

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
CARLOS HENRIQUE MARTINS LIMA

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União
SANDRA LIA SIMÓN

Câmara Editorial – CED

Ministério Público Federal

ANDRÉ BATISTA NEVES
Procurador da República

ANTONIO DO PASSO CABRAL
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

CAROLINA VIEIRA MERCANTE
Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

RICARDO JOSÉ MACEDO BRITTO PEREIRA
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar

RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS
Procurador de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER
Promotor de Justiça

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA
Procuradora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 15 – Número 48 – julho/dezembro 2016
Edição Comemorativa BC 15 Anos
Brasília-DF



Boletim Científico
Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>
Site: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2016. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica – Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica – Revisão

Carolina Soares dos Santos

Preparação de originais e revisão de provas

Carolina Soares dos Santos, Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles,
Bárbara Coelho de Souza, Sarah Agapito dos Santos

Assessoria Técnica – Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Sheylise Rhoden

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 15, n. 48, jul./dez., 2016

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União - 15 anos

Um espaço plural e democrático, que congrega e divulga trabalhos, reflexões e pensamentos sobre o Direito e sua interação com outros setores do conhecimento humano, frente a um universo pós-moderno e desafiador, eis a proposta do Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.

ROBERTO CARLOS BATISTA

Promotor de Justiça do MPDFT,
Boletim Científico ESMPU, Brasília,
a.1, n.1, out./dez., 2001.

Em nome da Câmara Editorial, tenho a honra de apresentar mais uma edição do *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, este importante instrumento de veiculação e incentivo da produção intelectual dos temas de interesse dos ramos do MPU.

O rol destes assuntos é tão vasto quanto a realidade para e com a qual trabalhamos. E esta edição reflete claramente isso. Trata-se de uma excelente amostra da qualidade e da vitalidade do pensamento de membros e servidores do Ministério Público.

Anelise Becker, Fernanda Amorim Almeida Oliveira, Tailine Fátima Hijaz, Alcebíades Galvão César Filho e Primonata Silva Brilhante Telles apresentam-nos interessantes estudos de Direito Penal, que variam do Direito Penal Econômico ao Direito Penal Ambiental.

Patrick Salgado Martins discorre sobre uma importante questão prática, com a qual, não raro, se deparam aqueles que se veem investidos da função eleitoral, ao passo que Ana Carolina Amâncio de Araújo trata da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil.

Bernardo Leôncio Moura Coelho e Pedro Augusto Ferraz Brenna discutem relevante questão, que abrange tanto o Direito Sanitário quanto o Direito Ambiental Laboral.

Finalmente, Paula Carolina Silva Rezende versa sobre tema que está na ordem do dia: a terceirização, vista a partir da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Em um jantar feito em homenagem a Albert Einstein, Bernard Shaw, outro gigante do conhecimento humano, lembrou que “a ciência nunca resolve um problema sem levantar dez outros”*. Dessa forma, espero que a leitura desta edição do ano em que se celebram os 15 anos do *Boletim Científico ESMPU* seja capaz não apenas de informar, mas também de provocar novas reflexões aos nossos leitores.

ANDRÉ LUIZ BATISTA NEVES

Procurador da República. Membro da Câmara Editorial da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

* HOLROYD, Michel. Albert Einstein, universe maker. *The New York Times*, Nova York, 14 mar. 1991. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1991/03/14/opinion/albert-einstein-universe-maker.html>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

Direitos Fundamentais

A emissão de CAT nos casos de depressão decorrentes do ambiente de trabalho doente

Bernardo Leôncio Moura Coelho e Pedro Augusto Ferraz Brenna 13

Terceirização na jurisprudência do TST: evolução e perspectivas diante das iniciativas do Legislativo e da atuação do STF

Paula Carolina Silva Rezende 35

Novo Código de Processo Civil

O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil

Ana Carolina Amâncio de Araújo 67

Reflexões de Direito Penal

Notas sobre a classificação penal da captura de peixes ameaçados de extinção

Anelise Becker 81

Críticas à extinção da punibilidade dos crimes tributários em razão do pagamento do tributo

Fernanda Amorim Almeida Oliveira 95

A abolição da pena de morte em estados norte-americanos no período de 2007 a 2013

Alcebíades Galvão César Filho e Primonata Silva Brilhante Telles 129

A importância do *compliance* para a efetivação de medidas anticorrupção no contexto da sociedade de risco e do Direito Penal Econômico

Tailine Fátima Hijaz 155

Direito Eleitoral

A competência do Procurador Regional Eleitoral para decidir sobre negativa judicial de arquivamento dos crimes eleitorais

Patrick Salgado Martins 193

Direitos Fundamentais

A emissão de CAT nos casos de depressão decorrentes do ambiente de trabalho doente

Bernardo Leôncio Moura Coelho

Procurador do Trabalho. Especialista em Direitos Coletivos pela ESMP/SP e em Direito Público pela UnB. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG.

Pedro Augusto Ferraz Brenna

Analista Processual no Ministério Público do Trabalho. Assessor de Gabinete.

Resumo: O ambiente de trabalho como um elemento inseparável do contrato de emprego deve oferecer ao trabalhador as condições completas para o desenvolvimento do seu trabalho, caso contrário danos físicos ou psicológicos a pessoas envolvidas podem acontecer. O ambiente de trabalho saudável é baseado na Constituição Federal, especialmente nos arts. 5º, inciso X; 7º, inciso XXII; 170; 93; e 196. No Brasil, em 2014, de acordo com os dados oficiais, 222 mil pessoas foram afastadas do trabalho devido a perturbações mentais, o que representa um aumento anual de cerca de 36%. No entanto, a realidade desses trabalhadores é muito difícil porque a maioria deles não consegue obter assistência do Estado. A partir de uma investigação em Inquérito Civil, olhamos para o assédio moral em um ambiente de trabalho bancário. Nesta investigação, concluímos que é necessária a Comunicação de Acidente de Trabalho, em conformidade com o art. 22 da Lei n. 8.213/1991. A dificuldade reside no fato de que não é responsabilidade da empresa a decisão pelo reconhecimento do acidente de trabalho. A análise final, nos termos da legislação protetiva, é devida à Seguridade Social.

Abstract: Work environment as an indissoluble element of the contract of employment should offer to a worker the full conditions for the development of his labour, otherwise physical or psychological damage to people involved can happen. The healthy work environment is based in the Federal Constitution, especially in Articles 5, line X, 7, line XXII, 93, 170, and 196. In Brazil, in 2014, according to the official data, 222 thousand people were removed away from work due to mental disorders, representing an annual increase of about 36%. However, the reality of these workers is very tough because their majority cannot obtain State assistance. From an investigation of Civil Inquiry, we faced to moral harassment in a banking environment. In this investigation we concluded that it is necessary the issue of Work Accident Communication, in accordance with article 22 of the Law 8.213/91. The difficulty lies in the fact that it is not the responsibility of the company to decide for the recognition of the work accident. The final analysis, under the terms of the protective legislation, is due to Social Security Office.

Palavras-chave: Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT). Assédio moral. Depressão. Doença profissional. Acidente profissional. Meio ambiente de trabalho.

Keywords: Work Accident Communication. Moral harassment. Depression. Occupational disease. Occupational accident. Working environment.

Sumário: 1 Introdução. 2 O assédio no ambiente de trabalho bancário. 3 Da caracterização da doença profissional como acidente de trabalho. 4 Aplicações do Direito Comparado e de normas internacionais. 5 Conclusões.

1 Introdução

O ambiente de trabalho, como elemento indissociável do contrato de trabalho, deve proporcionar aos trabalhadores as plenas condições para o desenvolvimento de seu labor, sob pena de resultar em danos físicos e psíquicos aos envolvidos.

O ambiente de trabalho saudável encontra sua justificação na Constituição Federal, basicamente nos arts. 5º, inciso X; 7º, inciso XXII; 93; 170; e 196.

Nos exatos termos da legislação nacional, para todo caso de acidente de trabalho deverá ser emitida a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), sendo a doença profissional, qualificada como a que se adquire por força do trabalho desempenhado, equiparada ao acidente de trabalho.

A comunicação tem como finalidade os controles estatísticos e epidemiológicos pelos órgãos responsáveis. Para o empregado, objetiva a assistência acidentária do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Segundo dados oficiais, em 2014, no Brasil, 222 mil pessoas foram afastadas por transtornos mentais, representando um crescimento anual da ordem de 36%. Entretanto, a realidade é muito dura para esses trabalhadores, pois a maioria não consegue auxílio do INSS.

Para William Azevedo Dunningham, professor da Universidade Federal da Bahia,

[...] há evidências que se apoiam em dados científicos robustos de que a precarização das condições de desempenho laboral das classes trabalhadoras ocorridas nas últimas décadas joga um relevante papel no aumento da ocorrência dos transtornos ansiosos e de estresse, em âmbito mundial. (O TRABALHO..., 2015, p. 17).

Pesquisa realizada pela Universidade de Brasília em parceria com o INSS revelou que 48,8% dos trabalhadores que se afastam por mais de 15 dias do trabalho sofrem com algum transtorno mental, sendo a depressão o principal deles (O TRABALHO..., 2015, p. 21).

A partir da condução de uma investigação sobre assédio moral em uma instituição bancária brasileira, em sede de Inquérito Civil, nos confrontamos com uma realidade que nunca havia composto nossas investigações profissionais.

A denúncia discorria sobre a conduta da instituição bancária de sujeitar os seus empregados a assédio moral para a realização de atos tendentes ao atingimento de metas, além da prática de atos ilícitos buscando a persecução das metas de produção.

Especificamente no ambiente de trabalho dos bancários, revelou-se, por meio de minuciosa ação fiscalizatória, que os empregados se encontravam sob frequente assédio de seus superiores, sofrendo constantes ameaças de descomissionamento e despedidas.

O assédio moral não constitui o objeto principal de nossas investigações, mas não é possível adentrar no tema da obrigatoriedade de emissão de CAT sem que seja analisado o meio ambiente de trabalho doente no sistema bancário nacional.

2 O assédio no ambiente de trabalho bancário

Sem a devida atenção de seus comandantes, o ambiente de trabalho bancário pode criar situações insustentáveis para os empregados, que passam a sofrer na pele, na carne e na mente os efeitos mais funestos e devastadores do assédio.

O assédio moral coletivo, também chamado de assédio moral organizacional, decorre da tortura psicológica atual e continuada, consubstanciada em terror de ordem pessoal, moral e psicológica, praticada contra os empregados que são submetidos a situações humilhantes e vexatórias no âmbito da empresa. Pode ser exercido pelo superior hierárquico, por grupo de empregados do mesmo nível e até pelos subordinados contra o chefe, ou seja, é possível ocorrer em sentido vertical, horizontal e ascendente, e tem como fito tornar insuportável o ambiente de trabalho, obrigando os assediados a tomarem a iniciativa, por qualquer meio, do desfazimento do contrato de trabalho.

Como bem ressalta Márcia Novaes Guedes:

O assédio moral e o *straining* não são apenas as duas mais modernas formas de violação dos direitos humanos no ambiente de trabalho,

mas o resultado da ruptura nos moldes do totalitarismo com a tradição filosófico/religiosa que tinha no ser humano o paradigma histórico axiológico, centro de todos os valores. O psicoterror no trabalho viola a intimidade, a mais elementar manifestação da espontaneidade. Interessante recordar o motivo pelo qual Hannah Arendt, no início do século XX, lutava para fazer com que a intimidade integrasse o catálogo dos direitos humanos. Segundo ela, uma das características da ruptura totalitária é a promoção da desolação, que impede a vida privada, exacerba o desenraizamento e torna difícil o pensamento. (GUEDES, 2007).

O estresse causado pelo trabalho é conhecido como estresse ocupacional e pode ser definido como:

[...] um estado crônico de desgaste físico e mental para e pelo trabalho. Todos nos estressamos, nas situações mais diversas, mas, em condições normais, cessada a causa, suspendem-se os efeitos fisiológicos e psicológicos do estresse. A gravidade do estresse ocupacional reside justamente na sua permanência diária. O local de trabalho, o ritmo das tarefas e o relacionamento interpessoal tornam-se fatores que diariamente renovam as emoções que ensejam o stress. Biologicamente o stress se manifesta como um estado de alerta mental e corporal ante uma situação que escapa aos padrões normais de convivência. (FONSECA, 2003, p. 673).

O contrato de trabalho, que tem por objeto o trabalho do ser humano, é instrumento que possui duas perspectivas principais e convergentes. Uma, para a empresa, que busca o lucro. Outra, para os trabalhadores, que buscam meios de realização material para sua manutenção com dignidade.

Nessa intrínseca e difícil relação, os direitos fundamentais tais como a valorização do trabalho e do trabalhador não podem ser relegados, assim como a sua dignidade. Dentro de seu poder diretivo, as empresas submetem-se a controle que visa, respeitado o direito de buscar o maior lucro, à manutenção e à efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Exageros devem ser evitados e coibidos, em termos de exigências e de discriminação, pois o lucro não pode justificar todo e qualquer tipo de cobrança

e de comportamento profissional, atrelando o dia a dia do empregado a resultados, a metas difíceis de serem atingidas, em desproporção com o que seria razoavelmente tolerável.

Como descrito por Márcia Novaes Guedes (2008, p. 30), “o assédio moral é um abuso no local de trabalho, de forma maliciosa, não-sexual e não-racial, com o fim de afastar o empregado das relações profissionais, através de boatos, intimidações, humilhações, descrédito e isolamento”.

Diversos estudos acadêmicos já foram conduzidos para demonstrar que o clima de assédio no sistema bancário é praticamente sistêmico, não havendo exceções a serem indicadas.

Os tribunais trabalhistas também enfrentam essa questão, podendo pontuar algumas decisões para exemplificar o ambiente de trabalho bancário. Vejamos alguns casos extraídos do sítio do Tribunal Superior do Trabalho, em seu *link* de notícias¹.

O Banco Santander foi condenado a pagar indenização por danos morais a uma bancária que se sentiu humilhada e constrangida, pois, em reunião do gerente regional com os subordinados, foi instigada a alcançar as metas fixadas pelo banco “nem que fosse necessário rodar bolsinha na esquina”.

O Banco Bradesco foi condenado pelo assédio moral sofrido por uma funcionária que era chamada de “imprestável” pelo supervisor. Com base nos depoimentos das testemunhas, comprovou-se o assédio sofrido pela trabalhadora, o que gerou a reparação.

O Banco ABN AMRO Real S/A foi condenado porque o superior humilhava e ofendia uma funcionária perante seus colegas ao cobrar o cumprimento das metas estabelecidas pelo banco, chamando-a de “burra”, tratamento ofensivo à dignidade inerente à trabalhadora.

No Banco do Brasil (BB), um empregado sofreu violência psicológica extrema enquanto estava doente. O assédio moral causou

¹ Disponível em: <<http://tst.jus.br/noticias>>. Acesso em: jul. 2016.

ao empregado prejuízos significativos, resultando em seu pedido de demissão. O banco recusou os atestados médicos apresentados pelo homem e o encaminhou para o INSS. Diante de tanta pressão, o empregado acabou retornando ao trabalho, quando foi informado de que havia sido remanejado para quadro suplementar, com atribuição de tarefas de maior esforço físico e perda de vantagens. Tudo para forçá-lo a pedir demissão, pois pretendia-se colocar um empregado com salário inferior em seu lugar. Ao final, não aguentando mais as perseguições, ele pediu demissão para receber a aposentadoria da PREVI.

Segundo a decisão, “a conduta do banco, portanto, configura assédio moral, porque exerceu sobre o reclamante uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e frequente, durante um tempo significativo, comprometendo seu equilíbrio emocional, o que resultou no seu pedido de demissão”, concluiu o julgador, ressaltando que a conduta patronal violou direitos personalíssimos do reclamante. Principalmente o direito fundamental ao trabalho digno, à vida saudável, ao bem-estar e à integridade física e psíquica. “A conduta banqueira reputa-se ilícita e atrai a sua responsabilidade civil, nos termos dos artigos 186 e 927 do CC”, finalizou, condenando o banco a pagar indenização por dano moral no valor de R\$ 50 mil (Processo n. 0001539-39.2010.5.03.0067 - AIRR).

Outra empregada do Banco do Brasil, vítima de assédio moral por parte do gerente de uma agência em Cuiabá-MT para cumprir metas, receberá indenização. Ela informou que sofria pressões por parte do gerente e de seus prepostos para atingir metas determinadas pelo Banco do Brasil. A empregada relatou que o gerente a tratava de forma autoritária e desrespeitosa. Tais tratamentos lhe causaram profundo desgosto íntimo, que culminou em sério comprometimento de sua saúde psíquica, levando-a a se afastar do trabalho. As testemunhas ouvidas no processo indicaram que o gerente do banco, ao cobrar as metas, constrangeu e ofendeu verbalmente a trabalhadora, extrapolando os limites do poder diretivo, criando um clima de tensão extrema e de insegurança permanente. Para o relator do recurso no TST, ministro

Alberto Bresciani, a sujeição a tais práticas compromete a imagem da empregada perante os colegas de trabalho, desenvolvendo um sentimento negativo de incapacidade profissional, incumbindo ao empregador respeitar a consciência do trabalhador, zelando por sua saúde mental e liberdade de trabalho, abstendo-se de práticas que importem exposição a situações vexatórias e degradantes (Processo n. 143400-27.2008.5.23.0002 - RR).

O Banco do Brasil foi condenado ainda ao pagamento, por dano moral coletivo, de uma multa de R\$ 600.000,00 por não ter investigado denúncias de assédio moral em dependências da instituição em todo o País, entre elas a retirada de comissões e a discriminação contra portadores do vírus HIV. Foram trazidos aos autos dados de oito processos trabalhistas de diversas regiões do Brasil contra o BB em que se comprovou o assédio moral. Na apuração, verificou-se que o problema ocorria em várias unidades do banco e que a direção não adotava as medidas disciplinares necessárias para impedir o assédio moral. O ministro Lélío Bentes destacou que “uma empresa de grande porte tem que manter o controle de seus funcionários, principalmente dos que exercem cargos diretivos” (Processo n. 50040-83.2008.5.10.0007 - AIRR).

Tais exemplos demonstram um ambiente de trabalho completamente inóspito, com total desleixo dos superiores na verificação e no acompanhamento das situações descritas pelos empregados.

Esta introdução se fez necessária para a compreensão do fenômeno do assédio moral. A partir de agora, pretendemos demonstrar como esse tipo de conduta empresarial gera danos à saúde física, emocional e mental dos empregados.

3 Da caracterização da doença profissional como acidente de trabalho

Considera-se acidente do trabalho aquele decorrente da prestação do serviço, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou

temporária, da capacidade para o trabalho (art. 2º da Lei n. 6.367, de 19.10.1976).

A doença profissional ou do trabalho foi equiparada ao acidente de trabalho, considerada como inerente ou peculiar a determinado ramo de atividades e constante de relação organizada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (art. 2º, § 1º, I, da Lei n. 6.367/1976), ostentando essa condição mesmo que não exista inclusão na relação, considerando-se que resultou de condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente (art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.367/1976).

Da mesma forma, o art. 20 da Lei n. 8.213/1991 admite como formas de acidente do trabalho a doença do trabalho e a doença profissional, sendo esta decorrente de condições especiais em que o trabalho é realizado, enquanto aquela tem sua origem na própria atividade exercida.

Ainda de acordo com a Lei n. 8.213/1991, em seu art. 21-A, é reconhecido o acidente do trabalho quando a perícia médica do INSS declarar a existência de nexo técnico epidemiológico entre a atividade praticada e a entidade mórbida que deu origem à incapacidade, independentemente de sua previsão em relação do Ministério do Trabalho e Emprego.

Finalmente, o art. 21 da Lei n. 8.213/1991 prevê uma série de formas equiparadas ao acidente do trabalho.

O Ministério da Saúde do Brasil também reconhece esta relação entre ambiente de trabalho e doença quando pontua que:

A adoção de novas tecnologias e métodos gerenciais facilita a intensificação do trabalho que, aliada à instabilidade no emprego, modifica o perfil de adoecimento e sofrimento dos trabalhadores, expressando-se, entre outros, pelo aumento da prevalência de doenças relacionadas ao trabalho, como as LER/DORT; o surgimento de novas formas de adoecimento mal caracterizadas, como o estresse e a fadiga física e mental e outras manifestações de sofrimento relacionadas ao trabalho. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001, p. 19).

Entende-se que

[...] as consequências do assédio moral na saúde dos trabalhadores não se limitam ao aspecto psíquico, mas invadem o corpo físico, fazendo com que todo o organismo se ressinta das agressões. Mesmo em seu estágio inicial, têm repercussão direta na vida familiar, no relacionamento social e na relação com seu ambiente de trabalho. (FRANCO; FERREIRA; LEAL, 2007, p. 67-68).

Concluem as autoras que

[...] os primeiros sintomas do assédio moral são o estresse e a ansiedade, que acontecem como forma de defesa do organismo à situação de agressão. A apreensão da vítima perante os ataques, o medo de cometer falhas, de ser repreendido ou demitido agravam o quadro de sua saúde até que o estresse se transforma em depressão grave e muitas vezes irreversível. (FRANCO; FERREIRA; LEAL, 2007, p. 67-68).

Diante disso, ocorrido qualquer evento que se enquadre em uma dessas previsões concernentes ao acidente do trabalho, entre as quais a doença provocada pelo trabalho, há necessidade de emissão de CAT.

De acordo com o art. 22 da Lei n. 8.213/1991, *in verbis*:

A empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º (primeiro) dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário-de-contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.

Caso não o faça, incorrerá na multa administrativa prevista no art. 286 do Decreto n. 3.048/1999:

Art. 286. A infração ao disposto no art. 336 sujeita o responsável à multa variável entre os limites mínimo e máximo do salário-de-contribuição, por acidente que tenha deixado de comunicar nesse prazo.

§ 1º Em caso de morte, a comunicação a que se refere este artigo deverá ser efetuada de imediato à autoridade competente.

§ 2º A multa será elevada em duas vezes o seu valor a cada reincidência.

§ 3º A multa será aplicada no seu grau mínimo na ocorrência da primeira comunicação feita fora do prazo estabelecido neste artigo, ou não comunicada, observado o disposto nos arts. 290 a 292.

Ressalta-se que a emissão de CAT é uma consequência imediata da ocorrência do acidente do trabalho, sendo devida ainda que haja dúvida por parte da empresa sobre a existência ou não do acidente.

Nesse sentido, esclarece a desembargadora aposentada Iara Alves Cordeiro Pacheco, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que:

[...] no caso das doenças ocupacionais (equiparadas a acidente típico) a obrigação de emissão da CAT existe, ainda que haja somente suspeita de acidente, como preconiza o art. 169, da CLT: “Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho”. (PACHECO, 2011, p. 519).

Da mesma forma se dá em relação ao acidente do trabalho decorrente donexo técnico epidemiológico previsto no art. 21-A da Lei n. 8.213/1991. Nesses casos, a existência ou não do acidente do trabalho será avaliada pelo médico perito do INSS, não cabendo à empresa fazer tal exame. Essa é a previsão do art. 337 do Decreto n. 3.048/1999, *in verbis*: “o acidente do trabalho será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do INSS, mediante a identificação do nexo entre o trabalho e o agravo”.

Assim, caso a empresa tenha dúvida ou discorde da existência de acidente do trabalho, não possui a discricionariedade de não emitir a CAT. Deverá fazer a comunicação de qualquer forma, podendo, caso seja de seu interesse, defender administrativamente perante o órgão previdenciário a inexistência do nexo técnico epidemiológico, de acordo com o § 7º do art. 337 do Decreto n. 3.048/1999, *in verbis*: “a empresa poderá requerer ao INSS a não aplicação do nexo técnico epidemiológico ao caso concreto mediante a demonstração de inexistência de correspondente nexo entre o trabalho e o agravo”.

Também a jurisprudência já admitiu que cabe apenas ao órgão previdenciário o reconhecimento do nexo técnico epidemiológico. Vejamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - SUSPEITA DE LER/DORT - EMISSÃO DE CAT - OBRIGATORIEDADE - PRESUNÇÃO DE NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO ENTRE AS DOENÇAS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS CONSTANTES DO REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DA DECISÃO - DANO MORAL COLETIVO.

1. Ação civil pública ajuizada pelo MPT com o objetivo de atribuir à instituição financeira obrigações de fazer relacionadas à emissão de CAT em caso de suspeita de LER/DORT. Tutela inibitória de caráter genérico, envolvendo a proteção de interesses coletivos decorrentes de normas imperativas de proteção à saúde, de fruição de benefício previdenciário e de tratamento não discriminatório, que se caracterizam como interesses sociais indisponíveis dos trabalhadores, legitimando, portanto, a atuação do MPT (arts. 127 e 129, III, CF). Ademais, possível a atuação ministerial inclusive para tutela de interesses individuais homogêneos (arts. 127 e 129, IX, da CF c/c arts. 1º e 90 do CPC e art. 21 da LACP). Precedente do E. STF (RExt 213.015-0).

2. Em caso de suspeita de LER/DORT, é obrigatória a emissão de CAT pela instituição bancária, pois a competência para aferir a existência de nexo técnico entre a doença e o labor é do órgão previdenciário (art. 169 da CLT c/c art. 337 do Dec. 3.048/99 e item 8 da IN 98/2003 do INSS).

3. Presume-se o nexo técnico epidemiológico entre as doenças e as atividades econômicas elencadas no Regulamento da Previdência, sendo do empregador o ônus da prova quanto à não caracterização da doença ocupacional (inovação legislativa decorrente da MP 316, de 11.08.06, convertida na Lei 11.430/06 que acrescentou o artigo 21-A à Lei 8.213/91 e da nova redação dada ao artigo 337 do Dec. 3.048/99 pelo Dec. 6.042/2007).

4. Previsão regulamentar de reconhecimento objetivo de nexo causal entre a maioria das doenças classificadas como LER/DORT e a atividade laboral em bancos múltiplos (art. 337, § 1º, do Dec. 3.048/99 - Lista B do Anexo II).

5. Abrangência nacional da decisão da ação civil pública (artigo 103 do CDC).

6. Indenização no valor de R\$500.000,00 pelo dano moral coletivo configurado a ser revertida ao FAT.

7. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TRT9 – processo 98905-2004-007-09-00-9-ACO-07300-2008 – 5ª T., rel. Rubens Edgard Tiemann. Publicado no *DJPR* em 11 mar. 2008).

Não há, portanto, justificativa para a recusa da empresa em emitir CAT, restando inegável a ilegalidade da omissão da ré. Necessário se faz perquirir a existência (ou não) de nexo de causalidade entre os distúrbios psicológicos que acometeram o reclamante e a atividade laborativa por ele desempenhada. Existem motivos pelos quais muitas empresas não emitem a CAT, mesmo na ocorrência de suspeita, tais como: obrigação de continuar depositando o FGTS, garantia de emprego e elevação dos custos operacionais pela incidência de alíquota maior.

Ademais, Sebastião Geraldo de Oliveira explica que a simples emissão da CAT pela empresa não significa necessariamente sua confissão quanto ao acidente do trabalho. Em suas palavras:

A emissão de CAT não significa automaticamente que houve confissão da empresa quanto à ocorrência de acidente do trabalho, porquanto a caracterização oficial do infortúnio é feita pela Previdência Social, depois de comprovar o liame causal entre o acidente e o trabalho exercido. [...] Como se vê, o acidente ou doença comunicado pela empresa pode ser ou não caracterizado tecnicamente como acidente do trabalho. Se a perícia indicar que não há nexo causal do acidente ocorrido com o trabalho, o INSS reconhecerá apenas o acidente de qualquer natureza, conferindo à vítima os benefícios previdenciários cabíveis, mas não os direitos

acidentários. Igual desfecho ocorrerá se a doença, mesmo considerando-se as possíveis concausas, não estiver relacionada ao trabalho”. (OLIVEIRA, 2006, p. 60-61).

Ao enumerar-se os direitos sociais no art. 7º da Constituição Federal, foi dada importância à saúde do trabalhador, estipulando-se no inciso XXII desse artigo a responsabilidade do empregador pelo meio ambiente de trabalho (“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”), buscando sempre a melhoria da condição social dos trabalhadores.

O princípio da precaução, advindo do Direito Ambiental e perfeitamente aplicável ao Direito do Trabalho, prevê que “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Segundo excerto de decisão do Tribunal Superior do Trabalho:

A preocupação da sociedade, no que se refere às questões correlatas ao meio ambiente, às condições de trabalho, à responsabilidade social, aos valores éticos e morais, bem como à dignidade da pessoa humana, exige do empregador estrita observância do princípio da precaução. No caso, presume-se a culpa do empregador em face das circunstâncias ambientais adversas que deram origem à doença ocupacional, cujo nexos de causalidade foi registrado no laudo pericial. Assim, configura-se a culpa ante o fato de que o reclamado se absteve de prover os meios necessários a um ambiente de trabalho seguro a seus empregados, a acarretar a exposição da empregada a risco potencial de doença ocupacional. Assim, sua abstenção ou omissão acarreta o reconhecimento da responsabilidade pelo evento danoso ocorrido. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 510-22.2010.5.02.0021, rel. min. Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 6.8.2014, 6ª T., Data de Publicação: *DEJT* 8 ago. 2014).

A precaução não exige a certeza do dano, significando que as pessoas devem ter em seu favor o benefício da dúvida quando houver incerteza sobre se uma dada ação ou um comportamento vai prejudicá-las. O princípio funciona como uma espécie de “*in*

dubio pro ambiente”, o que, em relação ao meio ambiente de trabalho, cuja proteção reflete-se na qualidade de vida e segurança dos trabalhadores, desvela o princípio da proteção, alicerçado no “*in dubio pro operário*”.

Cabe ainda ressaltar que, mesmo em caso de dúvida, existe a obrigatoriedade de emissão de CAT.

4 Aplicações do Direito Comparado e de normas internacionais

No Direito Comparado, temos exemplos de ações legislativas que buscam prevenir, e reprimir, atos de assédio no ambiente de trabalho, bem como o tratamento desse tema em declarações e convenções que podem adentrar o ordenamento nacional após sua ratificação.

Começamos com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, que prevê, em seu artigo 23, que “[...] toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego [...]”, ou seja, direito à manutenção de um meio ambiente de trabalho equilibrado e justo para que todos possam desenvolver suas habilidades profissionais em plenitude.

A Organização Internacional do Trabalho tem-se manifestado também quanto à preocupação com o meio ambiente de trabalho por meio de suas convenções e recomendações.

Na Convenção n. 155 (sobre segurança, saúde dos trabalhadores e ambiente de trabalho), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 1.254, de 29 de setembro de 1994, são estabelecidas medidas para identificar e buscar meios eficazes de prevenção de acidentes de trabalho, neles incluídas as doenças profissionais, gerando investigações e estatísticas sobre os fatos, e salientando a responsabilidade do empregador pelo meio ambiente de trabalho².

² “Artigo 7 – A situação em matéria de segurança, saúde dos trabalhadores e ambiente de trabalho deverá ser objeto, periodicamente, de um exame de conjunto ou de

No mesmo sentido, encontramos disposições no Protocolo n. 155 (*Protocol of 2002 to the Occupational Safety and Health Convention*), formulado com base na necessidade de melhoria dos procedimentos de registro e da notificação dos acidentes do trabalho e das doenças profissionais. Esse protocolo conceituou o termo “doença profissional” como “toda enfermidade contraída pela exposição a fatores de risco que resulte da atividade laboral” (artigo 1º, letra “b”), colocando a depressão como um caso típico de acidente de trabalho.

