis que criam e regem a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Agência Nacional de Mineração (ANM) preveem a obrigatoriedade de consulta pública prévia à edição de normas, as leis que disciplinam a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Águas (ANA) e Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) conferem caráter facultativo a esses mecanismos de participação.

A Lei Geral das Agências Reguladoras cumpre, assim, o papel de eliminar essas divergências. Com a entrada em vigor da lei, a consulta pública deverá ser realizada previamente à edição de todos os atos normativos de “interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários”. Os dispositivos das leis-quadro das agências reguladoras que contrariarem a Lei Geral estarão automaticamente revogados.

Para além da redução de assimetrias previamente existentes, cabe indagar os limites e as potencialidades da nova lei para disciplinar as consultas e audiências públicas conduzidas pelas agências reguladoras.

2. Avanços

A introdução de regras gerais para os mecanismos de participação dos processos normativos das agências é muito salutar, já que atende a, pelo menos, quatro propósitos: (i) confere certo grau de legitimidade democrática às decisões das agências; (ii) contribui para reduzir assimetrias de informação entre agentes políticos e órgãos reguladores; (iii) proporciona maior transparência às decisões tomadas pelas agências; (iv) contribui para a qualidade das decisões dos órgãos reguladores.

O art. 9º da Lei nº 13.848/19 estabelece regras procedimentais mínimas para as consultas públicas, as quais são, a nosso ver, acertadas. A consulta pública, segundo a lei, deve ter duração mínima de 45 dias (art. 9º, § 2º). Esse tempo corresponde ao intervalo entre a data de aviso da consulta pública pela agência reguladora e o prazo limite para recebimento das contribuições por escrito. Conseguimos apurar, no âmbito do projeto “Regulação em Números”,¹⁸⁶ que o tempo de preparação oferecido pela agência aos contribuintes influencia o número de participantes nas consultas públicas. As audiências com menor número de participantes são também aquelas em que o tempo de preparação também é menor.¹⁸⁷ O tempo médio de preparação das agências reguladoras é de 34,7 dias,¹⁸⁸ de modo que a Lei nº 13.848/19

186. O “Regulação em Números” é um projeto institucional da FGV Direito Rio que tem por objetivo desenvolver estudos empíricos sobre agências reguladoras federais. Desenvolvido no âmbito do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio, o Regulação em Números, atualmente, desenvolve quatro frentes de pesquisa principais: (i) Mecanismos de Participação (audiências e consultas públicas) das agências reguladoras federais; (ii) processo administrativo normativo das agências; (iii) Controle político/legislativo das agências reguladoras; e (iv) Controle judicial e externo das agências reguladoras.

187. SALINAS, Natasha. Regulação em Números. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u2999/working_paper_-_mecanismos_de_participacao_vs.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

188. Dados obtidos em base de dados construída pelos pesquisadores do projeto Regulação em Números.

é positiva ao conceder tempo maior que o tempo médio já praticado pelas agências reguladoras.

A Lei Geral também obriga as agências reguladoras a disponibilizar, em seus respectivos sites, e em até 10 dias do término da consulta pública (art. 9º, § 4º), as críticas e sugestões encaminhadas pelos participantes. Os pesquisadores do projeto Regulação em Números identificaram que nenhuma agência reguladora disponibiliza as contribuições que recebem *in natura*. Apenas o Banco Central, que não se submete à Lei Geral, adota essa prática. Essa exigência de transparência é fundamental. Ela seria, no entanto, mais eficaz se permitisse que, após publicadas as contribuições, fosse também dada a oportunidade de réplica aos participantes. Esse é o modelo exigido pelo *Administrative Procedure Act* americano, que, a nosso ver, contribui para o caráter dialógico da participação.

Por fim, a Lei Geral das Agências Reguladoras estabelece prazo de 30 dias (art. 9º, § 5º) para que a agência reguladora apresente o seu posicionamento acerca das contribuições recebidas. O Projeto Regulação em Números também identificou que as agências levam, em média, 215 dias¹⁸⁹ – ou seja, prazo 7 vezes superior ao estabelecido pela nova lei – para disponibilizarem seu relatório para o grande público. Há agências que não disponibilizam suas respostas (62% dos casos), ou que as disponibilizam depois de editarem a própria norma, tornando o dever de transparência ativa inócuo.

Desse modo, a Lei Geral das Agências Reguladoras apresenta avanços ao estabelecer exigências de transparência e eficiência nos processos decisórios das agências. No entanto, essa lei permanece vaga em diversos aspectos que, ao final, podem comprometer a transparência e eficiência que a lei busca atingir.

189. *Idem* nota anterior.

3. Limites

Com efeito, a Lei Geral das Agências Reguladoras obriga a realização de consulta pública apenas nos processos normativos. A lei não disciplina, no entanto, sobre o uso das consultas públicas em outros processos decisórios da agência, como formação de agenda regulatória, construção de planos e políticas regulatórias, bem como produção de conhecimento em geral. Segundo a lei, a consulta pública “é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente” (art. 9º, § 1º), não havendo razão para que esta seja utilizada apenas na tomada de decisão que resulte num ato normativo.

Embora os prazos legais atribuídos às diferentes etapas da consulta pública sejam importantes para garantir eficiência na gestão dos processos decisórios, a Lei Geral das Agências Reguladoras não estabelece nenhuma consequência para seu eventual descumprimento. Quando prazos administrativos seguem desacompanhados de mecanismos de executoriedade, sejam eles conciliatórios ou coercitivos, eles deixam de ser cumpridos, tornando-se absolutamente ineficazes.¹⁹⁰ Observa-se, aí, uma lacuna que deverá ser preenchida pelo decreto regulamentador da lei.

O poder executivo também deverá estabelecer, em sede regulamentar, regras para que as agências reguladoras fundamentem suas decisões após receberem contribuições nas consultas públicas. É certo que nenhuma agência reguladora está obrigada a aceitar uma contribuição apresentada no transcorrer de seus mecanismos parti-

190. SALINAS, Natasha. Impulsionando a administração a agir: o papel dos prazos administrativos nas leis sobre políticas públicas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 41, 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=672>. Acesso em: 12 fev. 2020.

participativos. Esta deve tão somente motivar sua decisão, manifestando se acata ou não a contribuição recebida. No caso brasileiro, o ônus argumentativo das decisões das agências em seus mecanismos de participação não é denso. Embora a Lei Geral das Agências Reguladoras estabeleça o dever da Administração de motivar suas decisões, não há sanções previstas no caso de ausência dessa motivação. Na prática, há significativa divergência no modo como as agências motivam, quando o fazem, suas decisões no curso dos mecanismos de participação, sendo que a Lei Geral não resolve este impasse.

A Lei Geral das Agências Reguladoras estabelece as bases participativas dos processos decisórios das agências, que até então careciam de um regime jurídico adequado no Brasil. Há, no entanto, muito a se fazer para que este regime seja de fato transparente, eficiente e efetivo.

SUPREMO, COAF E A SUB-AUTONOMIA DO BANCO CENTRAL¹⁹¹

Joaquim Falcão¹⁹²

Não me recordo, pode ter havido, talvez o leitor se recorde, de Paulo Guedes reivindicando que o COAF (Conselho de Atividades Financeiras) permanecesse no Ministério da Economia. Guedes foi, neste tempo todo, de silêncio ensurdecedor.

Nem me lembro de Sergio Moro reivindicando, logo na montagem do ministério, ou mesmo depois, veementemente que o COAF deveria ficar no Ministério da Justiça.

No máximo, um alerta de que lá seria útil ao combate à corrupção. E seria, sim. Nada mais. Quase defesa protocolar.

Por que então esta disputa, quase carnificina institucional chegar ao Supremo? Por que tanto silêncio ministerial constrangido? Por motivo simples.

191. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 20 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supremo-coaf-e-a-sub-autonomia-do-banco-central-20112019. Acesso em: 14 fev. 2020.

192. Membro da Academia Brasileira de Letras. Professor titular de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Educação pela Universidade de Genebra e mestre em Direito pela Harvard Law School.

Porque eles viram, souberam e sabem mais do que nós...

A disputa pelo COAF não tem nada a ver com Paulo Guedes ou Sergio Moro. Com Ministério da Economia ou Ministério da Justiça.

Quando o presidente Bolsonaro mandou o COAF para o Ministério da Justiça, Sergio Moro ficou quase mudo. Não estava na Justiça quando Moro aceitou ser ministro. Se viesse agora seria bom.

Mas aí o Congresso sob o comando do senador Fernando Bezerra Coelho começou a se preocupar com o COAF na Justiça. Começou a mobilizar para voltar para o Ministério da Economia.

Defenderia os congressistas e empresas que pudessem ser fiscalizadas? E que não seriam poucos. Não queriam nada com Moro. O presidente Bolsonaro ficou calado.

Quando o Congresso então decidiu que iria mesmo voltar para o Ministério da Economia, vimos um Paulo Guedes quase dizendo: “Não quero não. Não coloca aqui não”.

Inventaram então uma solução inconstitucional de última hora. “Coloca então, por favor, no Banco Central.” Assim foi feito.

Inauguraram a sub-autonomia do Banco Central. Inédito no mundo.

Não mais apenas a sanidade da moeda lhe compete. Mas também a insanidade de ilícitos fiscais. Humilhação para a pretensa “neutralidade” da ortodoxia financeira do Banco Central. A nível mundial.

Paulo Guedes provavelmente viu, antes de todos, que ficar com o COAF corria o risco de ir contra muitos que não pagam impostos. Não era politicamente conveniente para suas reformas. Para os votos de que precisaria no Congresso.

A disputa estava clara desde o começo. Era entre o COAF e o filho do presidente da República. Não era para onde melhor ir o COAF. Mas justamente o contrário. Para onde melhor não ir o COAF.

O poder Executivo deixou o Congresso mandar o COAF para o Banco Central.

Deve ter sido constrangedor para Roberto Campos Neto, não como autoridade monetária, mas como superior do COAF, ter que ir negociar com o ministro Toffoli e o procurador-geral, ministro Arias, a gestão de informações sobre potenciais ilícitos.

Não há independência que resista à cena, à negociação, vista por todo o mundo global. Nem mesmo mera autonomia resiste.

Não precisamos saber o que conversaram. Basta o constrangimento da visita. Transparente pelos vidros do Supremo. Graças a Oscar Niemeyer.

Juntos, o Congresso, a Presidência da República, deformado o Banco Central, faltava o ministro Toffoli para negociar o que o COAF pode ou não fazer.

É o que estamos assistindo agora.

Não há nada de jurídico nisto. Não há nada de constitucional nisto. Não há nada de democrático nisto.

O que há é tentativa para que instituições, mesmo econômicas, não funcionem. Ou funcionem menos. Ou funcionem seletivamente.

Depois reclama-se que investimentos estrangeiros não vêm? Como? Se podem inconstitucionalizar a instituição econômica mais poderosa do país: o Banco Central?

É preciso defender instituições. Inclusive o Banco Central, que enquanto clama por independência, lhe retiram autonomia.

TRANSPARÊNCIA ATIVA E PRODUÇÃO NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO¹⁹³

*Sérgio Guerra*¹⁹⁴

*Natasha Schmitt Caccia Salinas*¹⁹⁵

*Fernanda Martins*¹⁹⁶

1. Introdução

Muito se discutiu, nas últimas duas décadas, sobre o poder normativo do Poder Executivo. O surgimento das Agências Reguladoras, em meados da década de 1990, propiciou intenso debate sobre a extensão e legitimidade da atividade normativa das então novas estruturas or-

193. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 1º de setembro de 2017. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/transparencia-ativa-e-producao-normativa-do-executivo-01092017. Acesso em: 05 nov. 2019.

194. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio. Pós-Doutor (Visiting Researcher) pela Yale Law School e Pós-Doutor em Administração Pública pela FGV/EBAPE. Editor da *Revista de Direito Administrativo* – RDA.

195. Professora do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Regulação e do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Doutora e mestre em Direito pela USP. *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School.

196. Mestranda em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Bolsista Capes.

ganizacionais do Estado. Isto ocorreu não porque a produção normativa do Poder Executivo fosse uma novidade: desde o Império e, mais acentuadamente, a partir do governo Vargas, a Administração Pública governa por meio de uma miríade de regras de caráter geral e abstrato. É certo que esta atividade “legiferante” modifica-se à medida que o Estado sofre transformações em sua forma de atuar. No entanto, ainda que as normas hoje produzidas pela Administração Pública possam ser materialmente diversas das outrora produzidas (e.g. normas do Estado-interventor produzidas no regime militar em contraposição às normas do Estado-regulador do período pós-democratização), fato é que, em ambos os períodos, o Poder Executivo notabilizou-se por produzir em escala muito maior do que o Poder Legislativo normas que introduzem regras de comportamento a atores públicos e privados.

Deste modo, é possível afirmar que a produção normativa do Poder Executivo ganhou centralidade no debate jurídico-administrativista por outras razões: a institucionalização do Estado Democrático de Direito pós-regime militar introduziu a necessidade de contrapartidas que conferissem maior legitimidade à já (há muito tempo) reconhecida delegação de poderes normativos (e/ou deslegalização) do Poder Legislativo ao Poder Executivo.

O surgimento e consolidação das Agências Reguladoras dotadas de certa independência introduziu novas exigências aos processos normativos produzidos por este segmento do poder executivo, dentre os quais se destaca a exigência de transparência. A exigência de transparência dos processos normativos encampa a necessidade de publicidade dos atos essenciais à produção normativa, incentiva a participação popular por meio de audiências e consultas públicas, bem como garante o acesso facilitado aos atos normativos produzidos pela Administração Pública. Cabe observar que tais exigências não estão restritas aos processos de produção normativa das agências reguladoras. Elas estendem-se a toda a atividade normativa do Estado. A Lei de Acesso à Informação (LAI)

introduziu exigências de transparência ativa a todos os poderes de todos os entes da federação brasileira. Segundo o artigo 8º da LAI, “é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso [...] de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas”. Em tempos de LAI, portanto, não há como se conceber que qualquer norma produzida pela Administração Pública, seja ela direta ou indireta, de regime especial ou não, deixe de atender aos pressupostos legais de transparência. O atendimento a esta exigência, no entanto, revela-se muito mais formal quando olhamos para a atividade regulatória das agências reguladoras. Falhas na transparência desta atividade são apresentadas a seguir.

2. Problemas de Transparência

Fiquemos restritos apenas ao universo das normas produzidas pelas Agências Reguladoras. Aquele que desejar acessar as normas produzidas por estas agências enfrentará, inicialmente, a dificuldade de compreender a tipologia dos atos por elas produzidos. Inexiste uma tipologia padronizada que se aplica transversalmente a todas elas. Sobrevoando os sites das agências reguladoras, é possível encontrar atos normativos de caráter geral e abstrato que possuem nomes tão diversos como Resolução, Resolução de Diretoria Colegiada, Resolução Especial, Resolução Normativa, Resolução Operacional, Resolução Regimental, Resolução Regulatória, dentre outras. Não é trivial, sobretudo para o usuário comum, identificar as diferenças entre elas. Nem sempre as normas regimentais destas agências definem as especificidades de tais atos normativos e, quando o fazem, nem sempre podem ser facilmente acessadas. É possível também identificar a adoção de nomenclatura idêntica para funções completamente distintas: este é o caso das instruções normativas que normalmente – mas nem sempre

– introduzem regras de estrutura e funcionamento interno do órgão. Enquanto que, para algumas agências, as instruções normativas restringem-se a disciplinar regras administrativas, em outras, estas assumem caráter geral e abstrato, atingindo diretamente setores regulados.