Outrossim, a Recomendação n. 164 da OIT, de 1981, tem disposição específica com relação ao estresse relacionado ao trabalho, no item II, número 3, letra “e”, buscando um ambiente sadio³.

Para o referido instrumento normativo, a expressão “lugar de trabalho” envolve todos os locais onde os trabalhadores devam permanecer em razão do trabalho e submeter-se ao controle, direto ou indireto, de seu empregador; por sua vez, o termo “saúde”, na

um exame que incida sobre sectores particulares, procurando identificar os grandes problemas, deduzir os meios eficazes para os resolver e a ordem de prioridade das medidas a tomar, bem como avaliar os resultados obtidos.

[...]

Artigo 11 – Como medidas destinadas a dar concretização à política mencionada no artigo 4, a autoridade ou autoridades competentes deverão progressivamente assegurar as seguintes funções:

[...]

c) O estabelecimento e a aplicação de processos que visem a declaração dos acidentes de trabalho e dos casos de doenças profissionais pelos empregadores e, quando tal for julgado apropriado, pelas instituições de seguros e outros organismos ou pessoas diretamente interessadas e o estabelecimento de estatísticas anuais sobre os acidentes de trabalho e as doenças profissionais;

d) A realização de inquéritos, quando um acidente de trabalho, uma doença profissional ou qualquer dano para a saúde ocorrido durante o trabalho ou com este relacionado pareça refletir uma situação particularmente grave; [...].”

3 “Relativamente aos diferentes setores da atividade econômica e dos diferentes tipos de trabalho e com fundamento no princípio da prioridade da eliminação de riscos na fonte, medidas devem ser tomadas pela política pública referida no art. 4 da Convenção, particularmente nos seguintes campos: [...] (e) Prevenção de estresse prejudicial ao físico ou à mente, relacionado a condições de trabalho.”

relação com o trabalho, compreende os elementos físicos e mentais que afetam a saúde.

Segundo informações compiladas pela juíza Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

A lista de Doenças Ocupacionais de que trata a Recomendação 194 foi recentemente atualizada pelo Conselho de Administração da OIT, que aprovou, em 25 de março de 2010, a nova lista de doenças ocupacionais, com a inclusão, pela primeira vez, de distúrbios mentais e comportamentais, por exemplo, o transtorno de estresse pós-traumático.

A Recomendação também traz o seguinte item aberto, que permite o reconhecimento da origem ocupacional da doença, quando estabelecido o nexo de causalidade entre ela e o trabalho:

[...] outras distúrbios mentais ou comportamentais não mencionadas no item anterior, quando uma ligação direta é cientificamente estabelecida ou determinada por métodos apropriados às condições nacionais e prática, entre a exposição a fatores de risco emergentes das atividades laborativas e a distúrbio mental ou comportamental contraída pelo trabalhador. (SCHMIDT, 2010, p. 498).

Verificamos que as normas internacionais, com vigência em nosso País após ratificação, declaram a responsabilidade do empregador pelo meio ambiente de trabalho e pelos adoecimentos decorrentes de males desencadeados pelas atividades desenvolvidas.

Por sua vez, a Organização Mundial da Saúde, cuja Constituição o Brasil assinou e ratificou por meio do Decreto n. 26.042, de 17.12.1948, alargou a noção de saúde, superando o enfoque da ausência de enfermidades e enfatizando o aspecto positivo de uma saúde efetivamente palpável e não somente preventiva:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano,

sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

Conforme pesquisa empreendida por Amanda Helena Guedes Azeredo, em sua dissertação de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,

[...] na Suécia o assédio moral é considerado crime, bem como que, neste mesmo país, ainda em 1994, foi publicada uma Resolução, com aplicabilidade *erga omnes*, a qual se caracteriza como um código de ética e comportamento para a gestão das relações sociais no local; sendo a observação desta Resolução de responsabilidade exclusiva do empregador. (GUEDES, 2008, p. 136 apud AZEREDO, 2011).

É claro que a citada resolução não traz apenas imposições e regras, mas estabelece também formas de prevenção ao assédio moral e meios de afrontar o problema quando já existente. A resolução, na verdade, quer ensinar ao empregador que ele deve ter meios de planejamento e organização de exploração de sua atividade econômica capazes de prevenir qualquer forma de assédio moral no ambiente de trabalho.

De modo diverso, a Noruega, com a modificação legislativa que sofreu quanto ao assédio moral no ano de 1994, introduziu em seu ordenamento jurídico um dispositivo genérico referente à proibição de qualquer tipo de assédio nas relações de trabalho, detalhando, no artigo 12 do Código de Trabalho (*Working Environment Acts*, de 1977), procedimentos a serem observados, especialmente pelos empregadores, quanto a eventos decorrentes do local de trabalho⁴.

4 “Artigo 12 – Planejando o trabalho – 1. Condições Gerais – A tecnologia, a organização do trabalho, a execução do trabalho, o horário de trabalho e os regimes salariais deverão ser organizados de forma a não expor os trabalhadores a efeitos físicos ou mentais adversos e de maneira a garantir as suas possibilidades de exercer cautela e de se assegurar que as suas condições de segurança não são prejudicadas.

Os meios necessários para prevenir os efeitos físicos adversos serão colocados à disposição dos trabalhadores. Os trabalhadores não serão submetidos ao assédio ou a qualquer outra conduta imprópria.

As condições de trabalho serão organizadas de tal forma que os trabalhadores possam ter oportunidades para um desenvolvimento profissional e pessoal no trabalho.

A Lei de Modernização Social da França, aprovada em 17 de janeiro de 2002, traz uma seção específica acerca da prevenção e do combate a esse mal, denominada “Luta contra o assédio moral no trabalho”, alterando o Código de Trabalho e o Código Penal franceses.

O texto é bem claro e dispõe que nenhum trabalhador poderá sofrer práticas repetidas de assédio moral, que se traduzam na degradação das condições de trabalho bem como de sua dignidade. Informa ainda que nenhum trabalhador poderá sofrer discriminação ou qualquer retaliação por negar-se a ser vítima de tais agressões ou por, ao testemunhá-las, delatá-las⁵.

A lei francesa também insere a possibilidade de sanções disciplinares contra o agressor (artigo L. 122-50 e 51) e determina que cabe ao empregador a prevenção contra a prática do assédio moral⁶.

2. Organização do Trabalho – Quando do planejamento e da organização do trabalho será levada em consideração a possibilidade de cada trabalhador ter autodeterminação e possibilidade de exercer sua responsabilidade profissional.

Esforços deverão ser feitos para evitar trabalho pouco diversificado, repetitivo e trabalho que seja comandado por máquinas ou correia de transporte de tal forma que os trabalhadores estejam protegidos no caso de variação de ritmo de trabalho.

Outros esforços deverão ser feitos para organizar o trabalho de forma a dar possibilidades de variação e oportunidade de contatos com outros, para ligar tarefas individuais de trabalho e para oferecer aos trabalhadores informações sobre exigências da produção e sobre resultados.

O trabalho deve ser organizado para não ofender a dignidade do trabalhador.”

5 “Nenhum empregado deve sofrer atos de assédio que tenham por objetivo ou efeito uma degradação das condições de trabalho suscetível de prejudicar os seus direitos e dignidade, para alterar a saúde física ou mental ou comprometer seu futuro profissional. Nenhum empregado pode ser punido, demitido ou ser objeto de discriminação, direta ou indireta, notadamente no modo de remuneração, de formação, de reclassificação, qualificação ou de classificação, de promoção profissional, de transferência ou renovação do contrato, por ter realizado ou se recusado a realizar os atos definidos no número anterior ou por testemunhar tais atos ou reportá-los.

Qualquer violação do contrato de trabalho que resultar, qualquer disposição em contrário ou ato, é nula de pleno direito.” [tradução livre]

6 “É passível de sanção disciplinar qualquer empregado que efetuar os atos definidos no artigo L. 122-49.

Muito eficaz, a legislação traz ainda a criminalização do assédio moral sem o prejuízo de aplicação de multa, que pode chegar a 15 mil euros (artigo 222-33-2)⁷.

Na Inglaterra, uma força-tarefa estabelecida com o intuito de prevenir o assédio moral no trabalho (*Task Force on Prevention of Workplace Bullying*) definiu, no relatório *Health and Safety Authority* (HSA), o assédio moral no trabalho como

[...] a repetição de comportamentos inadequados, diretos ou indiretos, verbais, físicos ou de outra ordem, conduzidos por uma ou mais pessoas contra um outro ou outros, no local de trabalho e/ou no exercício de sua função, que podem ser razoavelmente percebidos como prejudicando os direitos individuais de dignidade no trabalho. (MACIEL et al., 2007, p. 118).

5 Conclusões

Da mesma forma, a conduta da empresa atinge frontalmente os princípios da dignidade humana e da valorização do trabalho, expostos nos arts. 5º, inciso X, e 170 c/c 193, bem como o princípio basilar da saúde do trabalhador, exposto no art. 196, todos insculpidos na Constituição Federal.

Por todo o exposto concluímos que é necessária a emissão de CAT, nos termos do art. 22 da Lei n. 8.213/1991, para os casos de depressão decorrente do ambiente de trabalho, porque, ainda que não houvesse esse reconhecimento, não compete à empresa fazer tal juízo, cabendo apenas ao órgão do INSS a valoração final quanto ao acidente de trabalho.

Compete ao empregador tomar todas as medidas necessárias para prevenir as atitudes referidos no artigo.” [tradução livre]

⁷ “O fato de assediar outros empregados com repetidos atos que tenham por objeto ou efeito uma degradação das condições suscetíveis de prejudicar os seus direitos e dignidade, para alterar a saúde física ou mental ou comprometer o seu futuro profissional, é punido com um ano de prisão e multa de 15 mil euros.” [tradução livre]

Referências

AZEREDO, Amanda Helena Guedes. *Assédio moral nas relações de emprego: uma leitura do psicoterror à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Saúde mental para e pelo trabalho. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 67, n. 6, p. 670-679, jun. 2003.

FRANCO, Paloma Gomes; FERREIRA, Elizandra Pinoti; LEAL, Anne Pinheiro. Assédio moral e gestão de pessoas: proposta de quadro analítico baseada em estudo exploratório numa organização bancária. *Gestão – Revista Científica de Administração e Sistemas de Informação*, Curitiba, v. 8, n. 8, p. 57-77, jan./jul. 2007.

GUEDES, Márcia Novaes. A banalização do mal no trabalho. *Migalhas*, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI43204,11049-A+banalizacao+do+mal+no+trabalho>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

_____. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

MACIEL, Regina Heloisa et al. Auto relato de situações constrangedoras no trabalho e assédio moral nos bancários: uma fotografia. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 117-128, 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde*. Brasília, DF, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2006.

O TRABALHO que deprime. *MetalRevista*, Curitiba, ano 9, n. 8, p. 16-25, maio/jun. 2015.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Causas da sonegação da comunicação de acidente do trabalho – CAT. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 5, p. 519-529, 2011.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Trabalho e saúde mental na visão da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 489-526, jan./jun. 2010.

Terceirização na jurisprudência do TST: evolução e perspectivas diante das iniciativas do Legislativo e da atuação do STF

Paula Carolina Silva Rezende

Analista do Ministério Público da União – Apoio Jurídico. Especialista em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União.

Resumo: O presente artigo trata da terceirização no âmbito do setor privado brasileiro. Analisa o entendimento jurisprudencial consolidado no Brasil, o Projeto de Lei (PL) n. 4.330/2004 e o Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário (ARE) n. 713211¹ quanto às hipóteses permissivas de terceirização, refletindo sobre a contratação de serviços como forma de precarização das relações de trabalho. Conclui que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao longo do tempo, ampliou seu entendimento sobre as hipóteses permissivas de contratação de serviços, mas assegura, com a Súmula n. 331, limites que podem ser suplantados por meio da aprovação do PL n. 4.330 ou do julgamento do ARE n. 713211, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral. Por fim, constata os efeitos deletérios da terceirização nas condições de trabalho.

Palavras-chave: Terceirização. Setor privado. Súmula n. 331 do TST. Projeto de Lei n. 4.330/2004. Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário n. 713211.

Abstract: This article discusses about outsourcing in the context of the Brazilian private sector. It analyzes the consolidated legal understanding in Brazil, the Project of Law 4.330/2004 and the interlocutory appeal of the Extraordinary Appeal 713211, concerning the permissive hypotheses outsourcing, reflecting on hiring services as a way

¹ STF, ARE 713211 AgR/MG, rel. min. Luiz Fux, *DJe* de 6 jun. 2014. Ver: peças eletrônicas – volume 5, partes 1 e 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4304602>>. Acesso em: 22 maio 2014.

of precarious employment work relationships. It was concluded that the Superior Labor Court, over time, expanded their understanding of the permissive hypothesis of contracting services, but ensures, with the Enunciated 331st, limits that can be overcome through the adoption of the Project of Law 4.330 or the interlocutory appeal judgment of the Extraordinary Appeal 713211, in which the Federal Supreme Court recognized the general repercussion. Finally, it evidenced the deleterious effects of outsourcing work conditions.

Keywords: Outsourcing. Private sector. Enunciated 331st of the Superior Labor Court. Project of Law 4.330/2004. Interlocutory appeal of the Extraordinary Appeal 713211.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Direito do Trabalho e a terceirização. 2.1 Características gerais da terceirização no direito brasileiro. 2.2 Crescimento da terceirização no Brasil – contexto histórico. 2.3 Legislação brasileira sobre terceirização no setor privado. 2.4 O Tribunal Superior do Trabalho e sua construção jurisprudencial sobre a terceirização. 3 Efeitos da terceirização nas relações de trabalho – precarização. 4 Projeto de Lei n. 4.330/2004 e suas características. 5 O Supremo Tribunal Federal e a terceirização. 6 Conclusões.

1 Introdução

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.330/2004², que pretende regulamentar a terceirização de serviços no Brasil, situação, até então, tratada pela Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e por alguns esparsos diplomas legais. A discussão sobre o tema ganhou destaque nos últimos anos em razão da crescente utilização da terceirização pelas empresas, ensejando construção jurisprudencial para tentar adequá-la ao direito constitucional do trabalho.

² O Projeto de Lei n. 4.330/2004 (disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>), de autoria do deputado Sandro Mabel (PMDB/GO), foi votado no plenário da Câmara dos Deputados em 22.4.2015 e, logo após, encaminhado para apreciação no Senado Federal. Nessa casa recebeu a numeração PLC n. 30/2015 (disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>).

O presente artigo aborda a terceirização de acordo com o projeto de lei citado, as decisões dos tribunais superiores brasileiros e o Direito do Trabalho. O objetivo principal é identificar as hipóteses permissivas de terceirização na Súmula n. 331 do TST em comparação ao Projeto de Lei n. 4.330/2004. Para tanto, são lançados três objetivos específicos: a) caracterização da terceirização; b) análise de jurisprudência e decisões dos tribunais superiores sobre terceirização e do Projeto de Lei; e c) identificação das implicações nas relações de trabalho.

2 O Direito do Trabalho e a terceirização

O Direito do Trabalho visa essencialmente à proteção jurídica do empregado. As regras impostas por esse ramo do direito representam um freio à exploração da mão de obra trabalhadora, pois o empregador deve respeitar as normas protetivas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. Todavia, por serem regras opostas ao desejo capitalista de lucro, o empregador, na tentativa de minimizar a influência delas no custo de sua produção, procura mecanismos de racionalização produtiva entre os quais se insere a terceirização.

O normativo protetivo da CLT foi pensado para se aplicar à relação trabalhista decorrente da clássica noção de relação de emprego que é essencialmente bilateral (empregador/empregado), na qual a empresa contrata, organiza e comanda diretamente os seus trabalhadores. Havendo prestação de serviços nessas circunstâncias por parte do obreiro à empresa, configurada está a relação de emprego, que autoriza a incidência de toda a legislação laboral sobre essa relação.

Em contraposição a essa ideia surge o fenômeno da terceirização, que é o processo pelo qual a empresa deixa de contratar diretamente trabalhadores para a execução de uma atividade ou produção de bens, fazendo-o por meio de pessoa jurídica interposta. Trata-se de uma forma de reestruturação produtiva cujo elemento fundamental reside no fato de o trabalhador exercer sua

atividade em uma unidade tomadora³, mas manter vínculo jurídico de emprego com uma outra empresa, que é a prestadora de serviços. Nesse sentido, ensina Sobrinho (2008, p. 78):

Terceirizar é a estratégia empresarial que consiste em uma empresa transferir para outra, e sob o risco desta, a atribuição, parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou a realização de um serviço, objetivando – isoladamente ou em conjunto – a especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou a substituição temporária de trabalhadores.

A terceirização rompe com a bilateralidade da relação laboral, inserindo nela um terceiro, o prestador do serviço (tomador/prestador de serviços/trabalhador). Desse modo, à clássica relação trabalhista dá-se nova configuração, agora triangular ou trilateral. Delgado (2009, p. 407) ressalta:

O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e a relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história.

Por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, esse novo modelo sofre restrições da doutrina e jurisprudência trabalhistas, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação da força de trabalho.

Trata-se de um fenômeno econômico/empresarial do qual decorrem consequências jurídicas, por trazer significativas mudanças na organização do trabalho e sindical. Atualmente, embora esteja amplamente difundida no mercado de trabalho, a regula-

³ Neste artigo nos ateremos à análise da terceirização interna, que ocorre quando trabalhadores de empresa alheia se inserem em outra, pois é essa a forma retratada na Súmula n. 331 do TST (Cf. VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011, p. 54).

mentação da terceirização no setor privado restringe-se, basicamente, às leis do trabalho temporário e dos serviços de vigilância.

Diante da ausência de legislação, o Poder Judiciário, por meio de construção jurisprudencial, procurou adequar o uso da mão de obra terceirizada aos princípios e às normas do Direito do Trabalho. Além do permissivo legal, admitiu-se a contratação de serviços de conservação e limpeza e de atividades-meio da empresa, desde que não estejam presentes os vínculos de subordinação e pessoalidade.

2.1 Características gerais da terceirização no direito brasileiro

Na visão administrativa/empresarial não deveria haver limites para a terceirização, pois, havendo justificativa econômica, seria admissível terceirizar todas as atividades da empresa, desde a tarefa de limpeza do estabelecimento até os serviços ligados ao seu objeto social, conceitualmente denominados de atividades-fim.

No entanto, seguindo a linha adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, fora das hipóteses autorizadas expressamente por lei e para serviços de limpeza, a verificação da licitude da terceirização está intrinsecamente ligada à atividade principal exercida pela contratante do serviço. A tarefa delegada somente se pode relacionar às atividades acessórias de apoio à produção do bem ou serviço para a qual a empresa se constituiu, conhecidas como atividades-meio.

Segundo a jurisprudência, a natureza acessória da atividade terceirizada é elemento essencial da licitude da terceirização. Justifica-se tal limitação pelo fato de a empresa não poder se eximir do negócio para o qual se constituiu. O fato de simplesmente repassar a outrem o risco inerente a sua atividade empresarial será considerado como uma forma de fraudar seu contrato social, retirando a sua própria essência, a sua razão de existir.

Mais do que isso, a restrição imposta à terceirização decorre da constatação de que, ao fugir da disciplina normativa da CLT, essa

atividade repercute de forma negativa nas condições do trabalho, por meio de sua precarização. Os trabalhadores submetidos à terceirização são comparativamente mais mal remunerados e mal treinados, recebem menos benefícios e encontram dificuldade na sindicalização. Ao discorrer sobre o tema, Viana (2009, p. 145) aponta que:

A terceirização afeta duramente – e de três modos – as fontes do Direito do Trabalho. *Primeiro*, dificultando a criação de normas protetivas. *Segundo*, facilitando a edição de normas precarizantes. *Terceiro*, enfraquecendo aquela sanção paralela e, desse modo, debilitando cada artigo da CLT.

A Constituição Federal estabelece como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano, e, a despeito da livre iniciativa, se essa prática empresarial é um instrumento precarizante, não pode ser adotada como regra. Somente de forma excepcional o ordenamento jurídico pode admiti-la, caso contrário, estará de encontro às diretrizes constitucionais de proteção ao trabalho.

2.2 Crescimento da terceirização no Brasil – contexto histórico

A terceirização existe desde os primórdios do modo de produção capitalista. Intensificou-se, no entanto, a partir dos anos 1980 e 1990, destacando-se como forma de reestruturação produtiva amplamente adotada pelas empresas para minimizar a queda dos lucros, em reação a um período de forte retração econômica.

No cenário de crise e de desafios impostos pela abertura da economia brasileira e pela globalização, as empresas pretendiam, antes de tudo, garantir seu lugar nos mercados nacional e internacional. [...] Algumas delas optaram pela redução de custos por meio de enxugamento dos quadros funcionais das empresas e da precarização das relações de trabalho. Outras escolheram focalizar os esforços em seu produto final, terceirizando as chamadas atividades meio. Outras, ainda, combinaram essas duas estratégias. Em todos esses casos, o resultado para os trabalhadores foi a piora das condições de vida e de trabalho. (DIEESE, 2007, p. 9).

O principal argumento favorável à terceirização é a possibilidade de a empresa se especializar no exercício de sua atividade-fim. No entanto, o motivo que prepondera no Brasil, ainda que de forma insidiosa, é a redução de custos com mão de obra. Relatório produzido pelo DIEESE (2007, p. 14) sobre os efeitos da terceirização revela:

No Brasil, em virtude da ênfase dada aos aspectos relacionados à diminuição de custos nos processos de terceirização, as grandes empresas enxugaram suas atividades, principalmente por meio de corte de postos de trabalho, e mantiveram uma proporção pequena de trabalhadores fixos com contrato de trabalho direto nas atividades fim da produção. As demais ocupações passaram por uma diversificação de contratos de trabalho – quase sempre levando a relações precárias – propiciada pela terceirização.

Como o tratamento legislativo da matéria era, e continua, escasso, apesar da crescente onda de terceirização de serviços, coube aos tribunais trabalhistas tentar a conciliação do instituto com a ordem jurídica brasileira, o que se deu por meio da edição, entre as décadas de 1980 e 1990, das Súmulas n. 239, n. 256, n. 257 e n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (DELGADO, 2009, p. 410). As primeiras súmulas fixaram parâmetros extremamente restritivos à figura, mas, ao longo desse período, o TST foi ampliando as hipóteses permissivas até chegar ao patamar de licitude estabelecido pela Súmula n. 331.

Embora a mencionada súmula restrinja o uso da terceirização a algumas situações específicas, a despeito dos limites por ela impostos, seu uso vem crescendo no País para além dos limites pré-estabelecidos.

A partir dos anos 2000, a economia brasileira iniciou um lento processo de recuperação, com taxas de crescimento positivas, porém o cenário do mercado de trabalho já é o da difusão generalizada da terceirização da mão de obra. [...] Nos últimos anos, a terceirização tem tomado dimensões gigantescas em nosso país e sua abrangência se expande constantemente por novos setores e serviços. (DIEESE, 2007, p. 15).

Esse crescimento se reflete na frequência com que os tribunais são chamados a se manifestar sobre o tema. Nesse sentido, somente

no acervo do Tribunal Superior do Trabalho consta a existência de 17.671 ações sobre o tema⁴.

2.3 Legislação brasileira sobre terceirização no setor privado

Quanto ao setor privado, o primeiro dispositivo legal sobre o tema foi editado em 1974: a Lei n. 6.019, que regula o trabalho temporário⁵. Posteriormente, a Lei n. 7.102/1983 autorizou a terceirização do serviço de segurança e vigilância em caráter permanente. Em sua redação original, o permissivo legal se circunscrevia ao setor financeiro. Mais tarde, a Lei n. 8.863/1994 ampliou seu âmbito de atuação para quaisquer estabelecimentos, públicos ou privados, além de autorizar a terceirização do serviço de transporte de valores.

Como se observa, o normativo atinente ao tema é bastante escasso, limitando-se aos mencionados dispositivos legais. Por outro lado, o uso da terceirização cresceu por volta de 1980 em todas as fases do setor produtivo e, muitas vezes, como instrumento para burlar direitos trabalhistas. Nesse contexto, os tribunais debruçaram-se sobre o assunto, tratando-o, inicialmente, de modo extremamente restritivo.

2.4 O Tribunal Superior do Trabalho e sua construção jurisprudencial sobre a terceirização

O contexto que ensejou a edição da Súmula n. 239 pelo Tribunal Superior do Trabalho retrata o uso da terceirização pelas empresas como forma de retirar direitos de seus trabalhadores e cindir as categorias de trabalho. Na leitura de seus precedentes, verifica-se que, à época, bancos constituíam empresas autônomas de processamento de

4 Informação extraída do site do Tribunal Superior do Trabalho, Coordenadoria de Estatística. Acervo por assunto – situação em 13.6.2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/estatistica>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

5 É preciso lembrar que a CLT se referiu de maneira incipiente à terceirização em seu art. 455 ao tratar da subempregada.

dados para afastar da categoria de bancários os empregados dessa área e submetê-los a jornada comum de oito horas diárias⁶.

A redação original da Súmula n. 239, editada em 1985⁷, assim dispõe: “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”.

Seguindo a linha restritiva, em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 256, cujo verbete tem a seguinte redação:

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.º 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

As súmulas n. 239 e n. 256 estabeleciam limites claros à terceirização, sendo ilícita qualquer prática que fugisse das hipóteses nelas mencionadas. A orientação do Tribunal Superior do Trabalho era no sentido de sua excepcionalidade. Inexistindo expressa previsão legal, qualquer atividade desenvolvida pela empresa deveria ser exercida por empregados contratados diretamente por ela, sob pena de se desvirtuarem os preceitos da CLT. Nesse sentido:

No acórdão que deu origem à súmula 256 (RR 3.442/84), no qual foi relator o Min. Marco Aurélio, ficou evidenciado que a contratação de empresa interposta só poderia ser admitida em casos excepcionais, pois a locação de força de trabalho é ilícita, visto que os homens não podem ser objeto desse tipo de contrato, apenas coisas. Verifica-se que o TST proibia a intermediação de mão de obra tanto na atividade-fim como na atividade-meio, salvo nas hipóteses de trabalho temporário e da Lei n.º 7.102. (MARTINS, 2014, p. 114).

6 Por lei, os bancários têm jornada de seis horas diárias.

7 Em 2005, por meio da Resolução n. 129, deu-se nova redação à súmula, permitindo-se aos bancos contratar empresas de processamento de dados para realização dessa atividade: “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros”.

Ao longo da década de 1990, nem a legislação nem a jurisprudência restritiva foram capazes de conter o uso crescente da terceirização pelas empresas. A força do poder econômico, sob a justificativa da inovação organizacional, impôs ao mercado de trabalho novas modalidades de contratação de mão de obra terceirizada, o que refletiu no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre quais atividades poderiam estar sob esse regime.

Em 1993, ou seja, menos de dez anos da edição da Súmula n. 256, o tribunal alargou o campo de possibilidade de terceirização de serviços ao adotar entendimento segundo o qual seria lícita a terceirização de atividade-meio da empresa. Tal interpretação foi expressa pela edição da Súmula n. 331⁸:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

[...]

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

[...]

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

⁸ Tribunal Superior do Trabalho. *Índice de súmulas*. Súmula n. 331. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 18 set. 2013.

A súmula revisa a de número 256, que posteriormente foi cancelada. Evidencia a mudança de paradigma do tribunal ao permitir, expressamente, a terceirização dos serviços de conservação e limpeza e de atividades-meio do tomador.

O uso do conceito de atividade-meio resultou em muitas críticas à súmula, não só em razão da dificuldade de se definir, na prática, em que esse instrumento consistiria, mas também por representar um alargamento das hipóteses permissivas de terceirização, sem estabelecer mecanismos adequados de controle sobre elas.

No entanto, é inegável que a súmula conserva um viés restritivo, não admitindo a delegação de tarefas relacionadas à atividade-fim da empresa. A mencionada posição jurisprudencial tenta atuar como um freio à ânsia dos mercados pela crescente busca pelo lucro em detrimento dos direitos e conquistas dos trabalhadores, pois empresas sérias deixam de terceirizar suas atividades-fim, e as que fazem isso podem ser responsabilizadas por sua conduta, como vem ocorrendo em diversas decisões dos tribunais trabalhistas.

3 Efeitos da terceirização nas relações de trabalho – precarização

Na terceirização, especialmente nos casos em que há contratação efetiva do trabalhador, com registro em carteira, nem sempre a precariedade se mostra evidente. Exatamente por isso ela esconde uma face perversa e obscura, não identificável a princípio, mas real e geradora de graves consequências nas relações de trabalho.

O mais evidente dos efeitos é a existência de duas categorias distintas de trabalhadores na mesma empresa: os contratados e os terceirizados. Os empregados na terceirização interna são divididos “sobretudo em termos subjetivos, pois mistura num mesmo lugar trabalhadores efetivos da tomadora com uma categoria de empregados oscilantes, flutuantes, ciganos.” (VIANA, 2012, p. 202). Nesse mesmo sentido:

Quando *interna*, a terceirização divide em cada empresa os trabalhadores, opondo efetivos a terceirizados, estes se sentindo – não sem alguma razão – inferiores àqueles, e ameaçando veladamente o seu lugar. Desse modo, já é possível até mesmo *reunir sem unir*. (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011, p. 57).

Há cisão entre a classe trabalhadora da empresa, que se evidencia ainda mais ao se compararem os direitos e benefícios concedidos aos empregados próprios e aos terceirizados, pois “as condições salariais e de proteção social/trabalhista nas terceiras são, em geral, muito precárias, mesmo quando existe alguma proteção através do vínculo empregatício” (DRUCK, 1995, p. 195).

Pesquisa realizada no setor financeiro quanto às condições de trabalho dos terceirizados em comparação aos empregados próprios demonstrou que aqueles, embora exercessem as mesmas atividades, ganhavam praticamente metade do salário, eram submetidos a uma jornada de trabalho superior, não tinham participação nos lucros, recebiam vale-refeição e vale-mercado com valor 50% inferior e não contavam com serviço especializado em saúde e medicina do trabalho (SANCHES, 2009, p. 254-257).

As constatações de Druck (1995, p. 199) corroboram a não extensão aos terceirizados dos benefícios concedidos aos empregados próprios. Trata-se de uma realidade generalizada no âmbito da terceirização, por meio da qual se acentuam a “estratificação e a discriminação” entre os empregados no mesmo ambiente de trabalho. A discriminação, todavia, não se resume à perda de benefícios: ela ocorre no próprio espaço, que por vezes não é compartilhado, quando se verifica a segregação no uso de banheiros, vestiários e refeitório.

Além disso, os acordos coletivos que obrigam a tomadora e beneficiam seus trabalhadores, estabelecendo direitos e melhores condições de trabalho, não se aplicam aos terceirizados, por não serem empregados da empresa. A divisão da classe trabalhadora no mesmo ambiente gera medo e insegurança entre os permanentes, os quais, assistindo à precarização do trabalho dos terceirizados, a temem, ficando menos propensos a reivindicações e greves.

Por outro lado, a vulnerabilidade da contratação se acentua na terceirização, pois o emprego do trabalhador da terceirizada está vinculado à subsistência do contrato entre a prestadora e a tomadora. Quando esse contrato expira, se não há renovação, o trabalhador não tem garantia de permanência no emprego, uma vez que a prestadora pode não ter postos de trabalho para recolocá-lo. Ainda que a tomadora contrate outra empresa e solicite o aproveitamento dos funcionários, eles se submeterão a outro vínculo empregatício⁹. Por essa razão, trata-se de uma contratação instável, que se reflete na postura do empregado tornando-o ainda mais submisso.

A cisão implica ainda um processo que vai na contramão da história, pois trabalhadores contratados pelo mesmo empregador e reunidos no mesmo ambiente de trabalho tendem a se unir para lutar por melhores condições laborais, mas o mesmo não ocorre entre contratados e terceirizados. Entre eles, embora haja o compartilhamento do mesmo espaço, acentua-se o individualismo nas relações, acabando-se com o sentimento gregário, que enseja à sindicalização. Essa convivência não aflora o sentimento de solidariedade entre os trabalhadores; ao contrário, fomenta a desunião, estabelecendo-se um embate entre trabalho e trabalho (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011, p. 59).

A desunião dos trabalhadores, que se reflete na sindicalização, é apontada pelo empresariado como fator positivo da terceirização. As constatações levantadas pelo DIEESE no relatório técnico *O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil* revelam que as empresas indicam como resultado desse processo a burla das conquistas sindicais, a fragmentação da organização dos trabalhadores, a desmobilização destes para reivindicações, greves e eliminações das ações sindicais e trabalhistas. Essas afirmações estão intimamente ligadas à desorganização sindical e não à especificação do processo de produção (DIEESE, 2007, p. 11-15).

⁹ Sob essa perspectiva, ainda que todas as verbas rescisórias sejam pagas, alguns direitos não poderão ser usufruídos, como o gozo de férias, que acabam indenizadas.

A sindicalização, além de ser um instrumento de proteção do trabalhador, é uma forma de se negociarem melhores condições de trabalho por meio de convenção e acordo coletivo. Ao minguar-se os sindicatos, enfraquece-se a luta por direitos, pois sozinho o trabalhador não pode fazer frente ao capital¹⁰.

A instabilidade da contratação se acentua na terceirização, uma vez que o emprego do trabalhador da terceirizada está vinculado à subsistência do contrato entre a prestadora e a tomadora.

Há a mercantilização do trabalho, pois na terceirização ele é a mercadoria que se vende. Seguindo essa lógica, quanto mais barata, melhor. A tomadora visa ao contrato menos oneroso possível, sem se importar com o tratamento que a terceirizada dá a seus empregados. Nesse sentido, dados colhidos em 2005 apontavam que a remuneração dos trabalhadores contratados por empresas terceirizadas era um terço menor que a média dos outros empregados formais, fator que “ressalta a discriminação com que os trabalhadores terceirizados – mesmo formais – são tratados, já que valem menos que os outros empregados formais [...]” (THÉBAUD-MONY; DRUCK, 2012, p. 50).

De fato, para redução de custos com mão de obra, não existe fórmula mágica: ou há diminuição de salários ou piora nas condições laborais, por meio da burla ou da supressão de direitos e benefícios, pelo uso extenuante da força de trabalho, com o incremento de jornada, objetivando a contratação de um número menor de trabalhadores. Essa última hipótese se reflete diretamente na saúde do trabalhador.

¹⁰ Druck (1995, p. 191), ao tratar do processo de terceirização no complexo petroquímico de Camaçari-BA, ressaltou que a terceirização foi muito marcante no setor de manutenção dessas empresas e, por se tratar de indústrias de processo contínuo, que empregam quantidade significativa de trabalhadores na manutenção, a sua fragmentação acarreta o comprometimento da “qualidade e [d]a segurança do trabalho. Além disso, este desmembramento de um segmento importante de trabalhadores – que já não pertencem aos quadros da empresa – vai ter significativas implicações sobre o coletivo de trabalhadores”.

O resultado de pesquisa realizada por Druck (1995, p. 190) no Complexo Petroquímico de Camaçari-BA demonstrou que, das 39 empresas lá instaladas, 38 declararam utilizar-se da terceirização e 97% delas justificaram seu uso como meio de reduzir custos, garantir maior produtividade e aumentar a qualidade. Por outro lado, somente 5% declararam como seu objetivo a focalização na atividade-fim.

A pesquisadora observou que o desejo do aumento na produção não foi conjugado com investimentos tecnológicos que pudessem ensiná-lo, mas sim com uma reestruturação administrativa com vistas a um enxugamento da empresa, por meio da extinção de setores e cargos, da redução de pessoal e hierarquia e da contratação de serviços especializados. Segundo Druck, a consequência direta dessas medidas para o trabalhador é a concentração do trabalho e acumulação de tarefas, sobrecarregando-o.

Se a terceirização está ligada à necessidade de se estabelecer novos padrões de competitividade e produtividade, o uso da mão de obra é levado ao limite, acarretando a degradação do meio ambiente de trabalho e o aumento do número de acidentes e doenças do trabalho.

Cite-se o caso do setor elétrico, que sofreu um processo intenso de terceirização de serviços após a privatização. Não por acaso nesse ramo é frequente o número de acidentes de trabalho, especialmente com os empregados das empresas prestadoras de serviço.

De acordo com Dau (2009, p. 172-173), a terceirização no setor de energia elétrica acarretou um incremento no número de mortes, especialmente entre os trabalhadores terceirizados. Na Petrobras a situação não é diferente: nos últimos dez anos, mais de 85% dos trabalhadores vítimas de acidentes fatais eram terceirizados. Com base em dados da fiscalização do trabalho, a pesquisadora aponta que, “de cinco mortes causadas pelo trabalho, quatro acontecem em empresas terceirizadas”.

Nos diversos ramos da indústria química brasileira, os trabalhadores do setor apontam como efeitos da terceirização a redução de salários e benefícios, o aumento de acidentes de trabalho, o não

pagamento de contribuições previdenciárias e FGTS, a redução de pessoal, a extinção de funções, a desorganização no trabalho, o desamparo a reivindicações, a redução da representação sindical (DIEESE, 2007, p. 63).

Na construção civil o panorama é semelhante. Embora nesse caso a terceirização seja uma realidade consolidada ao longo do tempo pelo uso da subempreitada, a situação vem-se agravando e, não por coincidência, esse setor é o campeão em números de acidentes de trabalho.

A grande empresa que contrata os subempreiteiros deixa a responsabilidade do pagamento dos custos sociais e o risco do passivo trabalhista para a terceira e estabelece o preço que dispõe a pagar pela etapa contratada do processo de produção. Isto, num mercado de concorrência acirrada como o da construção civil, força a contratada a encontrar saídas para reduzir seu preço.

Assim, num quadro em que a correlação de forças entre a empresa principal e as empresas terceiras é muito discrepante, devido ao fato de estas serem pequenas e pouco estruturadas, o que se vê são baixos investimentos em qualificação, em segurança e condições de trabalho, salários reduzidos e poucos benefícios, além de um número significativo de trabalhadores sem carteira profissional assinada. (DIEESE, 2007, p. 78).

Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, o empregado terceirizado na construção civil está mais propenso a acidentes de trabalho pela conjugação de dois fatores: a terceirização das atividades mais perigosas pelas contratantes e a ausência de planos de prevenção bem elaborados pelas contratadas¹¹.

Por todo o exposto, depreende-se que a terceirização, mesmo quando há inserção formal do trabalhador no mercado de trabalho, é instrumento de precarização das relações trabalhistas. Não é à

¹¹ Ver PYL, Bianca. Terceirizado está mais sujeito a acidente de trabalho, diz MTE. *Repórter Brasil*, São Paulo, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2012/04/terceirizado-esta-mais-sujeito-a-acidente-de-trabalho-diz-mte/>>. Acesso em: 25 maio 2014.

toa que em 2008 havia no TST 9.259 processos que pleiteavam o recebimento de valores da tomadora porque não foram obtidos da prestadora (ABDALA, 2008, p. 17).

Assim sendo, a contratação por meio de empresa interposta traz prejuízo à classe trabalhadora como um todo e não só aos terceirizados. A triangularização das relações laborais é um fenômeno que impacta negativamente o próprio trabalho, acarretando significativa redução de toda sorte de direitos e benefícios, fragilizando e cindindo os trabalhadores. Está, portanto, na contramão dos princípios de proteção do direito laboral e, por isso, deve ser admitida somente de modo excepcional, em hipóteses estritamente delimitadas.

4 Projeto de Lei n. 4.330/2004 e suas características

Ficou consignado no item anterior que, escusos sob o manto da inovação produtiva, os efeitos da terceirização para os trabalhadores são a precarização das relações de trabalho por meio de uma piora geral nas suas condições, com ampliação da jornada, redução de benefícios e salários, cisão de categorias, aumento do número de acidentes de trabalho, maior rotatividade no emprego e prejuízos à saúde do trabalhador.

Por se tratar de um tema atual e controverso, justifica-se uma intervenção legislativa que vise à proteção do trabalhador, em especial porque, a despeito da existência da Súmula n. 331 do TST, cada vez mais as empresas se valem da terceirização como forma de contratação de mão de obra. De acordo com Dau (2009, p. 173):

Apesar de decisões importantes consubstanciadas no Enunciado, ele tem sido insuficiente como mecanismo regulador dos processos de terceirização, que continua sendo utilizada em escala crescente, nas atividades principais das empresas, encobrendo relações de emprego, rebaixando direitos e precarizando as relações de trabalho. Ou seja, na prática, o Enunciado tem sido referência para julgar a terceirização ilícita como fato consumado, ao invés de impedi-la.

Há mais de um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional visando à regulamentação da terceirização; todavia, o Projeto de Lei n. 4.330/2004, da autoria de Sandro Mabel, deputado pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro de Goiás (PMDB/GO), destacou-se por estar num estágio avançado de tramitação.

O PL 4.330/2004 foi apresentado em 20.10.2004, tendo sido aprovado pelo plenário em votação em turno único em 22.4.2015, seguindo-se a sua remessa para o Senado Federal.

A regulamentação aprovada pela Câmara é extremamente liberal, pois autoriza a terceirização em quaisquer atividades desenvolvidas pela empresa, atendendo aos anseios da classe empresária, que almeja a terceirização irrestrita. Por outro lado, não se vislumbram no projeto mecanismos de proteção suficientemente compensatórios ao trabalhador, em face da acentuada precarização das relações de trabalho que promoverá o alargamento das hipóteses permissivas de terceirização de serviços.

A licitude da terceirização no setor privado, hoje adstrita às hipóteses permitidas pela Súmula n. 331 do TST e pelas leis do trabalho temporário e da prestação de serviços de vigilância, adquiriria contornos muito mais profundos, pois a ela não haveria limites. Em contrapartida, o projeto não oferece mecanismos adequados para minimizar os impactos negativos da terceirização nas relações de trabalho.

A aprovação desse projeto de lei acabará com os limites até então fixados pela jurisprudência pátria à terceirização. A construção jurisprudencial em torno das hipóteses permissivas de terceirização, sedimentada na Súmula n. 331 do TST, pelo menos no que se refere à terceirização na atividade-fim, garante proteção ao trabalhador. Projeto dessa natureza implica necessariamente a fragilização das relações laborais, maximiza os impactos negativos da terceirização sobre o trabalhador e, conseqüentemente, fomenta a precarização dessas relações, indo de encontro aos princípios protetivos do Direito do Trabalho.

É inegável que a Súmula n. 331 estabelece limites à terceirização, pelo menos no que se refere à impossibilidade de se delegar a atividade-fim da empresa. Ilustre-se que, em decisão recente, o TST a aplicou, ao julgar ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, determinando que a Elevadores Atlas Schindler S.A. contrate empregados próprios para a execução da montagem e instalação de elevadores, por se tratar de atividade-fim da empresa¹².

Diante dos graves danos aos trabalhadores, dezenove ministros do Tribunal Superior do Trabalho encaminharam, em 27.8.2013, documento à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), apresentando ponderações sobre o projeto e expondo os malefícios para a classe trabalhadora e para o País caso haja a admissão generalizada da figura¹³.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), por meio de carta aberta destinada aos parlamentares, datada de 2.9.2013, também demonstrou as razões pelas quais a aprovação do projeto de lei trará prejuízo à sociedade, conclamando os parlamentares “comprometidos com as causas sociais” a sua rejeição e assim aduzindo:

O referido projeto de lei, a pretexto de regulamentar a terceirização no Brasil, na verdade expande essa prática ruinosa e precarizante para todas as atividades econômicas, com risco de causar sérios danos aos trabalhadores brasileiros, caso aprovado, pela ruptura da rede da proteção trabalhista que o constituinte consolidou em 1988. Entre os problemas do projeto estão a liberação da prática

¹² TST, RR n. 178000-36.2003.5.01.0043, rel. min. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª T., j. em 26.3.2014, *DEJT* de 15 abr. 2014.

¹³ Ver BEZERRA, Elton. Ministros do TST condenam PL da terceirização. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-03/maioria-ministros-tst-condena-pl-libera-terceirizacao>>. Acesso em: 1º jun. 2015.

na atividade-fim da empresa, bem como a ausência da responsabilidade solidária do empregador de forma efetiva¹⁴.

A Comissão Nacional de Direitos Sociais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) apresentou nota técnica pela rejeição ao Projeto de Lei n. 4.330/2004, destacando:

Resta evidente que o PL 4.330 caminha em sentido contrário ao das conquistas democráticas recentes, ao precarizar o vínculo empregatício e retirar dos trabalhadores relevantes porções das garantias estipuladas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela Constituição Federal, como também enfraquece os poderes de organização e negociação coletivas¹⁵.

No mesmo sentido, a Comissão Especial de Direito Sindical do Conselho Federal da OAB afirmou:

O PL 4.330/2004, que ora tramita na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, e que dispõe sobre o contrato de prestação de serviços terceirizados e as relações de trabalho dele decorrentes, se aprovado, representará séria ruptura com os princípios constitucionais consolidados no Texto de 1988¹⁶.

O projeto original sofreu sucessivas emendas. No entanto, o texto aprovado pela Câmara dos Deputados mantém a essência do original, permitindo o uso indiscriminado da terceirização. Em sua essência o Projeto de Lei n. 4.330/2004 visa transformar em regra algo que deve ser exceção.

Para a melhor proteção jurídica do trabalhador, o ideal seria a conjugação de dois fatores: vedação a sua generalização e estabelecimento de mecanismos de controle sobre as hipóteses

¹⁴ Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/anamatra-na-midia/anamatra-divulga-carta-aberta-contr-pl-4-330-da-terceirizacao>>. Acesso em: 25 maio 2014.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.oabrp.org.br/noticia/82465-conselho-federal-critica-pl-que-quer-expandir-terceirizacao>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28239/comissao-de-direito-sindical-rejeita-terceirizacao>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

permitidas, entre os quais, a responsabilidade solidária da tomadora de serviços e o enquadramento sindical pela categoria do tomador de serviços.

É histórica a luta dos trabalhadores pela melhoria das condições de trabalho e efetivação de direitos trabalhistas. A Constituição Federal de 1988 já tem mais de duas décadas, mas os trabalhadores brasileiros ainda lutam pela observância dos direitos nela assegurados. A eventual aprovação de tal projeto de lei enfraquece essa luta, dificultando ainda mais a consolidação dos direitos sociais no Brasil, ampliando o abismo que já existe entre as classes sociais e, indo de encontro aos fundamentos da República Federativa do Brasil, insertos no art. 1º da CF, em especial, a cidadania, a dignidade humana e o valor social do trabalho.

Além disso, tal aprovação ofenderia o art. 170 da Carta Constitucional porque o exercício de qualquer atividade econômica no Brasil deve se pautar na valorização do trabalho humano, na busca por uma existência digna, na função social da propriedade e na garantia do pleno emprego. Esses princípios gerais da ordem econômica limitam o direito à livre iniciativa e indicam que a busca pelo lucro não pode se sobrepor aos ditames de justiça social.

5 O Supremo Tribunal Federal e a terceirização

Foi mencionado neste artigo que a Súmula n. 331 do TST caracteriza como terceirização lícita a que não se relaciona à atividade-fim da empresa tomadora do serviço, reduzindo seu âmbito de incidência e controlando o seu uso, por se tratar de instrumento precarizante das relações trabalhistas. O julgamento no caso da Atlas-Schindler, mencionado no item anterior, demonstra que a súmula ainda é capaz de conter terceirizações que escancaradamente atropelam o Direito do Trabalho.

Outro caso que ilustra o caráter restritivo desse instrumento legal é a Ação Civil Pública n. 0121-2006-013-03-00, proposta

pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região em face de Celulose Nipo Brasileira S/A (CENIBRA), visando à condenação da ré, entre outras penalidades, à abstenção da contratação de terceiros para prestar serviços ligados à atividade-fim.

Segundo os fatos narrados na ação, a ré, tomadora do serviço, mantinha contrato com onze empresas terceirizadas, que intermediavam um total de 3.711 trabalhadores os quais executavam tarefas diretamente ligadas ao objeto social da tomadora, em ofensa à Súmula n. 331 do TST. Foi detectada, ainda, a precarização das condições de trabalho dos empregados das terceirizadas em comparação aos funcionários da tomadora. Tratou-se de um caso típico de terceirização da atividade-fim.

A ré foi condenada pela Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região nos exatos termos pedidos pelo MPT. Inconformada, interpôs recurso de revista, que não foi admitido. Foi interposto recurso extraordinário ao qual se negou seguimento. Desse modo, foi proposto agravo de instrumento, e os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal (STF), autuados sob o n. 713211, mas a ele se negou seguimento. A parte interpôs agravo regimental para a reconsideração da decisão que não deu seguimento ao recurso extraordinário, mas o STF negou provimento. Por fim, foram opostos embargos de declaração para suprimimento de omissão e, como consequência, conhecimento do recurso extraordinário. Aos embargos foi dado provimento para seguimento do recurso extraordinário¹⁷.

Não se pode negar que a Súmula n. 331 é fruto de um longo processo de amadurecimento sobre o tema na Justiça do Trabalho, mas os assentamentos jurisprudenciais que por anos consolidaram entendimento restritivo à terceirização, ao menos na Justiça do Trabalho, estão ameaçados não só pela inovação legislativa, mas também pelo possível resultado do julgamento do recurso extraor-

¹⁷ STF, ARE 713211 AgR/MG, rel. min. Luiz Fux, *DJe* de 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4304602>>. Acesso em: 22 maio 2014.

dinário, no qual a repercussão geral foi reconhecida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 16.5.2014¹⁸.

A tese adotada pela empresa é a de que a Súmula n. 331 ofenderia o princípio da livre iniciativa, pois não há norma impedindo a contratação de serviços em qualquer atividade, portanto, se a empresa não está impedida por lei de contratar serviços, seja na atividade-meio, seja na atividade-fim, a decisão fere o princípio da legalidade expresso no art. 5º, II, da CF. Segundo aduziu o ministro relator Luiz Fux em seu voto:

Assim, entrevejo ser de repercussão geral o debate de índole constitucional, sob a ótica do artigo 5º, inciso II, da CRFB, fundamento que foi prequestionado nos Embargos de Declaração de fls. 901-919, acerca dos parâmetros a serem observados para a identificação de que tarefas podem ser terceirizadas por empregadores, matéria central ventilada no Recurso Extraordinário interposto pela Embargante. É de se destacar que, na hipótese subjacente, a aferição da eventual ofensa ao artigo 5º, inciso II, da Constituição da República não demandará uma análise da legislação infraconstitucional, na medida em que a proibição judicial de contratação de mão-de-obra terceirizada não decorreu da análise de um texto legal específico, mas de uma compreensão pretoriana que almejou delimitar o princípio da legalidade no âmbito das relações trabalhistas. Assim, a análise do texto constitucional é direta, e não reflexa, a legitimar o manejo do Recurso Extraordinário¹⁹.

Numa análise superficial tal argumentação parece sedutora, mas, em razão de a terceirização implicar uma piora das condições de trabalho, trazendo prejuízos incalculáveis aos trabalhadores e à sociedade, ainda que não seja proibida, vai de encontro a outros princípios constitucionais como a dignidade humana, o valor social

¹⁸ STF, ARE 713211 AgR/MG, rel. min. Luiz Fux, *DJe* de 6 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4304602>>. Acesso em: 22 maio 2014.

¹⁹ STF, ARE 713211 AgR/MG, rel. min. Luiz Fux, *DJe* de 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4304602>>. Acesso em: 22 maio 2014.

do trabalho e a redução das desigualdades sociais (CF, arts. 1º, III e IV, e 170, VII), e aos fundamentos do Direito do Trabalho.

O ordenamento jurídico trabalhista não se compatibiliza com a terceirização, portanto, sob sua ótica, ela só pode ser admitida como exceção, e assim é tratada, tanto que, para se permitir a triangularização das relações de trabalho, há lei que o faz expressamente (contrato temporário, serviços de vigilância) e hipóteses autorizadas pela jurisprudência.

Por outro lado, o fato de não haver proibição expressa da terceirização não significa que ela seja permitida. Trata-se de situação, segundo Delgado (2009, p. 437), “somente aparentemente não tratada pelos diplomas legais disponíveis”, cuja solução está na análise do conjunto de regras norteadoras da matéria. Seria impossível às leis proibirem todas as condutas; para isso existem os princípios, que são os fundamentos do ordenamento jurídico a nortear a realização de condutas numa direção compatível com o ordenamento jurídico.

Consequentemente, a terceirização irrestrita não pode ser admitida, pois implicaria o ferimento de toda a sistemática jurídico-constitucional que elege como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade humana, o valor social do trabalho e as próprias bases do Direito do Trabalho.

Por outro lado, a Constituição Federal traça limites claros à livre iniciativa ao pautar seu exercício pela valorização do trabalho humano, pela existência digna e pelos ditames de justiça social.

6 Conclusões

A empresa é um organismo econômico-social vivo, formado por capital e mão de obra, e, embora vise ao lucro, seus objetivos não podem estar totalmente dissociados de uma finalidade social, relacionada à valorização do trabalho humano e ao desenvolvimento da sociedade.

Classicamente a empresa contratava diretamente seus empregados e direcionava a sua atividade. Nas últimas décadas do século passado, novas formas de gestão e organização do trabalho impulsionaram o crescimento de outra forma de contratar trabalhadores, por meio de empresas interpostas, o que se denominou de terceirização.

Sob a ótica do princípio da legalidade, no Direito Brasileiro sempre se traçaram limites à terceirização. Na CLT só existe permissivo para terceirização na previsão da figura da subempreitada. Leis excepcionais a autorizam para o trabalho temporário e os serviços de segurança e vigilância. Por sua vez, a jurisprudência, ampliando o permissivo legal, permitiu a contratação de serviços de limpeza e conservação e de serviços vinculados à atividade-meio da empresa, desde que não haja vínculo de subordinação e pessoalidade na sua prestação.

A excepcionalidade da terceirização se justifica por sua incompatibilidade com a estrutura normativa do Direito do Trabalho, que é protetiva e assim precisa ser, pois visa equilibrar a relação entre capital e trabalho, essencialmente desigual. Se a fragilidade do trabalhador se acentua nas relações de trabalho triangularizadas, na medida em que essa nova configuração jurídica favorece a sua precarização, retirando direitos, maximizando riscos à saúde do trabalhador e eliminando o sentimento gregário entre eles, a terceirização não pode ser uma modalidade de contratação aceita como regra.

Assim sendo, a terceirização atinge a dignidade do próprio trabalho, como valor essencial ao homem, e, portanto, seus limites encontram guarida no princípio da dignidade humana, no fundamento constitucional do valor social do trabalho, nos ditames de justiça social e nas garantias inerentes à relação de emprego previstas na Constituição da República e nas regras protetivas da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, em sua essência, o Projeto de Lei n. 4.330/2004 visa transformar em regra algo que, à luz do direito constitucional do trabalho, deve ser exceção: a forma triangularizada de contratação.

A terceirização representa uma ameaça real ao trabalhador, pois, escondida sob o manto do discurso da inovação e da especialização, está uma estratégia de fragilização da classe trabalhadora como um todo, por meio da redução dos coletivos de trabalhadores, em razão das regras do enquadramento sindical, das transferências de responsabilidades trabalhistas para outras empresas e da redução de postos de trabalho.

A Súmula n. 331 do TST, ao restringir a terceirização, tentou preservar o núcleo fundamental mínimo dos direitos fundamentais sociais. Qualquer atuação, seja por decisão judicial, seja por lei, que amplie em demasia ou libere totalmente a terceirização se prestará a legitimar e facilitar a adoção de mecanismo de precarização das relações laborais em ofensa àqueles direitos.

Por outro lado, nem o exercício da livre iniciativa, que deve se pautar na valorização do trabalho humano, na promoção de existência digna e pelos ditames de justiça social, poderia justificar, em atenção a esses limites, a liberação da terceirização.

Embora tal projeto atenda aos interesses de parcela da classe empresarial que busca incessantemente lucro sem se atentar que também é fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano, a sua implementação representará uma *capitis diminutio* à classe trabalhadora, ofensa à Constituição Federal e à Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que é prejudicial aos direitos e princípios constitucionais e legais assegurados.

Atentos à contrariedade do projeto de lei às conquistas sociais dos trabalhadores, a comunidade jurídica e os sindicatos têm-se manifestado contrariamente à sua aprovação.

Cabe aos congressistas e ao Poder Judiciário refletir sobre o tema na perspectiva de até que ponto a livre iniciativa e a liberdade de contratar, bandeiras que se levantam em favor da terceirização, justificam a precarização do trabalho humano.

O ordenamento jurídico trabalhista deve sempre observar que o trabalho é essencial ao ser humano, pois somente por meio dele

é possível colher os frutos de uma vida digna, e, assim sendo, a condição básica de validade da produção legislativa em matéria trabalhista é a preservação de seu valor social.

Referências

ABDALA, Vantuil. Terceirização: normatização, questionamentos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 74, n. 4, p. 17-25, out./dez. 2008.

ARAÚJO, Ângela Maria Carneiro; FERREIRA, Verônica Clemente. Terceirização e relações de gênero. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (Orgs.). *Terceirização no Brasil*. Do discurso da inovação à precarização das relações de trabalho (atualização do debate e perspectivas). São Paulo: AnnaBlume, 2009. p. 129-148.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

BUTKA, Sérgio. Terceirização total é atraso. *Força Sindical do Paraná*, Curitiba, 24 set. 2013. Disponível em: <<http://www.fsindical.com.br/?p=5430>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

DAU, Denise Motta. A expansão da terceirização no Brasil e a estratégia da CUT de enfrentamento à precarização do trabalho. In: _____; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (Orgs.). *Terceirização no Brasil*. Do discurso da inovação à precarização das relações de trabalho (atualização do debate e perspectivas). São Paulo: AnnaBlume, 2009. p. 167-186.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIEESE. *O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil*. Convênio SE/MTE n. 04/2003-DIEESE. São Paulo: 2007.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – um estudo do Complexo Petroquímico da Bahia*. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 1995.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Método, 2008.

LORENTZ, Lutiana Nacur; NEVES, Rubia Carneiro. Terceirização feita pelas organizações empresariais de vigilância e segurança: aspectos trabalhistas, empresariais e a súmula n. 331, V, do TST. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXI, n. 43, p. 71-101, mar. 2012.

MAGNO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1991.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

OPERÁRIO morre na arena pantanal. *Jornal do Brasil*, 8 maio 2014. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2014/05/08/operario-morre-na-arena-pantanal/>>. Acesso em: 24 maio 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo (Declaração de Filadélfia)*. Anexo aprovado na 26ª Reunião da Conferência. Filadélfia, 1944. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/document>>. Acesso em: 20 maio 2014.

SANCHES, Ana Tércia. Terceirização no sistema financeiro. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (Orgs.). *Terceirização no Brasil*. Do discurso da inovação à precarização das relações de trabalho (atualização do debate e perspectivas). São Paulo: AnnaBlume, 2009. p. 254-257.

SCHMIDT, Paulo Luiz. Terceirização é o agenciamento do trabalho humano. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/paulo-schmidt-terceirizacao-agenciamento-trabalho-humano>>. Acesso em: 19 set. 2013.

SINDICATO DOS TRABALHADORES DA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. PT, Anamatra e OAB fecham posição contra o PL 4.330. Disponível em: <<http://www.sintfub.org.br/joomla/index.php/noticias/313-pt-anamatra-e-oab-fecham-posicao-contr-o-pl-4330.html>>. Acesso em: 25 maio 2014.

SINDIPETRO PARANÁ E SANTA CATARINA. Ministros do TST condenam o PL 4330 e a mídia silenciosa. Disponível em: <<http://www.sindipetroprsc.org.br/site/index.php/noticias/item/1833-ministros-do-tst-condenam-o-pl-4330-e-a-m%C3%ADdia-silencia>>. Acesso em: 18 set. 2013.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. *Terceirização e reestruturação produtiva*. São Paulo: Ltr, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 141-156, jan./jun. 2009.

_____. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez. 2012.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 1, p. 54-84, jan./mar. 2011.

THÉBAUD-MONY, Annie; DRUCK, Graça. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Orgs.). *A perda da razão social do trabalho*. Terceirização e precarização. 2. ed. revista. São Paulo: Boitempo, 2012.

Novo Código de Processo Civil

O incidente da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil

Ana Carolina Amâncio de Araújo

Analista Processual no Ministério Público da União. Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual do Piauí.

Resumo: O presente artigo aborda a desconsideração da personalidade jurídica, com enfoque no incidente que instrumentaliza a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Para compor a discussão, passeia-se sobre a origem do instituto, fundamentos e referencial histórico, bem como suas teorias, modalidades e alcance. Utiliza-se ainda a legislação material vigente e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dos principais tribunais do País, de modo a permitir maior compreensão acerca desse instrumento. Não se deixa de mencionar, ainda que de maneira pouco aprofundada, as críticas já desenvolvidas no meio jurídico sobre essa inovação. Para além disso, entende-se que a segurança e a razoabilidade das decisões judiciais são consequência da aplicação do incidente, coadunando-se, portanto, com a noção constitucional de processo.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Incidente. Novo Código de Processo Civil. Autonomia.

Abstract: This article discusses the disregard of the legal entity, focusing on the incident that exploits its application in the Brazilian legal system, with the new Civil Procedure Code. Composing the discussion, we talk about the origin of the institute, foundations and historical references, as well as its theories, methods and scope. It is used even the current material legislation and doctrinal and jurisprudential understanding of the main courts of the country in order to allow greater understanding of that instrument. Other than that, on little-depth way, it shows some critics already developed in the legal environment on this innovation. Furthermore, it is understood that the safety and fairness of judicial decisions are a

result of the application of the incident, and is in line therefore with the constitutional notion of process.

Keywords: Disregard of the legal entity. Incident. New Civil Procedure Code. Autonomy.

Sumário: 1 Introdução. 2 A desconsideração da personalidade jurídica. 2.1 Fundamentos e referencial histórico. 2.2 Teorias, modalidade e alcance. 3 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. 4 Considerações finais.