Ao utilizar-se as ferramentas de busca on-line que permitem localizar as normas produzidas por uma determinada agência, paira-se uma insegurança sobre os resultados apresentados com esta investigação: os resultados apresentados correspondem à totalidade das normas que foram de fato produzidas pela agência conforme os termos de busca utilizados por aquele que busca a informação? Os resultados de busca encontram-se atualizados?

No entanto, problemas de padronização, completude e tempestividade não são os únicos identificados nos portais das agências. Normalmente, os sites das agências permitem acessar apenas a redação final dos atos normativos produzidos pelo órgão. Documentos e estudos prévios eventualmente utilizados para embasar a produção de determinadas normas (e.g. análise de impacto regulatório) raramente encontram-se disponíveis, de modo que seu acesso pelos usuários dos portais das agências só se torna possível mediante requisição do usuário.

Este cenário de ausência de uniformidade na nomenclatura dos atos normativos, de falta de clareza sobre os procedimentos adotados nos processos normativos, bem como de profusão de problemas de acesso à produção normativa das agências torna-se ainda mais problemático em um contexto de perda da sistematicidade do próprio direito. Os novos papéis assumidos pelo Estado no século XXI contribuíram para cenários de fragmentação regulatória, instabilidade jurídica e inflação legislativa. Com o advento e transformações do Estado de Bem-Estar Social, a ordem jurídica deixa de ter um caráter sistemático, revelando-se insuficiente para tratar de uma realidade altamente cambiante.

Neste contexto, assiste-se não só a uma interferência entre os poderes do Estado para editar normas, mas também à multiplicação de atores

envolvidos no processo regulatório. É neste sentido que vemos um único alvo regulatório sendo regulado por diferentes órgãos da Administração Pública. Tome-se o exemplo do alvo regulatório “produtos perigosos”. No Brasil, o transporte e a utilização de produtos perigosos é regulado, no âmbito federal, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA), Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), bem como órgãos da estrutura interna do Ministério da Saúde. Aquele interessado em identificar todas as normas produzidas pelo poder executivo sobre este assunto terá que acessar o site de cada um destes órgãos. Ao final deste processo, arriscamos dizer que mesmo os advogados mais experientes e versados no tema se sentirão inseguros, após concluírem a pesquisa, de a terem esgotado.

3. Uma Possível Solução

Inexiste, atualmente no Brasil, uma solução para problemas de transparência agravados pelo contexto de inflação e fragmentação regulatória do Estado. Uma importante iniciativa neste sentido consiste na consolidação de atos normativos. Nos Estados Unidos, por exemplo, as normas produzidas pelo poder executivo estão consolidadas em um único documento – *Code of Federal Regulations*. O *Code of Federal Regulations* é composto por normas editadas por todos os órgãos do poder executivo federal americano que, após sua publicação em órgão de imprensa oficial, são agrupadas e organizadas em temas disciplinados sob a forma de capítulos, subcapítulos e seções. Deste modo, o *Code of Federal Regulations* reúne normas tributárias, normas do setor de telecomunicações, do setor de energia, de saúde pública, educação etc.

Cada capítulo, por reunir normas sobre um determinado tema ou alvo regulatório, abrange atos normativos que podem ter sido produzidos por mais de um órgão administrativo. No *Code of Federal Regulations*, há, por fim, normas de caráter estritamente administrativo, tais como aquelas que regem contratos administrativos, bens públicos, administração judiciária, dentre outros. O *Code of Federal Regulations* possui uma versão eletrônica, a qual é atualizada diariamente, incorporando as normas publicadas na imprensa oficial.

A solução adotada pelo *Code of Federal Regulations* de organizar a produção normativa por temas ou alvos regulatórios é uma dentre várias possíveis. Uma forma alternativa também é possível, tal como aquela que organiza, por exemplo, as normas em função do órgão que as edita. O mérito da solução americana está, a nosso ver, em reunir, padronizar, organizar e publicizar, em documento único, toda a produção normativa do governo federal. Esta solução não retira a complexidade da produção normativa do Estado. A necessidade de esforços de simplificação e racionalização da produção de normas seguramente persiste. No entanto, ela facilita o acesso à produção normativa do Estado, propiciando um cenário de maior transparência e *accountability* desta importante função estatal.

No Brasil, este cenário ainda está por ser construído. Apenas em parte, restrito ao campo tributário, há dispositivo legal que obriga União, Estados e Municípios a consolidarem a legislação vigente de cada tributo por eles exigido (art. 212 do Código Tributário Nacional). Este dispositivo, no entanto, não vem sendo cumprido de modo a realizar os objetivos de transparência nele previstos. Em outras esferas, pouco ou nada se discute sobre a qualidade da informação das ações do poder executivo, em especial de sua atividade normativa. Não basta prover o acesso à informação: este acesso tem que ser efetivo para que as exigências de transparência possam ser plenamente realizadas.

NOVOS CONTRATOS DE INVESTIMENTO COLETIVO: EVOLUÇÃO CONCEITUAL, OFERTAS IRREGULARES E A ATUAÇÃO DA CVM¹⁹⁷

*João Pedro Barroso do Nascimento*¹⁹⁸
*Pedro Maruo Palis*¹⁹⁹

São requisitos obrigatórios para a realização de uma oferta pública regular de valores mobiliários, no Brasil, que o ofertante seja uma sociedade anônima devidamente registrada como companhia aberta

197. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 17 de outubro de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novos-contratos-de-investimento-coletivo-17102019. Acesso em: 12 fev. 2020.

198. Advogado. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da FGV Direito Rio. Doutorando e mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pós-Graduado em Direito Empresarial, com concentração em Direito Societário e Mercado de Capitais pela FGV Direito Rio. Graduado em Direito pela PUC-Rio.

199. Graduando da FGV Direito Rio.

perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (art. 4º e §§ da Lei nº 6.404/1976) e submeta a oferta pública ao procedimento de registro ou de dispensa de registro perante a referida Autarquia (art. 19 da Lei nº 6.385/1976).

A realização de oferta pública irregular pode implicar em: (i) suspensão da referida oferta, caso ainda esteja em curso (art. 9º, § 1º, IV da Lei nº 6.385/1976); (ii) aplicação de inúmeras outras sanções e penalidades (art. 11 da Lei nº 6.385/1976); e, ainda, dependendo do caso, (iii) crime contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 7º, IV da Lei nº 7.492/1986), no qual o Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura da ação perante a Justiça Federal (art. 26 da Lei nº 7.492/1986).

Antes da realização de investimentos em ativos pouco usuais, é importante verificar se os bens que estão sendo ofertados publicamente são (ou, conforme o caso, poderiam ser) valores mobiliários, uma vez que – em tal hipótese – é obrigatório seguir o regramento e supervisão da CVM.

Em passado recente, os valores mobiliários eram listados de forma exaustiva e taxativa no art. 2º da Lei nº 6.385/1976. Contudo, desde a inclusão do art. 2º, IX, na Lei nº 6.385/1976, por meio da Lei nº 10.303/2001, o conceito de valores mobiliários foi acertadamente ampliado para também compreender potenciais investimentos enquadráveis como Contratos de Investimento Coletivo (CICs), como espécie do gênero dos valores mobiliários.

Houve, assim, considerável alargamento da competência da CVM. Contudo, foi somente a partir da aplicação do conceito de CIC a casos concretos, por meio da consolidação da jurisprudência do Colegiado da CVM, que se dimensionou efetivamente o impacto regulatório da nova redação do artigo 2º, IX, da Lei nº 6.385/1976. Dentre os casos emblemáticos julgados pelo Colegiado da CVM, que denotam a evolução do conceito de CIC, podem se citar os contratos e títulos relativos

às Fazendas Boi Gordo, ao Rancho Belo, à Avestruz Master, aos Condo Hotéis e às Cédulas de Crédito Bancário.²⁰⁰

A acelerada dinâmica do mercado, associada a engenhosidade e criatividade dos empreendedores em geral, muitas vezes, conduzem a situações em que diversas oportunidades de investimento são ofertadas ao público em geral, sem se submeterem às regulações aplicáveis. Entretanto, a CVM tem exitosamente buscado atualizar seus precedentes, conferindo proteção aos investidores e estabilidade ao mercado.

Dentre as novidades recentes em matéria de ofertas irregulares, vêm ganhando popularidade na internet as ofertas de investimentos em *bitcoins* e outros criptoativos em geral, fatos objeto de atenção da CVM e da mídia especializada.²⁰¹

Conforme os entendimentos da CVM a respeito dos *Initial Coin Offerings* (ICOs),²⁰² sua competência sobre a análise de eventual enquadramento de tais operações como valores mobiliários não podem ser excluídos, *a priori*, especialmente quando se observam, em casos concretos, alguns dos elementos caracterizadores dos CICs, conforme previstos no art. 2º, IX, da Lei nº 6.385/1976.

Sobre tais elementos, sob forte influência do precedente norte-americano da *Howey Definition*,²⁰³ desde o julgamento do Processo

200. Conforme Inquérito Administrativo CVM Nº TA/RJ2001/6094 (Caso: Fazendas Boi Gordo), Processo Administrativo Sancionador (PAS) CVM Nº RJ2007/13207 (Caso: Rancho Belo), PAS CVM Nº 23/04 (Caso: Avestruz Master), PAS CVM Nº 19957.006438/2017-87 (Caso: Blue Tree Hotels & Resorts do Brasil S.A) e Processo CVM Nº RJ2007/11.593 (Caso: CCBs Itaú BBA S.A.), respectivamente.

201. Disponíveis em: <https://www.criptofacil.com/urgente-cvm-suspende-atuacao-da-atlas-no-brasil/> e <https://br.cointelegraph.com/news/cvm-prohibits-bitcoin-bank-group-from-offering-investments>. Acessos em: 9 nov. 2019.

202. Disponíveis em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>, <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171116-1.html> e <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2018/20180307-1.html>. Acessos em: 30 set. 2019.

203. SEC v. W.J. Howey & Co., julgado pela Suprema Corte de Delaware em 1946, que delineou os seguintes traços distintivos para a caracterização do valor mobiliário: (i) “investment of money”; (ii) “common enterprise”, comunhão de um número de investidores em uma iniciativa que é

Administrativo CVM nº RJ2007/11.593 (Dir. Rel. Marcos Barbosa Pinto), a CVM vem adotando 6 (seis) requisitos para a caracterização dos CICs, quais sejam: (i) a existência de um investimento; (ii) a formalização do investimento em um título ou contrato, pouco importando, contudo, a natureza jurídica do instrumento ou do conjunto de instrumentos adotados; (iii) o caráter coletivo do investimento; (iv) o direito, decorrente do investimento, ao recebimento de remuneração; (v) essa remuneração ter origem nos esforços do empreendedor ou de terceiros que não o investidor; e (vi) que os títulos ou contratos sejam objeto de oferta pública.

A título exemplificativo, veja-se, por exemplo, o posicionamento recente da Área Técnica da CVM no Memorando nº 93/2019-CVM/SRE/GER-3 e o julgamento do Colegiado da CVM no Processo nº 19957.006966/2019-06, que constataram existência de oferta pública irregular de CIC realizada por empresas relacionadas à Atlas Quantum.²⁰⁴

O caso em questão referia-se à oferta ao público em geral, por meio da internet, de investimento em *bitcoin*, cujos rendimentos seriam resultantes de operações de arbitragem (compra e venda simultânea em diferentes corretoras) de criptoativos, realizada pelas empresas e seu “robô” (algoritmo).

Os elementos mais inovadores, apontados no caso Atlas Quantum, para a caracterização do CIC foram: (i) o aporte de criptoativos (bitcoin) como investimento em dinheiro; (ii) a sua remuneração em criptoativos como lucro e, (iii) principalmente, a realização de operações de arbitragem, por meio de algoritmo das empresas, como o esforço do empreendedor.

comum a todos; (iii) “expectation of profits”; e (iv) “solely from the efforts of others”, hoje entendido como situações em que o sucesso do investimento não dependa da conduta do investidor.

204. Disponíveis em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2019/20190813-4.html>, http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2019/20190813_memorando_ger3_sre_atlas.pdf e <http://www.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0800/deli826.html>. Acessos em: 4 set. 2019.

Uma vez identificados todos os elementos de CIC, a área técnica alertou ao Colegiado da CVM da ocorrência de oferta irregular de valores mobiliários em curso. Nesse sentido, o referido órgão julgador deliberou no sentido de: (i) alertar ao público em geral que as pessoas físicas e jurídicas ligadas à Atlas Quantum não estavam autorizadas a ofertar publicamente valores mobiliários; e (ii) suspender a oferta de valores mobiliários, sob pena de multa administrativa.²⁰⁵

Ainda, mais recentemente, em 1º de outubro de 2019, o Colegiado da CVM realizou as Deliberações nº 830/2019 e nº 831/2019, nas quais suspendeu, sob pena de multa, as ofertas irregulares de CICs cujas remunerações estariam atreladas “à negociação de criptoativos por equipes de profissionais” e “a operações de compra, venda e ‘mineração’ de criptoativos por meio de inteligência humana e artificial”,²⁰⁶ respectivamente.

Esses entendimentos mais recentes do Colegiado podem indicar uma consolidação da tese de que investimentos em criptoativos devem ser enquadrados em CICs, a depender de suas características e da forma como sejam ofertados.

Sendo assim, como conclusão final, o que se observa na prática e militância atuais da CVM nestes temas é uma louvável evolução de sua jurisprudência administrativa, que tem se atualizado em buscar maior clareza sobre o que se enquadra no conceito de valor mobiliário, especialmente no que se refere aos CICs e suas múltiplas facetas.

205. Deliberação CVM nº 826, de 13 de agosto de 2019, publicada no Diário Oficial da União em 14 de agosto de 2019, data na qual entrou em vigor.

206. Disponíveis em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2019/20191001-4.html>, <http://www.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/delio800/deli830.html> e <http://www.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/delio800/deli831.html>. Acessos em: 4 out. 2019.

A ANAC E A SEGURANÇA DOS VOOS NAS FÉRIAS²⁰⁷

Joaquim Falcão²⁰⁸

Para aqueles, muitos, que vão viajar de avião nestas férias, queria convidar para analisar como se comportam seus voos.

Qualquer companhia de aviação tem um objetivo maior: ter lucros para competir, sobreviver e vencer. Continuar no ar. O que é legítimo. Para isto, tem que cumprir com regras da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Sobretudo as de segurança de voo. O que é obrigatório.

Mas o que acontece quando as companhias aéreas não conseguem lucro, ou pouco lucro? Óbvio. Tentam aumentar a produtividade. E quando não conseguem?

Tentam, então, mudar a regulamentação do setor. Por motivo simples. Não existe regulamentação grátis. Ou neutra. Qualquer

207. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 3 janeiro de 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-anac-e-a-seguranca-dos-voos-nas-ferias-03012020. Acesso em: 12 fev. 2020.

208. Membro da Academia Brasileira de Letras. Professor titular de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Educação pela Universidade de Genebra e mestre em Direito pela Harvard Law School.

decisão da ANAC impactará nos custos, ou das companhias aéreas ou das passagens.

Aumentam ou diminuem custos. Inevitável. Se diminuir a despesa, aumenta o lucro. E vice-versa.

O objetivo do lobby das empresas de aviação é lutar permanentemente para que a ANAC regulamente pelo menor custo possível e que crie, assim, a maior receita possível para elas.

Foi o que aconteceu este ano de 2019, quando o lobby das empresas de aviação conseguiu que a ANAC mudasse as regras e cobrasse pela bagagem. Aumentou a receita. Aumentou a possibilidade de lucro das companhias aéreas. À custa do passageiro.

Sente-se na sua poltrona e observe as consequências desta decisão da ANAC na hora do embarque.