1 Introdução

A dinamicidade das relações humanas revela aos estudiosos do Direito a necessidade do aprimoramento de certos temas. É o caso do estudo da desconsideração da personalidade jurídica e seus desdobramentos, cujo procedimento foi desenvolvido e sistematizado, fazendo-se presente no texto do novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor no mês de março de 2016.

Essa novidade legislativa surge como uma resposta ao clamor doutrinário para a procedimentalização das regras de direito material já existentes acerca da desconsideração da personalidade jurídica.

Seguindo tal movimento entusiástico, o presente artigo visa esboçar uma análise do fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro, sem pretensão de esgotar o tema, destacando o incidente que o instrumentaliza, com previsão entre os arts. 133 e 137 do novo CPC.

Para tanto, previamente, far-se-á uma abordagem acerca dos fundamentos e referencial histórico da desconsideração, realçando suas teorias, modalidades e alcance, além de pontuais referências jurisprudenciais dos tribunais superiores pátrios, até, finalmente, abordar o incidente da desconsideração de forma específica.

O objetivo deste artigo é, antes de tudo, contribuir para a expansão do conhecimento jurídico e acrescentar material aos estudos dos operadores do Direito.

2 A desconsideração da personalidade jurídica

2.1 Fundamentos e referencial histórico

É sabido que a *Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, também conhecida como *Teoria da Penetração (disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*), surgiu no Direito Comparado, como uma resposta às fraudes e abusos cometidos por sócios e administradores da pessoa jurídica (abuso do direito associativo), sob a proteção do véu da personalidade jurídica diversa ostentada por aquela.

Há notícia de julgados históricos pioneiros contemplando essa tese nos anos 1892 e 1897, nos EUA (*State vs. Standard Oil Co.*) e na Inglaterra (*Salomon vs. Salomon & Co.*), respectivamente. No entanto, foi nos primeiros anos do século XX que a temática ganhou contornos de teoria e apenas nas décadas de 1950/1960 aportou em solo brasileiro, por meio das lições de Rubens Requião (COELHO, 2008).

Depois disso, a teoria deixou de sê-lo para transmudar-se em norma nos textos legislativos vindouros, a exemplo do Código Civil (art. 50), do Código de Defesa do Consumidor (art. 28, *caput*), da Lei n. 9.605/1998 (art. 4º) e da Lei n. 12.846/2013 (art. 14).

Independentemente da época, o fundamento da teoria ora em análise é a criação de alternativas que inibam o abuso do direito associativo. A desconsideração da personalidade jurídica objetiva oferecer meios para que a autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus membros seja preservada, e, por conseguinte, os interesses dos terceiros que com ela negociam. Em suma, quer-se reafirmar o princípio da separação, ou seja, a independência entre a personalidade e o patrimônio¹.

¹ CHAVES DE FARIAS, Christiano. In: *Curso de aperfeiçoamento o novo CPC e a parte geral do direito civil*. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, nov. 2015.

Flávio Tartuce (2015), com clareza no expressar das ideias, explica que o instituto possibilita que o escudo seja retirado da pessoa jurídica para atingir quem está atrás dele, isto é, o sócio ou administrador fraudulento, afeito aos abusos em prejuízo de terceiros.

Oportunamente, convém realçar que a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a despersonalização da personalidade jurídica. Aquela é uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída (DIDIER JUNIOR, 2016), enquanto nesta, a pessoa jurídica é dissolvida ou extinta.

2.2 Teorias, modalidade e alcance

Estudos doutrinários apontam duas grandes teorias fundamentais acerca da desconsideração da personalidade jurídica. São elas: teoria maior ou subjetiva e teoria menor ou objetiva.

Segundo a teoria maior, a incidência da desconsideração, para ser deferida, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica e o prejuízo ao credor. Em contrapartida, a teoria menor exige tão somente o prejuízo ao credor.

Note-se que a teoria maior encontra guarida no art. 50 do Código Civil de 2002, conforme segue:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A teoria menor, por sua vez, encontra amparo no Código de Defesa do Consumidor e na Lei n. 9.605/1998, haja vista sua maior eficiência para a defesa dos interesses dos consumidores e de danos ambientais, na medida em que preceitua o cumprimento

de apenas um requisito para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (Código de Defesa do Consumidor)

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. (Lei nº 9.605/1998)

Tais teorias encontram ampla aplicação na jurisprudência pátria, a exemplo do verificado nos julgados AgRg no AREsp n. 550.419/RS e AgRg no AREsp n. 563.745/RJ da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça².

Com o passar dos anos e as inovações nas relações jurídicas, sentiu-se a necessidade de estender os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, de maneira a atingir não somente a pessoa jurídica que sofre os efeitos da confusão patrimonial provocada por seus sócios ou administradores, mas também os sócios/administradores que se valem da pessoa jurídica para abusarem do direito em suas relações com terceiro.

Melhor explicando, “é possível, no caso de confusão patrimonial, responsabilizar a empresa por dívidas dos sócios” (TARTUCE,

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgados diversos. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 8 jan. 2016 – 3 fev. 2016.

2015, p. 72). Tal fenômeno ficou conhecido como *desconsideração inversa* ou *invertida*.

O exemplo prático corriqueiramente citado pelos estudiosos do assunto é o caso do sócio que compra bens com capital próprio em nome da empresa para se furtar de partilhar tal valor numa ação de divórcio. Nesse caso, pela desconsideração, tais bens poderão ser alcançados pela referida ação.

Caso semelhante foi abordado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o julgado REsp n. 1.236.916/RS, sob a relatoria da ministra Nancy Andriighi.

Antecipamo-nos, no tópico a seguir detalhado, acerca das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, para realçar que esse instrumento legislativo traz expressa em seu texto a previsão da desconsideração da personalidade inversa.

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

[...]

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Verifica-se, portanto, que a aplicação do instituto, antes apenas inspirado nos estudos doutrinários e jurisprudenciais, agora ganha contornos legais, não mais havendo que se falar em *teoria* da desconsideração inversa.

Importa deixar claro que, independentemente da modalidade aplicada ao caso concreto, deve-se ter em mente o seu caráter subsidiário, isto é, deve-se previamente comprovar a insolvência da pessoa jurídica, para só então aplicar os efeitos práticos da desconsideração, quais sejam, a ampliação de responsabilidades com a quebra da sua autonomia.

Daí porque ser assente entre os operadores do Direito, tendo culminado, inclusive, com o julgamento da matéria pelo STJ em

incidente de recursos repetitivos, o entendimento segundo o qual o mero encerramento irregular das atividades da empresa não tem o condão de, por si só, gerar a incidência da desconsideração, especialmente aquela tratada pelo Código Civil (Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.306.553/SC).

Seguindo o debate acerca dos aperfeiçoamentos do instituto da desconsideração, menciona-se a possibilidade de a própria pessoa jurídica invocar a aplicação desta em seu favor, com o fito de defender a sua regular administração e autonomia. É o caso, por exemplo, da empresa credora que quer fazer uso da desconsideração em face de empresa devedora. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu conferindo legitimidade à pessoa jurídica para atuar nesses casos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. LEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. ARTIGOS ANALISADOS: 50, CC/02; 6º E 499, CPC.

[...]

2. Discute-se a legitimidade da pessoa jurídica para impugnar decisão judicial que desconsidera sua personalidade para alcançar o patrimônio de seus sócios ou administradores.

3. Segundo o art. 50 do CC/02, verificado “abuso da personalidade jurídica”, poderá o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

4. O interesse na desconsideração ou, como na espécie, na manutenção do véu protetor, podem partir da própria pessoa jurídica, desde que, à luz dos requisitos autorizadores da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a pertinência de seu intuito, o qual deve sempre estar relacionado à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade.

5. Assim, é possível, pelo menos em tese, que a pessoa jurídica se valha dos meios próprios de impugnação existentes para defender sua autonomia e regular administração, desde que o faça sem se

imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios/administradores incluídos no polo passivo por força da desconsideração.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(REsp n. 1.421.464/SP, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 24.4.2014, *DJe* de 12 maio 2014).

Para além das discussões acerca da legitimidade da pessoa jurídica, convém ressaltar a abrangência da incidência da desconsideração da personalidade jurídica nas diversas modalidades de agrupamento societário, bem como no alcance até mesmo dos chamados sócios ocultos ou *laranjas* da pessoa jurídica.

Tem-se admitido a desconsideração da personalidade jurídica em face das pessoas jurídicas sem fins lucrativos, das Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada (EIRELIS) e das associações, visto que elas também são alcançadas pelo conceito de abuso da personalidade jurídica (Enunciado n. 284 do CJF/STJ)³.

Cristiano Chaves de Farias, no curso já mencionado, chamou a atenção para a desconsideração expansiva da personalidade jurídica e o sócio-oculto (*laranja*). Para esse autor, com amparo em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS, Apciv. n. 598.586.196, rel. des. Luiz Felipe Silveira Difini), seria possível a aplicação dos efeitos da desconsideração para abranger, até mesmo, sócios ocultos da empresa familiar, quando ficar demonstrado mediante provas que toda a entidade familiar detinha vantagens em face de negócios jurídicos fraudulentos.

3 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC

Após uma célere abordagem quanto à repercussão da desconsideração da personalidade jurídica no plano material, é chegado o momento de trazer à baila as inovações promovidas pelo novo Código de Processo Civil acerca desse assunto no âmbito proces-

³ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados>>.

sual. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica encontra-se previsto no Capítulo IV do Título III (DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS), entre os arts. 133 e 137.

De início, o legislador prevê que o incidente será instaurado mediante requerimento da parte ou do Ministério Público, quando a este couber intervir no processo. Tal previsão, diga-se, não destoaria do que já previra o art. 50 do Código Civil, alhures colacionado.

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A discussão agora a ser enfrentada pelos estudiosos do Direito gira em torno da possibilidade ou não de decretação da desconsideração da personalidade jurídica *ex officio*. Doutrinadores, como é o caso de Flávio Tartuce (2015), antecipam-se em afirmar que, no seu entender, tal situação seria admitida em casos que envolvem a ordem pública, a exemplo da defesa do consumidor e dos danos ambientais. Em suma, relaciona-se a aplicação *ex officio* com a teoria menor da desconsideração outrora aduzida.

Na sequência desse artigo, os seus parágrafos preveem que as normas processuais devem observar as regras materiais já existentes sobre o assunto, bem como enfatizam a aplicação daquelas sobre a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

O artigo seguinte, por sua vez, autoriza a discussão da desconsideração em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Por oportuno, diga-se que o novo CPC, em seu art. 1.062, previu que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica também se aplica ao processo de competência dos juizados especiais.

O § 1º chama a atenção para o fato de que a instauração do incidente deve ser comunicada ao distribuidor a fim de que ele proceda às anotações devidas. Nesse caso, não sendo a desconsideração suscitada logo na petição inicial – hipótese expressamente admitida no § 2º –, o processo será suspenso até que o incidente seja apreciado pela autoridade judiciária.

Observe-se que, independentemente do momento, o incidente deve demonstrar o preenchimento dos requisitos legais, aqui já esboçados, para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

O art. 135, a seu tempo, ressalta que, instaurado o procedimento, “o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer provas cabíveis no prazo de 15 dias”. Há quem acredite que o legislador pecou ao mencionar apenas os sócios, deixando de fora os administradores da empresa. Nesse caso, admitir-se-ia a realização de uma interpretação extensiva, de modo a incluí-los (TARTUCE, 2015, p. 79).

Em acréscimo, entende-se que a previsão expressa em lei de que os sócios (e administradores) são parte, e não terceiros interessados, permite sanar qualquer dúvida prática outrora existente quanto ao cabimento de embargos do devedor por parte daqueles.

Por certo, ainda vale aqui fazer alusão às palavras de Fredie Didier (2016), um dos juristas coautores do projeto do novo CPC segundo o qual não é lícita a aplicação da sanção sem o prévio contraditório. Logo, os interessados devem ser informados acerca da instauração do incidente, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Em seguida, o art. 136 prescreve que, ao termo da instrução do incidente, caso ela seja necessária, a autoridade judiciária decidirá por meio de decisão interlocutória. Em sendo o procedimento objeto de análise pelo relator, caberá agravo interno daquela decisão.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Por último, o art. 137 aduz:

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Esse dispositivo prevê, portanto, que o principal efeito da decisão que acolhe o pedido de desconsideração da personalidade jurídica é considerar ineficaz toda e qualquer alienação ou oneração de bens havida depois do ajuizamento da ação em prejuízo do requerente. Dizendo de outro modo, o juiz reconhecerá em fraude à execução a ineficácia do ato praticado pelos sócios ou pessoa jurídica em prejuízo do requerente.

4 Considerações finais

Quis-se com o presente artigo lançar luzes à discussão em torno da desconsideração da personalidade jurídica, com especial realce para o incidente que a procedimentaliza, cuja entrada em vigor aconteceu no mês de março de 2016, juntamente com o novo Código de Processo Civil.

Fruto da necessidade de harmonizar o diploma processual com o Código Civil de 2002, os autores do novo CPC esforçaram-se por suprir o vácuo e criar um regramento até certo ponto exauriente do procedimento da desconsideração da personalidade jurídica.

Independente das críticas já emergentes, como aquela que argumenta que o novo Código de Processo Civil perdeu a chance de normatizar a *Teoria de Sucessão de Empresas*, tal como fez com a desconsideração inversa (TARTUCE, 2015, p. 82), ou que o processo perderá em celeridade e efetividade devido ao ritualismo em si, a expectativa em torno da sua entrada em vigor é das melhores, especialmente por executar a constitucionalista noção de processo que deve permear o ordenamento jurídico.

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 11. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Reflexões de Direito Penal

Notas sobre a classificação penal da captura de peixes ameaçados de extinção

Anelise Becker

Procuradora da República. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

Resumo: Por meio de uma interpretação sistemática da ressalva constante da parte final do conceito legal de ato de pesca, contido no art. 36 da Lei n. 9.605/1998, defende o presente artigo a tipificação penal da captura de organismos aquáticos ameaçados de extinção no art. 34, parágrafo único, inciso I, da mesma Lei, analisando, a seguir, a jurisprudência formada a partir de tais fundamentos.

Abstract: Through a systematic interpretation of the exception found in the final part of the legal concept of fishing contained in the Article 36 of the Law 9.605/1998, the present article defends the criminal classification of capture of endangered aquatic organisms in the Article 34, single paragraph, line I, of the same law, analyzing, then, the jurisprudence created which was based on such fundamentals.

Palavras-chave: Pesca. Conceito legal. Ressalva. Espécies ameaçadas de extinção. Tipificação penal. Interpretação sistemática e constitucional.

Keywords: Fishing. Legal concept. Exception. Endangered species. Criminal classification. Systematic and constitutional interpretation.

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentos. 3 Julgados. 4 Conclusão.

1 Introdução

O art. 36 da Lei n. 9.605/1998 estabelece que,

para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou

não de aproveitamento econômico, *ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais de fauna e da flora.* [Grifo nosso].

Acerca de mencionada ressalva, não há muitas referências¹. Passa a questão a relevar, contudo, à medida que a capitulação daquela conduta, pelo Ministério Público, no art. 34 do diploma legal citado, venha a sofrer², em alegada observância à parte final do art. 36, desclassificação judicial para o seu art. 29, § 4º, inciso I³, cuja pena cominada é inferior àquela correspondente ao tipo do art. 34, parágrafo único, inciso I⁴.

Esta, aliás, a situação experimentada nos autos de diversas ações penais que tramitaram perante a Justiça Federal da Subseção

1 V.g. comentário de Nucci (2007, p. 811): “Foi feita a ressalva na parte final do art. 36, tendo em vista que as espécies ameaçadas de extinção não podem ser retiradas da água, logo, constitui crime. Percebe-se o cuidado de definir a pesca permitida, do contrário não teria sentido o mencionado na referida parte final do art. 36”.

2 Não sem consequências, ainda, no que tange à competência para o seu processo e julgamento, assim deslocada para o Juizado Especial Criminal, por força do disposto nos arts. 60 e 61 da Lei n. 9.099/1995.

3 *In verbis*:

“Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

[...]

§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I – contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração; [...].”

4 *In verbis*:

“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I – *pescar espécies que devam ser preservadas* ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos; [...] [grifo nosso].

Judiciária de Rio Grande-RS, onde em certa época (2009/2010) proferidas decisões segundo as quais as espécies ameaçadas de extinção, por expressa disposição do art. 36 da Lei n. 9.605/1998, estariam fora da abrangência do tipo penal descrito no seu art. 34, porquanto o dispositivo citado, ao estabelecer o conceito legal de *pescar*, dele teria excluído expressamente a captura de espécies ameaçadas de extinção.

Tais casos foram objeto de recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público Federal⁵ perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Distribuídos entre suas Sétima e Oitava Turmas, a oposição inicial de orientações veio a se pacificar no sentido adotado pela Oitava Turma, em consonância com superveniente entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Decisiva para a adoção de um entendimento ou outro a compreensão do julgador quanto às regras de interpretação jurídica.

2 Fundamentos

A redação do dispositivo legal invocado não é, por certo, das mais felizes, de modo que, efetivamente, dá ensejo à compreensão excludente. Dúbia a redação, não é esta, também por certo, a única interpretação que dela se pode colher. São portanto outros os critérios – além da eventual primeira impressão que possa restar de sua leitura isolada – que devem nortear a extração do conteúdo da norma jurídica nele positivada.

Esses critérios devem atentar não apenas para a realidade dos fatos observados na vivência comunitária em que se dá a prática delituosa em comento, mas sobretudo para o fundamento normativo da sua criminalização (que diz com o relevo jurídico-criminal da conduta). Tudo a fim de evitar que se alcancem – tal como se deu nos casos mencionados – artificialismos conflitantes com a

5 As razões de tais recursos, elaboradas pela autora, são apresentadas no presente artigo. À época, não havia sido ainda publicada a obra, do também procurador da República Luís Roberto Gomes, *Crimes de Pesca* (Curitiba: Juruá, 2011), motivo por que nelas não invocada.

intenção material em que normativamente se funda aquela penalização, reconhecidos inclusive pelo Juízo em referência, ao admitir que o tratamento mais brando da extração de peixes sujeitos à extinção constitui evidente *contradição*.

O artificialismo, no caso, consiste na exclusão do ato de pesca, que tem o organismo aquático por excelência como seu objeto, de algumas espécies de organismos tais, em decorrência de seu *status* de conservação – critério que não guarda qualquer relação de pertinência com a exclusão operada.

Assim, a menos que se pretenda assumir que as normas protetivas do ambiente constituem efetivamente um *tapete de Penélope* – tecido durante o dia para satisfazer determinados interesses, mas desfeito secretamente durante a noite para satisfazer outros, a avocar, com isso, a natureza de um espetáculo, de uma representação, pois suas normas seriam aparentes e a sua fraqueza consentida, com o objetivo de possibilitar, ainda que temporariamente, a prossecução de interesses econômicos associados ao uso dos bens ambientais (OST, s/d) –, a interpretação do disposto no mencionado art. 36 há de observar o destaque conferido, na esfera constitucional, à vedação das práticas que provoquem a extinção de espécies (art. 225, § 1º, inciso VII).

Se a utilização sustentável dos recursos naturais consiste em princípio constitucional impositivo conformador da ordem econômica (art. 170, inciso VI) e, como tal, princípio *normativo, retriz e operante*, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em atividades interpretativas, seja em atos inequivocamente conformadores – leis, atos normativos –, deve por isso ser interpretada segundo um princípio de *máxima efetividade* (CANOTILHO, 1998, p. 1040 e 1097).

Tal entendimento leva à obrigatória conclusão de que a ressalva constante na parte final do citado art. 36 tem em referência não o conceito legal de pesca, para dele excluir a pesca de espécies ameaçadas de extinção, mas sim *a suscetibilidade ou não de aproveitamento econômico* dos espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos,

moluscos e vegetais hidróbios⁶. E isto em coerência sistemática com o conjunto das normas atinentes às espécies ameaçadas de extinção, precisamente para *reforçar a sua proteção*.

Note-se, a propósito, que, em conformidade com o art. 15, inciso II, alínea *q*, da Lei n. 9.605/1998, o cometimento de infração que atinja espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes, constitui circunstância que agrava a pena, não podendo, por isso, aceitar-se que, no mesmo diploma legal, outro dispositivo remeta a apenamento mais leve conduta que tenha essas espécies por objeto e que, exatamente por tê-lo, constitui crime.

Uma interpretação sistemática e constitucional da ressalva constante na parte final do art. 36 da Lei n. 9.605/1998 faz ver que esta consiste em destaque suplementar à não suscetibilidade de aproveitamento econômico das espécies ameaçadas de extinção,

⁶ Agradeço especialmente à colega, hoje procuradora Regional da República, Carmem Elisa Hessel por sua decisiva contribuição, com o argumento em referência, para o enfrentamento do problema em apreço, expressamente acolhido pela Oitava Turma do TRF da 4ª Região nos RSE n. 2009.71.01.000497-6, rel. des. federal Luiz Fernando Wowk Penteadó, un., *D.E.* 9 set. 2009; RSE n. 2009.71.01.001333-3, rel. des. federal Luiz Fernando Wowk Penteadó, un., *D.E.* 27 jan. 2010; RSE n. 2009.71.01.000687-0, rel. des. federal Victor Luiz dos Santos Laus, un., *D.E.* 24 jun. 2010; RSE n. 0001555-28.2009.404.7101, rel. des. federal Victor Luiz dos Santos Laus, un., *D.E.* 13 out. 2010, *in verbis*:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PESCA E TRANSPORTE DE PEIXES AMEAÇADOS DE EXTINÇÃO. ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E III, DA LEI Nº 9.605/98. ARTIGO 36, PARTE FINAL DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL.

A pesca e o transporte de peixes ameaçados de extinção configuram, em tese, o delito tipificado no artigo 34, parágrafo único, incisos I e III, da Lei dos Crimes Ambientais, afastando a competência dos Juizados Especiais Criminais Federais.

A expressão ‘*ressalvas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora*’, contida na parte final do artigo 36 da Lei nº 9.605/98 não possui o condão de restringir a aplicabilidade do artigo 34 do mesmo diploma legal às hipóteses de pesca de espécies não ameaçadas de extinção, sob pena de afronta ao disposto no artigo 225, § 1º, inciso I, da CRFB, referindo-se somente a possibilidade de aproveitamento econômico de tais peixes, uma vez que sobre os ameaçados de extinção há vedação total de retirada da água.”

cuja pesca – por essa exata razão – é proibida. Vale dizer, quer o mencionado art. 36 ressaltar que, ainda que do ponto de vista econômico as espécies ameaçadas de extinção apresentem interesse para o seu aproveitamento, *este não poderá ocorrer*.

Esta a razão, inclusive, por que não há qualquer percentual de pesca permitida de espécie ameaçada de extinção a título de *captura incidental*. Tal vedação total visa, precisamente, a *desestimular* a sua pesca e possibilitar o controle eficaz da proibição de sua captura e comércio, e determina, no caso de efetiva *captura incidental*, a sua devolução à água, ainda que já sem vida, uma vez que o referido controle importa também na vedação de seu desembarque.

Isso posto, não resta dúvida de que a conduta em questão subsume-se àquela tipificada no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/1998, que comina pena de detenção de um a três anos e/ou multa a quem “pesca espécies que devam ser preservadas”⁷. Interpretação diversa estaria em contradição com o fundamento normativo da especial proteção jurídica conferida às espécies ameaçadas de extinção, na medida em que lhe atribuiria apenamento mais brando, num como que *estímulo à captura*, precisamente, das espécies cujo *status* de conservação é o mais frágil, tudo em *flagrante violação à vedação constitucional às práticas que provoquem extinção de espécies*.

Note-se, em consonância com o magistério de Neves (1995, p. 391), que a questão do fundamento não é apenas uma especulativa questão teórica, mas condição de que dependerá o prático e correto cumprimento do princípio da legalidade criminal, pois é em seu verdadeiro fundamento que o princípio cobra, quer em geral, quer em todas as suas especificações, o seu sentido decisivo, aquele sentido que nos fará compreender a sua intenção essencial e que será assim o regulativo fundamental da solução do seu problema e do critério do seu cumprimento.

⁷ Embora o universo de espécies que devam ser preservadas não se esgote naquelas ameaçadas de extinção, é certo que as que se encontrem sob ameaça de extinção devem ser preservadas. Nesse sentido, por exemplo, Lecey (2007, p. 98) é expresso ao considerar a pesca de espécies ameaçadas de extinção como hipótese do art. 34, parágrafo único, inciso I, 1ª parte, da Lei n. 9.605/1998.

E se o princípio da legalidade tem como papel principal o de preservação do direito criminal *como direito*, na medida em que, em sua função de garantia, exclui a prepotência e o arbítrio, bem como possibilita o *controle* decisório, não foge a sua realização à atual compreensão da interpretação jurídica (NEVES, 1995, p. 408-409).

Essa compreensão tem em vista precisamente a circunstância de não ser pelo fato de as leis se objetivarem em textos que a finalidade da interpretação jurídica será necessariamente o texto ou o seu teor verbal, e não, antes, a norma jurídica que as leis positivam. E isso porque o teor verbal da lei não manifesta um sentido *gramatical* ou linguístico comum a que se venha *acrescentar* o sentido jurídico convocado pelos outros elementos da interpretação: seu teor verbal manifesta originariamente o *sentido jurídico*, de modo que a significação das palavras e expressões legais, como palavras e expressões de um sentido jurídico, só encontram a determinação da sua indeterminação significativa no próprio sentido jurídico interpretado (NEVES, 1995, p. 431 e 447)⁸.

Isso significa que a interpretação jurídica passível de ser conferida ao disposto no citado art. 36 pode apenas ser uma que lhe confira *sentido jurídico*. E aquela que desclassifica a pesca de espécies ameaçadas de extinção do art. 34 para o 29 certamente está longe de possuí-lo, pois foge inteiramente à razoabilidade. De modo que, se uma simples *leitura* (carente, assim, de intenção jurídica) do art. 36 da Lei n. 9.605/1998 autoriza aquela desclassificação, veda-a a assunção da intencionalidade jurídica em sua *interpretação* (que, como tal, não se reduz ou confunde com a mera leitura).

A não adoção dessa interpretação sistemática e constitucional do disposto no art. 36 da lei n. 9.605/1998 importa,

⁸ O mesmo autor esclarece que o problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as normas jurídicas, mas o de obter dessas normas um *critério prático-normativo adequado* de decisão dos casos concretos. “Uma ‘boa’ interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutico-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto” (NEVES, 1993, p. 84).

necessariamente, no reconhecimento, inclusive incidental, da inconstitucionalidade – frente ao art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República – da expressão “ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais de fauna e da flora”, registrada na parte final do mencionado dispositivo legal.

3 Julgados

A apreciação de tais fundamentos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região gerou entendimentos inicialmente dissonantes. Sua Oitava Turma desde logo pacificou o entendimento de que a conduta em questão se subsumiria ao art. 34 da Lei n. 9.605/1998, sob o argumento de que o trecho “ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora” refere-se apenas à possibilidade de aproveitamento econômico de tais peixes, pois sua retirada da água é totalmente vedada. Entendimento diverso, restritivo da aplicabilidade do tipo em questão às hipóteses de pesca de espécies não ameaçadas de extinção, afrontaria o disposto no art. 225, § 1º, inciso I, da Constituição da República.

De acordo com o entendimento inicial da maioria da Sétima Turma daquele Tribunal, porém, seria vedada a utilização típica da conduta de pesca proibida em caso de espécie ameaçada de extinção por força da ressalva constante no citado art. 36. Embora reconhecendo que a pretensão do legislador seria certamente punir mais gravemente a conduta de apanha de peixes em extinção, segundo tal entendimento, isto dependeria de norma penal específica, como se dá no caso dos cetáceos (Lei n. 7.643/1987). Enquanto ausente lei penal específica, somente encontraria tipicidade penal a conduta de dano a espécie em extinção quando enquadrada no tipo penal do art. 29 da Lei Ambiental, pois “embora a genérica conduta de pesca tenha pena maior do que o socialmente mais gravoso crime de apanha de espécime ameaçada de extinção, não pode o magistrado criar norma penal mais

gravosa por analogia, desconsiderando o expresso conteúdo normativo a fixar os limites do crime”⁹.

Em voto divergente, porém, pontuava o desembargador federal Márcio Antônio Rocha que a desclassificação do delito para aquele previsto no art. 29, § 1º, III, c/c seu § 4º, I, da Lei n. 9.605/1998 não poderia prevalecer, pois por força do § 6º do mesmo art. 29, referidas disposições “não se aplicam aos atos de pesca”¹⁰. Submetida a uma interpretação sistemática, a ressalva contida em seu art. 36 não importa na não subsunção das disposições do art. 34 à pesca, coleta, apanha etc., de espécimes da fauna ictio-

⁹ Tribunal Regional Federal, Sétima Turma, RSE n. 2009.71.01.000356-0, p. m., relator p/ acórdão Néfi Cordeiro, D.E. 10 jun. 2010; RSE n. 2009.71.01.000357-1, p. m., relator p/ acórdão Néfi Cordeiro, D.E. 17 jun. 2010; RSE n. 2009.71.01.000495-2, p. m., relator p/ acórdão Néfi Cordeiro, D.E. 24 jun. 2010; RSE n. 2009.71.01.000452-6, p. m., relator p/ acórdão Néfi Cordeiro, D.E. 24 jun. 2010; RSE n. 2009.71.01.000496-4, un., relator Néfi Cordeiro, D.E. 9 set. 2009; RSE n. 0000688-35.2009.404.7101, p. m., relator p/ acórdão Tadaaqui Hirose, D.E. 30 set. 2010; RSE n. 0001556-13.2009.404.7101, p. m., relator Tadaaqui Hirose, D.E. 4 nov. 2010; RSE n. 5001125-54.2010.404.7101, p. m., relator p/ acórdão Sebastião Ogê Muniz, j. em 25.1.2011, todos basicamente com a seguinte ementa:

“PROCESSO PENAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA. ESPÉCIE AMEAÇADA DE EXTINÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO JURÍDICA. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 29, § 1º, III, DA LEI 9.605/98. 1. Por expressa previsão do art. 36 da Lei Ambiental, não compreendem o crime de pesca as condutas direcionadas a espécimes ameaçadas de extinção. 2. À falta de mais gravosa lei especial, como se dá no caso dos cetáceos (Lei n. 7.643/87), somente encontra tipicidade penal a conduta de dano à espécie em extinção quando enquadrada no tipo penal do art. 29 da Lei nº 9.613/98. 3. Descabido é o enquadramento típico *contra-legend* ou em analogia *in mallam partem*. 4. Reconhecida a competência do Juizado Criminal para os fatos imputados.”

¹⁰ Des. federal Márcio Antônio Rocha, voto divergente *in* RSE n. 5001125-54.2010.404.7101, p. m., relator p/ Acórdão Sebastião Ogê Muniz, j. em 25.1.2011. Esclarece Luís Roberto Gomes (2011, p. 61-62) que a limitação feita no citado § 6º do art. 29 destina-se a distinguir os animais que são caçados daqueles que são pescados, excluindo expressamente daquela modalidade os peixes, crustáceos e moluscos, pois quando da vigência dos dispositivos penais da Lei de Proteção à Fauna e do Código de Pesca, bastava que a espécie encontrasse na água o seu *habitat* natural para que sua apanha configurasse pesca, o que conferia a tal conduta uma amplitude muito grande, abrangendo cetáceos, sirênios, pinípedes, répteis e anfíbios.

lógica ameaçadas de extinção, mas visa a definir o núcleo típico do ato de pescar, esclarecendo que esse núcleo abrange todos os atos de captura ou conduta assemelhadas, de espécies suscetíveis ou não de aproveitamento econômico¹¹.

Também o desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz, divergindo do entendimento majoritário daquela Turma, manifestou-se no sentido de que, embora a uma leitura superficial dos dispositivos em causa até se compreenda aquela exegese, o trecho “ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora” não possui o condão de restringir a aplicabilidade do art. 34 às hipóteses de pesca de seres aquáticos não ameaçados de extinção, sendo

[...] de rigor uma análise mais detida de tais normas, levando-se, sobretudo, em consideração que a interpretação legal não deve ser feita apenas de forma literal, mas, também, tendo-se em mente princípios e regras sistemáticas. Somente dessa forma extrair-se-á o verdadeiro alcance do dispositivo¹².

Posteriormente, com a alteração de sua composição, a referida Turma passou a prover tais recursos à unanimidade. E, mais uma vez, foi decisiva a atenção do julgador aos critérios norteadores da interpretação jurídica. É o que expressamente se colhe do voto do desembargador federal Elcio Pinheiro de Castro¹³:

11 Des. federal Márcio Antônio Rocha, voto divergente, RSE n. 2009.71.01.000357-1, p. m., relator p/ acórdão Néfi Cordeiro, *D.E.* 17 jun. 2010; RSE n. 2009.71.01.000452-6, p. m., relator p/ acórdão Néfi Cordeiro, *D.E.* 24 jun. 2010; RSE n. 2009.71.01.000495-2, p. m., relator p/ acórdão Néfi Cordeiro, *D.E.* 24 jun. 2010.

12 Des. federal Paulo Afonso Brum Vaz, voto divergente, RSE n. 0001556-13.2009.404.7101, Sétima Turma, relator Tadaaqui Hirose, *D.E.* 4 nov. 2010, julgado, este, objeto do Recurso Especial n. 1.262.965 - RS (2011/0153363-3), provido à unanimidade pelo Superior Tribunal de Justiça (rel. min. Laurita Vaz, j. em 19.11.2013, *DJe* de 2 dez. 2013).

13 Seus argumentos foram adotados como razões de decidir pela mesma Turma (Sétima Turma, TRF da 4ª Região), no RSE n. 5001499-70.2010.404.7101, relator p/ acórdão Artur César de Souza, un., j. em 7.5.2013, assim ementado:

O posicionamento empregado pelo julgador monocrático apresenta verdadeira contradição com nosso ordenamento jurídico, na medida em que aplica pena mais branda à pesca de espécies ameaçadas de extinção do que à captura das demais espécies, sendo evidente que esta não era a intenção do legislador ao redigir o art. 36 da LCA.

De tal sorte, considerando que o dispositivo em comento comporta mais de um entendimento, penso ser mais adequado adotar uma interpretação conforme os princípios e leis atinentes ao Direito Ambiental, sob pena de vermos textos legais vazios e destituídos de qualquer razoabilidade ou sentido prático¹⁴.

De acordo com o mencionado desembargador federal, a ressalva feita ao final do art. 36 não consiste em uma exclusão, mas sim em um alerta: “Não está dito que as espécies ameaçadas de extinção estão suprimidas do conceito de pesca, mas apenas está se salientando a necessidade de resguardo dessa categoria no que diz respeito aos atos de pesca”¹⁵. E cita, a propósito, a lição de Gomes (2011, p. 163-164) que, comungando do entendimento de que a redação do dispositivo em comento não é clara, atribui à ressalva nele contida – de aconselhável supressão – o sentido de advertir

“PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. PESCA E COMERCIALIZAÇÃO DE ESPÉCIES EM EXTINÇÃO. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E III, DA LEI 9.605/98. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 29, § 1º, III, DA LEI 9.605/98. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 36, PARTE FINAL, DA LEI AMBIENTAL. TUTELA DO MEIO AMBIENTE. ART. 225 DA CF. 1. Necessária interpretação sistemática do art. 36 da Lei n. 9.605/98 de acordo com os princípios que regem o direito ambiental e o sistema constitucional de tutela do meio ambiente. 2. A maior lesividade das condutas praticadas em face de espécies ameaçadas de extinção (raia-viola e cação-anjo) justificam a mais expressiva tutela penal desses bens jurídicos. Hipótese em que as condutas atribuídas aos réus encontram adequação típica no delito previsto no art. 34 da Lei n. 9.605/98 e não no art. 29 do mesmo diploma legal. Precedentes.”

14 Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Sétima Turma, RSE n. 5000095-47.2011.404.7101, relator p/ acórdão des. federal Elcio Pinheiro de Castro, un., j. em 3.7.2012, reportando-se, no que tange à importância da interpretação sistemática e constitucional, às lições de Juarez Freitas e do hoje min. Luís Roberto Barroso.

15 Des. federal Elcio Pinheiro de Castro, acórdão cit.

sobre a necessidade de se proibir a pesca de espécies ameaçadas de extinção, como uma diretriz dirigida à Administração Pública de que não seja autorizada a captura de pescado nessa condição, um alerta direto no sentido da sua preservação.

Para o referido julgador, é a interpretação que atribui à expressão *ressalvar* o sentido de *proteger, resguardar, pôr a salvo – incluindo*, assim, as espécies em extinção na definição de pesca – a que se mostra em harmonia com a Constituição Federal e com a sistemática da Lei n. 9.605/1998, que, esforçando-se em criminalizar condutas que possam desequilibrar a fauna aquática e arriscar a existência das espécies, apresentaria enorme contrassenso se não buscasse proteger justamente aquelas que estão na iminência de serem extintas¹⁶.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela ministra Laurita Vaz, “valendo-se de uma interpretação lógico-sistemática dos dispositivos legais, e buscando um sentido mais consentâneo com a tutela de proteção aos bens jurídicos em questão”, fixou que a referida ressalva *não exclui* a pesca de espécies que devem ser protegidas, sob pena de serem extintas, do tipo legal inserido no inciso I do art. 34. “Essa norma tem caráter explicativo e visa definir o que vem a ser a atividade de pesca permitida, razão pela qual fez a ressalva aos espécimes ameaçados de extinção”, de modo que a conduta de pesca de espécies ameaçadas de extinção subsume-se ao tipo descrito no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.605/1998¹⁷.

¹⁶ Des. federal Elcio Pinheiro de Castro, acórdão cit.

¹⁷ “RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA. ESPÉCIMES AMEAÇADAS DE EXTINÇÃO. SUBSUNÇÃO TÍPICA. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N.º 9.605/98. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A conduta de pesca de espécies ameaçadas de extinção subsume-se ao tipo descrito no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei n.º 9.605/98.

2. Interpretando-se sistemática e logicamente os artigos que tratam da tutela à fauna aquática nessa Lei, conclui-se que o conceito de *pesca* previsto no art. 36, isto é, *‘todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento*

4 Conclusão

O exame dos julgados em questão não apenas revela que, de uma ressalva de insuspeita complexidade, inserta em dispositivo legal de redação dúbia, podem exsurgir entendimentos diametralmente opostos, como ressalta, sobretudo, a importância de manterem-se os operadores do direito atentos aos critérios que devem nortear a interpretação jurídica, a fim de se resguardarem contra resultados aos quais escape o próprio *sentido jurídico*.

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

GOMES, Luís Roberto. *Crimes de pesca*. Curitiba: Juruá, 2011.

LECEY, Eladio. Crimes contra a fauna na Lei 9.605/98. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 88-101, out./dez. 2007.

NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora, não tem o condão de excluir a ilicitude da conduta. Com efeito, negar-se-ia vigência ao inciso I do parágrafo único do art. 34, acima referido, além de se punir mais severamente aquele que não realiza pesca de espécimes proibidas.

3. Não é possível desclassificar a conduta para o art. 29 da Lei dos Crimes Ambientais, uma vez que o objeto material dos autos foi expressamente afastado no § 6.º desse dispositivo, segundo o qual *‘[a]s disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca’*.

4. Recurso especial provido (Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial nº 1.262.965/RS (2011/0153363-3), Rel. Min. Laurita Vaz, un., j. em 19.11.2013, in DJe de 2 dez. 2013).”

NEVES, Antonio Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OST, François. *The philosophical foundations of environmental law: an excursion beyond Descartes (Law, technology and the environment: a challenge to the great dichotomies in western rationality)*. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/environnement/articles/ostenvlaw.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

Críticas à extinção da punibilidade dos crimes tributários em razão do pagamento do tributo

Fernanda Amorim Almeida Oliveira

Analista do MPU – Apoio Jurídico – Direito. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público pela ESMPU. Especialista em Português Jurídico pelo Instituto AVM. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: O presente artigo aborda a extinção da punibilidade dos crimes tributários em decorrência do pagamento do tributo, inclusive quando o pagamento ocorre após a sentença penal condenatória. Inicialmente, foi analisado o histórico das legislações que trataram da suspensão da pretensão punitiva e extinção da punibilidade nos crimes tributários em razão do parcelamento e do pagamento do tributo. Após, comparou-se o tratamento dado à reparação do dano nos crimes tributários com o que ocorre em relação aos crimes contra o patrimônio. Foi feita uma breve análise acerca dos objetivos do Direito Penal Tributário, bem como dos bens jurídicos tutelados por meio dos crimes tributários. Ao final, teceram-se considerações críticas em relação ao uso do Direito Penal como instrumento de cobrança de dívidas tributárias, tendo como consequência a proteção deficiente do Estado. O método utilizado foi a revisão de literatura. Foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Crimes tributários. Legislação. Histórico. Parcelamento. Pagamento. Suspensão da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Direito Penal Tributário.

Abstract: This article discusses the extinction of criminal liability of tax crimes in consequence of the payment of tribute, including when payment occurs after the criminal sentence. Initially, it analyzed the history of the laws that dealt with the suspension of punitive intention and extinction of criminal liability in tax crimes, due to the installment and payment of tribute. After, a

comparison was made between the treatment to repair the damage in tax crimes and what happens in relation to crimes against property. It was presented a brief analysis about the objectives of the Criminal Tax Law and the legal interests protected by means of tax crimes. Finally, there are critical considerations about the use of criminal law as collection instrument of tax debts, resulting in poor state protection. The method used was the literature review. Bibliographical and jurisprudential research has been done.

Keywords: Tax crimes. Legislation. Historic. Installment. Payment. Suspension of punitive claim. Extinction of criminal liability. Criminal Tax Law.

Sumário: 1 Introdução. 2 Pagamento do tributo como causa de extinção da punibilidade dos crimes tributários: histórico da legislação e panorama atual. 3 A reparação do dano nos crimes tributários e nos crimes comuns contra o patrimônio: estudo comparativo. 4 Críticas à utilização do Direito Penal como mero instrumento de cobrança de dívidas tributárias: proteção deficiente do Estado. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Atualmente, a legislação brasileira e a jurisprudência admitem a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária em decorrência do pagamento do tributo, desde que ocorra antes do trânsito em julgado da condenação (posição mais recente da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, publicada no Informativo n. 556).

Uma breve análise do histórico das legislações anteriores também mostra que a importância dada à política arrecadatória no Direito Penal Tributário é uma tendência do legislador brasileiro, ao beneficiar o contribuinte que, em tese, cometeu um crime tributário. Assim, mediante o parcelamento ou o pagamento do tributo, diversas legislações previram a suspensão da pretensão punitiva, ou a extinção da punibilidade, de crimes cometidos contra a ordem tributária.

É evidente a diferença de tratamento dada aos criminosos que promovem a reparação do dano nos crimes tributários em relação aos criminosos que reparam o dano nos demais crimes, notadamente nos crimes comuns contra o patrimônio. No caso dos crimes comuns cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando o dano é reparado ou a coisa é restituída por ato voluntário do agente até o recebimento da denúncia ou queixa, a pena é reduzida de um a dois terços – arrependimento posterior, art. 16 do Código Penal (CP). No entanto, se os crimes comuns forem cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, ou quando a reparação do dano se der após o recebimento da denúncia, incidirá a atenuante genérica prevista no art. 65, II, *b*, do CP. Mas em relação aos crimes contra a ordem tributária, a consequência da reparação do dano é a extinção da punibilidade do agente (desde que *antes* do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, segundo o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça). Essa diferença de tratamento deve ser analisada criticamente, haja vista o princípio constitucional da isonomia, juntamente com o estudo dos objetivos do Direito Penal Tributário e do bem jurídico tutelado por meio dos tipos penais tributários, a fim de verificar se o Estado tem efetivamente cumprido o seu papel de salvaguardar os bens mais caros da sociedade.

O desvirtuamento do Direito Penal Tributário (empregado como mero instrumento de cobrança de dívidas fiscais) causado pela postura predominantemente arrecadatória do legislador pode acarretar grandes injustiças, por tratar da mesma forma os que cometem crimes tributários e os que praticam apenas infrações administrativas tributárias. Ademais, é necessário avaliar se a ausência de suficiente e efetiva punição aos atos definidos como crimes tributários (portanto, concebidos como de maior gravidade em uma determinada sociedade, haja vista os princípios da ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade), ao se permitir a declaração da extinção de sua punibilidade em razão do pagamento do tributo, pode traduzir-se em proteção deficiente do Estado.

2 Pagamento do tributo como causa de extinção da punibilidade dos crimes tributários: histórico da legislação e panorama atual

As causas de extinção da punibilidade estão disciplinadas no art. 107 do Código Penal (rol exemplificativo). Ainda, há outras previstas na Parte Especial do Código Penal, bem como em leis penais esparsas. Segundo Afonso (2012, p. 116), a extinção da punibilidade obsta a imposição ou execução da sanção penal correspondente, em razão de certas contingências ou por motivos de conveniência e oportunidade de política criminal.

Em relação ao Direito Penal Tributário, o legislador brasileiro tem, historicamente, priorizado o recebimento do tributo, em detrimento da persecução penal. A consequência extrema dessa postura legislativa é a declaração da extinção da punibilidade dos crimes tributários em razão do pagamento do tributo, entendimento que já foi estendido até mesmo aos casos em que o pagamento ocorreu após o trânsito em julgado da condenação criminal.

A primeira lei brasileira que previu a extinção da punibilidade em crimes tributários foi a Lei n. 4.729/1965 (antiga lei que definia o crime de sonegação fiscal). Seu art. 2^o exigia que o pagamento fosse realizado antes do início da ação fiscal na esfera administrativa.

Dois anos depois, o art. 18^o do Decreto-Lei n. 157/1967 estendeu o prazo para o pagamento do tributo, desta vez até a comunicação do julgamento administrativo de primeira instância.

1 “Art 2^o Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria.

Parágrafo único. Não será punida com as penas cominadas nos arts. 1^o e 6^o a sonegação fiscal anterior à vigência desta Lei.”

2 “Art 18. Nos casos de que trata a Lei n^o 4.729, de 14 de julho de 1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei n^o 62, de 21 de novembro de 1966, ou deste Decreto-

Com a promulgação da Lei n. 8.137/1990 (atual lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária passou a ser disciplinada no seu art. 14^o. Esse dispositivo previa como causa excludente da punibilidade o pagamento do débito tributário até o recebimento da denúncia criminal.

Contudo, ambos os dispositivos supracitados (art. 2^o da Lei n. 4.729/1965 e art. 14 da Lei n. 8.137/1990) foram expressamente revogados pelo art. 98^o da Lei n. 8.383/1991. Com essa lei, o ordenamento jurídico brasileiro aboliu, ainda que por um breve período, a extinção da punibilidade decorrente do pagamento dos tributos.

-lei, ou, não estando julgado o respectivo processo depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade da primeira instância”.

“§ 1^o O contribuinte que requerer, até 15 de março de 1967, à repartição competente retificação de sua situação tributária, antes do início da ação fiscal, indicando as faltas cometidas, ficará isento de responsabilidade pelo crime de sonegação fiscal, em relação às faltas indicadas, sem prejuízo do pagamento dos tributos e multas que venham a ser considerados devidos”.

“§ 2^o Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei n^o 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal se o montante do tributo e multas fôr pago ou depositado na forma deste artigo”. (Vide Decreto-Lei n^o 1.650, de 1978)

“§ 3^o As disposições deste artigo e dos parágrafos anteriores não se aplicam às operações de qualquer natureza, realizadas através de entidades nacionais ou estrangeiras que não tenham sido autorizadas a funcionar no país.”

3 “Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1^o a 3^o quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

4 “Art. 98. Revogam-se o art. 44 da Lei n^o 4.131, de 3 de setembro de 1962, os §§ 1^o e 2^o do art. 11 da Lei n^o 4.357, de 16 de julho de 1964, o art. 2^o da Lei n^o 4.729, de 14 de julho de 1965, o art. 5^o do Decreto-Lei n^o 1.060, de 21 de outubro de 1969, os arts. 13 e 14 da Lei n^o 7.713, de 1988, os incisos III e IV e os §§ 1^o e 2^o do art. 7^o e o art. 10 da Lei n^o 8.023, de 1990, o inciso III e parágrafo único do art. 11 da Lei n^o 8.134, de 27 de dezembro de 1990 e o art. 14 da Lei n^o 8.137, de 27 de dezembro de 1990.”

Com a posterior promulgação da Lei n. 9.249/1995, voltou-se a admitir a extinção da punibilidade nos crimes tributários, nos termos do seu art. 34⁵, com a condição de que o pagamento fosse promovido em momento anterior ao recebimento da denúncia. Merece destaque a posição majoritária da jurisprudência que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a expressão *promover o pagamento* deveria ser interpretada como qualquer manifestação concreta voltada ao pagamento do tributo⁶. Desse modo, o mero parcelamento da dívida tributária antes do recebimento da denúncia (mesmo que depois fosse descumprido e revogado) passou a ser considerado suficiente para beneficiar o contribuinte com a extinção da punibilidade. Outra linha argumentativa desenvolvida no Superior Tribunal de Justiça defendia que o parcelamento implicava novação, de modo que a concessão do parcelamento extinguiu a dívida anterior e criava uma nova obrigação, que não apresentava máculas⁷.

5 “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

6 Confira-se: “Ação penal. Crime contra a ordem tributária. Imposto de renda. Deduções indevidas. Extinção da punibilidade. Parcelamento da dívida. Deferimento. 1. Na linha da jurisprudência firmada na Terceira Seção e na Corte Especial deste Tribunal Superior, deferido o parcelamento da dívida tributária antes do recebimento da denúncia, resta extinta a punibilidade nos termos do art. 34 da Lei nº 9.249/95. 2. Denúncia rejeitada.” (STJ Apn 349/MS, rel. ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 3.11.2004, DJ 13 dez. 2004, p. 187).

7 Confira-se: “CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO ANTERIOR À DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESNECESSIDADE DO PAGAMENTO INTEGRAL. NOVAÇÃO DA DÍVIDA. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ALTERADA. ILÍCITO CIVIL LATO SENSU. MECANISMOS ESTATAIS PARA A SATISFAÇÃO DOS SEUS CRÉDITOS. SOLUÇÃO NO JUÍZO APROPRIADO. ORDEM CONCEDIDA. Uma vez deferido o parcelamento, em momento anterior ao recebimento da denúncia, verifica-se a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n.º 9.249/95, sendo desnecessário o pagamento integral do débito para tanto. O parcelamento cria uma nova obrigação, extinguindo a anterior, pois se verifica uma novação da dívida. O instituto envolve transação entre as partes credora e devedora, alterando a natureza da relação jurí-

Posteriormente, foi promulgada a Lei n. 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), a fim de promover a regularização de créditos da União decorrentes de dívidas fiscais relativas a tributos e contribuições especiais administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social. O art. 15⁸ dessa lei criou a figura da suspensão da pretensão punitiva ao disciplinar a questão do parcelamento da dívida.

Um aspecto dessa lei foi a expressa ampliação (já aceita pela jurisprudência) do rol de crimes em que o agente poderia se favorecer com a extinção da punibilidade. Além disso, a lei do REFIS alterou o então entendimento vigente no Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que a adesão ao parcelamento (que deveria ocorrer antes do recebimento da denúncia) apenas *suspenderia* (em vez de *extinguir*) a pretensão punitiva (art. 15, *caput*). Essa lei deixou claro, portanto, que apenas com o pagamento integral ocorreria a extinção

dica. O Estado credor dispõe de mecanismos próprios e rigorosos para satisfazer devidamente os seus créditos, pois a própria negociação realizada envolve previsões de sanção para a inadimplência. Eventual inadimplência ainda poderá ser resolvida no Juízo apropriado, pois na esfera criminal só restará a declaração da extinção da punibilidade. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal movida contra o paciente” (HC n. 29.421/RS, rel. ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 1º.4.2004, DJ 17 maio 2004, p. 249).

8 “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.”

da punibilidade (art. 15, § 3º), e não mais com a simples adesão ao parcelamento, conforme o entendimento jurisprudencial anterior. Ademais, a redação da Lei n. 9.964/2000 limitou o referido benefício às pessoas jurídicas, o que foi corroborado pela jurisprudência⁹.

Há que se ressaltar, contudo, que o art. 15 da Lei n. 9.964/2000 não revogou o art. 34 da Lei n. 9.249/1995, visto que seus objetos eram distintos. A lei do REFIS, pois, tratou do parcelamento, suspensão da pretensão punitiva e extinção da punibilidade decorrente da adesão ao parcelamento nela previsto (REFIS). A Lei n. 9.249/1995, por sua vez, tratava genericamente da extinção da punibilidade em razão do pagamento da dívida fiscal antes do recebimento da denúncia.

Em seguida, a Lei n. 10.684/2003 (REFIS II ou PAES) criou novo programa de parcelamento de débitos fiscais federais, alterou a legislação tributária e dispôs sobre o parcelamento de débitos e a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. A primeira interpretação do seu art. 9º¹⁰ foi no sentido de que o benefício da suspensão da punibilidade beneficiaria o contribuinte devedor que estivesse incluído em *qualquer* regime de parcelamento, e não apenas ao REFIS II (objeto da norma). De fato, o *caput* menciona genericamente a inclusão em *regime de parcelamento*, diferentemente da lei anterior, que se reportava expressamente aos que estivessem incluídos no Programa do REFIS.

⁹ RHC n. 15.896/AM, rel. ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 30.5.2006, DJ 13 ago. 2007, p. 409.

¹⁰ “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Custódio (2011):

A Lei nº 10.684/2003, no que tange aos efeitos penais do parcelamento do tributo reeditou a figura da suspensão da pretensão punitiva estatal, criada pelo artigo 15, *caput* da Lei nº 9.964/2000, sendo ainda mantida a suspensão da prescrição.

Assim, o artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003, estendeu a aplicação da suspensão da pretensão punitiva para qualquer parcelamento de tributo, independentemente de sua origem (inclusão no Refis, Paes ou em regime distinto) ou da esfera (federal, estadual ou municipal) correspondente.

Sua principal inovação, porém, foi a supressão do marco temporal para que o contribuinte pudesse se beneficiar com a suspensão da pretensão punitiva decorrente do parcelamento. De fato, não havia qualquer referência na lei sobre a necessidade de adesão ao parcelamento antes do recebimento da denúncia, de modo que se passou a entender que isso seria possível em qualquer momento do curso da ação penal. Nesse sentido, o § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003 dispôs que o agente teria punibilidade extinta, desde que realizasse o pagamento do tributo devido. Não havia nenhuma alusão ao momento do pagamento (que, em tese, poderia ocorrer mesmo *depois* da condenação com trânsito em julgado), nem à necessidade de prévio parcelamento. Assim, por ser norma penal posterior mais benéfica (no que tange ao pagamento como causa de extinção da punibilidade), teve efeitos retroativos em relação aos fatos praticados na vigência do art. 34 da Lei n. 9.249/1995¹¹.

Questionamentos acerca de inconstitucionalidades da Lei n. 10.684/2003 ensejaram o ajuizamento perante o Supremo Tribunal

¹¹ Nesse sentido: “EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.” (STF HC n. 81929, relator min. Sepúlveda Pertence, relator p/ Acórdão min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 16.12.2003, DJ 27 fev. 2004 pp-00027 ement vol-02141-04 pp-00780).

Federal da ADI n. 3002 pelo Ministério Público Federal. No entanto, a ADI foi julgada prejudicada em razão da perda superveniente do seu objeto, pois se entendeu que o art. 68 da Lei n. 11.941/2009 tacitamente revogou o art. 9º da Lei n. 10.684/2003.

Os arts. 67 a 69¹² da Lei n. 11.941/2009 (Lei do REFIS da Crise) voltaram a tratar do Programa de Recuperação Fiscal. O art. 69 seguiu a mesma linha do art. 9º, *caput*, da Lei n. 10.684/2003 e dispôs que seria extinta a punibilidade nos crimes contra a ordem tributária quando houvesse o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais e acessórias que tivessem sido objeto de concessão de parcelamento, sem qualquer alusão a prazo ou ao momento processual. Assim, continuou inexistindo qualquer referência a marcos temporais e a jurisprudência manteve o posicionamento de que o parcelamento da dívida fiscal (relacionada com as práticas criminosas) poderia ser feito em qualquer momento da ação penal, sendo o pagamento até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória¹³.

12 “Art. 67. Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórias, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.”

13 Nesse sentido: “RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 1.º, I, DA LEI 8.137/90. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. DETERMINAÇÃO DE

Segundo entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3.002 (julgada prejudicada em razão da perda superveniente do objeto), o art. 68 da Lei n. 11.941/2009 disciplinou, de maneira integral, a mesma matéria até então tratada no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, revogando-a tacitamente. Contudo, para Gomes (2011), a revogação ocorreu apenas em relação ao *caput* e ao § 1º do art. 9º (que tratavam do parcelamento), de modo que não atingiu o § 2º do referido artigo (que tratava genericamente da extinção pelo pagamento direto, sendo norma de caráter permanente). *Verbis*:

Ocorre que melhor interpretação passou a ser construída no sentido de que o artigo 69, da lei n.º 11.941/2009, não revogou o § 2º, do artigo 9º, da lei nº 10.684/2003, porque tratou de situação diversa, o que não implica, portanto, em revogação da lei mais antiga pela mais recente, dependendo de revogação expressa, o que não correu.

O diferencial está justamente no fato de que aquela lei vincula-se aos débitos que tenha sido objeto de anterior parcelamento, enquanto esta se aplica a todos, mesmo que não submetidos ao regime de parcelamento, sendo, portanto, hipótese mais ampla. Como se vê, é fundamental distinguir o pagamento direto (sem parcelamento) do pagamento antecedido de parcelamento.

Vale salientar que tramita perante o Supremo Tribunal Federal a ADI n. 4.273, ajuizada pelo Ministério Público Federal, que acoima de inconstitucionalidade os arts. 67, 68 e 69 da

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO OPERADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM SEDE DE HABEAS CORPUS. INCLUSÃO DA EMPRESA NO REFIS. DEMONSTRAÇÃO DA ORIGEM DOS DÉBITOS PARCELADOS. NECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.º, § 11, C.C. OS ARTS. 68 E 69, TODOS DA LEI N.º 11.941/09. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 2. O fato de tratar-se de execução, ou seja, de já ter havido o trânsito em julgado da condenação, não impede que haja a suspensão do feito, desde que comprovado, da mesma forma, que os débitos objeto de parcelamento guardem relação com aquele. Isso porque, sendo possível a extinção da punibilidade a qualquer tempo, nos termos do art. 69 da Lei 11.941/09, na hipótese de haver o pagamento integral do débito tributário, tem-se, pela lógica, como sendo perfeitamente admissível não só a suspensão da pretensão punitiva, mas também da pretensão executória, em caso de concessão do parcelamento instituído pela referida legislação.” (REsp n. 1234696/RS, rel. ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.12.2013, *DJe* 3 fev. 2014).

Lei n. 11.941/2009, extensível ao art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 10.684/2003, cuja apreciação ainda encontra-se *sub judice*.

Mais recentemente, foi promulgada a Lei n. 12.382/2011, que, entre outros assuntos, disciplina, em seu art. 83¹⁴, a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário e altera a Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Destacam-se as alterações do § 2º, pelo qual se voltou a exigir que a adesão aos programas de parcelamento ocorresse *antes* do recebimento da denúncia. Assim, retomou-se o marco temporal que fora abolido. A partir de então, a adesão a programas de parcelamento

¹⁴ “Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010).

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no *caput* quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 6º As disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz. (Renumerado do Parágrafo único pela Lei nº 12.382, de 2011).”

que ocorrerem *após* o recebimento da denúncia não mais suspenderá a pretensão punitiva, e o contribuinte continuará sendo processado criminalmente (e, eventualmente, condenado). Mesmo que quite integralmente o tributo principal e as obrigações acessórias objetos desse parcelamento (porventura celebrado depois do oferecimento da denúncia), ainda assim poderá ser condenado pela prática de crime contra a ordem tributária, por força do § 4º do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 (com a nova redação dada pela Lei n. 12.382/2011).

Ocorre que a alteração promovida pela Lei n. 12.382/2011, ao tratar do pagamento integral da dívida “objeto de concessão de parcelamento” (§ 4º do art. 83 da Lei n. 9.430/1996), ainda assim *não* revogou o § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003, que pode ser aplicado aos casos de pagamento direto e imediato da integralidade de dívida *não parcelada*. Nesse sentido, discorre Gomes (2011):

[...] a Lei 12.382/11 regulamentou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de *parcelamento* do débito tributário, não tendo afetado o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, que prevê a extinção da punibilidade em razão do *pagamento* (em qualquer tempo). Pagamento direto, sem parcelamento, não é a mesma coisa que pagamento antecedido de parcelamento do débito tributário. Há, assim, duas situações distintas: pagamento direto (regido pela Lei 10.684/2003) e pagamento mediante parcelamento (agora disciplinado na Lei 12.382/11). Ambos os pagamentos extinguem a punibilidade nos crimes tributários, mas suas características são completamente distintas. [...]

A recente edição da lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, reatende a polêmica em torno da matéria, ao disciplinar a temática da extinção da punibilidade pelo pagamento (antecedido de parcelamento), da seguinte forma, em seu artigo 6º: [...]

Ocorre que a falta de tecnicismo é manifesta. O artigo 34, da lei nº 9.249/1995, já havia sido revogado pelo § 2º, do art. 9º, da lei nº 10.684/2003, que não foi revogado pela lei nº 12.382/2011. Por quê? Porque uma coisa é o pagamento direto (disciplinado na lei 10.684/2003), outra distinta é o pagamento resultante de parcelamento (que agora acaba de ser regrado pela lei 12.382/11).

A nova lei não tem a força de repristinar o antigo art. 34.

Dessa forma, o sistema segue sendo regulamentado, como regra geral, quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento, pelo art. 9º, § 2º, da lei n.º 10.684/2003, ou seja, o pagamento pode-se dar a qualquer tempo. [...]

Da lei n.º 12.382/2011 o efeito realmente importante que se pode extrair é o que determina estar suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes tributários, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. [Grifos do autor].