O argumento para cobrar pela bagagem foi que assim viriam companhias *low cost*, e que isso diminuiria o preço da passagem. Falso ou verdadeiro? Semifalso.

Em alguns trechos, pode ter diminuído por causa de voos mais baratos. Em outras, não. Mas a diminuição do preço da passagem foi devida a uma nova estratégia de marketing: um aumento nas promoções, e a permissão de venda, por preço reduzido, de assentos que potencialmente ficariam vazios.

Qualquer algoritmo faz isto.

Rio-São Paulo-Rio continua, no entanto, com preços caríssimos. Muita vez equivale a um São Paulo-Miami-São Paulo, Rio-Lisboa-Rio. Mais a bagagem. Não entraram as *low cost*.

Os passageiros, então, reagiram. Aumentaram os itens da bagagem de mão que carregam consigo. Em época de férias, então, são, pelo menos, dois, três, às vezes, quatro itens por passageiro. Como controlar?

Para evitar a multiplicação de bagagens de mão que as próprias empresas estimularam, colocaram medidor de tamanho de maleta.

Não funciona. Provavelmente mais da metade das bagagens, ditas agora, de mão, não são mensuráveis.

Se os atendentes forem mesmo medir cada uma, aumentará o tempo do embarque. Tempo é custo. Aumentará a discussão com os passageiros. Imagem é custo. Precisarão de mais pessoal. Pessoal é custo.

Mais ainda, o medidor é para maleta. E para bolsas de braço e mochilas? E pacotes?

Não é inusitado um senhor com uma maleta, uma mochila e uma pasta. Uma árvore de Natal.

A bagagem virou uma permanente cornucópia de receitas. Se você tem, hipoteticamente, direito a duas bagagens de 20 quilos, cada uma, e leva uma de 25 e outra de 15, agora tem que pagar extra de 150 reais pelos cinco quilos que extrapolou na de 25. Antes, não. O cálculo era pelo total: 40 quilos. Nada pagava. Agora, para não pagar, o passageiro tem que viajar com malas de pesos iguais!

Lógico que não devolvem os 150 reais pelos quilos que comprou e não usou. Dois pesos e duas medidas, literalmente.

Mas, pior está por vir. Dentro, nos compartimentos em cima das poltronas, não cabem tanta bagagem de mão. Em geral, começa um empurra-empurra de bagagens espremidas, passageiros disputando espaço.

Aqui vem o perigo. Os comissários, pelos alto-falantes, instruem para que os passageiros coloquem bolsas, sacolas, mochilas e demais objetos debaixo das cadeiras localizadas em sua frente.

Ou seja, no lugar dos seus pés. Lugar embaixo de poltronas cada vez menores. Não foram previstos, desenhados para alojar bagagens.

É um desvio, uso provavelmente ilegal de espaço dentro do avião. É um puxadinho não autorizado.

Será que a ANAC autorizou? Será? Acho que não. Fiscaliza? Acho que não.

Outro dia um comissário foi ao alto-falante dizer de alto bom som: “Não vamos levantar voo com passageiros com malas e mochilas entre as pernas”. Algo está errado.

Pior. Agora os carrinhos de bebês – e nesta época das férias são muitos – são bastante dobráveis. Em vez de irem no compartimento de carga, os pais pressionam para irem nos compartimentos em cima das poltronas. Menos espaço sobra.

Sem falar que nada impede que as sacolas, debaixo dos pés, da poltrona 15C caia ao 15B ou 16C ou 14C. Instala-se o constrangimento entre passageiros. Muita vez discussão. Atrasa o voo.

O que, na verdade, as companhias estão fazendo é vender duas vezes o mesmo espaço: o dos pés e o das mochilas e sacolas.

Menos frequente, mas que aumenta em época de férias, é o fato de passageiro não autorizado entrar na cabine do comandante. Seja funcionário da empresa, de carona e sem uniforme. Seja amigo do comandante. Ou algum pedido especial para ver a aterrisagem.

Seria muito bom se, nestas férias, a ANAC, em vez de criar sistemas de fiscalização, controle limitações, aumentos, menos espaços, constrangimentos, respeitasse mais os direitos dos passageiros.

Ficariamos todos melhores: voos mais pacíficos e mais seguros. A ANAC mais legítima.

PAGAR PARA DESENVOLVER²⁰⁹

Patrícia Sampaio²¹⁰

Rômulo Sampaio²¹¹

Em 2019, o governo federal sugeriu que a “taxa” cobrada pelos serviços prestados no Parque Nacional Marinho (Parnamar), em Fernando de Noronha, seria “um roubo”. Tal assertiva, todavia, desconsiderava uma série de variáveis jurídicas e econômicas que desqualificam o adjetivo impropriamente utilizado pelo governo federal. A cobrança de ingresso para o Parnamar é autorizada em contrato de concessão firmado entre a concessionária e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), autarquia federal, após processo licitatório.

O episódio, em todo caso, permite uma reflexão mais profunda acerca do futuro que a sociedade deseja para as suas unidades de conservação (UCs). O pagamento criticado é hoje relevante fonte de renda para o Parque, permitindo que sejam criados e mantidos seus atrativos que, por sua vez, estimulam o turismo na ilha.

209. Artigo publicado, originalmente, no portal FGV, em 21 de agosto de 2019. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/pagar-desenvolver>. Acesso em: 11 fev. 2020.

210. Professora da FGV Direito Rio.

211. Professor da FGV Direito Rio.

Não há almoço grátis: em um cenário de insuficiência de recursos públicos disponíveis para as UCs, ou se permite que a iniciativa privada mantenha esses espaços e aufera alguma renda, ou eles agonizarão até findarem. Cobranças desse tipo, aliás, não são exclusividade do Brasil. Ocorrem em muitos países e são, particularmente, muito utilizadas nos EUA, país que serve como grande inspiração para o atual presidente da República.

Em termos econômicos, esses valores evitam a tragédia da excessiva exploração do bem público, pelo acesso descontrolado a um ativo natural com capacidade de resiliência limitada, e permitem investimentos no próprio ambiente. Por trás da receita decorrente da cobrança, há hoje um gestor privado que deve manter o Parque e pode obter lucro com a atividade. A extensão da receita decorre da modelagem econômica desenhada pelo próprio governo federal no edital de licitação. Gera-se também emprego e renda para a localidade. Por que não? Viabiliza-se o desenvolvimento sustentável; o único, aliás, possível. O não sustentável nos levará à tragédia do esgotamento.

Fato é que, ao ingresso cobrado para acesso ao Parque Nacional Marinho, não pode ser atribuída a responsabilidade pelo retumbante fracasso da indústria do turismo no Brasil. Nem de longe. O fracasso é da segurança pública, da enorme burocracia estatal que estrangula o empreendedorismo, da falta de educação formal da população (aí incluída a ambiental), da persistente desigualdade social, da elevada carga tributária (que afeta empresários e consumidores dos serviços turísticos) e, como este caso concreto demonstra, da insegurança jurídica que afasta os investimentos privados.

Ao atacar a cobrança, o governo ataca a segurança jurídica da relação de quem acreditou na licitação e firmou contrato com o poder público. Expulsa o investimento privado, cuja atração é, ao menos em teoria, bandeira (meritória) do novo governo.

Também não salva o argumento a alegação de que ela afasta os pobres. Há instrumentos regulatórios distributivos para corrigir eventuais distorções dessa ordem. Aliás, no caso do Parnamar, o acesso ao Parque já é gratuito aos moradores da ilha, idosos e crianças de até 11 anos.

Para além da extinção da referida cobrança, se quiser fazer valer o argumento de ampliação do acesso, terá o governo de intervir também no preço das passagens aéreas, das pousadas e da alimentação na ilha. Este tipo de política é bem conhecido em vizinho próximo logo ao norte do país. Não promove inclusão dos pobres. Relega-os a maior exclusão.

Por isso, em vez de anúncios que em nada contribuem para o desenvolvimento da indústria do turismo natural, que tal focar em políticas de redução de desigualdades sociais, aperfeiçoamento da educação ambiental, garantia de maior segurança jurídica e pública, e fomento ao empreendedorismo? Medidas dessa natureza tendem a ser mais efetivas do que levantar bandeiras genéricas de proibição da cobrança de acesso a parques naturais.

MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: AVANÇOS E RETROCESSOS²¹²

Natasha Schmitt Caccia Salinas²¹³

1. Introdução

Em 28 de abril de 2016, entrou em vigor o Decreto nº 8.726/16, que regulamentou, no âmbito federal, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC). A Lei que disciplinou o MROSC (Lei nº 13.019/14), como se sabe, foi significativamente alterada antes mesmo do início de sua vigência. A morosidade para a conclusão da etapa de inserção do MROSC no ordenamento jurídico, após um

212. Artigo publicado, originalmente, na seção Colunistas do *site Direito do Estado*, em 6 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/natasha-salinas/mecanismos-de-participacao-social-no-marco-regulatorio-das-organizacoes-da-sociedade-civil-avancos-e-retrocessos>. Acesso em: 26 nov. 2019.

213. Professora do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Regulação e do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Doutora e Mestre em Direito pela USP. *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School.

período de quase dois anos entre a promulgação de sua lei originária e a edição de seu regulamento, se deu, dentre outros motivos, pela dificuldade em se construir consensos acerca do papel que as parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (OSC) deve ocupar no cenário de formulação e implementação das políticas sociais no Brasil.

Diante das contingências do processo político, é certo que o MROSC carrega em seu texto não só avanços, mas também alguns retrocessos. Exemplo de temática que consubstancia simultaneamente avanços e retrocessos é a participação na gestão das parcerias entre Administração e OSC.

Uma leitura atenta da lei e regulamento que compõe o MROSC permite identificar três mecanismos principais de participação social na gestão das parcerias: (i) participação dos conselhos de políticas públicas na gestão das parcerias; (ii) participação das OSC no(s) Conselho(s) de Fomento e Colaboração; e (iii) Procedimento de Manifestação de Interesse Social.

As potencialidades e limites desses mecanismos são apresentadas a seguir.

2. Os Conselhos de Políticas Públicas

O primeiro deles, correspondente à participação dos conselhos de políticas públicas na gestão das parcerias entre Administração Pública e OSC, constitui, a meu ver, um retrocesso a modelos institucionais preexistentes. A Lei nº 13.019/14 define o conselho de política pública, em seu art. 2º, IX, como “órgão criado pelo poder público para atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formulação, implementação, acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas”. No contexto do MROSC, no entanto, esta ati-

vidade assume envergadura apenas se estiver relacionada à gestão propriamente dita das parcerias entre Administração Pública e OSC, a qual contempla as atividades de formulação, monitoramento e avaliação destas parcerias. Se, às parcerias entre Administração Pública e OSC, é reservado um papel crucial na realização dos objetivos das políticas públicas, é imperioso que os conselhos de políticas públicas se envolvam, de fato, na gestão destas parcerias.

Esta participação foi restrita, no âmbito do MROSC, aos conselhos que figuram como gestores de fundos setoriais específicos (e.g., Fundo da Criança e do Adolescente, do idoso, da defesa de direitos difusos, dentre outros).

Para além destes fundos, a Lei nº 13.019/14 restringe-se tão somente a garantir a possibilidade de que os conselhos de políticas públicas apresentem propostas à Administração Pública para a celebração de termos de colaboração com OSC. Ao basear-se no caráter vago e genérico da lei, não há nada que distinga esta possibilidade daquela conferida a todo e qualquer cidadão para submeter propostas para a celebração de termos de colaboração por meio de procedimento específico – notadamente, o Procedimento de Manifestação de Interesse Social – analisado neste texto mais adiante.

Enquanto a Lei nº 13.019/14 nada previu sobre regras genéricas de composição das comissões de formação, monitoramento e avaliação das parcerias, o Decreto nº 8.726/16 previu tão somente que as comissões encarregadas destas tarefas devem ser compostas por, pelo menos, um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego público. Em minuta de versão anterior do regulamento federal da Lei nº 13.019/14, a qual fora submetida à consulta pública, previa-se que até um terço dos membros destas comissões poderiam ser compostos por conselheiros de políticas públicas. Este dispositivo, no entanto, acabou não sendo incorporado ao texto do decreto regulamentador. Perdeu-se, portanto, a oportunidade de se garantir um mínimo de

participação aos conselheiros de políticas públicas em etapas cruciais da gestão de parcerias.

É importante que se diga que a omissão destes atos normativos no que diz respeito à representatividade dos conselhos de políticas públicas nas comissões de seleção, monitoramento e avaliação das parcerias representa especialmente um retrocesso ao regime das parcerias celebradas entre Administração Pública e as OSC qualificadas como Organizações da Sociedade Civil para o Interesse Público (“OSICIP”). A Lei nº 9.790/97, que rege os termos de parceria entre Administração Pública e OSICIP, prevê em seu art. 10º, parágrafo primeiro, que a celebração de todo e qualquer termo de parceria deve ser precedida de consulta ao conselho de políticas públicas da área correspondente. Prevê, também, em seu art. 11, que a execução do objeto das parcerias será fiscalizada e avaliada por comissões nas quais o conselho de política pública correspondente também se faça representar.

É certo que, na prática, este regime apresentou-se falho por diversas razões. Uma delas diz respeito ao fato de que os pareceres das comissões de celebração, fiscalização e avaliação dos termos de parceria não possuem caráter vinculante, o que permite ao poder público não os acatar no curso do processo decisório. Além disso, tanto a Lei nº 9.790/97 quanto o Decreto nº 3.100/99, que a regulamentou, não instituíram normas organizacionais e procedimentais que garantissem a representatividade e efetividade da atuação destas comissões. Estes atos normativos não previram consequências tanto para a ausência de representantes dos conselhos de políticas públicas nessas comissões, quanto para a inércia e ineficácia do trabalho dessas comissões. Não raras vezes, parcerias são concluídas sem que haja, de fato, a atuação dessas comissões na análise, controle e avaliação dessas parcerias e, quando há, nem sempre a paridade desses órgãos colegiados é garantida.

A atuação consultiva dos conselhos de políticas públicas na gestão das parcerias foi, portanto, negligenciada no MROSC. Em vez de aper-

feioar o modelo existente, cujas falhas diziam respeito sobretudo à falta de mecanismos que garantissem sua implementação, o MROSC não contemplou este importante mecanismo de participação.

O MROSC previu, na verdade, uma atuação consultiva indireta, ao disciplinar que os conselhos de políticas públicas sejam consultados em etapa prévia à formação propriamente dita das parcerias. Esta etapa corresponde à formulação de políticas e ações propostas pelo Conselho Nacional de Fomento e Colaboração (CONFOCO) – instituição criada pela Lei nº 13.019/14.

3. O Conselho de Fomento e Colaboração

O CONFOCO, cujas funções também poderão ser exercidas por conselhos análogos instituídos a critério dos Estados e Municípios, tem por atribuições a divulgação de boas práticas de gestão de parcerias entre Administração e OSC, bem como o apoio a políticas e ações de fortalecimento do MROSC.

A criação do CONFOCO constitui seguramente um avanço introduzido pelo MROSC. O MROSC acertou ao conferir o status de “política” à gestão das parcerias entre Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil. É apenas a partir de reflexão intensa e permanente sobre questões como “quais parcerias devem ser estimuladas”, “o que se espera das parcerias”, bem como “como deve se dar a relação entre Estado e Organizações da Sociedade Civil” que se construirá um ambiente legítimo, sólido e confiável para a disseminação das parcerias entre Administração e OSC. Abriu-se, portanto, um flanco para que organizações híbridas e paritárias, compostas por representantes da Administração Pública e das OSC, possam atuar conjuntamente na construção de um ambiente favorável ao fortalecimento das parcerias intersetoriais no Brasil.

4. O Procedimento de Manifestação de Interesse Social

Por fim, o MROSC introduziu um mecanismo que também contribui, ainda que de forma incremental, para a construção de uma política de fortalecimento das parcerias entre Administração Pública e as OSC. A Lei nº 13.019/14 introduziu o Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS), que nada mais é do que um mecanismo por meio do qual organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos possam formular os problemas, objetivos e instrumentos que deverão ser objeto das parcerias. A Lei nº 13.019/14 prevê que estas propostas devam apresentar um diagnóstico dos problemas sociais que se pretende solucionar, além de indicar, quando possível, ações alternativas para a solução destes problemas. Trata-se, seguramente, de importante mecanismo de participação social na formulação de políticas públicas cuja implementação deve ser exercida de modo colaborativo entre Administração Pública e as OSC.

Sem dúvida, o PMIS constitui um avanço ao marco regulatório preexistente, já que confere voz a importantes segmentos da sociedade para planejar a alocação e recursos e a definição das ações que serão objeto de parcerias entre Administração Pública e as OSC. Sobre o funcionamento do PMIS, no entanto, cabe um alerta: de todos os mecanismos de participação previstos no MROSC, este é o que, a meu ver, demanda maior necessidade de regulamentação para que possa ser efetivo nos objetivos que propõe.

O Decreto nº 8.726/16, que disciplinou o PMIS no âmbito federal, omitiu-se na definição de questões cruciais sobre o seu funcionamento. Este regulamento referiu-se genericamente à “Administração Pública” como entidade gestora do PMIS. Definições que ainda estão por serem feitas no que diz respeito ao órgão que de fato será encarregado de gerir

tais manifestações de interesse. Não basta, além disso, designar um órgão para gerir os PMIS, mas deve-se sobretudo garantir-lhe estrutura e recursos adequados para o atendimento e processamento das demandas. Embora tenha estabelecido prazo mínimo de 60 (sessenta) dias anuais para que manifestações de interesse social possam ser recebidas e atribua à Administração Pública o dever de motivar suas decisões acerca da conversão ou não de manifestações de interesse em parcerias propriamente ditas, não estabeleceu prazo máximo para que estas possam ser processadas. Como observei em trabalho acadêmico anterior disponível neste *site*,²¹⁴ a ausência de procedimentos claros e precisos que estabeleçam quando a Administração deve se manifestar sobre as demandas que lhe são dirigidas pode, na prática, inviabilizar o atendimento propriamente dito dessas demandas.

As deficiências ou insuficiências do PMIS do âmbito federal devem, portanto, servir como referência para o aperfeiçoamento deste mecanismo, não apenas no âmbito federal, mas sobretudo nos níveis de governo estadual e municipal, onde o espaço para experimentação e inovação tende a ser maior. Além disso, é preciso construir um ambiente institucional adequado para que os mecanismos de participação no MROSC sejam efetivos. Sua previsão legal é indispensável para que haja participação social na gestão das parcerias, porém não surtirá os efeitos almejados se estratégias que garantam sua implementação não sejam construídas.

214. SALINAS, Natasha. Impulsionando a administração a agir: o papel dos prazos administrativos nas leis sobre políticas públicas. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=672>. Acesso em: 13 fev. 2020.

POR UM USO ABRANGENTE DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO BRASIL²¹⁵

*Natasha Schmitt Caccia Salinas*²¹⁶

1. Introdução

Assistiu-se, nas últimas décadas, a um crescente e particular interesse acadêmico e profissional pelo processo de elaboração de atos normativos. Elenco, aqui, dois fenômenos que contribuíram notavelmente para este desenvolvimento.

O primeiro diz respeito à mudança na própria atividade regulatória do Estado. Parte significativa das leis e regulamentos produzidos desde meados do século XXI visam, em essência, a reger políticas públicas. Este tipo de legislação não tem por objetivo principal conferir direitos e atribuir deveres a “sujeitos de direito”, mas, sim, estabelecer diretivas

215. Artigo publicado originalmente na seção Colunistas do site *Direito do Estado*, em 31 de março de 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/natasha-salinas/por-um-uso-abrangente-da-analise-de-impacto-regulatorio-no-brasil>. Acesso em: 26 nov. 2019.

216. Professora do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Regulação e do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Doutora e mestre em Direito pela USP. *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School.

para os “implementadores de políticas públicas”. Leis e regulamentos assumem, portanto, o papel de instrumentos de engenharia social no qual objetivos legislativos, regras de competência, procedimentos de tomada de decisão, regras, princípios e outros tipos de comandos e estratégias regulatórias são inseridas no texto legal visando a um único propósito: realizar os objetivos da política pública legislada. Se o objetivo é produzir atos normativos que viabilizem a realização de políticas, um consenso surge em torno da ideia de que a produção normativa deve seguir ritos e empreender análises que potencializem este papel instrumental da lei.

O segundo fenômeno é decorrente do primeiro. Os novos papéis assumidos pela lei e pelo direito contribuíram para cenários de fragmentação regulatória, instabilidade jurídica, inflação legislativa e interferência entre poderes. Com o advento e transformações do Estado de Bem-Estar Social, a legislação assumiu novos papéis e perdeu seu caráter sistemático, revelando-se insuficiente para tratar de uma realidade altamente cambiante. Surge, assim, uma demanda pela introdução de rigorosos métodos de produção e revisão normativa. Conferir maior racionalidade ao processo de produção normativa passa a ser uma estratégia fundamental para mitigar o caos regulatório.

É neste contexto que surge uma nova e estimulante agenda de pesquisa que tem como escopo central a produção – em vez da interpretação e aplicação – de normas. Nesta agenda, há estudos que se dedicam a analisar os fundamentos da produção normativa, explorando seus limites e potencialidades, por meio de estudos sobre racionalidade e teorias da legislação, aspectos estruturais das leis e regulamentos, impacto do sistema político e da cultura jurídica no desenho legislativo e regulatório, análise comparativa da produção normativa, dentre outros temas possíveis. Há, por fim, estudos voltados para a análise das técnicas de produção normativa propriamente ditas, que incluem análise de impacto regulatório, modalidades de

regulação e seus respectivos instrumentos, tais como objetivos, regras, conceitos jurídicos indeterminados, princípios, procedimentos administrativos, prazos etc.

Neste artigo, restringirei minha análise a uma importante técnica de produção normativa – a Análise (ou Avaliação) de Impacto Regulatório (AIR). AIR é um instrumento que tem, entre os seus objetivos, o de aprimorar a qualidade da produção normativa. Por “qualidade”, entende-se não apenas a observância de critérios como clareza, precisão, generalidade e assertividade dos comandos legais, mas também o preenchimento de requisitos como eficiência e efetividade. As leis e atos normativos em geral são, assim, avaliados não somente em razão de suas características intrínsecas ou internas, mas, sobretudo, em função dos efeitos que produzem na sociedade. Leis e regulamentos “bons”, dentro desta perspectiva, são aqueles que produzem mudanças positivas no tecido social.

É claro que a AIR não é utilizada apenas com o propósito de aprimorar a qualidade da produção normativa. Nos EUA, onde foi originalmente concebida nos anos 1970, a AIR é, antes de tudo, um importante instrumento de controle político da Administração exercido pela Presidência da República. Além do uso político-estratégico da AIR, esta também exerce uma função legitimadora, na medida que submete o ato normativo a um escrutínio mais amplo e obriga o seu formulador a explicitar e documentar os problemas e objetivos que motivaram a produção normativa.

Não farei aqui uma avaliação do uso propriamente dito da AIR. Isto implicaria revisar uma extensa literatura que não só aponta vantagens e indica boas práticas de AIR, mas também problematiza seu uso e expõe suas deficiências metodológicas. Este artigo tem dois objetivos, bem mais modestos: o de apontar o atual estágio de institucionalização da AIR no Brasil, bem como o de defender a extensão do seu uso para todos os tipos de atos normativos.

2. A Institucionalização da AIR no Brasil

No Brasil, a institucionalização da AIR é tarefa ainda inacabada. Enquanto a maioria dos Estados e Municípios desconhece esta ferramenta auxiliar da produção normativa, no âmbito federal, a AIR ainda é exercida de forma assistemática. Isto ocorre não só porque a AIR não é exigida de todos os poderes e órgãos estatais, mas também porque aqueles que a adotam voluntariamente o fazem em caráter sobretudo experimental.

No que diz respeito à atividade legiferante do poder executivo, vislumbram-se atualmente três cenários, a depender do tipo de ato normativo produzido.

Projetos de lei de iniciativa do chefe do poder executivo e decretos presidenciais devem submeter-se ao Decreto nº 4.176/02, que regulamentou a Lei Complementar (LC) nº 95/98. Este decreto introduziu um *checklist* para ser respondido no curso do processo de elaboração normativa e remetido à Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil para análise. Na prática, pude constatar, em estudo empírico anterior, que a referida lista de verificação tem sido respondida de forma eminentemente burocrática, em que não raramente o autor da proposta de ato normativo restringe-se a responder todas as perguntas negativamente, – afirmando, por exemplo, que não há alternativas para resolver o problema que o ato normativo se propõe a solucionar, ou que a proposta de ato normativo não acarreta custos ou não produz impactos econômicos, sociais e ambientais. Estas respostas, no entanto, são apresentadas negativamente, sem nenhuma fundamentação, e – o mais importante – sem que os autores das propostas de atos normativos sejam instados a revisar ou aprimorar tais respostas.

Já no que tange aos atos normativos produzidos pela Administração Direta, nenhum tipo de análise de impacto é, via de regra, adotada. Portarias, resoluções e outros atos normativos produzidos por ministérios e suas respectivas secretarias costumam ser elaborados à revelia de

qualquer metodologia de produção normativa. Estes órgãos produzem um número avassalador de atos normativos, muito superior, em termos numéricos, àquele produzido pela Administração Indireta, e que assume enorme relevância para a estrutura e funcionamento da burocracia. Até recentemente, as normas sobre transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor, que impuseram uma série de ônus e obrigações para estas entidades, eram disciplinadas por atos desta natureza. Uma portaria da Secretaria do Tesouro Nacional disciplinou a matéria até meados de 2008, ao passo que, depois desta data, portarias interministeriais envolvendo as pastas da Fazenda e do Planejamento passaram a reger tais transferências. Estes atos foram produzidos sem a adoção de AIR prévia. O processo que disciplina a formulação de regulamentos deste tipo frequentemente revela-se simplista, genérico, pouco transparente e pouco participativo. Não raramente, tais atos afetam a liberdade e restringem direitos de segmentos importantes da população sem que os problemas e objetivos que ensejaram sua edição tenham sido devidamente explicitados. Por vezes, sequer é dada adequada publicidade de tais atos ao público destinatário afetado, sendo comum o desconhecimento, inclusive por parte dos próprios funcionários da Administração, de quais atos normativos produzidos pelo órgão no qual atuam estão em vigor.

Embora fenômeno semelhante ocorra na Administração Indireta, algumas autarquias em regime especial, especialmente as agências reguladoras, têm paulatinamente incorporado a AIR aos seus processos de produção normativa. É possível afirmar que as agências reguladoras instituídas entre 1996 e 2005 são mais “vacionadas” para a realização da AIR em virtude do seu próprio desenho institucional. As leis e regulamentos que disciplinam a estrutura e funcionamento das agências estabeleceram que a sua produção normativa seria, além de altamente procedimentalizada, transparente, pública e participativa. Tem-se disseminado, portanto, a visão de que as agências reguladoras

possuem um ambiente mais propício e receptivo à realização da AIR. Além da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), primeira agência a adotar AIR no Brasil, agências como Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) desenvolveram projetos pilotos de AIR, com forte apoio institucional do governo federal, por meio do Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação (PROREG). Embora tramitem no Congresso Nacional projetos de lei²¹⁷ que visem a instituir regime único e obrigatório de AIR para todas as agências reguladoras, atualmente, compete a cada agência estabelecer quando e como deve ser utilizada a AIR.

3. Análise de Impacto de Leis *Stricto Sensu*

Tendo em vista que a experiência mais avançada de institucionalização da AIR situa-se justamente na Administração indireta, notadamente naquele segmento da Administração Indireta representado pelas agências reguladoras, a discussão sobre a adoção da AIR na produção de atos normativos pelo poder legislativo – as leis primárias ou leis *stricto sensu* – tem sido negligenciada.

A própria expressão Análise de Impacto **Regulatório** pode gerar a falsa impressão de que a AIR se aplica somente a atos normativos produzidos pela Administração Pública, especialmente aquele segmento da Administração na qual houve expressa delegação de poderes normativos

217. Este artigo foi publicado anteriormente à edição da Lei nº 13.848/19 – Lei das Agências Reguladoras – e da Lei nº 13.874/19 – Lei da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – que tornaram a AIR obrigatória, respectivamente, para as agências reguladoras federais e para todos os órgãos da administração pública federal, seja ela direta ou indireta.

– caso das agências reguladoras. No Brasil, alguns autores referem-se à “regulação” como aquela atividade exercida exclusivamente por agências reguladoras, o que é um equívoco. Uma concepção abrangente de regulação reúne não só atos secundários – elaborados pelo Poder Executivo – como também primários – aprovados pelo poder legislativo. No limite, regulação pode abranger atos e decisões produzidos por atores não estatais – a dita “regulação *soft*”, a qual foge, no entanto, ao escopo deste artigo. Além disso, a regulação abrange não só ações estatais traduzidas sob a forma de normas jurídicas que visam, em última instância, a ditar comportamentos, mas também ações que visam a induzir e estimular indiretamente comportamentos por meio de incentivos econômicos, autorregulação, dentre outras possíveis modalidades de técnicas regulatórias.

Dito isso, não há razão alguma para se defender o uso da AIR apenas para atos produzidos pelo poder executivo. No emaranhado de decisões e atos normativos que oferecem moldura jurídica às políticas públicas, leis e regulamentos são igualmente importantes e, portanto, não há nada que justifique a restrição do seu uso. Como já observado, a AIR não possui apenas as funções de controlar politicamente e conferir legitimidade às decisões produzidas por agentes não eleitos, mas também visa a aprimorar a qualidade – no sentido amplo oferecido acima – de todo e qualquer ato normativo que estruture de forma relevante as políticas públicas.

Tanto é assim que a Câmara dos Deputados e o Senado também vêm realizado projetos-piloto de AIR. A Gestão Estratégica da Câmara dos Deputados substituiu, na divulgação dos seus projetos-piloto, a palavra “Regulatório” por “Legislativo”, mas, em essência, a Análise de Impacto Legislativo desenvolvida em caráter experimental por este órgão não se diferencia da Análise de Impacto Regulatório adotada pelas agências reguladoras.

Câmara, Senado, Presidência da República, Ministérios, Autarquias Comuns, Autarquias em Regime Especial e quaisquer outros órgãos que venham a produzir atos normativos estruturantes das políticas

públicas devem, portanto, analisar prospectiva e, retrospectivamente, os impactos de suas proposições normativas.

As regras estruturantes das AIRs deverão atender às especificidades do tipo de produção normativa de cada órgão legiferante. Deste modo, decisões, por exemplo, sobre quais tipos de normas deverão submeter-se obrigatoriamente à AIR não poderão aplicar-se genérica e transversalmente a todos os poderes e órgãos estatais. Enquanto talvez faça algum sentido adotar o “impacto financeiro-orçamentário” das proposições normativas como critério para a adoção obrigatória de AIR por uma determinada agência reguladora, este mesmo critério pode não ser útil ou recomendável para atos normativos produzidos pelo poder legislativo, que disciplinam as políticas públicas de forma muito mais abrangente e estruturante, muitas vezes sem que isto gere impacto financeiro imediato. Além disso, os diferentes poderes e órgãos estatais são dotados de capacidade institucional muito distintas. A decisão de criação de instituição de apoio para auxiliar determinado órgão ou poder na produção e coleta de informações que subsidiem seus processos de AIR dependerá da capacidade institucional do órgão, bem como da existência ou não de dados, coletados interna ou externamente, diretamente relacionados à política pública em questão.