Os arts. 68 e 69 da Lei n. 11.941/2009, por seu turno, continuam sendo aplicados aos fatos incidentes sobre sua vigência, pois a Lei n. 12.382/2011, por ser mais gravosa, não pode retroagir para atingir os fatos ocorridos na vigência de lei anterior mais benéfica.

Cabe, pois, definir a legislação atualmente aplicável para se fixar o regramento acerca da suspensão da pretensão punitiva ou da extinção da punibilidade nos crimes de sonegação fiscal. Para isso, é necessário determinar: se ocorreu tão somente o parcelamento (sem quitação); se ocorreu o parcelamento seguido de integral pagamento; ou se ocorreu o pagamento direto e integral do tributo principal e seus acessórios. É ainda relevante conhecer o momento processual em que ocorreu o pagamento e/ou o parcelamento (se antes ou depois do recebimento da denúncia), e a data da consumação do crime tributário.

Atualmente, as consequências penais do parcelamento e do pagamento dos tributos estão disciplinadas no art. 34 da Lei n. 9.249/1995; no art. 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei n. 10.684/2003; nos arts. 68 e 69 da Lei n. 11.941/2009; e no art. 83 da Lei n. 9.430/1996 (com as alterações trazidas pela Lei n. 12.382/2011).

Conforme visto, não obstante já revogados, alguns crimes praticados sob a vigência do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 são por

ele regidos, por força do princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica. Assim, se o fato ocorreu na vigência do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 e o autor do fato não estiver vinculado a parcelamentos de valores regidos por leis posteriores, o mero *pedido* de parcelamento (independentemente de ter ocorrido o pagamento) já é suficiente para a declaração de extinção da punibilidade. *A contrario sensu* é o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

Além disso, pode-se entender que o art. 34 da Lei n. 9.249/1995 abrange *todos* os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/1990, enquanto as demais leis que o sucederam se restringem a crimes tributários específicos. Assim, continua vigendo em relação aos crimes tributários não incluídos nas normas posteriores

¹⁵ Nesse sentido: “HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, II, DA LEI N. 8137/90. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. ART. 34 DA LEI N. 9.249/95. PARCELAMENTO REQUERIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 10.684/03. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO. ORDEM DENEGADA. 1. O simples parcelamento do débito tributário só acarreta a extinção da punibilidade quando efetuado na vigência da Lei n.º 9.249/95. Caso o parcelamento ocorra sob a égide da novel legislação - Lei n. 10.684/03 -, a extinção da punibilidade fica condicionada ao seu integral pagamento. 2. Na hipótese dos autos, em que pesem os débitos terem sido efetuados sob a égide da Lei n. 9.249/95, o parcelamento só foi requerido em 4.3.2005, quando já estava em vigor o artigo 9º da Lei n. 10.684/2003. 3. Ordem denegada.” (HC n. 64623/PE, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7.11.2013, *DJe* 21 nov. 2013); Ainda: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. VIGÊNCIA DA LEI N.º 10.684/03. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO. ART. 34 DA LEI 9.249/95. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Terceira Seção desta Corte, interpretando o art. 34 da Lei n.º 9.249/95, firmou o entendimento de que o simples parcelamento do débito tributário leva à extinção da punibilidade, desde que efetuado na vigência da mencionada norma. 2. Tratando-se de crime supostamente praticado em abril de 1999, tendo sido requerido o parcelamento quando já em vigor o artigo 9º da Lei 10.684/03, a extinção da punibilidade fica condicionada ao seu pagamento integral. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 1168657/SC, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13.11.2012, *DJe* 23 nov. 2012).

(por exemplo, os praticados por funcionários públicos, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.137/1990).

Quanto ao art. 68 da Lei n. 11.941/2009 – e conforme o entendimento esposado na ADI n. 3.002 –, por tratar da mesma matéria regradada no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, tacitamente o revogou. Como ambos os dispositivos (art. 9º, *caput* e § 1º, da Lei n. 10.684/2003 e art. 68 da Lei n. 11.941/2009) tratam a matéria da mesma forma (ou seja, permitem o parcelamento a qualquer tempo, mesmo depois de recebida a denúncia), cada qual é aplicado aos fatos criminosos ocorridos na sua vigência. Em síntese: o *caput* e o § 1º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003 são aplicados aos fatos cometidos na sua vigência até a vigência da Lei n. 11.941/2009; os arts. 68 e 69 da Lei n. 11.941/2009, por seu turno, são aplicados aos fatos praticados desde o início da sua vigência até a data do início da vigência da Lei n. 12.382/2011. São normas de parcelamento e pagamento de cunho temporário, conforme observa Panoeiro (2011, p. 324-325).

Por sua vez, o § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003 continua sendo aplicado nas hipóteses de extinção da punibilidade pelo pagamento direto, pois não foi revogado pelo art. 69 da Lei n. 11.941/2009, tampouco pelo art. 83, § 4º, da Lei n. 9.430/1996, incluído pela Lei n. 12.382/2011 (visto que ambos tratam especificamente da extinção da punibilidade pelo pagamento decorrente do *parcelamento*). São situações diversas, portanto. Esse é o entendimento do STF¹⁶.

Assim, as recentes inclusões trazidas pela Lei n. 12.382/2011 na Lei n. 9.430/1996 aplicam-se tão somente às hipóteses de *parcelamento* que ocorreram depois de sua vigência, pois é lei mais

¹⁶ Informativo n. 705 STF: “Sucede que a norma mais recente referir-se-ia especificamente a débitos submetidos a anterior parcelamento, e a Lei 10.684/2003 incidiria indistintamente, a configurar hipótese mais ampla. Com o advento da Lei 12.382/2011, teria sido estabelecido novo regramento à matéria, para vincular a extinção da punibilidade ao pagamento realizado antes do recebimento da denúncia. Entretanto, repisou que essa norma não teria revogado a citada regra da Lei 10.684/2003, que trataria de pagamento direto, e não parcelamento. Assim, o pagamento integral promovido anteriormente ao trânsito em julgado da condenação — ou mesmo após esse fenômeno — implicaria a extinção da punibilidade.”

gravosa, que não retroage, portanto. Para os fatos *anteriores* à Lei n. 12.382/2011, suspende-se a pretensão punitiva nos crimes contra a ordem tributária quando houver o parcelamento (a qualquer tempo) dos débitos oriundos de tributo e contribuições sociais e acessórios, e a punibilidade se extingue com o correspondente adimplemento desse parcelamento – independentemente de prazo ou momento processual em que ocorrer o pagamento, mesmo após a sentença penal transitada em julgado.

Recentemente, contudo, o Superior Tribunal de Justiça alterou o seu entendimento de que mesmo o pagamento após a sentença penal condenatória teria o condão de extinguir a punibilidade. Ali, consignou-se que o *parcelamento* (mas também fez menção ao pagamento), ultimado após a prolação da sentença, não mais poderia extinguir a punibilidade¹⁷. Esse entendimento ganhou mais força com a decisão proferida no HC n. 302.059/SP, publicada no Informativo n. 556, de 23 de fevereiro a 4 de março de 2015¹⁸. Apesar de esse julgado tratar de crime de apropriação

¹⁷ Nesse sentido: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO POSTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL. 2. RECURSO IMPROVIDO. 1. A pretensão punitiva estatal e a prescrição penal ficam suspensas durante todo o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente infrator estiver adimplindo com o parcelamento de seus débitos oriundos de tributos e contribuições sociais junto à Fazenda Nacional. Com efeito, a norma em comento apenas tem aplicabilidade enquanto ainda existente pretensão punitiva, ou seja, torna-se ineficaz – no que tange a suspensão da eficácia do título executivo judicial – o pagamento ou parcelamento dos débitos quando já existente a pretensão executória de sentença penal já transitada em julgado. 2. No caso dos autos, o acórdão que deu parcial provimento à apelação criminal defensiva transitou em julgado em 11/11/2008 (fl. 25) e a empresa administrada pelos recorrentes apenas aderiu ao regime de parcelamento em 15/10/2009, após, portanto, o trânsito em julgado, devendo prosseguir normalmente a execução da decisão condenatória. 3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.” (RHC n. 29.576/ES, rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19.11.2013, *Dje* 26 fev. 2014).

¹⁸ “EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA

indébita previdenciária, pode ser estendido aos crimes contra a ordem tributária, pois interpreta o art. 9º da Lei n. 10.684/2003, ao diferenciar extinção da punibilidade da extinção da pretensão executória, esta última incabível.

3 A reparação do dano nos crimes tributários e nos crimes comuns contra o patrimônio: estudo comparativo

Em regra, o ordenamento jurídico prevê como consequência da reparação do dano apenas o abrandamento da sanção. O arrependimento posterior está disciplinado no art. 16 do Código Penal e consiste em causa especial de diminuição de pena, que incide apenas nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando reparado o dano ou restituída a coisa até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente. Por sua vez, a circunstância legal atenuante genérica prevista no art. 65, III, *b*, do Código Penal pode incidir no caso de crimes contra o patrimônio, quando cometidos com violência ou grave ameaça, ou se a reparação do dano ocorrer após o recebimento da denúncia.

Contudo, quando se trata de crimes tributários, atualmente a reparação integral do dano produz uma consequência distinta, que é a

PREVIDENCIÁRIA. QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 9º, DA LEI N.º 10.684/03. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Hipótese em que não há flagrante constrangimento ilegal a ser sanado de ofício. O art. 9º da Lei n.º 10.684/03 trata da extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida previdenciária, antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que faz menção expressa à pretensão punitiva do Estado. Não há que se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento, quando se trata de pretensão executória, que é o caso dos autos. 3. Habeas Corpus não conhecido.” (HC n. 302.059/SP, rel. ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 3.2.2015, *DJe* 11 fev. 2015).

extinção da punibilidade. Há, portanto, tratamento diferenciado dos crimes tributários em relação aos demais crimes (que porventura atinjam o patrimônio de particulares ou até mesmo o patrimônio público).

Resta identificar a motivação do legislador, e para isso é necessário entender qual o objetivo do Direito Penal Tributário e quais os bens jurídicos tutelados por meio dos crimes tributários.

Com o desenvolvimento econômico da humanidade, a criminalidade também evoluiu e surgiram novas formas de delinquência. O Direito Penal, pois, ampliou o seu espectro, de modo que, além de tutelar os bens jurídicos individuais e concretos, passou também a tutelar os bens jurídicos transindividuais e abstratos, a fim de se adaptar a essa nova realidade social. Conforme avalia Magalhães (2011, p. 209), “muitos dos problemas atuais do Direito Penal decorrem da transformação pela qual vem passando a própria criminalidade vivenciada na sociedade contemporânea”. Salienta, ainda, a emergência de novos agentes (poderes criminais – criminalidade organizada) e novas formas de criminalidade (crimes do poder – criminalidade econômica e financeira), em contraponto ao antigo modelo seletista que sustentava a velha criminalidade de subsistência.

Nesse contexto surge o gênero Direito Penal Econômico. E, numa concepção ampla, o Direito Penal Tributário ou Fiscal é um dos ramos do Direito Penal Econômico (ou seja, enquanto este é gênero, aquele é espécie).

De fato, para Afonso (2012, p. 195–196), numa concepção *estrita*, o Direito Penal Econômico tem como objeto as infrações que atetem contra a atividade de intervenção e regulação da economia pelo Estado. Numa concepção *ampla*, abarcaria todas as infrações violadoras de bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, ainda que não afetem diretamente a regulação e intervenção estatal na economia, transcendem a dimensão puramente individual.

Japiassú e Pereira (2011, p. 253) afirmam que “o Direito Penal Tributário ou Fiscal deve também ser entendido como um direito sancionador das violações da ordem econômica”. O tributo, pois,

poderia ser entendido como um dos instrumentos jurídicos utilizados pelo Estado para regular, intervir e direcionar o sistema econômico.

Para Jorge (2007, p. 4),

[...] é o conjunto de normas que reprovam, com sanções do Direito Penal comum, fatos lesivos ao interesse tributário do Estado. Seria um conjunto de disposições legais hauridas no Direito Penal comum, Direito Tributário e leis esparsas que cuidam, sob ameaça de pena criminal, do cumprimento dos deveres do cidadão para com o Fisco.

Por sua vez, em relação aos bens jurídicos penalmente tutelados nos crimes tributários, a doutrina se mostra divergente.

Afonso (2012, p. 108) assinala que o bem jurídico-penal dos crimes fiscais é “a função que o tributo deve operar na sociedade”. Para Machado (2009, p. 23), “o bem jurídico protegido é a ordem tributária e não o interesse na arrecadação do tributo”.

Bittencourt (2013, p. 36) afirma que

[...] a ordem tributária é o bem jurídico protegido diante das condutas incriminadas pela Lei nº 8.137/90, e o objeto jurídico desta proteção consiste, materialmente, no patrimônio administrado pela Fazenda Pública na sua faceta de ingressos e gastos públicos.

Harada e Musumecchi Filho (2012, p. 167) ressaltam que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Tributário é o erário. Para Rodrigues (2011, p. 352-353 e 362), é a estabilidade do sistema tributário nacional, concretizada no correto processo de arrecadação tributária, o que reflete, por fim, na própria existência do Estado.

Prado (2009, p. 270), por seu turno, registra:

O legislador, na cunhagem dos tipos contidos na Lei nº 8.137/1990, tutela o Erário (patrimônio da Fazenda Pública) não no sentido simplesmente patrimonialista (ou individualista), mas sim como bem jurídico supra-individual, de cunho institucional. Tem por escopo proteger a política socioeconômica do Estado, como receita estatal para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades.

Pode-se considerar, ainda, que o bem jurídico tutelado é a *arrecadação esperada no momento esperado*, e não quando o contribuinte quiser fazer.

O fato inegável é que nos delitos tributários o dano social é imensamente maior que nos crimes patrimoniais (de cunho monetário), pois o bem juridicamente protegido pertence à coletividade (erário, arrecadação tributária ou a própria ordem tributária), e não apenas ao indivíduo. Desse modo, há falta de isonomia no tratamento dispensado aos dois casos. Há um evidente tratamento mais benéfico para os crimes tributários, cujos efeitos repercutem em toda a sociedade, em comparação aos crimes que atingem apenas interesses privados de um (ou alguns) indivíduos. Como constata Afonso (2012, p. 135-136),

[...] a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo sonegado é um instrumento iníquo, na medida em que não é utilizada como benesse em crimes semelhantes e menos graves. [...] Ou seja, aquele que comete um crime de menor gravidade não se favorece daquele benefício legal (extinção da punibilidade), mas apenas de uma redução da pena.

Esse privilégio concedido à *criminalidade de colarinho-branco* possibilita a impunidade dos mais favorecidos economicamente, não obstante seus crimes causarem muito maior impacto à sociedade. De fato, ao privar o Estado de parcela da arrecadação tributária, ocorre a diminuição de receita, que poderia ser revertida em investimentos sociais (tais como educação, cultura, segurança pública, assistência social etc.), o que, por sua vez, acarreta aumento de marginalização social e conseqüente incremento na criminalidade. Como bem pondera Fischer (2011, p. 35),

No que concerne às conseqüências dos delitos econômicos (e os *custos sociais* deles decorrentes), temos plena tranquilidade em assentar que, regra geral (sob a *ótica dos resultados econômicos*), possuem os efeitos mais lesivos se comparados com aqueles da *delinquência tradicional*. [Grifos do autor].

A cultura jurídica contemporânea é condescendente com os criminosos tributários, e não apenas no que se refere aos efeitos da reparação do dano. Também em outros aspectos, como, por exemplo, na aplicação do princípio da insignificância, a doutrina e a jurisprudência dão tratamento diferenciado (e mais benéfico) para tais criminosos, como bem assinala Fischer (2010, p. 43):

Efetivamente não concordamos com esse verdadeiro *tarifamento* para incidência do princípio da insignificância penal com violação manifesta do princípio da legalidade. De outro norte, fica bastante complexo (senão impossível) compreender pelo prisma da lógica argumentativa por quais motivos se aplica o princípio da insignificância aos delitos de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 e arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, ambos do CP), levando-se em conta unicamente o patamar de R\$ 10.000,00 da lesão causada, e *não* se adota o mesmo no caso de delitos de estelionato em detrimento do Estado, na medida em que os bens jurídicos tutelados nos delitos referidos são o erário público, pois se trata de delitos (unicamente) patrimoniais e que, em sua maioria, envolvem fraudes perpetradas [...]. Em ambos há a prática de uma fraude em que o objetivo é a obtenção de uma vantagem indevida, com o único detalhe tipológico que, nos delitos de sonegação fiscal, a *vantagem* perseguida é a *redução* ou *supressão* de tributo (ou de contribuição previdenciária, se analisado o crime do art. 337-A, CP). [Grifos do autor].

Ao abordar a necessidade de modernizar o Direito Penal a fim de restaurar e preencher os espaços de impunidade surgidos com a sociedade de risco, Neves (2011, p. 45 e 61) avalia:

Entretanto, talvez, o mais importante e atual nas pesquisas desenvolvidas por Sutherland foi ter demonstrado cientificamente que a conduta de criminosos de colarinho-branco não está submetida à punição ou estigmatização na mesma medida da criminalidade tradicional. Conforme salientado, o que o autor chama a atenção, com especial atualidade, é para o fato de existirem lacunas de repressão que protegem ofensivas atividades econômicas, não obstante a potencializada danosidade social (desvalor do resultado) e desvalor da ação.

Para a constatação simples da espantosa atualidade dessa afirmação, basta analisar o tratamento jurídico dispensado ao arrependimento

posterior e à extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, bem como a atual posição da nossa Corte Suprema no tocante à aplicação do princípio da insignificância ao crime de des-caminho (R\$ 10.000,00) e ao furto de pequeno valor (R\$ 100,00).

O fato é que, tendo em vista os objetivos do Direito Penal Tributário, bem como os bens jurídicos tutelados por meio dos correspondentes tipos penais, não se justifica o tratamento mais benéfico dispensado aos que praticam crimes contra a ordem tributária.

Para igualar o tratamento dispensado aos criminosos comuns e criminosos tributários, em respeito à isonomia, *dever-se-ia, no máximo*, dar aos sonegadores o mesmo tratamento dispensado aos que cometem crimes contra o patrimônio de particulares (arts. 16 ou 65, II, *b*, do CP), beneficiando-os apenas com a diminuição da sanção – e, ainda assim, *haver-se-ia* que questionar a maior gravidade da ofensa perpetrada nos crimes tributários. Outra opção legislativa (questionável, porém) para atender ao princípio da isonomia seria estender aos criminosos comuns o mesmo benefício concedido aos sonegadores, que é a extinção da punibilidade em razão da reparação do dano, pois não há qualquer razão para que seja dado tratamento mais benéfico aos criminosos tributários.

O que fica evidente, contudo, é que a ordem tributária tem relevância constitucional, e, ainda, que os direitos sociais constitucionalmente garantidos em regra são custeados pelos tributos, de modo que um bem jurídico de tamanha relevância merece efetiva e suficiente proteção do Direito Penal.

4 Críticas à utilização do Direito Penal como mero instrumento de cobrança de dívidas tributárias: proteção deficiente do Estado

Atualmente, observa-se que a repressão penal nos crimes contra a ordem tributária tem visado, essencialmente, à arrecadação, ou seja, é um modo mais incisivo de promover a cobrança de débitos de natureza tributária, num uso desvirtuado do Direito Penal.

Ao ser utilizado dessa forma, o Direito Penal Tributário deixa de ter como fim precípua a proteção de um bem fundamental constitucionalmente protegido (*in casu*, a ordem tributária, e, consequentemente, a arrecadação de tributos, que possibilita ao Estado custear os seus deveres sociais estabelecidos constitucionalmente) e passa a ser indevidamente empregado como meio de cobrança do crédito tributário (com ameaça de prisão).

Essa postura meramente arrecadatória do legislador, que tem prevalecido na maioria das leis brasileiras referentes ao tema, baseia-se no argumento de que se trata de *critério de política criminal* do Estado, com vistas a alcançar maior arrecadação. A verdade, porém, é que pode culminar em um efeito inverso, pois a deslealdade do criminoso tributário pressiona seus concorrentes a praticarem idênticas condutas, a fim de suportarem os efeitos da concorrência desleal. Ademais, há outros meios mais eficientes (na seara administrativa, por exemplo), com melhores resultados, para se alcançar a eficiente arrecadação fiscal.

De fato, o Direito Penal, por atingir direitos fundamentais, deve ter o seu uso restringido às condutas consideradas mais graves para uma dada sociedade, em um dado momento histórico. Para Prado (2000, p. 28), o legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal. Tendo em vista a gravidade das sanções aplicadas no Direito Penal, ele é regido por *princípios limitadores*. Alguns são expressamente previstos na Constituição Federal (dos quais se destaca a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III); outros, implicitamente estabelecidos pela ordem constitucional (entre eles, o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, pelo qual o Direito Penal deve obedecer a duas características essenciais, que são a subsidiariedade e a fragmentariedade).

Conforme leciona Capez (2000, p. 6), o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal sempre esteve presente na tradição do Brasil. Assim, o Direito Penal só deve incidir como *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima), pois suas sanções atingem

diretamente direitos individuais de relevância constitucional. Por ser subsidiário, só deve ser utilizado quando os demais ramos do direito forem insuficientes para proteger o bem jurídico envolvido. A fragmentariedade, por seu turno, pressupõe que o Direito Penal proteja somente as lesões graves aos bens jurídicos, o que faz a intervenção penal fragmentar.

Leciona Afonso (2012, p. 75-76) ao definir quais bens mereceriam ser protegidos pelo Direito Penal:

Assim, em linhas gerais, pode-se definir bem jurídico-penal como o bem ou interesse individual ou coletivo mais caro à sociedade, eleito pelo legislador com base em valores constitucionais de fundamental relevância, como objeto de proteção da norma penal.

Nessa linha, os crimes tributários visam à punição de condutas dolosas e fraudulentas, e não apenas a arrecadação do tributo em si. É isso que justifica a proteção no âmbito penal. Contudo, a adoção de tais princípios limitadores não se presta para justificar uma proteção deficiente do Estado, pois quando o legislador opta pela criminalização de determinada conduta, cria-se o dever de proteção e segurança dos cidadãos que não incidiram na norma penal. No dizer de Fischer (2010, p. 22):

Em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas* [grifos do autor], o Estado deve considerar que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir *também* ao cidadão a eficiência e a segurança. [...]

Exatamente por isso é que compreendemos que o [devido] processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da *prevenção geral positiva*, garantir a segurança e a convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico. [Grifos nossos].

E continua (2010, p. 24):

Denominado de *garantismo positivo*, esse *dever de proteção* (no qual se inclui a *segurança dos cidadãos*) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional, em

sentido estrito, *restringir* direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos. [Grifos do autor].

Portanto, não se coaduna com a ordem constitucional a extinção da punibilidade de quem comete crimes tributários em razão do simples pagamento. Isso porque a conduta foi além do *mero* inadimplemento e adentrou na esfera penal, criando para o Estado o dever de proteção em relação àqueles que obedecem as normas de conduta sociais.

Nessa linha, Bitencourt e Monteiro (2013, p. 28-29) diferem o crime tributário do ilícito tributário, pois aquele ofende um determinado bem jurídico penalmente tutelado (ordem tributária), enquanto esse é a infração de normas impostas pelo Direito Tributário, ou seja, é mera infração de dever. Assim, as infrações contra a ordem tributária são praticadas por meio de fraude ou falsidade; não é apenas inadimplemento, mas conduta voluntária e moralmente reprovável, direcionada à sonegação.

A busca de pretensão aumento arrecadatório não pode ser levada ao extremo de utilizar indevidamente o Direito Penal como uma forma reforçada de execução fiscal, em razão do seu poder de intimidação. Para Parreira (2014),

Mostra-se patente, dessa forma, a predominância do intervencionismo estatal com fins meramente arrecadatórios, cuja opção traduz-se num mau uso do direito penal, transformado em instrumento de política interna, de caráter puramente simbólico. O resultado é uma desmoralização do caráter coativo das normas penais e o consequente enfraquecimento dos bens jurídicos tutelados por elas.

A inexperiência legislativa é refletida na instabilidade do tratamento normativo do tema e na manifesta inserção de normas penais em diplomas eminentemente tributários.

Merece também ser avaliada, sob o enfoque do princípio da isonomia, a (indevida) equiparação dos contribuintes que sonegam por dificuldades econômicas com aqueles que sonegam fraudulentamente. Se, ao final, todos são tratados da mesma forma, pri-

vilegiam-se indevidamente os que têm condições econômicas de promover o pagamento, embora suas condutas tenham sido direcionadas para defalcar o fisco. A conduta do contribuinte inadimplente é posta no mesmo patamar que a do contribuinte sonegador, que pode escolher se será, ou não, apenado.

Afonso (2012, p. 197), ao avaliar a violação do princípio da indisponibilidade da ação penal, faz a seguinte crítica:

[...] a extinção da punibilidade pelo pagamento da quantia sonegada permite ao delinquente tributário evadir-se da sanção penal quando bem entender, já que bastará, a qualquer tempo, seja antes ou depois do recebimento da denúncia ou, até mesmo, da sentença penal condenatória, que pague o que sonegou para se ver livre de qualquer pena estatal. Ou seja, o destino da ação penal-fiscal está a mercê do comportamento do próprio criminoso.

O Direito Penal, ao ser utilizado como mero instrumento arrecadatório, descumpre sua função primordial, que é a de punir os atos concebidos como de maior gravidade em uma determinada sociedade (princípios da ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade). A declaração da extinção da punibilidade em razão do pagamento do tributo desvirtua o escopo buscado pelo Direito Penal tributário e representa proteção deficiente do Estado em relação à sociedade e aos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais tributários.

5 Considerações finais

Atualmente, o pagamento direto do tributo traz como consequência a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária. Em regra, essa também é a posição que historicamente tem sido adotada pelo legislador brasileiro.

Nesse panorama, a realidade legislativa possibilita que qualquer pessoa que intente cometer um crime tributário avalie a relação de custo-benefício de sua conduta. Como o pagamento pode ser feito a qualquer tempo, desde que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (conforme entendimento

recente publicado no Informativo n. 556 do Superior Tribunal de Justiça), e a reparação integral do dano apaga *todas* as consequências penais do crime tributário, é certo que as vantagens econômicas que poderão ser obtidas com a conduta criminosa compensam o risco de sua prática.

Evidencia-se, pois, que a legislação penal-tributária brasileira não tem poder de prevenção geral e não protege de forma eficiente a ordem tributária, pois é incapaz de causar qualquer espécie de temor aos sonegadores, notadamente os que possuem poder (econômico) de escolher se querem ou não ser apenados.

Ficou constatada, ainda, a discrepância do tratamento dispensado aos criminosos tributários em comparação com os que praticam crimes comuns contra o patrimônio. De fato, o legislador faz incidir sobre os crimes comuns (que tratam de interesses privados) a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP (arrepentimento posterior), ou a atenuante genérica do art. 65, II, *b*, do CP; em relação aos crimes contra a ordem tributária (que cuidam de interesses coletivos), a reparação do dano traz como efeito a extinção da punibilidade do agente. Constata-se, portanto, a violação ao princípio da isonomia, pois as reduções de pena aplicadas aos criminosos comuns são manifestamente mais desfavoráveis, não obstante os objetivos do Direito Penal Tributário e do bem jurídico tutelado por meio dos tipos penais tributários terem maior relevância social.

Verificou-se que o Direito Penal possui como objetivo a proteção dos bens jurídicos considerados mais relevantes para uma sociedade (haja vista os princípios penais da ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade), e não deve ser utilizado como simples meio coercitivo de arrecadação de tributos, sob pena de total desvirtuamento de suas finalidades. Numa última análise, constatou-se que o bem jurídico tutelado nos crimes tributários é a ordem tributária, atingida por uma conduta penalmente reprovável. Assim, a extinção da punibilidade pelo simples pagamento do tributo, além de equiparar indevidamente os contribuintes

inadimplentes aos sonegadores, traduz-se também no uso indevido do Direito Penal Tributário como mero instrumento de cobrança de dívidas fiscais, evidenciando proteção deficiente do Estado¹⁹.

Referências

AFONSO, Thadeu José Piragibe. *O direito penal tributário e os instrumentos de política criminal fiscal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário (uma análise lógica, semântica e jurisprudencial)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CUSTÓDIO, Simone. Crime de sonegação fiscal. Momento processual limítrofe para a realização do pagamento do tributo. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 2.871, ano 16, 12 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19099>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

¹⁹ Nessa mesma linha, também se aguarda o desfecho a ser dado pelo STF à ADI n. 4.273, que bem traduz a ofensa constitucional for força do princípio da proibição da proteção deficiente.

FELTES, Andre Gustavo. As diferentes consequências da reparação do dano nos delitos econômicos e nos delitos patrimoniais comuns e a necessidade de uma padronização. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7422>. Acesso em: 26 jul. 2016.

FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

_____. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; EL TASSE, Adel. Os crimes tributários e a extinção de punibilidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-17/coluna-lfg-crimes-tributarios-extincao-punibilidade>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____; MOLINA, Antônio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Coleção Ciências Criminais, v. 1.

GUZELLA, Tathiana Laiz. *Crimes tributários: aspectos e crítica*. Curitiba: Juruá, 2011.

HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2012.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PEREIRA, Daniel Queiróz. Direito penal econômico e tributário: uma análise histórica e comparada. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

JORGE, Wiliam Wanderley. *Curso de direito penal tributário*. Campinas: Millennium, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NABARRETE NETO, André. Crime de sonegação fiscal. Momento processual limítrofe para a realização do pagamento do tributo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 17, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19099/crime-de-sonegacao-fiscal#ixzz2wAEaYrIy>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações*

no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

PANOIRO, Maria José de Castro. As controvérsias da Lei n. 8.137/1990 (sonegação fiscal) e suas repercussões econômico-criminais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

PARREIRA, Paula de Mello Tavares Silva Cunha. O instituto da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13633&revista_caderno=3>. Acesso em: 28 jul. 2016.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. O “Refis da crise” e a extinção da punibilidade nos crimes tributários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.221, 31 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13250>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____. A Lei 12.382/11 e as novidades sobre a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10511&revista_caderno=26>. Acesso em: 28 jul. 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. O bem jurídico penal-tributário: A legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

SARTI, Amir José Finocchiaro; SARTI, Saulo. A Lei nº 12.382/2011: questões relevantes. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao049/Amir_Sarti.html> Acesso em: 28 jul. 2016.

SOARES, Antonio Carlos Martins. *A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A abolição da pena de morte em estados norte-americanos no período de 2007 a 2013

Alcebíades Galvão César Filho

Administrador de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduando em Direito pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Primonata Silva Brillhante Telles

Técnica Administrativa do Ministério Público da União, lotada na PR/DF. Graduanda em Direito pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Resumo: A partir de uma breve contextualização da aplicação da pena de morte no mundo e, em especial, nos Estados Unidos da América, serão abordados aspectos e fundamentos de decisões acerca da abolição da aplicação da pena de morte de parte dos estados norte-americanos, com destaque para o período de 2007 a 2013, que poderiam respaldar a não recomendação de eventual ampliação de tal instituto no Brasil.

Palavras-chave: Direito. Estados Unidos. Pena de morte. Pena capital. Abolição.