4. Considerações Finais

Embora a AIR não seja panaceia para a precariedade da produção normativa no Brasil, sua adoção é condição necessária para o aprimoramento das políticas públicas legisladas no país. É preciso, portanto, pensar seriamente a institucionalização da AIR, a qual necessariamente deverá envolver todos os poderes e órgãos cujas decisões afetam o destino das políticas públicas, independentemente da denominação e posição hierárquica que se atribua aos atos normativos por eles produzidos.

PARTE 6

**REGULAÇÃO TRIBUTÁRIA
E O MERCADO DE
PAGAMENTOS**

QUEM PERDE COM O LIMITE DA TAXA DE INTERCÂMBIO?²¹⁸

*Antônio José Maristrello Porto²¹⁹
João Manoel de Lima Junior²²⁰*

Na década de 1980, quando um brasileiro decidia comprar um carro zero quilômetro, se deparava com a seguinte condição de garantia: um ano ou dez mil quilômetros, o que ocorresse primeiro. Hoje, encontramos carros com até cinco anos de garantia e sem limite de quilometragem. Qual foi a regulação que positivamente alterou essas condições de garantia dos carros? Nenhuma. A competição entre as montadoras e o advento de novas tecnologias permitiram essas melhores condições ao consumidor.

Diferentemente do mercado de carros, o mercado de cartões de crédito é considerado, na literatura econômica, um mercado de dois lados.

218. Artigo inédito.

219. Professor da FGV Direito Rio, coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia – CPDE e membro do Conselho Acadêmico do Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional (NEASF) da FGV Direito Rio.

220. Professor Adjunto da Graduação em Direito da FGV Direito Rio. Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ. Mestre em Direito Econômico pela USP. Membro do Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional (NEASF) da FGV Direito Rio.

De um lado, estão as relações entre comerciantes e credenciadores, que são os agentes que fornecem as soluções tecnológicas que permitem a aceitação dos cartões pelos comerciantes (como as amplamente utilizadas “maquininhas” de cartão). do outro, estão os emissores de cartões (em geral, instituições financeiras) que são os agentes que se relacionam diretamente com os titulares dos cartões. Nesse mercado, os comerciantes pagam aos credenciadores uma taxa de credenciamento. De outra parte, os consumidores normalmente pagam aos emissores de cartões uma taxa de manutenção, a anuidade, e recebem incentivos para o uso do cartão na forma de prêmios (redução na anuidade, programas de milhagens, crédito sem juros, além de bens e serviços diversos). O elo entre os dois lados se dá através de uma bandeira, que disciplina a relação entre emissores e credenciadores na forma de um preço, a taxa de intercâmbio, que é paga ao emissor do cartão.

Vem ganhando força no Brasil a discussão sobre um limitador (*cap*) na taxa de intercâmbio. O *cap* da taxa de intercâmbio é, em geral, fundado na ideia de que esta intervenção estatal no mercado de pagamentos seria benéfica aos consumidores, forçando uma redução da remuneração do emissor. Por mais tentadora que seja esta premissa, ela parece, contudo, equivocada. Isso porque as complexidades do mercado de pagamentos, como a existência de dois tipos de usuários finais, a existência de uma cadeia de prestadores de serviços de pagamento que são remunerados por essas taxas e a diversidade entre setores da economia, perfis de clientes e comerciantes que se beneficiam dos serviços de pagamentos são variáveis que se relacionam e ainda são pouco estudadas.

Assim, o mercado de pagamentos depende de um equilíbrio delicado entre a criação de incentivos e a distribuição dos custos entre os prestadores de serviços de pagamento e os usuários finais pagadores e recebedores. Deste modo, as taxas cobradas por todos os prestadores de serviços atuantes ao longo da cadeia devem ser, de um lado, suficiente-

mente baixas para fomentar o amplo uso e aceitação de cartões de crédito e demais meios de pagamento eletrônico, e, de outro, suficientemente altas para fomentar o ingresso de novos agentes com novas tecnologias e processos, promovendo maior concorrência no mercado de pagamentos.

Considerar todos estes elementos do mercado de pagamentos permite sugerir que a imposição artificial de um *cap* da taxa de intercâmbio pode ser potencialmente perniciosa para o que o próprio mercado visa desenvolver, pois pode significar uma interferência externa indevida e estática em um mercado pautado por um equilíbrio dinâmico que resulta das interações contínuas entre os prestadores de serviços de pagamento e deles com os seus diversos tipos de usuários finais – pagadores e recebedores.

Nos países onde o *cap* da taxa de intercâmbio (Austrália e Espanha, por exemplo) foi imposto pela regulação, os consumidores finais dos serviços de pagamento terminaram arcando com o aumento das anuidades dos cartões de crédito e a perda de benefícios decorrentes do uso dos cartões, tais como programas de milhagens e devolução de valores (*cash back*). Este aumento de custos para os consumidores ocorreu porque os emissores de cartões precisaram recompor as perdas decorrentes da limitação da taxa de intercâmbio.

No Brasil, além das consequências negativas citadas acima, uma limitação artificial da taxa de intercâmbio poderia resultar, ainda, na redução da competição no mercado de pagamentos. Assim, o aumento dos custos e a redução dos incentivos econômicos para a permanência e entrada de novos ingressantes neste mercado poderia prejudicar não apenas *players* mais tradicionalmente estabelecidos como poderia representar riscos a muitos modelos de negócios adotados pelas *fintechs*, atores recentes do mercado de pagamentos, uma vez que envolvem a oferta de cartões de crédito sem a cobrança de anuidades ou com fortes programas de benefícios para os titulares dos cartões. As atividades destes agentes econômicos e as ofertas de tais incentivos competi-

vos ficariam afetadas por um *cap* da taxa de intercâmbio. Com isso, corremos o risco de a regulação destruir um cenário competitivo com enorme potencial para provocar mudanças como aquelas ocorridas no mercado de automóveis, mas que ainda está em formação.

Ademais, as instituições financeiras que atuam em diversos segmentos do mercado financeiro poderiam recompor as perdas com o *cap* da taxa de intercâmbio reduzindo os programas de benefícios para titulares de cartão de crédito e cobrando maiores anuidades, juros e tarifas por serviços prestados em outros segmentos do mercado financeiro. Por outro lado, os novos entrantes no mercado de pagamentos teriam o *cap* da taxa de intercâmbio como uma barreira para as suas atividades, ou seja, um dos efeitos negativos do *cap* pode ser a redução da concorrência que começa a existir neste mercado.

Um eventual *cap* da taxa de intercâmbio do cartão de crédito – mesmo imbuído de boas intenções – deveria necessariamente ser submetido a um amplo debate público e especializado. No entanto, a discussão atual sobre esta possível intervenção regulatória na taxa de intercâmbio, até onde pudemos observar, aparenta estar restrita a setores isolados.

Referências bibliográficas

- ROCHET, J. e TIROLE, J. Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations. *Journal of Economics*, v. 33, n. 4, p. 549-570, 2002.
- ROCHET, J. e TIROLE, J. *Two-sided markets: an overview*. Working Paper, IDEI, Toulouse, 2004.
- ROCHET, J. e TIROLE, J. *Two-sided markets: a progress report*. Mimeo, IDEI, University of Toulouse, 2005.

QUATRO PROBLEMAS DO MERCADO DE PAGAMENTOS QUE A REGULACÃO DA TRAVA DE DOMICÍLIO BANCÁRIO NÃO RESOLVEU²²¹

*João Manoel de Lima Junior²²²
José Egidio Altoé Junior²²³*

A regulação da trava de domicílio bancário, por meio da Resolução nº 4.707, expedida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) em dezembro de 2018, que vigorará até 2 de agosto de 2020, quando

221. Artigo inédito.

222. Professor Adjunto da Graduação em Direito da FGV Direito Rio. Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ. Mestre em Direito Econômico pela USP. Membro do Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional (NEASF) da FGV Direito Rio.

223. Mestrando em Direito Público pela UERJ. Bacharel em Direito pela UFRJ. Pesquisador do Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional (NEASF) da FGV Direito Rio.

a realização de operações de crédito vinculadas será regulada pela Resolução CMN nº 4.734, expedida em junho de 2019, deixou de resolver quatro problemas persistentes do mercado de pagamentos brasileiro porque desconsiderou a existência de conglomerados financeiros atuando no setor.²²⁴

Por paradoxal que seja, o primeiro problema que a regulação deixou de resolver foi a implementação da trava de domicílio bancário. Em termos simples, a regulação prevê que as instituições financeiras só podem utilizar como garantia a parcela do fluxo de recebíveis dos estabelecimentos cujos créditos foram antecipados equivalente ao limite do saldo devedor do empréstimo.

Após o alarde em torno do assunto e de uma extensão de prazo para a vigência das normas (de 31 de janeiro de 2019 para 8 de abril de 2019), as instituições financeiras afirmaram não ter conseguido ainda desenvolver seus sistemas para que a trava de domicílio bancário pudesse ser implementada e, por consequência, a regulação entrou em vigor já sendo descumprida. Os agentes do mercado possuem um novo prazo a partir da Resolução CMN nº 4.734/2019: têm até 2 de agosto de 2020, uma vez que a regulação entra em vigor em 3 de agosto 2019, para criar as condições operacionais necessárias ao funcionamento da trava de domicílio bancário.

O descumprimento das normas pode decorrer de duas causas: ou os reguladores deixaram de considerar as condições operacionais para que as instituições financeiras pudessem ter implementado a trava de domicílio bancário antes da entrada em vigor das normas, ou as instituições financeiras estariam resistindo às novas mudanças regulatórias implementadas no setor de pagamentos. De qualquer forma, considera-se importante que os reguladores avaliem, na prática, se as institui-

224. Além da Resolução CMN nº 4.707, de 19/12/2018, foi expedida a Circular BCB nº 3.924, de 19/12/2018, que também vigorará até 02/08/2020, a partir de 03/08/2020, a realização de operações de crédito vinculadas será regulada pela Circular nº 3.952, de 27/06/2019.

ções financeiras atuantes no setor de pagamentos possuem, de fato, as condições operacionais para implementar a trava de domicílio bancário.

A trava de domicílio bancário precisa ser efetivada para o bom desenvolvimento do mercado de pagamentos brasileiro e para que os varejistas possam ter liberdade de movimentar os seus recursos financeiros e os utilizar onde for necessário na condução de seus negócios.

O segundo problema é a inexistência de critérios isonômicos ou parâmetros objetivos que evite que conglomerados financeiros verticalizados, que atuam tanto no mercado de crédito quanto na emissão de cartões de crédito e no mercado de adquirência, utilizem a trava integral do fluxo de recebíveis para constituir sobregarantias excessivas para os seus créditos concedidos na antecipação de recebíveis.

O terceiro problema é a ausência de normas sobre a avaliação de riscos para a contratação de mútuo. Recentemente, instituições financeiras atuantes no mercado de crédito e de pagamentos firmaram Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) se obrigando a tratar estabelecimentos comerciais de forma não discriminatória ao avaliar riscos para contratos de mútuo. Isto porque, segundo informações contidas na investigação do Cade, os conglomerados financeiros avaliavam estabelecimentos que mantinham relações comerciais com credenciadoras independentes de modo discriminatório, inclusive se recusando a acessar a agenda de recebíveis do estabelecimento.

O terceiro problema é relativo à falta de determinação expressa nas novas regras impostas pelo CMN e Banco Central, em que a trava integral do fluxo de recebíveis só pode ser imposta pelas instituições financeiras quando e se o estabelecimento correntista tiver saldo devedor perante a instituição financeira decorrente de empréstimos contratados ou de antecipação de recebíveis. Contudo, vale ressaltar que, apesar da importante lacuna citada acima, as novas regras estipulam procedimentos para a realização de operações de empréstimo garan-

tidas por recebíveis. Por exemplo: o conteúdo mínimo do contrato de operação de empréstimo, as informações que devem ser prestadas às instituições credenciadoras e aos estabelecimentos.

Consta no TCC nº 08700.005211/2018-91 que 6% dos estabelecimentos comerciais que mantinham conta corrente aberta perante a instituição financeira investigada estavam sujeitos à trava integral de seu fluxo de recebíveis sem ter qualquer saldo devedor com a instituição financeira.

Quanto aos dois últimos problemas, os reguladores parecem ter desconsiderado a estrutura concentrada do mercado financeiro brasileiro e a existência de conglomerados financeiros que atuam de forma verticalizada, ou seja, na ponta do crédito e na aquisição. Quanto ao primeiro problema – descumprimento da trava de domicílio bancário – os reguladores se manifestaram expedindo nova regulação: a Resolução CMN nº 4.734/2019. Espera-se que os reguladores dialoguem com as instituições financeiras e investiguem a causa para a inexistência da trava de domicílio bancário para que a nova regulação seja cumprida quando entrar em vigor, em 3 de agosto de 2020.

Referências Bibliográficas

- AKRA, Ana Clara Mello Costa; DUARTE, Henrique de Oliveira. *Estratégia competitiva no mercado de meios de pagamento brasileiro: estudo de caso de uma empresa do setor de aquisição*. Monografia apresentada à Escola Politécnica da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2018.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Evolução do Sistema Financeiro Nacional – dezembro de 2018. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioevolucosfnano/31122018>. Acesso em: 23 mai. 2019.
- JACHEMET, Bruna. *A regulação dos pagamentos eletrônicos: interoperabilidade e desafios jurídicos*. São Paulo: InHouse, 2018.

REGULAÇÃO DE SOCIEDADES PLURIPROFISSIONAIS: UMA RELEITURA DO ISS À LUZ DA DECISÃO DO *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* DE 2016²²⁵

*Gustavo Fossati*²²⁶

1. Introdução

O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) proferiu uma decisão sobre a possibilidade de contratar sociedades com profissionais de diferentes áreas, de modo a viabilizar uma maior concretização da liberdade de profissão e de associação.

225. Palestra ministrada em evento da FESDT – Fundação Escola Superior de Direito Tributário, em Porto Alegre, RS, em 2016.

226. Professor adjunto da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Alemanha. Advogado tributarista e parecerista.

Esta decisão permite fazer uma releitura da problemática ainda existente no Brasil, cuja legislação profissional não permite a reunião de dois ou mais profissionais de diferentes áreas na mesma sociedade profissional, o que também reflete na suposta impossibilidade de gozar do benefício da tributação reduzida do Imposto sobre Serviços (ISS) por profissional habilitado.

A orientação emanada pela Corte alemã permite revisitar os seguintes problemas no contexto brasileiro: podem profissionais de diferentes áreas prestar serviço na mesma sociedade? Caso positivo, isso comprometeria o atendimento de suas respectivas obrigações profissionais? A tributação beneficiada do ISS abrange sociedades pluriprofissionais?

As hipóteses a serem testadas são as seguintes: no Brasil, profissionais de diferentes áreas podem prestar serviço na mesma sociedade, desde que cumpram suas respectivas obrigações profissionais. As áreas não precisam ser necessariamente afins; portanto, é possível uma sociedade entre um advogado e uma médica. A tributação beneficiada do ISS no Brasil abrange sociedades pluriprofissionais, não havendo restrição quanto a isso na lei.