Abstract: From a brief background of the application of the death penalty in the world and in particular in the United States, will be addressed aspects and fundamentals of decisions on the abolition of the application of the death penalty part of American States, especially from 2007 to 2013, which could support the non-recommendation of eventual expansion of such an institute in Brazil.

Keywords: Right. United States. Death penalty. Capital punishment. Abolition.

Sumário: 1 Introdução. 2 O instituto da pena de morte. 2.1 Aspectos históricos. 2.2 Contexto mundial contemporâneo. 3 A aplicação da pena de morte no direito estadunidense. 3.1 Aspectos históricos. 3.2 Contexto jurídico. 3.3. Panorama social. 4. O que a experiência norte-americana pode nos ensinar. 4.1 A extinção da pena capital em parte dos EUA entre 2007 e 2013. 4.2 Considerações acerca da ampliação da aplicação da pena capital no Brasil. 5 Considerações finais.

1 Introdução

A partir da apresentação de aspectos relativos à aplicação da pena de morte no mundo e, em especial, nos Estados Unidos da América, o presente artigo pretende elaborar uma breve análise acerca dos fundamentos que motivaram diversos estados norte-americanos a abandonarem a aplicação da pena capital e que poderiam respaldar a não recomendação de uma eventual ampliação da aplicação da pena capital no Brasil.

Comparativamente, Brasil e Estados Unidos têm em comum alguns fatores: grande população; elevada diversidade étnico-cultural; vasto território; organização na forma federativa; competências próprias de estados e União; e economia capitalista. Em 2013, o Brasil ocupava a posição de sétima maior economia do mundo enquanto os Estados Unidos estavam na primeira posição¹.

No entanto, em relação ao sistema jurídico brasileiro, o sistema penal norte-americano apresenta diferenças relevantes que devem ser ressaltadas num trabalho de direito comparado.

¹ INSTITUTO DE PESQUISA EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS (IPRI); FUNDAÇÃO ALEXANDRE GUSMÃO (FUNAG). *As 15 maiores economias do mundo*. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/equipe/47-informacoes/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

Uma diferença fulcral em relação ao nosso ordenamento jurídico é o fato de que a Constituição norte-americana não outorga à União dos Estados Federados o monopólio de criação dos tipos penais, de modo que também os estados-membros podem criar tipos penais incriminadores. Na verdade, o direito penal estadunidense é predominantemente estadual.

Conforme leciona René David (2002, p. 461): “A competência legislativa dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção, e esta exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição”.

Outra diferença fundamental a ser destacada é que não há uma regra constitucional, como no Brasil, que determine a criação dos tipos penais por meio de lei, embora, na atualidade, o direito legislado (*statutory law*) seja responsável pela grande maioria das figuras criminosas. O Direito nos Estados Unidos, por filiar-se à família da *common law*, se concretiza especialmente por meio da jurisprudência. Recorremos novamente a René David, que nos esclarece com maestria sobre esse aspecto:

[...] as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: “There is no law on the point” (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja. (2002, p. 459).

Por sua vez, do ponto de vista do jurista brasileiro, pertencente à família do *civil law*, só conseguimos nos sentir completamente seguros acerca do direito quando as posições jurisprudenciais são incorporadas à lei.

2 O instituto da pena de morte

2.1 Aspectos históricos

Historicamente, nota-se que a pena de morte era aplicada como um instituto praticamente universal, sendo observada em vários povos como egípcios, babilônicos, hebreus, gregos, romanos, muçulmanos, chineses e indígenas.

O Código de Hamurabi, formalizado pelo imperador babilônico de mesmo nome, é considerado o texto jurídico mais antigo da humanidade, com data estimada em dois mil anos antes da era cristã. O monarca implementou a famosa Lei de Talião, que foi um marco de progresso na história da humanidade, pois antes a pena de morte era aplicada pela vingança privada, sem quaisquer limites, ao bel arbítrio do ofendido e por qualquer motivo.

A Lei de Talião veio impor, ainda que de forma embrionária, o princípio da proporcionalidade da pena, procurando torná-la compatível com o dano, com esteio no princípio da equidade ou no princípio de justiça, retribuindo o mal conforme o dado perpetrado (GRECO, 2015, p. 17). A lei previa que deveria ser punido com a morte aquele que também houvesse tirado a vida de outrem ou houvesse lhe dado causa, apesar de ainda manter para outros delitos a pena capital sancionada.

Outros avanços significativos foram a permissão do acordo entre as partes em casos de pequenos delitos patrimoniais e a publicização da sanção, ao invés do seu caráter privado, como era anteriormente. Nesse sentido, iniciava-se, ainda que timidamente, uma transição da vingança privada para a vingança pública.

Algumas legislações possuem dispositivos considerados menos progressistas, como a Lei das XII Tábuas romana, pela qual o *pater familias* tinha poder de matar o filho deficiente físico, considerado uma criança “monstruosa” (MENDES, 2012, p. 12). Nesse caso, não se observa o caráter de pena como retribuição a um mal imposto,

mas como direito legítimo de puro arbítrio do homem, pois, segundo os romanos, a razão mandava que assim fosse feito.

Para os egípcios, a pena de morte era admitida para qualquer delito. Também nas leis draconianas gregas, a maioria dos crimes era punida dessa forma.

Na história do Brasil já se observa a pena de morte entre os indígenas antes mesmo da colonização (SILVA, 2015). Era aplicada principalmente contra inimigos de guerra. Como forma de execução, eram usuais o espancamento por tacape, o envenenamento e o sepultamento em vida.

De acordo com Sousa (2007):

O Código Criminal de 1830 previu a pena de morte para os seguintes crimes: homicídio, se agravado com algumas circunstâncias [...] roubo com resultado morte (art. 271) e insurreição. [...] o acusado, em seu vestido ordinário, deveria ser conduzido pelas ruas mais públicas até a forca, acompanhado do juiz criminal, do escrivão e da força militar. A execução era assim, precedida de ritual destinado a incutir temor ao povo.

Segundo Valvasori et al. (2012, p. 15): “O Código Penal de 1890 dá um passo gigantesco ao não prever a possibilidade da aplicação da pena de morte, a não ser nas hipóteses de crimes militares”. De 1890 a 1937, a pena de morte não foi aplicada no Brasil, tendo sido reativada no governo de Getúlio Vargas para os casos de homicídio com requintes de crueldade e para os crimes políticos de traição à pátria. Em 1946, a Constituição restringiu a aplicação da pena somente aos casos de crimes militares em tempos de guerra.

No contexto da ditadura Vargas, iniciada em 1964, a Lei de Segurança Nacional n. 898/1969 teve o condão de intimidar os guerrilheiros oposicionistas, ampliando o instituto da pena de morte (BITTENCOURT, 2012, p. 4).

Em 1978, foi novamente abolida a pena de morte para os crimes contra a segurança nacional e restringida sua aplicação

para os casos de guerra externa, semelhantemente à regra constitucional hoje vigente.

Interessante notar que o Código Penal Militar vigente é de 1969 e entre os crimes militares passíveis de pena de morte se encontram, por exemplo, traição e favorecimento ao inimigo, permitindo-se até mesmo a execução sumária, conforme prevê o art. 57, desde que cometidos em época de guerra.

Reconhece-se que a pena de morte foi considerada legítima desde a origem das civilizações e que somente muito tempo depois se passou a questionar sua legitimidade.

A abolição da pena de morte como uma questão de direitos humanos é bandeira bem atual. Conforme Clapham (2007, p. 152), era impensável para os autores das declarações francesa e americana do século XVIII que a abolição da pena de morte fosse defendida com base em suas proclamações de direitos. Ainda segundo o autor, a ausência de consenso sobre o assunto fez com que nada se falasse a respeito na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas.

Apesar disso, notadamente a partir do iluminismo inglês do século XVIII, surgiram muitos questionamentos sobre a legitimidade da pena extrema, movidos precipuamente pelas arbitrariedades cometidas pelo regime absolutista, despontando Cesare Beccaria como a grande voz defensora da abolição da pena capital nesse período. Na Europa, sua aplicação foi abolida paulatinamente a partir da segunda metade do século XIX (VALVASORI et al., 2012, p. 6).

2.2 Contexto mundial contemporâneo

Atualmente, em boa parte dos países do mundo não mais se impõe a pena de morte. Muitos ainda preservam dispositivos legais que a permitem, porém não os aplicam, outros, como o Brasil, mantêm a permissão somente para casos de guerra.

O país que mais recorre à pena de morte é a China, com cinco mil execuções ao ano, número correspondente a 70% das execuções mundiais, o que, conforme a Anistia Internacional, organização não governamental que luta pela abolição da pena de morte no mundo, não aparece nos dados oficiais chineses².

Pode-se dizer que a tendência verificada no mundo inteiro é a abolição progressiva da pena de morte. Em 2007 e 2008, a Assembleia Geral da ONU aprovou, respectivamente, as resoluções n. 62/149 e n. 63/168, que solicitavam moratória para a pena de morte.

Em 21 de outubro de 2009, o Parlamento Europeu lançou proposta de resolução comum sobre o Irã, na qual fez constar no preâmbulo o compromisso da União Europeia com o fim da pena capital no mundo³.

Apesar de não terem força cogente, são marcos normativos importantes nessa direção. Em dezembro de 2010, 190 países na Assembleia das Nações Unidas votaram a favor da moratória universal da pena de morte, em oposição a 41 votos contrários e 35 abstenções.

3 A aplicação da pena de morte no direito estadunidense

3.1 Aspectos históricos

A história da aplicação da pena de morte na cultura jurídica norte-americana, em razão de sua vinculação com a família da *common law*, requer que se olhe, inicialmente, para a história da própria *common law* inglesa.

2 ANISTIA INTERNACIONAL. *Pena de morte e execuções em 2013*. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/pena-de-morte-e-execucoes-em-2013/>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

3 PARLAMENTO EUROPEU. *Proposta de resolução comum*. Preâmbulo, p. 3. Disponível em: <<http://www.anagomes.eu/PublicDocs/ba90a130-1e5f-41d6-8edf-b9677655f6a0.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

Os reis anglo-saxões já utilizavam a pena de morte antes da conquista normanda da Inglaterra. Na verdade, William, o Conquistador, após derrotar os anglo-saxões na batalha de Hastings em 1066, conduziu várias mudanças importantes na lei orgânica da Inglaterra, tendo em especial abolido o uso da pena de morte para determinadas violações. Todavia, tais reformas não tiveram grande duração, pois seu segundo filho, Henry I, restaurou a pena de morte naqueles casos em que seu pai havia abolido a penalidade.

Verificam-se, na história inglesa, esforços contínuos, embora frequentemente malsucedidos, em identificar, diante dos fatos, os homicídios pelos quais o assassino deveria ser condenado à morte. Segundo Cole:

No século XIII, Bracton determinou que o homem era responsável por todos os homicídios exceto por aqueles que ocorressem por puro acidente ou necessidade inevitável, embora ele não explicasse as consequências de tal responsabilidade. (1996, p. 17).

Naquela época, o Estado de Gloucester determinava que, em casos de autodefesa ou de acidente, o júri não deveria condenar ou absolver, mas sim identificar o fato específico para que o rei pudesse decidir se deveria ou não perdoar o acusado, sem que, necessariamente, tal perdão viesse a ter o condão de evitar o confisco de bens do acusado.

Durante essa mesma época, não havia distinção na terminologia ou consequências entre as várias espécies de homicídios considerados criminosos, ou seja, embora todos pudessem ser penalizados com a pena capital, também estavam sujeitos ao benefício do clero, o qual após o ano de 1350 se tornou acessível para quase todo homem que soubesse ler.

Ainda nesse sentido, Cole (1996, p. 17) destaca que

[...] embora originalmente estas pessoas detentoras do benefício do bispado fossem simplesmente entregues ao bispo para procedimentos eclesiásticos, com a possibilidade de rebaixamento por ordens, encarceramento e punição corporal para aqueles considerados culpados,

durante os séculos XV e XVI a pena máxima para crimes sujeitos ao bispado eram gravados no túmulo, prisão por não mais do que um ano e confisco de bens. [...] pouco depois, o benefício do clero foi subtraído em todos os casos de “assassinato com malícia premeditada”. No século e meio seguinte, contudo, “malícia premeditada” ou “malícia intencional” divorciou-se do vício de vontade atual e inferia-se do simples ato de matar. Correspondentemente, homicídio, o qual foi inicialmente restrito a casos de “homicídio culposo”, acabou por incluir homicídios em que a existência de provocação adequada reduzia a inferência da malícia.

Zolo (2008, p. 371), por sua vez, destaca que “o patíbulo foi levado à América pelos ingleses e, ainda hoje, a Constituição dos Estados Unidos faz referência explícita a pena de morte na quinta e na décima quarta Emenda”. Dessarte, as colônias na Nova Inglaterra previam a pena de morte não somente para os crimes de homicídio, como também para a sodomia, o adultério, a bruxaria e para diversos crimes que tinham um caráter religioso.

Muitos dos estados norte-americanos adotaram a *common law* da Inglaterra como base para o seu Direito até que fosse substituída pela Constituição ou Lei Escrita. Portanto, a utilização da pena de morte é, por assim dizer, consistente com a história da cultura jurídica da *common law* nos Estados Unidos.

O desenvolvimento do Direito prosseguiu naquele país, de forma que, em determinado momento, se verificou uma rebelião contra a regra do *common law* que impunha uma sentença de morte obrigatória para todos os assassinos condenados. Assim, em 1794, a Pensilvânia tentou reduzir os rigores da lei, abolindo a pena capital para boa parte dos crimes antes sujeitos a esta, permanecendo a pena de morte como mandatória apenas para os “assassinatos de primeiro grau” e para as mortes “desejadas, deliberadas e premeditadas”.

Embora as execuções frequentemente ocorressem em público e por meio do enforcamento, durante o século XIX os Estados Unidos não ficaram imunes aos reflexos decorrentes da reforma

humanitária da pena de morte, introduzida pelo iluminismo nos principais Estados europeus.

Nesse período, marcado, entre outros aspectos, pela realização da Convenção da Filadélfia, começa a se desenvolver um movimento abolicionista, conduzido por Benjamin Rush e compartilhado por figuras tais como Benjamin Franklin e Thomas Jefferson.

Como consequência desse movimento, nos anos quarenta e cinquenta do século XVII, os estados de Michigan, Wisconsin e Rhode Island decidiram abolir a pena capital, enquanto nos demais estados que continuaram a aplicar a pena de morte o número de execuções começou a reduzir paulatinamente até a primeira metade do século XX.

Em 1967 foi decidida a suspensão geral das execuções e, em 1972, a Corte Suprema, no caso *Furman versus Georgia*, decidiu que a pena de morte, como vinha sendo aplicada, era para ser considerada uma “pena cruel e não usual”, e, portanto, inconstitucional, porque lesiva à oitava Emenda, que proíbe que sejam infligidas *cruel and unusual punishments*. (ZOLO, 2008, p. 372).

Adicionalmente, a Corte passou a entender que a pena de morte também violava a igualdade jurídica entre os componentes raciais do país, uma vez que por meio de levantamentos estatísticos identificou-se que certas categorias de pessoas, especialmente os afro-americanos, estavam mais sujeitas ao risco da pena de morte do que as demais.

Entretanto, os reflexos de tal movimento abolicionista não duraram muito, pois na sentença sobre o caso *Gregg versus Georgia*, em julho de 1976, a Suprema Corte Norte-Americana, cuja composição estava nesse ínterim modificada, pronunciou-se em sentido contrário, afirmando que a pena capital era constitucional, de modo a ressuscitar a pena de morte nos Estados Unidos. A partir dessa decisão, as execuções foram retomadas na grande maioria dos estados, com destaque para o Texas, a Virgínia e a Flórida, nos quais se verificou, inclusive, um incremento no número de execuções.

Deve-se, ainda, ressaltar que tal retomada das execuções reproduziu a discriminação entre brancos e negros, de forma que esse fenômeno é acentuado no tocante às condenações à pena capital:

Segundo a Amnesty International, de 1977 aos primeiros meses de 2003, foram condenados à morte 290 afro-americanos, ou seja, mais de um terço da cifra total dos condenados à morte (843), enquanto a população negra é apenas 12% da população total. [...] Ademais, no período 1977-2003, brancos e negros foram vítimas de homicídios em número quase equivalente, mas 80% das execuções capitais sancionou o assassinato de um branco. (ZOLO, 2008, p. 372).

3.2 Contexto jurídico

Entre as penas aplicadas no direito estadunidense, a pena de prisão (*imprisonment*) é a reprimenda mais comum, de forma que, após o veredicto do júri ou do próprio magistrado, este último fixa o máximo e o mínimo da pena, determinada objetivamente por um *parole board*⁴, que considerará a vida pregressa e o comportamento do réu, entre outros fatores. A *probation* é a liberdade condicional. Também existem as multas (*fines*) e as condenações para a restituição de bens.

A pena de morte (*death penalty*), embora seja a penalidade mais controversa, é aplicada atualmente em 32 estados norte-americanos, os quais frequentemente utilizam procedimentos de execução tais como a câmara de gás (*gas chamber*), a cadeira elétrica (*electric chair*), as injeções letais (*lethal injection*), o enforcamento (*hanging*) e o pelotão de fuzilamento (*firing squad*). Segundo Godoy (2004, p. 60), “em alguns estados, tem o réu a macabra opção de escolher o método”.

De acordo com a legislação penal de cada estado norte-americano, entre os tipos de crimes atualmente sujeitos à aplicação da pena capital se encontram: o homicídio doloso e o assassinato em primeiro grau, sempre combinados com alguma circunstância especial ou com algum

⁴ Conselho de liberdade condicional.

fator agravante; o homicídio qualificado; a traição; o tráfico de drogas; o abuso sexual de menor; o sequestro com lesão corporal ou resgate, resultando em morte; e o assassinato cometido no curso de estupro, sequestro, tráfico de drogas ou roubo.

Outros dezoito estados norte-americanos revogaram suas legislações referentes à pena de morte, abolindo, desse modo, a aplicação da pena capital. Destes se destacam: Michigan, que a partir de 1846 tornou-se o primeiro território de língua inglesa no mundo a abolir a pena capital, exceto para o crime de traição, o qual permaneceu punível com a pena de morte, embora nunca ninguém tenha sido executado ao abrigo dessa legislação. Em 1962, foi aprovada nesse estado a abolição da pena de morte para todos os crimes.

Nessa esteira, Wisconsin foi o primeiro estado norte-americano a abolir definitivamente a pena de morte para todos os crimes, a partir de 10 de julho de 1853, por meio da assinatura da Lei de Revogação da Pena de Morte.

Desde o início e meados do século XIX, verifica-se nos Estados Unidos o surgimento de um movimento abolicionista. No início do século, muitos estados norte-americanos reduziram o número de crimes sujeitos a pena capital e iniciaram a construção de penitenciárias estaduais.

Em que pese a abolição da aplicação da pena de morte no âmbito da União Europeia, os Estados Unidos têm mantido a aplicação da pena capital, porém com algumas limitações.

Em 1972, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional a lei de um estado que reconhecia a pena de morte, porque essa lei não estabelecia critérios suficientemente claros que permitissem determinar, sem risco de decisão discricionária, em que caso o acusado poderia ser condenado à morte ou à prisão (DAVID, 2002, p. 503).

Comparativamente, essa decisão nos remete a um pilar bem conhecido do direito penal pátrio que é o da tipicidade dos crimes,

constituindo-se, por assim dizer, de forma bem superficial, porém suficientemente clara e eficaz para o âmbito do nosso estudo, como o exercício de abstração do legislador das condutas passíveis de punição em tese, e que deve ser obrigatoriamente prévio aos fatos criminosos e sem o qual não é possível a aplicação de pena.

Em 1976, no entanto, a Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade de várias outras legislações estaduais que previam a pena capital, visto que estas leis previam com perfeição os critérios de sua aplicação. Conforme David (2002, p. 503): “Nem em 1972, nem em 1976 o Supremo Tribunal decidiu que a pena de morte era inconstitucional ou constitucional, por se tratar de uma pena cruel e inusitada em si mesma”.

A oitava emenda da Constituição norte-americana prevê a proibição de penas cruéis e inusitadas. Semelhantemente, a Constituição Federal brasileira também proíbe as penas cruéis, no art. 5º, inciso XLVII, alínea *e*.

Entretanto, nas palavras de Andrew Clapham (2007, p. 155), “virando-se para a própria pena de morte, nos deparamos com as fronteiras do que é e do que não é aceito como um direito humano universal. Os governos estão divididos sobre o que é aceitável e o que não é”.

De forma análoga, podemos concluir que a proibição de penas cruéis não significa muita coisa relativamente à pena de morte, uma vez que se trata de uma questão subjetiva, que dá vazão a interpretações díspares. Em outras palavras, o conceito de “pena cruel” é juridicamente indeterminado.

No entanto, várias limitações à pena de morte têm sido paulatinamente impostas pelo judiciário norte-americano. Em 1977, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, em *Coker versus Georgia* (433 US 584), que a pena de morte é uma punição inconstitucional pelo estupro de uma mulher adulta, quando a vítima não foi morta.

Em 2002, a mencionada corte julgou inconstitucionais a condenação de inimputável e, em 2005, a condenação de pessoas

que eram menores de idade no momento da infração (CLAPHAM, 2007, p. 155).

Conforme informações retiradas do Death Penalty Information Center⁵, trazemos à colação um interessante resumo de casos sobre as idas e vindas da questão da pena de morte nos EUA:

Doença e deficiência mental – Em 1986, a Suprema Corte proibiu a execução de pessoas mentalmente incapazes e exigiu um processo com a garantia do contraditório para a determinação da capacidade mental em *Ford v. Wainwright* (477 US 399). Em *Penry v. Lynaugh* (492 US 584, 1989), o Tribunal considerou que a execução de pessoas com “deficiência mental” não era uma violação da Oitava Emenda. No entanto, em 2002, em *Atkins v. Virginia*, (536 US 304), o Tribunal considerou que um consenso nacional tinha evoluído contra a execução de “retardado mental” e concluiu que tal punição viola proibição da Oitava Emenda sobre a punição cruel e incomum.

Racismo – O racismo tornou-se o foco do debate de justiça criminal, quando a Suprema Corte decidiu em *Batson v. Kentucky* (476 US 79, 1986) que um promotor que atinge um número desproporcional de cidadãos da mesma raça na escolha de um júri é obrigado a refutar a inferência de discriminação por razões demonstrando a imparcialidade. Racismo foi novamente a discussão da vanguarda quando a Suprema Corte decidiu o caso 1987, *McCleskey v. Kemp* (481 US 279). McCleskey contra-argumentou que não havia discriminação racial na aplicação da pena de morte da Georgia, diante da apresentação de uma análise estatística que mostra um padrão de disparidades raciais nas sentenças de morte, com base na raça da vítima. O Supremo Tribunal de Justiça decidiu, no entanto, que as disparidades raciais não seriam reconhecidas como uma violação constitucional de “igual proteção da lei”, a menos que a discriminação racial intencional contra o réu pudesse ser comprovada.

Menores – No final de 1980, a Suprema Corte decidiu três casos sobre a constitucionalidade da execução de delinquentes juvenis.

5 DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (DPIC). *Introduction to the death penalty*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty>>; e <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-ii-history-death-penalty>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

Em 1988, em *Thompson v. Oklahoma* (487 US 815), quatro juízes consideraram que a execução de delinquentes menores de quinze ou menos no momento de seus crimes era inconstitucional [...]

No ano seguinte, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que a Oitava Emenda não proíbe a pena de morte para crimes cometidos aos dezesseis ou dezessete anos de idade. (*Stanford v. Kentucky* e *Wilkins v. Missouri*, coletivamente, 492 US 361). No momento, dezenove estados com a pena de morte impedem a execução de menores de dezoito anos no momento de seu crime.

Em 1992, os Estados Unidos ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e desta doutrina internacional de direitos humanos o artigo 6º exige que a pena de morte não seja utilizada para aqueles que cometeram seus crimes quando tinham idade inferior a dezoito anos. No entanto, ao fazê-lo, os EUA reservaram-se o direito de executar delinquentes juvenis. Os Estados Unidos são o único país com uma reserva excepcional para este artigo. A reação internacional tem sido muito crítica em razão disto, e dez países entraram com acusações formais contra os Estados Unidos.

Em março de 2005, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a prática de executar réus cujos crimes foram cometidos quando menores inconstitucionais em *Roper v. Simmons* [tradução nossa].

3.3 Panorama social

Em que pese a preponderância do número de estados norte-americanos que ainda adotam a pena de morte, verifica-se, por razões diversas, que uma quantidade crescente de estados tem abolido a aplicação desse tipo de penalidade.

Tal movimento abolicionista se encontra, em sua essência, relacionado com uma percepção crescente, de grande parte da opinião pública, contrária à aplicação da pena capital.

O apoio à pena de morte tem oscilado ao longo do século. De acordo com pesquisas da empresa Gallup⁶, em 1936, 61% dos ame-

6 MOORE, David W. Public divided between death penalty and life imprisonment without parole. *Gallup News Service*, June 2, 2004. Disponível em: <<http://>

ricanos eram favoráveis à pena de morte para as pessoas condenadas por assassinato. Apoio esse que chegou ao seu menor nível, com um índice de 42%, no ano de 1966.

Ao longo dos anos 1970 e 1980, a porcentagem de americanos a favor da pena de morte se elevou de forma constante, culminando com um índice de aprovação de 80% em 1994. Em nova pesquisa realizada em maio de 2004, a Gallup⁷ constatou que um crescente número de americanos passou a apoiar a aplicação de uma sentença de prisão perpétua, sem condicional, em substituição à pena de morte para aqueles condenados por assassinato.

A pesquisa revelou que 46% dos respondentes se mostraram favoráveis à aplicação da pena de prisão perpétua em substituição à pena de morte, enquanto em maio de 2003 tal índice era de 44%. Durante esse mesmo período de tempo, o apoio à pena de morte como uma alternativa caiu de 53% para 50%. A pesquisa também revelou um ceticismo crescente em relação à pena de morte como fator que dissuade o indivíduo do crime. Dos entrevistados, 62% acreditavam que essa punição não era impedimento para que um delito fosse cometido. Essas percentagens representam uma mudança notável nas respostas dadas à mesma pergunta em 1991, quando 51% dos americanos acreditavam que a pena de morte demovia a pessoa da prática do crime, enquanto 41% discordavam dessa hipótese. Somente 55% dos entrevistados responderam que acreditavam que a pena de morte tem sido aplicada de forma justa, abaixo dos 60% em 2003. Quando não oferecida uma pena alternativa, 71% dos respondentes apoiaram a pena de morte e 26% foram contra. O apoio global é aproximadamente o mesmo que o relatado em 2002, mas para baixo do apoio de 80% em 1994.

www.gallup.com/poll/11878/public-divided-between-death-penalty-life-imprisonment-without-parole.aspx. Acesso em: 25 nov. 2014.

⁷ Ibidem.

Entre os principais aspectos responsáveis pela diminuição do apoio público à aplicação da pena de capital em diversos estados norte-americanos, destacam-se a questão da inocência, muitas vezes descoberta somente após a execução do réu, bem como as questões de ordem religiosa.

Com referência às questões de ordem religiosa, o Death Penalty Information Center⁸ destaca que:

Na década de 1970, a Associação Nacional de Evangélicos (NAE), representando mais de 10 milhões de cristãos conservadores e 47 denominações, e a Maioria Moral, estavam entre os grupos cristãos que apoiavam a pena de morte. Posteriormente, a sucessora da NAE, a Coalizão Cristã, também continuou a apoiar a pena de morte. Hoje, representantes das igrejas fundamentalistas e pentecostais apoiam a pena de morte, geralmente por motivos bíblicos, citando nesse caso o Antigo Testamento (BEDAU, 1997). A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias se refere ao tema como uma questão a ser decidida exclusivamente pelo processo de direito civil e, portanto, não apoia nem se opõe à pena capital.

Embora tradicionalmente também tenha sido uma defensora da pena capital, a Igreja Católica Romana atualmente se opõe à pena de morte. Além disso, a maioria das denominações protestantes, incluindo batistas, episcopais, luteranos, metodistas, presbiterianos, e a Igreja Unida de Cristo também se opõem à pena de morte. Durante os anos 1960, ativistas religiosos trabalharam para abolir a pena de morte, e continuam a fazê-lo hoje.

Nos últimos anos, e na sequência de um recente apelo do Papa João Paulo II para abolir a pena de morte, as organizações religiosas em todo o país emitiram declarações de oposição à aplicação da pena de morte [tradução nossa].

⁸ DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (DPIC). *Introduction to the death penalty*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty>>; e <<http://www.deathpenaltyinfo.org/part-ii-history-death-penalty>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

4 O que a experiência norte-americana pode nos ensinar

4.1 A extinção da pena capital em parte dos EUA entre 2007 e 2013

Desde 2007, foram cinco os estados norte-americanos que aboliram de suas legislações penais a aplicação da pena capital: Nova Jersey (2007), Novo México (2009), Illinois (2011), Connecticut (2012) e Maryland (2013). Atualmente, a aplicação da pena capital não é legalmente admitida em dezoito dos cinquenta estados norte-americanos.

Em 17 de dezembro de 2007, o ex-governador de Nova Jersey Jon Corzine assinou uma lei que aboliu a pena de morte de seu estado, dizendo que se sentia no “dever moral de dar fim à ‘matança’ aprovada pelo estado”. Com a assinatura de Corzine, Nova Jersey se tornou o 14º estado a erradicar a pena de morte, e o primeiro a fazê-lo legislativamente desde o fim da pena capital em Iowa e Virginia Ocidental, em 1965.

Enquanto Nova Jersey levou mais de 31 anos para ser o primeiro estado a revogar sua legislação relativa à pena de morte pós-julgamento do caso *Gregg versus Georgia*, levou apenas quinze meses para o segundo estado segui-lo; em 18 de março de 2009, o ex-governador do Novo México Bill Richardson assinou a legislação para revogar a aplicação da pena capital em seu estado, dizendo que sua “consciência o obrigou [levou] a substituir a pena de morte” por uma pena de prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional.

Menos de dois anos depois que o Novo México alijou a pena capital, Illinois tornou-se o terceiro estado a fazê-lo legislativamente na era pós-*Gregg*, quando o governador Pat Quinn assinou o projeto de lei que revogava a pena de morte, em 9 de março de 2011, onze anos depois que o ex-governador George Ryan declarou uma moratória sobre as execuções naquele estado. Finalmente,

em 25 de abril de 2012, Dannel P. Malloy, ex-promotor e então governador de Connecticut, ao assinar um projeto de lei para abolir a pena de morte em seu estado, classificou aquela ocasião como “um momento de reflexão sóbria, não de celebração”.

Assim, Connecticut tornava-se o quarto estado a erradicar a pena capital por meio de revogação legislativa. Por fim, Maryland tornou-se o quinto estado norte-americano a abolir a aplicação da pena de morte no período de sete anos (2007 a 2013). O governador Martin O'Malley assinou, em 2 de maio de 2013, uma lei abolindo a aplicação da pena de morte no Estado de Maryland, substituindo-a pela pena de prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional.