2. Liberdade de Profissão e de Associação

A Constituição Federal brasileira de 1988 (CF) estatui, no art. 1º, IV, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Em paralelo, é garantida a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, CF), e a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (art. 5º, XVII, CF). Estas normas são de inquestionável fundamentalidade entre as demais normas constitucionais e possuem aplicação imediata (§ 1º, art. 5º, CF).

Em conjugação sistemática com estas normas fundamentais, o texto constitucional ainda prevê que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo, por fim, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, CF), sendo assegurado a todos “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (§ único, art. 170, CF).

O STF, na sua jurisprudência anterior à CF/88, entendia que, para se usufruir do tratamento tributário mais favorecido, previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, era necessário a forma pessoal do trabalho profissional, podendo as sociedades caracterizarem-se como unipessoais ou pluripessoais de prestação de serviços.²²⁷ Todos os sócios deveriam ser profissionais habilitados à prestação dos serviços que constituem o objeto social, podendo a sociedade ser uni ou pluriprofissional ou interdisciplinar.²²⁸ Decisão que considera aplicável o benefício do ISS tão somente a sociedades civis constituídas exclusivamente de profissionais de uma mesma categoria, nega vigência ao art. 9º, § 3º, do DL 406/68, pois a lei federal não autoriza esta distinção pretendida pelo fisco municipal.²²⁹

3. A Decisão do Tribunal Constitucional Alemão

O BVerfG decidiu que “a proibição de constituir sociedade, contida no § 59a, 1, item 1, do Estatuto da Advocacia (*Bundesrechtsanwaltsordnung* – BRAO) viola o direito fundamental de liberdade de profissão, quando proíbe advogados de exercer sua profissão conjuntamente com médicos e farmacêuticos, no âmbito de uma sociedade de parceria”.²³⁰

227. AI nº 94.654 AgR, Rel. Min. Aldir Passarinho, 2ª Turma, j. 30/03/1984.

228. RE nº 105.854, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, j. 18/06/1985.

229. RE nº 91.311, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, j. 04/12/1979.

230. 1 BvL 6/13, 1º Senado, j. 12/01/2016.

Entendeu o BVerfG que o § 59a, 1, item 1, do Estatuto da Advocacia (BRAO) é incompatível com o art. 12, 1 da Constituição Federal alemã (GG) e, portanto, nulo, quando proíbe advogados de se associarem a médicos e farmacêuticos em uma sociedade de parceria para o exercício da sua profissão. No caso, o § 59a do BRAO previa que “advogados podem associar-se com outros membros da Câmara dos Advogados e da Câmara dos Advogados de Patentes, com consultores tributários, com contadores e com contabilistas, para o exercício conjunto da sua profissão, no âmbito das próprias atribuições profissionais”.

Historicamente, apenas quando o Superior Tribunal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH), em 4 de janeiro de 1968, afirmou a possibilidade de uma “parceria de escritório” (*Bürogemeinschaft*) entre advogados e consultores tributários, a legislação foi alterada, e as sociedades com consultores e, mais tarde, com advogados de patentes, foi admitida.

O § 30 do Ordenamento Profissional alemão (*Berufsordnung* – BORA) prevê que “um advogado pode associar-se com integrantes de outras profissões compatíveis, conforme o § 59a, 1, da BRAO, para o exercício conjunto da profissão em uma sociedade, ou de outra forma, ou em uma parceria de escritório, se estes outros integrantes respeitarem também, no exercício da sua atividade, a legislação profissional do advogado”. O § 33 do BORA estatui que “enquanto os dispositivos deste ordenamento profissional prever direitos e obrigações do advogado, com vistas à sociedade, como forma do trabalho profissional conjunto, valem estes dispositivos, conforme o caso, para todas as outras formas jurídicas de trabalho profissional conjunto”. O mesmo dispositivo ainda prevê que “no exercício conjunto da profissão, seja de que forma for, todo advogado tem que assegurar que as regras deste ordenamento profissional também serão respeitadas pela organização”.

O § 1, 1, item 1 da Lei de Sociedades de Parceria (*Partnerschaftsgesellschaftsgesetz* – PartGG) possibilita integrantes de profissões

liberais de se associar, em uma sociedade de parceria, para exercer conjuntamente suas atividades profissionais. O § 1, 3, da PartGG prevê que o exercício profissional na sociedade pode ser excluído pelos dispositivos sobre cada profissão; a proibição de sociedade, do § 59a, inc. 1, da BRAO, se insere dentre estes dispositivos.

4. O Caso Concreto

Tratava-se da tentativa de registro de uma sociedade pluriprofissional, entre um advogado e uma médica-farmacêutica. O objeto social previa “o exercício da profissão de advogado, através do sócio Dr. X, e da profissão de médica e farmacêutica, através da sócia Dra. Y”. A sócia médica atuava exclusivamente como parecerista e consultora, não exercendo a medicina na sociedade, muito menos administrando uma farmácia na sociedade.

5. Fundamentos do BVerfG

O BVerfG ressaltou sua jurisprudência anterior, segundo a qual, na garantia do livre exercício da profissão, insere-se também a liberdade de exercer a profissão com integrantes de outras profissões.²³¹ No caso, a intervenção na liberdade de profissão não estava justificada constitucionalmente.

O direito fundamental de liberdade de profissão somente pode ser limitado mediante lei e sob consideração do princípio da proporcionalidade. Inicialmente, vale destacar que, entre as obrigações profissionais do advogado, estão a discricção, a confidencialidade e o

²³¹. BVerfGE 80, 269, 278; 108, 150, 165.

direito de recusar a dar evidências. Estas obrigações são fundamentos da necessária relação de confiança com o mandante. A inobservância destas obrigações é prevista criminalmente (§ 203, 1, item 3, do Código Penal alemão – StGB).

Com muita clareza, o BVerfG sustentou que “a crescente complexidade da vida moderna e das relações econômicas tem, como consequência, que determinadas questões jurídicas frequentemente não podem ser respondidas suficientemente sem o entendimento profissional de outras áreas”, e a demanda pela prestação de serviços pluriprofissionais cresce com esta complexidade.

Em meio às estratégias e riscos assumidos pelos profissionais liberais, “para o sucesso de um escritório de advocacia, pode ser decisivo oferecer auxílio advocatício em áreas especializadas e associar-se com integrantes de profissões estratégicas, visando ao exercício conjunto da profissão”. Diferentemente do que sustenta a OAB brasileira, o BVerfG chancelou a postura comercial dos advogados, a qual não é incompatível com sua profissão.²³²

6. Sociedades Profissionais de Advogados no Brasil

O Estatuto da Advocacia no Brasil (EOAB) prevê que “é vedada a divulgação da advocacia em conjunto com outra atividade (art. 1º, § 3º). Os advogados podem reunir-se entre si, em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia, ou constituir sociedade unipessoal de advocacia (art. 15). O EOAB não admite registro de sociedades com forma ou características de sociedade empresária ou que realizem atividades estranhas à advocacia ou que incluam como sócio pessoa não inscrita como advogado (art. 16).

²³². BVerfGE 117, 163, 183.

A OAB/SP, em 2009, manifestou-se acerca da possibilidade de constituição de sociedade multidisciplinar, congregando sócios contadores e advogados, para a prestação de serviços que envolveriam matérias contábeis e jurídicas.²³³

A entidade ressaltou que o art. 16 do EOAB é de clareza cristalina ao não admitir o registro às sociedades de advogados que “realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar. E, ainda, em seu parágrafo terceiro, proibir “o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que incluam, entre outras finalidades, a atividade de advocacia”.

Decidiu que a pretensão era legalmente impossível, na medida em que (i) a prestação de serviços a ser exercida como atividade da pretendida sociedade não poderá ser objeto de sociedade de advogados, por conter serviços de contabilidade e, pois, estranhos à advocacia, (ii) a sociedade de advogados não pode ter sócio que não seja advogado, e, assim, o contador não poderá constar de seu quadro social, e (iii) mesmo uma sociedade que não seja de advogados não poderá conter como objeto a prestação dos serviços pretendidos, por envolver atividade de advocacia.

7. ISS de Sociedades Profissionais

Parte da tributação das sociedades profissionais pelo ISS permaneceu sendo regulada pelo DL 406/68, notadamente pelas regras previstas nos §§ 1º e 3º do art. 9º, os quais não foram revogados pela legislação superveniente. Preveem os §§ 1º e 3º do art. 9º:

233. LOBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável. (Redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 1987.)

Os dispositivos acima incorporam a regra específica de tributação para as sociedades de profissionais liberais, segundo a qual estas serão tributadas por meio de alíquotas fixas ou variáveis, cujo cálculo pressupõe considerar cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade. De outro lado, o ISS não será cobrado sobre a importância paga a título de remuneração do trabalho.

Assim, um escritório de advocacia não pagará o imposto sob a forma de uma alíquota incidente sobre a sua fatura de honorários, mas, sim, pagará o imposto em valor fixo, calculado em relação a cada advogado engajado na sociedade, seja na condição de sócio, associado ou empregado. Para a maioria dos escritórios de advocacia, este formato representa um verdadeiro benefício tributário quando comparado com o formato tradicional de tributação proporcional, que utiliza uma alíquota fixa sobre o valor dos serviços prestados.

Cumpramos destacar que a regra acima traz como **requisitos** para usufruir deste benefício tributário (i) o trabalho prestado de forma

pessoal pelo próprio contribuinte e (ii) assumindo responsabilidade pessoal com relação ao serviço que presta ao seu tomador. Os dispositivos não trazem como requisito a unipessoalidade da sociedade, tampouco proíbem a pluripessoalidade.

A legislação de alguns municípios brasileiros tem estabelecido como requisito à obtenção do benefício tributário do ISS, que as sociedades sejam integradas por profissionais de apenas uma categoria, não permitindo, por exemplo, a associação profissional entre advogados e contadores, como é o caso da legislação do Município de Porto Alegre.²³⁴

No entanto, os tribunais têm afastado esta usurpação de competência dos municípios que, no afã de restringir o universo de beneficiários da tributação fixa, estipularam regra mais restritiva do que a regra da legislação federal, criando requisito nela não previsto. A situação envolvendo o Município de Porto Alegre é paradigmática.

No caso *Planimec contra Município de Porto Alegre*, o STJ bem decidiu que, para fins de obtenção da tributação beneficiada, a sociedade pode ser pluriprofissional, no caso, composta por advogados e contadores, desde que prestem serviço em caráter personalíssimo e sem intuito empresarial (serviços de consultoria e assessoria).²³⁵ O fato de a sociedade simples ser composta por profissionais de áreas diversas não implica, por si só, a caracterização da sociedade como empresária.

234. A seccional do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-RS) ajuizou mandado de segurança coletivo contra o Fisco de Porto Alegre (RS), pedindo que as sociedades de advogados inscritas no município continuassem a recolher o ISS sob o regime de tributação fixa anual, estabelecida pelo Decreto-Lei nº 406/68 (recepcionado pela CF com status de lei complementar nacional). O STF julgou o caso em sede recursal, fixando a tese jurídica ao Tema 918 da sistemática da repercussão geral: “É inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa em bases anuais na forma estabelecida por lei nacional”. (RE nº 940.769/RS, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 24/04/2019, DJe 11/09/2019).

235. RESP nº 1.512.652/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1. Turma, j. 17/03/2015, DJe 30/03/2015.

No caso *DMW contra Município de Porto Alegre*, decidiu o TJRS que é cabível a tributação fixa (beneficiada) para a sociedade composta por advogados e contadores que prestam serviços de assessoria e consultoria tributária.²³⁶ A conjugação da prestação de serviços contábeis e advocatícios seria até necessária em determinados casos, bastando, para fins de tributação privilegiada, que os sócios tenham habilitação profissional e prestem serviço de forma pessoal. O TJRS concluiu que o fisco municipal exigia critérios não previstos pelo legislador federal.

8. Conclusões

A experiência constitucional alemã traz apontamentos de significativa valia para o enfrentamento da problemática da tributação de sociedades pluriprofissionais pelo ISS no Brasil. O caso julgado pelo BVerfG demonstra que profissionais de diferentes áreas podem prestar serviço na mesma sociedade, desde que cumpram suas respectivas obrigações profissionais, o que se alinha à jurisprudência brasileira apresentada à análise. As áreas não precisam ser necessariamente afins; portanto, é possível uma sociedade entre um advogado e uma médica-farmacêutica. A tributação beneficiada do ISS no Brasil abrange sociedades pluriprofissionais, não havendo restrição na lei federal quanto à composição entre profissionais de diferentes áreas.

236. Caso *DMW x Porto Alegre*, TJRS, AC nº 70050033554, 1ª CC, Rel. Des. Carlos R. L. Canibal, j. 12/12/2012.

REFORMA TRIBUTÁRIA, IGUALDADE E IR NEGATIVO²³⁷

*Gustavo Fossati*²³⁸

1. Introdução

Em julho de 2019, o Governo Federal sinalizou com a proposta de criação do Imposto de Renda Negativo (IR Negativo) em meio às sugestões de propostas de reforma tributária em discussão.²³⁹ Em paralelo, em setembro do mesmo ano, o Governo Federal também noticiou que planejava mudar o Bolsa Família, ampliando o número de beneficiários do programa.²⁴⁰ Em setembro, o Ministro Paulo Guedes afirmou que o Governo pretendia unificar todos os programas sociais no Bolsa Família e conceder IR Negativo a quem

237. Palestra ministrada no II Congresso de Ética Fiscal, realizado na cidade do Rio de Janeiro, em 2019.

238. Professor adjunto da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Alemanha. Advogado tributarista e parecerista.

239. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/coluna/governo-deve-propor-criacao-do-ir-negativo.ghtml>. Acesso em: 13 fev. 2020.

240. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/governo-planeja-mudar-bolsa-familia-para-construir-uma-marca-social-23919812>. Acesso em: 13 fev. 2020.

ganhasse menos do que um salário mínimo, para estimular o beneficiário a sair do Bolsa Família.²⁴¹

As notícias acima revitalizam o antigo problema da igualdade no país, no viés do Estado assistencial. No enfrentamento da desigualdade de renda e da desigualdade social em geral, se o Estado deve ser assistencial, em termos de concessão de prestações financeiras positivas, e, em caso afirmativo, de que forma e em que medida.

A ainda recente decisão do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), de novembro de 2019, confirmou que o Estado possui o dever de garantir o mínimo existencial da pessoa humana, inclusive mediante a entrega de assistência social financeira, de forma mensal, enquanto o cidadão estiver em estado de necessidade financeira, mas que é legítimo que o legislador exija do beneficiário algumas obrigações de cooperação e colaboração.

O problema é antigo, mas deve ser formulado de outra forma: queremos resolver o problema da desigualdade de renda e das desigualdades sociais em geral ou manter o problema como está, para que certa parcela da sociedade continue se aproveitando do contexto da desigualdade? Caso queiramos resolver o problema, qual a forma mais adequada: Bolsa Família, IR Negativo ou outro formato?

2. Imposto de Renda Negativo

O IR Negativo pressupõe um sistema progressivo de tributação da renda da pessoa física, cujo diferencial é a previsão de transferência de dinheiro do Governo para o cidadão, quando este percebe rendimentos abaixo de determinado valor fixado como referencial. Neste

241. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/6426589/itf-pode-arrecadar-ate-r-150-bi-por-ano>. Acesso em: 13 fev. 2020.

caso, quem ganha o valor fixado como referencial – que seria o limite de isenção do IRPF no Brasil – não paga o IR e, também, não recebe qualquer valor do Governo. Quem percebe rendimentos acima deste valor, passa a contribuir para o Estado, pagando IRPF; quem recebe abaixo deste valor, recebe dinheiro do Estado.

Na prática, o mecanismo de transferência financeira é implementado dentro da sistemática do IRPF, podendo ser administrado pela própria Receita Federal. É um formato que explicita mais claramente um dos papéis do contribuinte do IRPF: ajudar quem ganha abaixo da faixa de isenção ou quem não recebe rendimentos. O IR Negativo reforça o caráter da justiça distributiva insito à capacidade contributiva na tributação progressiva da renda da pessoa física.

3. Renda Básica

Este formato implica o pagamento **incondicional** de um determinado valor. A intenção é munir o cidadão com determinada quantidade de recursos financeiros, de modo a lhe proporcionar uma capacidade econômica mínima, viabilizando sua participação ativa no mercado como consumidor.

Mais recentemente, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em maio 2017, publicou o relatório *Basic income as a policy option: can it add up?*, abordando “uma ideia antiga, que atrai renovada atenção”.²⁴²

A RB, que pressupõe a transferência incondicional de dinheiro, exigiria, inevitavelmente, aumento da tributação e redução das deduções existentes. O relatório da OCDE aponta que alguns grupos já

²⁴². OECD (2017). *Basic income as a policy option: can it add up?* Policy Brief on the Future of Work. OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://www.oecd.org/employment/future-of-work>. Acesso em: 14 nov. 2019.

assistidos pelo Estado sofreriam perdas se os benefícios atuais fossem substituídos por uma RB. Qualquer tentativa de reforma deveria vir em estágios, demandando debates constantes acerca do seu financiamento, que é um problema objetivo e de difícil equalização em qualquer orçamento público.

A OCDE relata diferentes experimentos: o *Alaska Permanent Fund* distribui parte das receitas do petróleo estatal a todos os seus residentes, de forma *per capita*; o *US negative income tax* contou com experimentos nas décadas de 1960 e 1970; o Canadá vivenciou o *MIN-COME Programme*; na Suíça, houve uma proposta para alterar a Constituição Federal e conceder a todos o direito à uma renda básica em um patamar que possibilitasse viver uma vida digna, mas a proposta foi rejeitada em um referendo em 2016, por 77% contra 23%; na Finlândia, dois mil desempregados receberam uma renda básica de EUR 560 por mês desde janeiro de 2017; na França, foram apresentadas diferentes variantes de RB, mediante a substituição dos benefícios de assistência social por uma RB em um patamar sensivelmente maior do que o total dos valores da assistência social para uma pessoa; nos Estados Unidos, *Elon Musk* afirmou, durante uma entrevista à CNBC em 2016, que “há uma chance muito boa de que a gente termine com uma renda básica universal ou algo semelhante, devido à automação”.

Mas, enfim, a RB reduziria a pobreza? Os pesquisadores da OCDE estão convencidos de que haveria ganhos efetivos pelos mais pobres, mas os beneficiários atuais da previdência e da assistência social cairiam abaixo da linha de pobreza. Aposentados em determinados países (Finlândia, Itália, França, Reino Unido) perderiam valores se os benefícios fossem substituídos por uma RB modesta, e as famílias de baixa renda beneficiárias de assistência social ficariam em situação pior com uma RB.

O modelo traz consigo inequívoca simplicidade administrativa, mas carrega a reboque um significativo risco de reduzir os incentivos ao tra-

balho nas famílias com renda do trabalho. Por outro lado, nas famílias de baixa renda, os incentivos ao trabalho seriam maiores com a RB.

A OCDE vislumbrou que o elemento-chave pressupõe benefícios vinculados à **participação ativa na busca por trabalho e medidas de integração ao mercado de trabalho**. A proposta de uma “renda de participação”, na linha do defendido por *Atkinson*.²⁴³ Esta proposta pressupõe uma RB independente da renda ou situação familiar, mas concedida apenas a quem tem algum trabalho ou está procurando um trabalho ou engajado em alguma atividade social efetiva (assistência social, voluntariado, educação etc.).

A OCDE concluiu que uma RB incondicional requer receitas adicionais substanciais e não reduziria significativamente a pobreza atual. Uma RB mais generosa pode levar as pessoas a trabalhar menos. Como alternativa, caberia exigir condições moderadas para o recebimento, na linha do sustentado por *Atkinson*.

4. Caso Alemanha - Assistência Social Condicionada

A Alemanha trabalha há décadas com o **relatório do mínimo existencial**. Sua fundamentação jurídica advém de decisões do Tribunal Constitucional alemão, cujo entendimento sinaliza que o contribuinte, após pagar o IR, deve poder dispor de um valor que seja capaz de fazer frente às despesas necessárias à manutenção da sua vida e da sua família.²⁴⁴ A “necessidade mínima”, reconhecida inicialmente no âmbito do Direito Assistencial, é a **grandeza de medida** a ser utilizada para o mínimo existencial na seara do IR.²⁴⁵

²⁴³. A. B. ATKINSON. The Case for a Participation Income. The Political Quarterly Publishing, 1996.

²⁴⁴. BVerfGE 87, 153, 169.

²⁴⁵. BVerfGE 87, 153, 170 s.

O Código de Direito Social alemão (SGB XII) prevê que o mínimo existencial compreende necessidades básicas, que englobam especialmente despesas referentes a alimentação, vestuário, higiene pessoal, utensílios domésticos, energia elétrica residencial e necessidades pessoais do diaadia; despesas típicas com educação e lazer dos filhos; despesas com moradia; despesas com aquecimento. Adicionalmente, são incluídas despesas com **seguro-saúde** para doença e invalidez.

Os valores compreendem uma parcela básica, uma parcela referente ao aluguel, uma parcela referente ao aquecimento residencial e uma parcela voltada para as despesas com os filhos. O valor básico perfaz **424 euros/mês** (solteiros) e **764 euros/mês** (casais); aluguel, **289 euros/mês** (solteiros) e **444 euros/mês** (casais); **aquecimento, 51 euros/mês** (solteiros) e **71 euros/mês** (casais); despesas com os **filhos**, na média, o valor básico de **288 euros/mês** (dentre outras despesas).

5. A Decisão do Tribunal Constitucional Alemão

Como princípio geral, o “seguro-desemprego” é concedido àqueles que estão à procura de emprego e que, portanto, cumprem com as chamadas obrigações de cooperação ou colaboração (*Mitwirkungspflichten*). Em decisão de novembro de 2019, o BVerfG confirmou a obrigação do Estado de garantir o mínimo existencial humano, inclusive sob a forma assistencial pecuniária. No entanto, o beneficiário deve se esforçar e cumprir com algumas obrigações, sob pena de ter o seu benefício reduzido em 30% (*Leistungsminderung*).

A legislação social alemã prevê que o beneficiário capaz viola suas obrigações, quando, em que pese tenha recebido notificação de descumprimento das condições do benefício, não cumpre o acordo de

percepção do benefício, se recusando a aceitar uma (razoável) oferta de trabalho, de formação ou qualquer outra oportunidade de relação de trabalho, sem apresentar e comprovar qualquer justificativa substancial para a recusa. A consequência jurídica para o descumprimento é a redução, em uma primeira fase, de 30% do valor básico do benefício. Por ocasião de uma segunda violação, o valor básico é reduzido em 60%. Por fim, para cada violação reincidente, o benefício cai por completo. A duração da redução é de três meses.

No caso concreto, o *Jobcenter* – repartição responsável pela intermediação das ofertas de trabalho – impôs inicialmente a sanção de redução de 30% do valor básico, após o beneficiário – um estoquista – ter recusado uma oferta de trabalho intermediada pelo *Jobcenter*, sob a justificativa de que não teria interesse neste segmento, mas, sim, gostaria de se candidatar a alguma vaga no comércio. Após o *Jobcenter* ter oferecido uma oportunidade de um estágio probatório no ramo do comércio, e ele não ter aproveitado, o *Jobcenter* reduziu seu benefício básico em 60%. A questão foi levada ao Tribunal Social e terminou no Tribunal Constitucional alemão.

A Corte entendeu que (a) o legislador pode prever a concessão de prestações assecuratórias da existência apenas para os cidadãos que não puderem garantir sua existência com meios próprios; (b) o legislador pode impor aos beneficiários obrigações razoáveis de colaboração ou cooperação visando à superação das causas que o levaram à assistência social, podendo sancionar a violação a estas obrigações, reduzindo os benefícios; (c) tendo em vista o rigoroso efeito sancionatório previsto, a legislação pertinente está sujeita a um rígido controle de proporcionalidade; (d) como resultado prático, a redução de 30% do valor básico é legítima; (e) a redução de 60% não é legítima, muito menos o corte por completo dos benefícios. O Tribunal chama a atenção para a possibilidade de se justificar a retirada dos benefícios, na situação em que o beneficiário recebe uma

oferta de um trabalho razoável, apta a lhe garantir sua subsistência, mas a recusa, sem uma justificativa relevante.

Observa-se que a obrigação estatal assistencial financeira é condicionada minimamente, até onde o Estado possa exigir, de forma proporcional, do cidadão, que aceite ofertas razoáveis de trabalho ou de cursos de formação ou aperfeiçoamento, visando a retirá-lo do estado de necessidade. O beneficiário não poderá ficar esperando pelo seu “emprego dos sonhos”, sob pena de ter o seu benefício reduzido ou até mesmo cortado, na situação extrema em que não apresenta qualquer justificativa relevante para a recusa à oferta de trabalho intermediada pelo *Jobcenter*.

7. Conclusões

Há, no mínimo, três formatos de transferência financeira, visando à redução das desigualdades sociais gerais e das desigualdades de renda: o Imposto de Renda Negativo (IR Negativo), a Renda Básica (RB) e a Assistência Social Condicionada (ASC). As três alternativas estão ligadas à pergunta relativa à forma ou ao meio a ser adotado para se resolver o problema das desigualdades sociais gerais e de renda.

A experiência brasileira demonstra que os responsáveis pelas decisões tocantes às escolhas das políticas públicas voltadas à resolução destes problemas de desigualdade ainda não decidiram a pergunta central: o Brasil quer mesmo resolver o problema da desigualdade ou quer seguir permitindo que determinados setores e agentes econômicos continuem tirando proveito da desigualdade?

Seja qual for o formato escolhido, é certo que a transferência financeira direta não resolve o problema da desigualdade – e não é este o seu objetivo. Por outro lado, a assistência social via transferência financeira representa um **eficiente mecanismo subsidiário**, de partida,

para a iniciativa do cidadão. Trata-se de um meio para proporcionar as condições mínimas existenciais ao beneficiário, para que ele possa, a partir de então, sair para o mercado, procurando oportunidades de trabalho ou de qualificação.

A exitosa experiência alemã demonstra que é dever do Estado assegurar, de forma subsidiária, o mínimo existencial humano, inclusive mediante assistência financeira direta, desde que condicionada a uma coparticipação efetiva mínima do cidadão. Isso porque o objetivo último da assistência é – e deve ser – retirar o cidadão da condição de necessidade ou dependência estatal tão logo possível, de modo que ele possa desenvolver sua personalidade livremente, de forma autônoma e independente.

A decisão do Tribunal Constitucional alemão reforça a advertência quanto à necessidade de impor obrigações de colaboração ou cooperação ao beneficiário assistido, de modo que ele se engaje ativamente nos esforços tendentes a retirá-lo da condição de necessitado e passe a integrar ou reintegrar a força de trabalho no mercado tão logo possível.

A previsão de sanções proporcionais à gravidade e à eventual reincidência das infrações relativas ao descumprimento das obrigações do assistido é mecanismo necessário à garantia da eficiência de todo o sistema social assistencial, não configurando, a priori, qualquer violação à garantia do mínimo existencial.

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: PROBLEMAS DA INTERFERÊNCIA TRIBUTÁRIA NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO E CRÍTICAS À OBRIGATORIEDADE DE CNPJ PARA AS SCPS²⁴⁶

*Foão Pedro Barroso do Nascimento*²⁴⁷

*Lucas Germano*²⁴⁸

*Marcela Reis*²⁴⁹

*Fulia Rezende*²⁵⁰

*Maria Sanches*²⁵¹

*Miguel Barros*²⁵²

246. Artigo publicado, originalmente, em *IBET* – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; *JOTA*, em 6 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/sociedade-em-conta-de-participacao-problemas-da-interferencia-tributaria-no-direito-societario-e-criticas-a-obrigatoriedade-de-cnpj-para-as-scps/>. Acesso em: 13 fev. 2020.

247. Advogado. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da FGV Direito Rio. Doutorando e mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pós-Graduado em Direito Empresarial, com concentração em Direito Societário e Mercado de Capitais, pela FGV Direito Rio. Graduado em Direito pela PUC-Rio.

248. Graduando da FGV Direito Rio.

249. Graduanda da FGV Direito Rio.

250. Graduanda da FGV Direito Rio.

251. Graduanda da FGV Direito Rio.

252. Graduando da FGV Direito Rio.

1. Introdução

Em meio a calorosas discussões na disciplina “Direito Societário Avançado”, na Graduação da FGV Direito Rio, futuros tributaristas e societaristas encontram dilema capaz de unir estas áreas do direito corporativo, qual seja: **Em que medida é desejável que haja interferências tributárias no Direito Societário?**

Antes que o leitor critique a amplitude da discussão, apresentamos o recorte temático que nos levou a essa análise: **Trata-se de reflexão sobre a obrigatoriedade de inscrição das Sociedades em Conta de Participação (SCPs) no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).**

Nesse sentido, a partir da conceituação das SCPs, este artigo busca demonstrar que a interferência tributária no direito societário pode levar à imposição de obrigações juridicamente incongruentes, capazes de desnaturar o tipo societário sob análise.

De plano, esclareça-se que as SCPs são reguladas pelos art. 991 a 996 do Código Civil (CC) de 2002. Nas SCPs, o sócio ostensivo exerce a atividade empresarial, sem qualquer firma social ou nome empresarial, sendo que o sócio participante não assume riscos, direitos e/ou obrigações perante terceiros.

Ainda que as SCPs apresentem diversos traços especiais em relação às demais sociedades tipificadas no Direito Brasileiro, a característica que, neste artigo, merece particular atenção é a falta de personalidade jurídica das SCPs, conforme o *caput* do art. 993 do CC. A SCP não possui relevância no plano externo da sociedade, produzindo efeito, em regra, tão somente entre as partes contratantes (*i.e.*, sócio ostensivo e sócio participante).

Apesar de a SCP ser tratada como **sociedade** perante o CC, no Brasil e no mundo, as principais características desta entidade des-

personificada a aproximam mais de **contrato**, do que propriamente sociedade. A este respeito, nos termos dos arts. 45, 985 e 1.150 do CC, a SCP está dispensada de registrar e/ou arquivar atos constitutivos no registro competente.

Sendo assim, não há maneira lógica ou juridicamente correta de se conceber a SCP como Pessoa Jurídica.

2. O Decreto-Lei nº 2.303/86 e sua Incongruência com o Direito Societário

Não obstante a impossibilidade de se conceber a SCP como pessoa jurídica, desde a edição do Decreto-Lei nº 2.303/86, as SCPs vem sendo equiparadas às pessoas jurídicas para fins tributários, ainda que tenham sido concebidas como entes notadamente despersonificados pelo CC/02. Essa consideração trouxe por consequência a instituição de alguns principais atos normativos da Receita Federal, que foram as Instruções Normativas nºs 1.470/14, 1.634/16, 1.700/17 e 1.863/18, as quais cuidaram de equiparar as SCPs às demais pessoas jurídicas para fins tributários.

Em consequência ao tratamento tributário atribuído às SCPs, passou-se a considerar que tais sociedades possuem capacidade passiva tributária.²⁵³ Além disso, se a Sociedade não estiver cadastrada no CNPJ, a Receita Federal poderá determinar sua inscrição de ofício, muito embora a este respeito não exista previsão de penalidades severas em caso de não inscrição. Porém, se houver fiscalização sobre a SCP ou sobre rendimentos dos sócios e a sociedade não estiver ins-

253. Recurso Especial nº 193690 / PR, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, julgamento em 04/06/2002, DJ 07/10/2002.

crita no CNPJ, isso poderá dar ensejo à desqualificação das distribuições feitas aos sócios como lucros isentos, de modo que poderiam ser tributados como rendimentos.

A este respeito, a inscrição da SCP no CNPJ tem como finalidade possibilitar a segregação das contas da SCP na contabilidade do sócio ostensivo, inclusive para fins de fiscalização, o que atua como espécie de separação patrimonial entre o que é do sócio ostensivo e o que é da SCP. Sobre este ponto, a Solução de Consulta COSIT nº 202/19 confirma que tributos incidentes nas operações próprias do sócio ostensivo devem ser apurados separadamente dos devidos pela SCP.

Ora, ao fixar existir separação patrimonial entre o que é do sócio ostensivo e o que é da SCP, tal disposição distorce este instituto societário, descaracterizando uma de suas características mais marcantes: a ausência de personalidade jurídica. Isso porque referida separação patrimonial assinala uma distinção que, no fundo, inexistente, haja vista que é o sócio ostensivo quem arca, na prática, com o ônus tributário da atividade econômica exercida.

Vale ressaltar que a Instrução Normativa RFB nº 1.700/17, em seu art. 6º, fixa ser dever do sócio ostensivo a apuração dos resultados pelo recolhimento do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Assim, dizer existir separação patrimonial na SCP traduz-se em verdadeira confusão sobre o real funcionamento do tipo societário em nota.

Atualmente, de acordo com o cenário que vige em nosso sistema, em face da equiparação das SCPs às pessoas jurídicas, o efeito colateral é a sua sujeição ao IRPJ, à CSLL, ao PIS e à COFINS. Sem a aludida equiparação às demais pessoas jurídicas, tal problemática inexistiria, nem sequer poder-se-ia distinguir o que é apurado pelo sócio ostensivo e o que é pela SCP.

Portanto, sendo o sócio ostensivo quem assume a responsabilidade de suportar os ônus tributários, inexistente distinção patrimonial entre o que é do sócio ostensivo e o que é da SCP. Justamente em face desses pontos é que a equiparação das SCPs a pessoas jurídicas não encontra fundamento jurídico sustentável diante da previsão de que as SCPs são entes despersonalizados.

3. Problema Posto: Quais São as Possíveis Lições?

Diante de tudo o que já foi abordado, é possível perceber que a legislação brasileira ainda não encontrou um modelo ideal para a tributação das SCPs, levando-se em consideração sua característica *sui generis*.

Como essas sociedades não possuem personalidade jurídica, parece não fazer sentido que sua tributação ocorra em decorrência da inscrição no CNPJ, que se destina justamente a realizar o cadastro e mapeamento das entidades dotadas de personalidade jurídica. Nesse sentido, acreditamos que o país poderia se inspirar nos modelos adotados por países ao redor do mundo, visando a criação de seu próprio modelo de tributação que faça sentido com as peculiaridades das referidas sociedades.

No direito português, por exemplo, as SCPs são denominadas associações em participação,²⁵⁴ não recebendo a denominação de “sociedade” justamente por se tratar de um contrato em que há associação de duas ou mais pessoas ligadas a uma atividade econômica exerci-

254. “No plano legislativo, o Código Civil italiano regulou as *associazioni in partecipazione* fora do Título V, que cuida das sociedades, sendo que também em Portugal é a associação em participação tratada como contrato distinto do de sociedade.” (SCALZILLI, João Pedro e SPINELLI, Luís Felipe. Reflexões sobre a sociedade em conta de participação no direito brasileiro. *Revista Empresarial*, 12. ed., 2010, p. 18.)

da por um sócio (ostensivo), que se obriga a prestar contribuição de natureza patrimonial.²⁵⁵

As SCPs portuguesas estão disciplinadas nos arts. 21 a 31 do Decreto-Lei português nº 231/81 e não gozam de caráter societário ou constituem ente jurídico, ou seja, não são personificadas. Nada obstante, os rendimentos auferidos pelos sócios possuem natureza econômica semelhante a dos lucros no sistema português.

Quer dizer, os rendimentos tanto do sócio ostensivo quanto do sócio oculto são tributados por meio da declaração de Imposto de Renda de cada um dos sócios participantes da SCP. No caso do sócio ostensivo, seus rendimentos estão sujeitos à tributação por meio do IRS (Imposto sobre Rendimento das Pessoas Singulares, o equivalente ao Imposto de Renda brasileiro). É importante ressaltar que os valores desembolsados pelo sócio ostensivo em decorrência de perdas não podem ser deduzidos de seu rendimento.

Quanto ao regime de tributação do sócio oculto, nas hipóteses de pessoa física, seus rendimentos “líquidos” – após o pagamento do sócio ostensivo – também são tributados por meio do IRS, cabendo a ele a retenção na fonte do tributo. Já nos casos de pessoa jurídica, os rendimentos são sujeitos à IRC (Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas), e o art. 20.3 do Código do IRC determina que “não concorre para a formação do lucro tributável do associado, na associação à quota, o rendimento auferido da sua participação social correspondente ao valor da prestação por si devida ao associado”.

Assim, conforme anteriormente assinalado, tomando-se como pressuposto o fato de que as SCPs são decerto um contrato e, por

255. Tribunal Judicial da Comarca de Leira – 5 Juízo Cível. Processo nº 499/11.OTBLRA.C2. Relator: Min. Arthur Dias. Data de Julgamento: 09/09/2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/3dda4e0f316030380257d55003c1ddd?OpenDocument>. Acesso em: 11 set. 2019.

força do CC, um ente despersonalizado, acredita-se que sua equiparação aos demais tipos societários desnatura o aludido instituto.

Longe de se propor a solucionar de forma definitiva o problema, o que se sugere no presente artigo não é a simples importação e transmutação de institutos estrangeiros ao ordenamento jurídico brasileiro. De modo diametralmente oposto, a intenção é a de fomentar o debate jurídico, para que o legislador pátrio, compreendendo o problema posto, e inspirado nas soluções de direito comparado, possa formular uma solução jurídica que não desnature o instituto da SCP.

CPMF: TRIBUTO EFICIENTE, MAS AMORAL²⁵⁶

Gustavo Fossati²⁵⁷

I. Introdução

O Governo Federal planejava realizar sua reforma tributária também através de uma “nova CPMF” – Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, havendo projetado, inclusive, que sua versão atual de um imposto sobre transações financeiras (ITF) poderia arrecadar até R\$ 150 bi por ano (*Valor Econômico* de 9 de setembro de 2019). A reintrodução da CPMF viria acompanhada da promessa da desoneração definitiva da folha de pagamentos, como uma forma de agradar aos empresários brasileiros. Em que pese a CPMF esteja agora praticamente fora da agenda da reforma tributária do Governo Federal, bons profissionais ainda a sustentam enfaticamente, seduzidos pelo

256. Artigo publicado, originalmente, no portal *JOTA*, em 5 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cpmf-tributo-eficiente-mas-amoral-05102019>. Acesso em: 8 out. 2019.

257. Professor adjunto da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Alemanha. Advogado tributarista e parecerista.

seu potencial de simplificada e eficiente arrecadação, aliado à possibilidade de se combater, ao menos em parte, a lavagem de dinheiro. No entanto, a CPMF deve ser arquivada de vez, visto que incide sobre quaisquer movimentações financeiras, inclusive sobre pagamentos, desrespeitando o princípio da capacidade contributiva e a própria lógica fundamental de toda a tributação.

2. Eficiência x Capacidade Contributiva

A CPMF foi introduzida pela Lei nº 9.311/1996, tendo sido cobrada até 31 de dezembro de 2007.²⁵⁸ Considerava-se movimentação ou transmissão de valores e créditos e direitos de natureza financeira qualquer operação liquidada ou lançamento realizado por instituição financeira, bancos e caixas econômicas, que representasse circulação escritural ou física de moeda, e de que resultasse ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos. A contribuição incidia sobre diferentes modalidades de depósitos, empréstimos, pagamentos e sobre o lançamento e qualquer outra forma de movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. A alíquota era de trinta e oito centésimos por cento. O produto da arrecadação da contribuição era destinado ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde, ao custeio da Previdência Social e ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

O argumento econômico da eficiência, que gravita em torno da CPMF ou do ITF, pode seduzir inadvertidamente a população, devendo, portanto, ser esclarecido. A eficiência, enquanto princípio, tem sua origem na Ciência das Finanças, e se traduz em um ideal a ser buscado pelo legislador e pelo administrador tributário, especial-

²⁵⁸. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9311.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

mente através da simplificação da legislação tributária e da redução das despesas da administração tributária. Enquanto a eficiência da tributação é um fim, a simplificação da legislação tributária é um dos meios para se alcançar este fim. Não é por menos que a palavra de ordem na reforma tributária do consumo (Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS e Imposto sobre Serviços – ISS) é a simplificação (através do Imposto sobre o Valor Acrescentado – IVA).

Um tributo como a CPMF, olhado apenas sob o viés da eficiência, é inquestionavelmente eficiente para a arrecadação tributária. Incide, de regra, sobre qualquer forma de movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira: depósitos, empréstimos, pagamentos e lançamentos diversos, de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos. Em outras palavras: valor que caiu ou passou pela conta bancária, pagou CPMF. Em que pese a alíquota seja baixa, seu potencial arrecadatório é enorme, dado que aumenta exponencialmente com o número de contas bancárias no país e com os diferentes lançamentos que são nelas efetuados diariamente. Sob esta perspectiva, esta forma de tributação realiza, ao menos em parte, a justiça distributiva, quando divide entre todos os correntistas no país uma parte significativa do ônus do financiamento solidário da saúde pública, da Previdência Social e do combate à pobreza.

No entanto, o argumento econômico da eficiência deve ser ponderado com os princípios constitucionais que norteiam a política fiscal, notadamente com o princípio da tributação isonômica com base na capacidade contributiva. Este princípio se estrutura sobre o fundamento maior de que a tributação deve incidir sobre as possibilidades econômicas do cidadão, manifestadas tecnicamente através da renda, em três momentos possíveis: sobre a renda auferida, sobre a renda acumulada (propriedade) e sobre a renda despendida (consumo).

A renda é o indicador de riqueza por excelência e que, nesta condição, melhor se adequa à tributação. Tanto que a nossa Constituição Federal prevê como princípio fundamental de todo o Sistema Tributário Nacional o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual, “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Esta capacidade econômica é manifestada através da renda do cidadão, seja quando ele a recebe, seja quando ele a acumula ou a consome. Este pensamento não é novo: está presente em Adam Smith, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Constituição de Weimar.²⁵⁹

3. Tributo Amoral

Um tributo como a CPMF ou o ITF ignora, por completo, toda a lógica da tributação sobre a capacidade contributiva. De regra, não questiona a origem dos valores, dos créditos e dos direitos de natureza financeira, limitando-se, indiscriminadamente, a incidir sobre “tudo o que vê pela frente”. Em princípio, pode vir a ser uma técnica de tributação razoavelmente eficiente, que alcança inclusive a renda do tráfico de drogas e valores objeto de lavagem de dinheiro. No entanto, nunca se olvide que os operadores destes setores já estão acostumados a não transitar com estes valores nas contas bancárias, especialmente em virtude da já conhecida atuação do Conselho

259. A. Smith, *Wealth of Nations*, Bk. V, Ch. II, Pt. II, p. 350; Art. 13 – *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 16 set. 2019; Art. 134 – *Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei*. Disponível em: <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

de Controle de Atividades Financeiras (COAF). De todo modo, um tributo como a CPMF ignora por completo o cidadão, tributando inclusive seus pagamentos, em uma ânsia arrecadatória desenfreada e sem parâmetros. Trata-se de um tributo amoral.

Recentemente, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou o relatório *Tax Morale – What Drives People and Businesses to Pay Tax?* (11 de setembro de 2019).²⁶⁰ A Organização ressalta, entre outras conclusões, que a moral tributária deve ser compreendida a partir de relações dinâmicas entre confiança, facilitação e cumprimento da lei. A confiança deve ser alcançada por meio de um sistema tributário visto como justo, equitativo e previsível, o que inclui transparência, clareza e facilidade no cumprimento da lei tributária. Além disso, uma administração tributária mais orientada para atender e servir ao cidadão, em vez de ser voltada unicamente para fazer cumprir a lei tributária, ajudou as autoridades fiscais na Suécia a aumentar a confiança dos cidadãos no governo, a moral tributária e consequentemente o *compliance* fiscal.

É hora de buscar confiança e aceitação na sociedade, como uma condição necessária para a própria legitimidade. Como a reforma tributária sairá de um jeito ou de outro, mais cedo ou mais tarde, cabe ao Governo Federal aproveitar este momento e buscar confiança e aceitação na sociedade, levando seus cidadãos a sério, considerando, com respeito e justiça, suas reais possibilidades econômicas de arcar solidariamente com as despesas do Estado. A CPMF ou o ITF, definitivamente, não é o caminho a ser trilhado rumo a este destino, em que pese o já anunciado potencial arrecadatório. Mais do que nunca, talvez seja hora de reduzir o tamanho do Estado e as despesas públicas. Isso, sim, alcançaria imediata aceitação.

260. Disponível em: http://www.oecd.org/tax/tax-morale-f3d8ea10-en.htm?utm_source=Ades-tra&utm_medium=email&utm_content=Read%20more&utm_campaign=Tax%20News%20Alert%2011-09-2019&utm_term=demo. Acesso em: 16 set. 2019.

Referências Bibliográficas

- ALEMANHA. Constituição de Weimar. Disponível em: <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9311.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.
- FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 13 fev. 2020.
- FRANÇA. Tax Morale – What Drives People and Businesses to Pay Tax? Disponível em: http://www.oecd.org/tax/tax-morale-f3d8ea10-en.htm?utm_source=A-destra&utm_medium=email&utm_content=Read%20more&utm_campaign=Tax%20News%20Alert%2011-09-2019&utm_term=demo. Acesso em: 13 fev. 2020.
- SMITH, Adam. Wealth of Nations, Bk. V, Ch. II, Pt. II.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica Georgia
e impresso em papel offset, no ano de 2020.

Os últimos anos foram desafiadores para estudiosos do Direito. As instituições foram exigidas até o limite de suas competências, e reformas legais com profundo impacto no país foram aprovadas pelo Congresso Nacional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi inovada com reflexos em burocracias estatais e na aplicação da lei por milhares de magistrados em instâncias inferiores do Judiciário. A política também foi profundamente transformada, com intensidade que não se via desde a redemocratização. Para compreender o papel do Direito e das instituições nesse intrincado contexto, foi organizada a obra “Estado, Justiça e Sociedade: Reflexões sobre as Instituições e o Direito”. O livro é formado de importantes reflexões originalmente publicadas pelos principais jornais e portais de notícias do país, produzidas no calor dos acontecimentos, justamente para que cada grande episódio do Direito e da política nos últimos anos recebesse a devida análise no momento em que seu entendimento era mais necessário. Esta obra também é representativa de como a FGV Direito Rio identifica sua missão institucional. Os 56 artigos que a integram são exemplos da tentativa constante de contribuir com a reflexão sobre os desafios e as mudanças no Direito. Entre viradas jurisprudenciais e inovações regulatórias, debruçar-se sobre o momento é desafiador, mas também imprescindível.