Tal movimento, cuja intensificação pode ser constatada especialmente nos últimos anos, tem-se amparado em fundamentos e razões comuns e, em sua maior parte, de ordem econômica e pragmática.

Analisando, a título de exemplo, o processo de abolição da pena de morte no Estado de Nova Jersey, o qual se amparou em um estudo elaborado pelo Poder Legislativo daquele Estado, por meio da New Jersey Death Penalty Study Commission⁹, verificou-se, entre outros aspectos, que, do ponto de vista financeiro, a substituição da pena de morte pela prisão perpétua poderia economizar dinheiro dos contribuintes.

Estimativa realizada à época apurou que a revogação da pena de morte poderia poupar recursos dos contribuintes na ordem de US\$ 32.481 ao ano por detento no corredor da morte, porque os custos de habitação dos presos no corredor da morte são muito maiores do que quando alojados com a população carcerária. Tendo em vista que havia oito pessoas no corredor da morte de Nova Jersey e assumindo que cada uma viveria mais vinte anos, os contribuintes poderiam economizar cerca de US\$ 5,2 milhões –, dinheiro que poderia ser direcionado para as famílias das vítimas.

9 NEW JERSEY DEATH PENALTY STUDY COMMISSION. Disponível em: <http://www.njleg.state.nj.us/committees/njdeath_penalty.asp>. Acesso em: 28 nov. 2014.

Adicionalmente, a defensoria pública de Nova Jersey estimou que os contribuintes poderiam economizar cerca de US\$ 1,46 milhão ao ano em custos associados com as execuções das penas de morte. Ainda segundo a defensoria pública, a abolição da pena capital também reduziria outros custos judiciais (por meio da redução do número de recursos, por exemplo), entretanto reconheceu a dificuldade de estimar tais valores.

Os defensores da pena de morte, a seu turno, argumentavam que esta seria um impedimento para o cometimento do crime, observando que as taxas de homicídio nacionais diminuíram desde que a Suprema Corte dos Estados Unidos restabeleceu a pena capital em 1976.

No entanto, especialistas em estatísticas criminais reconhecem que é quase impossível isolar o impacto da ameaça da pena de morte sobre os índices de criminalidade. Além disso, as taxas per capita anuais de homicídio nos estados com a pena de morte (de 5,87 por 100 mil pessoas em 2005) são maiores do que em estados sem ela (4,03 em 2005). Por exemplo, o Estado do Texas, que executou 405 pessoas desde 1982, apresentou uma taxa de 5,9% de assassinatos per capita em 2006, percentual superior aos 4,9% apurados por Nova Jersey, que não realizou nenhuma execução no mesmo período.

O fato é que a decisão tomada no sentido da abolição da pena de morte não foi baseada exclusivamente em números. Enquanto alguns familiares de vítimas se queixavam da demora em ver os assassinos de seus entes queridos executados, a New Jersey Death Penalty Study Commission¹⁰ ouviu inúmeros testemunhos de outros familiares de vítimas, os quais, em sua grande maioria, se manifestaram a favor da revogação da pena de morte.

Em meio ao trauma e à dor pela morte de um membro da família, esses familiares reconheceram, ainda, a possibilidade de uma pessoa inocente ser executada pelo Estado. Depois de ter pas-

¹⁰ NEW JERSEY DEATH PENALTY STUDY COMMISSION. Disponível em: <http://www.njleg.state.nj.us/committees/njdeath_penalty.asp>. Acesso em: 28 nov. 2014.

sado pela provação de ter um ente querido assassinado, eles questionaram a moralidade de se tirar a vida de outra pessoa.

Ao concluir que o Estado deveria abolir a pena de morte, a comissão de Nova Jersey observou que “custos emocionais e psicológicos intangíveis” também deveriam ser considerados, ou seja, tendo em conta os custos para as famílias das vítimas e os custos tangíveis para os contribuintes, a comissão entendeu que ao abolir a pena de morte o Poder Legislativo estaria melhor servindo aos cidadãos de Nova Jersey.

Por fim, a partir da análise do exemplo apresentado, nos é possível inferir que a abolição da pena de morte, verificada em especial nos estados norte-americanos durante o período de 2007 a 2013, decorreu de uma nova ponderação de valores por parte dessas comunidades, principalmente em face de aspectos como: os elevados custos econômico-financeiros resultantes da aplicação da pena; a impossibilidade de reparação do erro em caso da condenação de um inocente; e a ausência de evidências concretas do efeito dissuasivo da aplicação da pena de morte, no sentido da redução da criminalidade.

4.2 Considerações acerca da ampliação da aplicação da pena capital no Brasil

Atualmente, a pena de morte pode ser aplicada no Brasil exclusivamente em tempo de guerra, conforme previsão do art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, a qual deve ser previamente declarada pelo presidente da República, nos casos previstos em lei. No entanto, a vedação constitucional não impede a discussão da sociedade sobre o tema em questão.

Segundo Prudente (2008, p. 89-96), “o Código Penal Militar admite a aplicação da pena de morte quando forem praticados determinados crimes, como a espionagem e a traição, entre outros. A pena de morte será aplicada na modalidade de fuzilamento (art. 56 do CPM)”.

A partir da experiência estadunidense, cabe-nos ressaltar que os estados norte-americanos analisados que possuem a pena de morte entre as suas penas aplicáveis apresentam índices de violência superiores àqueles apurados pelos demais estados que não adotam a pena capital em seu ordenamento jurídico.

Tal fato nos leva a concluir que a ampliação do instituto da pena de morte no Brasil não produziria o efeito desejado pela maioria dos seus defensores, que seria o de atuar como elemento dissuasor da prática de determinados crimes de maior potencial ofensivo para a sociedade.

Por sua vez, em face das reconhecidas limitações e deficiências do sistema penal brasileiro, em especial na esfera da investigação criminal, somadas à constatação da predominância de indivíduos encarcerados da raça negra (pretos e pardos), pobres e com baixa ou nenhuma escolaridade, o risco da ocorrência de condenações de inocentes à pena capital é outro aspecto a ser considerado no sentido de se contraindicar a ampliação de sua aplicação no País.

No tocante ao aspecto econômico da aplicação da pena de morte, o qual tem sido preponderante para as decisões abolicionistas adotadas pelos diversos estados norte-americanos, e supondo que a ampliação de sua aplicação no Brasil se verificasse em termos legais semelhantes aos adotados nos Estados Unidos, a fim de assegurar aos acusados garantias como o acesso à ampla defesa e ao contraditório, também estaríamos sujeitos aos elevados custos decorrentes da longa duração dos processos, tempo em que os acusados teriam que ser mantidos sob a custódia do Estado, em condições especiais e segregados dos demais apenados. Tal fato ainda implicaria um desafio adicional ao já sobrecarregado sistema penitenciário brasileiro, que há tempos enfrenta inúmeras dificuldades, especialmente no que tange à falta de recursos.

Por fim, em face dos aspectos acima mencionados, seja no tocante à ausência de efeitos comportamentais ou no que tange aos riscos relativos à condenação de inocentes, bem como aos eleva-

dos custos envolvidos na aplicação da pena capital, concluimos não haver elementos suficientes que justifiquem uma eventual ampliação de tal instituto no Brasil.

5 Considerações finais

Finalizamos o presente artigo confiantes de que conseguimos, de certa forma, alcançar os objetivos a que nos propomos. A partir da análise dos fundamentos que vêm amparando as decisões de parte dos estados norte-americanos de abolir a aplicação da pena de morte, concluimos pela contraindicação da ampliação da aplicação de tal penalidade no Brasil, não obstante o clamor popular, por vezes aflorado, especialmente em face da prática de crimes considerados hediondos e de grande repercussão nacional.

6 Referências

BITTENCOURT, Daniela Almeida. A previsão constitucional da pena de morte no Brasil e suas implicações no contexto global em prol dos direitos humanos. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e747ddbea997a1b>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Suprema Corte dos Estados Unidos: temas polêmicos*. São Paulo: Baraúna, 2013.

CLAPHAM, Andrew. *The death penalty*. Human rights: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2007.

COLE, Charles D. Direitos humanos e a pena de morte na cultura jurídica norte-americana. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, n. 15, jan./jun. 1996.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Melina. A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na filosofia do direito de Hegel. *Revista Eletrônica Estudos Hegelianos*, a. 6, n. 10, p. 75-85, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

FULLER, Jaime. How many states have abolished the death penalty since 2000? *The Washington Post*, may 14, 2014. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/wp/2014/05/14/how-many-states-have-abolished-the-death-penalty-since-2000/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

_____. Direito penal nos Estados Unidos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1.481, 22 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10179/direito-penal-nos-estados-unidos>>. Acesso em: 10 set. 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 17. ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2015.

LIMA, Newton de Oliveira. *Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo: MP Editora, 2009.

MENDES, Melissa. *As pessoas com deficiência na história e o processo de construção de seus direitos sociais*. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103575/_TCC%20MELISSA%20MENDES.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 jul. 2016.

PARKER, Nicholas M. The road to abolition: how widespread legislative repeal of the death penalty in the states could catalyze a nationwide ban on capital punishment. *Legislation and Policy Brief*, v. 5, issue 1, article 3, 2013. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=lpb>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Um breve discurso sedicioso acerca da pena de morte. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, v. 9, n. 50, p. 89-96, jun./jul. 2008.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SILVA, Antônio Julião da. Das sanções penais adotadas pelos silvícolas à época do descobrimento do Brasil e sua execução. Um pouco de história. *Empório do Direito*, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/das-sancoes-penais-adotadas-pelos-silvicolas-a-epoca-do-descobrimento-do-brasil-e-sua>>.

-execucao-um-pouco-de-historia-por-antonio-juliao-da-silva/>. Acesso em: 28 jul. 2016.

SOUSA, Carlo Arruda. Aspectos históricos da pena de morte. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 38, fev. 2007. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3423&revista_caderno=3>. Acesso em: 26 jul. 2016.

VALVASORI, Bruna Monteiro et al. As reminiscências do humanismo de Beccaria no direito brasileiro. *Revista Liberdades*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/livro.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ZOLO, Danilo. A pena de morte divide o ocidente. *Revista Verba Juris* – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, v. 7, n. 7, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14893>>. Acesso em: 10 set. 2014.

A importância do *compliance* para a efetivação de medidas anticorrupção no contexto da sociedade de risco e do Direito Penal Econômico

Tailine Fátima Hijaz

Analista do Ministério Público da União (apoio jurídico/Direito). Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná e pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar a importância do *compliance* para a efetivação de medidas anticorrupção, na perspectiva do Direito Penal Econômico e no contexto da sociedade de risco, tendo em vista, principalmente, a promulgação da Lei n. 12.846/2013. Para tanto, primeiro, examina-se a literatura disponível sobre a sociedade de risco. Depois, explora-se o *compliance* sob o olhar do Direito Penal Econômico. Por fim, aplicam-se os conhecimentos até então apreendidos ao instrumento normativo determinado: a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Com o desenvolvimento do tema, acredita-se ser possível contribuir para o aperfeiçoamento do papel do Direito Penal, no sentido de não apenas reprimir condutas e ressocializar indivíduos, como tradicionalmente foi compreendido, mas de prevenir e diminuir o risco contra violações de bens jurídicos.

Resumen: El artículo tiene como objetivo analizar la importancia del *compliance* para la efectividad de las medidas anticorrupción en la perspectiva del Derecho Penal Económico y en el contexto de la sociedad de riesgo, teniendo en vista principalmente la promulgación de la Ley n. 12.846/2013. Para ello, primero, se analiza la literatura disponible sobre la sociedad de riesgo. Después, se explora el *compliance* bajo la óptica del Derecho Penal Económico. Esa limitación es necesaria en virtud de poder estudiarse el tema bajo inúmeros puntos de vista, como por ejemplo,

el de la ética y el del derecho empresarial. Por fin, se aplican los conocimientos aprendidos hasta entonces al instrumento normativo determinado: la Ley n. 12.846/2013 (Ley Anticorrupción). Con el desarrollo del tema, se cree ser posible contribuir para el perfeccionamiento del papel del Derecho Penal, en el sentido de no sólo reprimir conductas y resocializar personas, como tradicionalmente ha sido comprendido, pero también de prevenir y reducir el riesgo contra violaciones de bienes jurídicos.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Direito Penal Econômico. *Compliance*. *Criminal compliance*. Lei n. 12.846/2013. Corrupção.

Palabras clave: Sociedad de riesgo. Derecho Penal Económico. *Compliance*. *Criminal compliance*. Ley n. 12.846/2013. Corrupción.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito Penal Econômico na perspectiva da sociedade de risco. 3 O *compliance* no contexto da sociedade de risco e da expansão do Direito Penal. 3.1 *Compliance*: do conceito à adequada implementação. 3.2 *Criminal compliance*: conceituação e relevância em face da expansão do Direito Penal e da sociedade de risco. 4 O *compliance* e a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). 4.1 Corrupção: conceito e breve panorama internacional e brasileiro. 4.2 A Lei n. 12.846/2013: apresentação e aspectos gerais. 4.3 Análise do *compliance* na perspectiva da Lei n. 12.846/2013 e do Decreto n. 8.420/2015. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Com a sociedade de risco, nova estrutura social marcada pela globalização da economia, pela mitigação da soberania dos Estados e pelo aumento dos riscos aos quais são submetidas as pessoas, assistiu-se, entre outros aspectos, à expansão do Direito Penal Econômico enquanto mecanismo de proteção dos bens jurídicos.

Entre as novidades, verificou-se que a palavra de ordem é, agora, “prevenção”, isto é, prevenção dos riscos, e não mais, apenas, repressão. Nesse contexto, surge o *compliance*, que, no sentido a ser trabalhado neste estudo, diz respeito ao cumprimento prévio das normas, pelas empresas, a fim de evitar a sanção.

Na recente Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, há previsão expressa referente à existência do *compliance*, na empresa, enquanto parâmetro a ser considerado na aplicação das sanções previstas.

Em face do quadro sumariamente desenhado, conforme se apresentará na sequência, o artigo tem como objetivo geral, justamente, analisar a importância do *compliance*, na perspectiva do Direito Penal Econômico e no contexto da sociedade de risco, para a efetivação de medidas anticorrupção.

Entre os objetivos específicos, busca-se conceituar a sociedade de risco e estudar os seus principais elementos característicos; localizar o *compliance* no contexto dessa sociedade e da expansão do Direito Penal, abordando seu conceito, características e problemáticas pertinentes; e apresentar a Lei n. 12.846/2013, tratando dos seus principais elementos e verificando os aspectos mais relevantes sobre o *compliance* no bojo do referido diploma normativo.

O método de abordagem utilizado neste artigo é o dedutivo, uma vez que parte de premissas maiores – o estudo da sociedade do risco, da expansão do Direito Penal e do *compliance* – e chega ao estudo do caso concreto na terceira parte – a aplicação dos conhecimentos teóricos em face de um diploma legal: a Lei n. 12.846/2013.

Cabe salientar que a escolha e o estudo do tema se justificam por sua evidente atualidade e relevância dos assuntos tratados, especialmente do conteúdo normativo da Lei n. 12.846/2013, bem como por conta da pouca exploração da temática, nos termos aqui definidos, pela literatura especializada.

Acredita-se que, com o desenvolvimento do tema, será possível contribuir para o aperfeiçoamento do papel do Direito Penal, no sentido de não apenas reprimir condutas e ressocializar indivíduos, como tradicionalmente foi compreendido, mas também de prevenir e diminuir o risco contra violações de bens jurídicos.

2 Direito Penal Econômico na perspectiva da sociedade de risco

Constata-se que as pesquisas realizadas sobre o tema em exame são unânimes ao mencionar Ulrich Beck¹ como autor fundamental para o estudo sério da sociedade de risco. Na verdade, a própria expressão “sociedade de risco” foi cunhada por ele, especialista na temática.

Beck analisa a sociedade, assim, enquanto produtora social de risco. Segundo ele, “somos testemunhas (sujeito e objeto) de uma fratura dentro da modernidade, a qual se desprende dos contornos da sociedade industrial clássica e cunha uma nova figura, a que aqui chamamos ‘sociedade (industrial) do risco’ ou sociedade de risco mundial” (BECK, 1999, p. 47).

Na mesma linha, conforme assevera Guaragni (2011), “A sociologia do risco constata a decadência do encantamento humano com a razão técnico-instrumental, de cunho cartesiano”.

Sobre o ponto, no texto “Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna”, Santos (1988) inicia afirmando, taxativamente, que, pelo menos em termos científicos, “Estamos a doze anos do final do século XX”. Para o português, o século XX ainda não começou nem talvez comece antes de terminar.

O autor desenvolve raciocínio interessantíssimo, mas, para os fins deste artigo, importa destacar que o sociólogo compartilha a constatação do sentimento de decadência daquele encantamento humano inicial, mencionado por Guaragni (2011), especialmente quando aborda, com propriedade, a contradição da sociedade atual:

[...] é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar. E se, em vez de no passado, centrarmos

¹ Ulrich Beck (15 de maio de 1944 – 1º de janeiro de 2015) foi um importante sociólogo alemão que lecionou na Universidade de Munique e na London School of Economics (WIKIPEDIA. *Ulrich Beck*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ulrich_Beck>. Acesso em: 11 mar. 2015).

o nosso olhar no futuro, do mesmo modo *duas imagens contraditórias nos ocorrem alternadamente. Por um lado, as potencialidades da tradução tecnológica dos conhecimentos acumulados fazem-nos crer no limiar de uma sociedade de comunicação e interativa libertada das carências e inseguranças que ainda hoje compõem os dias de muitos de nós: o século XXI a começar antes de começar. Por outro lado, uma reflexão cada vez mais aprofundada sobre os limites do rigor científico combinada com os perigos cada vez mais verossímeis da catástrofe ecológica ou da guerra nuclear fazem-nos temer que o século XXI termine antes de começar.* (SANTOS, 1988, grifou-se).

Beck (2003) trata muito bem dessas “duas imagens contraditórias” referidas por Santos, mas sob perspectiva diversa. O autor divide a Modernidade em Primeira e Segunda. Em apertada síntese, na dita Primeira Modernidade, observada no fim do século XIX, a sociedade se revelava *encantada* e otimista com as inovações tecnológicas nunca vistas em qualquer outro momento. De tão otimista, tal sociedade não vislumbrava os riscos. Reinavam os dizeres de “ordem e progresso”. Nesse contexto, a natureza, em detrimento da sociedade, revela-se como “mero conceito daquilo que é estranho, daquilo que está fora da sociedade e precisa ser controlado” (BECK, 2003, p. 21).

No entanto, o cenário se altera com a intensificação da tecnologia e com a crise ecológica, momento que Beck (2003) enquadra como Segunda Modernidade. Nessa época, a tecnologia “tira a máscara” e revela um outro lado, o lado das tragédias, bem como a conclusão de que o projeto da modernidade não foi tão vitorioso como, há pouco, parecia. Os riscos que, como adiantado, não eram percebidos em face do encantamento social agora se voltam contra a própria tecnologia. Os acidentes e tragédias do período não estão mais no bojo da calculabilidade dos riscos, o que era possível na Primeira Modernidade. Na mesma linha da construção de Santos (1988), Beck (2003) assevera que atualmente há uma grande crise da razão técnica instrumental. O que antes parecia seguro gera hoje consequências perigosas.

Com a desconfiança, a percepção do risco aumenta. É a modernidade reflexiva, trabalhada não só por Beck, mas também

por outros autores importantes, como Giddens (2002), que utiliza o termo “modernidade tardia”, e Bauman (2001), com “modernidade líquida”, para caracterizar a sociedade contemporânea.

De fato, os riscos são tremendos, inclusive adjetivam a sociedade contemporânea, na acepção utilizada por Beck, em face, principalmente, da globalização e de todas as suas consequências. As ameaças são verdadeiramente incontroláveis, tendo em vista as escolhas industriais e agrícolas, “potencializadas no quadro da globalização da indústria de alto risco” (ROSA, 2007, p. 13).

Conforme destaca Fernandes (2011, p. 2), nas últimas décadas, a sociedade foi atingida por crescentes transformações – econômicas, políticas, culturais, ambientais –, assinaladas pela chegada de uma nova “sociedade global”, complexa, contraditória, multifacetada, plural e aberta, que, “simultaneamente, integra e fragmenta categorias e interpretações, que pareciam consolidadas já há de muito nas ciências sociais”.

Na medida em que a indústria, a agricultura e a tecnologia, de modo geral, avançam a cada segundo, os ordenamentos jurídicos revelam-se impotentes. Evidencia-se que o Direito não consegue acompanhar tais mudanças. A própria compreensão tradicional que se tem da ordem jurídica, bem como da sua aplicação aos casos concretos, mostrou-se insuficiente diante dessa nova estrutura social.

Dessa forma, a sociedade de risco gera efeitos em diversos aspectos, entre os quais se inclui o jurídico. A concepção do Direito enquanto mecanismo de controle social, na perspectiva levada a efeito por Zaffaroni e Pierangeli (2004), reforça ainda mais as consequências e a relação entre a sociedade de risco e a ordem jurídica, especialmente no caso do Direito Penal, objeto do estudo ora apresentado.

É possível notar, assim, que, entre outros aspectos, a globalização e a sociedade do risco trouxeram uma nova dinâmica para o Direito Penal. Guaragni (2011) considera que “não era da índole do direito penal clássico – forjado como caudatário do jusnaturalismo, do contratualismo e do estado liberal burguês, para tutela

de bens eminentemente individuais – antecipar-se aos danos”. De fato, o crime de dano, no Direito Penal clássico, sempre figurou como regra, e os crimes de perigo, como exceções. No entanto, diante do que foi apresentado até então, atualmente, “para redução de riscos tecnológicos [...] o momento da intervenção penal dá-se antes do dano efetivo ao bem da vida tutelado”.

Silva-Sánchez (2003, p. 313) destaca que a insegurança, característica do momento atual, autoriza que aparatos estatais formem um Estado de vigilância ou de prevenção com características que vão além dos mecanismos penais tradicionais.

Em face dessa finalidade preventiva, e com o Direito Penal se antecipando aos danos, não só o Estado passou a controlar os riscos, mas também os particulares. E principalmente os particulares. Isso será discutido posteriormente, mas cabe fazer uma relação entre a sociedade de risco e a democratização do controle dos riscos.

Conforme explica Guivant (2001, p. 95-112), o conceito de sociedade de risco se associa diretamente ao de globalização. Para a autora, “os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo”. É dizer, tudo toma dimensão maior: os processos que passam a delinear-se a partir dessas transformações são ambíguos, “coexistindo maior pobreza em massa, crescimento de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes ecológicas e tecnológicas, e espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego”.

Diante da nova realidade, toda a sociedade se percebe afetada pelos riscos de graves consequências, tanto enquanto partícipe na tomada de decisões a respeito dos riscos que deseja conter quanto na posição de vítima de tais efeitos. Naturalmente, as formas de controle se intensificaram. Como dito, as funções do Direito Penal se expandiram e, mais do que isso, se renovaram.

Para os fins que especificamente interessam ao presente estudo, percebe-se que as próprias empresas, por exemplo, vieram a temer

esse novo Direito Penal que, pautado na “desconfiança”, passou a se antecipar aos danos. Em resumo, o Direito Penal se modifica em dois sentidos: o controle se expande, as penas são mais rigorosas, e a atuação é diversa, dando primazia, também, para a prevenção.

Diante disso, passou-se a se cogitar a possibilidade de controlar os riscos decorrentes da sociedade empresarial. Na própria definição de empregador, tem-se a necessidade de assunção dos riscos derivados da relação empresarial. Desta feita, percebeu-se que a contenção desses riscos, que à primeira vista pareciam descontroláveis, ainda no plano interno, evitaria o próprio controle do Estado e do Direito Penal, e as eventuais sanções decorrentes dos danos gerados pelos riscos.

É nesse contexto de preocupação com os riscos sociais e prevenção de danos que surge o *criminal compliance*, inicialmente nos Estados Unidos da América e na Alemanha. Segundo Felício (2014), o “*criminal compliance*, seguindo um modelo de Direito Penal preventivo, se apresenta como uma alternativa para tutela efetiva do bem jurídico metaindividual da ordem econômica”.

O *compliance*, nos termos do que será estudado com maior profundidade nos próximos momentos, é uma das vertentes manifestas da sociedade contemporânea e das novas funções abrangidas pelo Direito Penal. Manifesta porque, se o Direito Penal agora se antecipa ao dano e o *compliance*, a seguir caracterizado, é mecanismo de prevenção de riscos por excelência, a relação é inarredável.

Conforme assevera a literatura especializada, nesse sentido, “É necessária a mudança de paradigma da cultura empresarial brasileira, uma vez que atua, basicamente, de maneira reativa e não preventiva, potencializando danos muitas vezes irreparáveis” (BENEDETTI; BARRILARI, 2013). De fato. A atividade empresarial precisa acompanhar os novos paradigmas do Direito Penal Econômico, sob pena de sofrer as consequências respectivas.

O instituto do *criminal compliance* surge exatamente como proposta de minimização e antecipação dos riscos da sociedade contem-

porânea. Trata-se de ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas ilícitas nas empresas, que será estudada adiante.

3 O *compliance* no contexto da sociedade de risco e da expansão do Direito Penal

3.1 *Compliance*: do conceito à adequada implementação

De acordo com a literatura especializada, *compliance* é um termo inglês decorrente do verbo *to comply*, que significa agir de acordo com uma regra, um pedido, um comando². “Estar em *compliance*” traduz, em suma, o dever de achar-se em conformidade e de fazer cumprir leis, regulamentos e diretrizes, em geral, “com o objetivo de mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

Conforme ensina Argenti (apud MANZI, 2008, p. 29), a perda da reputação tem relação com a forma pela qual os clientes e acionistas vislumbram a organização. O autor assevera que tal avaliação se fundamenta na identidade da organização, em informações, visão e estratégia fornecidas por ela, bem como nas ações no decorrer do tempo, nas percepções da organização por parte de outros públicos, e no desempenho. O risco relativo à reputação é, no conceito de Coimbra e Manzi (2010, p. 2), “a perda de rendimento, litígios caros, redução da base de clientes e, nos casos mais extremos, até a falência”.

Por outro lado, o risco legal/regulatório diz respeito à não observância das leis, das regulações e dos padrões de *compliance*. Esses englobam “matérias como gerenciamento de segregação de função,

2 Sobre o conceito de *compliance*, ver: SANTOS (2011); MORAIS, Eslei José de. *Controles internos e estrutura de decisão organizacional: o caso da Contadoria do Banco do Brasil*. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005; e FEBRABAN. Documento consultivo. *Função de Compliance*. Grupo de Trabalho – ABBI – FEBRABAN, 2004. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF710aSDf9jyV/sitefebraban/Funcao_de_Compliance.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2015.

conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos, prevenção à lavagem de dinheiro etc.” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

No mesmo sentido, Maeda (2013, p. 167) assevera que a terminologia referida é adotada, em geral, para “designar os esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa”.

De acordo com Manzi (2008), o *compliance* teve origem nas instituições financeiras, com a criação do Banco Central Americano (Board of Governors of the Federal Reserve), em 1913. Logo após a quebra da Bolsa de Nova York de 1929, foi criada a política intervencionista *New Deal*, em uma tentativa de intervir na economia para “corrigir as distorções naturais do capitalismo”.

No entanto, é certo que “apesar de sua origem e seu avançado desenvolvimento, o conceito e os programas de *compliance* não são exclusivos das instituições bancárias” (SANTOS, 2011). Pelo contrário, constata-se que há vários modelos de *compliance*. Eles variam, conforme o setor e a complexidade das atividades. Por exemplo, os programas de *compliance* podem ser utilizados visando assegurar o cumprimento das normas trabalhistas, tributárias, ambientais, consumeristas e, também, criminais.

O *compliance*, na verdade, se aplica a todos os tipos de organizações, desde empresas e entidades do terceiro setor, como entidades de natureza pública, até empresas de capital aberto e empresas fechadas de todas as regiões do mundo (MANZI, 2008, p. 1).

De fato, a abrangência é considerável. Tem relação desde com “códigos de prevenção em matéria ambiental ou em defesa do consumidor a um arsenal de medidas preventivas de comportamentos delitivos referentes ao branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, atos de corrupção, marcos regulatórios do exercício de atividades laborais etc.” (SHECAIRA; ANDRADE, 2011, p. 2). Logo, é possível perceber que, dentro desse amplo feixe de aplicações,

o *compliance* também se revela objeto de estudo do Direito Penal, perspectiva adotada no presente artigo.

Além de se conceituar o *compliance*, bem como se atentar para o respectivo surgimento e abrangência, é preciso estudar algumas questões de ordem prática, que dizem respeito à sua implantação na empresa, entidade ou organização: como deve ser instalado; quais critérios devem ser levados em consideração; quais aspectos da empresa, primordialmente, devem ser alvo de atenção. Essas são apenas algumas das indagações possíveis.

Percebe-se que os autores buscam esclarecer o tema sob diversos enfoques. Do ponto de vista criminal, conforme explica Silva-Sánchez (2003), a inserção de critérios gerenciais de relação com riscos deve obedecer a cinco fases de realização: (1) Processo descritivo das condutas lesivas, de perigo concreto ou mesmo abstrato; (2) Descrição das condutas lesivas integradas a determinados contextos, geralmente típicos de bens coletivos; (3) Determinação de indícios; (4) Determinação de indícios de descumprimento idôneos à autorização de um procedimento administrativo sancionador; e (5) Procedimentos de inspeção.

Quanto à estrutura organizacional de aplicação do programa de *criminal compliance*, Buonicore (2012) estabelece alguns elementos que reputa essenciais para a devida implementação: (a) um código de conduta interna, para que a empresa mobilize “forças morais no sentido de influenciar a cultura de obediência às normas penais, conscientizando os gestores e funcionários”; (b) um departamento estruturado para o programa, especializado, independente e com atribuições suficientes “para desenvolver suas tarefas de fiscalização e investigação internas”; (c) um agente responsável pelo programa, “se possível ligado aos níveis mais elevados da corporação”.

Todas essas variáveis colacionadas pelos autores têm o objetivo comum de reduzir, ao máximo, os riscos de a sociedade empresária e/ou os seus agentes serem penalizados, inclusive criminalmente.

Explorados os aspectos gerais concernentes ao *compliance*, do seu conceito à implementação, passa-se ao estudo específico do *criminal compliance* e da sua relevância em face da sociedade de risco e da expansão do Direito Penal.

3.2 *Criminal compliance*: conceituação e relevância em face da expansão do Direito Penal e da sociedade de risco

Na perspectiva do Direito Penal Econômico, pode-se dizer que o *compliance* é “um conjunto de mecanismos internos de gestão, implementados pelas empresas para detectar e prevenir condutas criminosas que venham a ocorrer dentro da corporação” (WELLNER, 2005).

Em suma, trata-se de implementar ações preventivas no âmbito da empresa, a fim de evitar uma possível persecução criminal de seus agentes e, também, da própria pessoa jurídica.

Segundo Buonicore (2012):

O envolvimento da corporação com um processo penal pode representar um grande risco para suas operações, como prisões de seus agentes, mandados de busca e apreensão, custos com o processo, abalo de sua reputação, enfim, um considerável impacto negativo que, inegavelmente, acaba por implicar em prejuízos financeiros.

Daí a necessidade quase inevitável de se instituírem programas de *compliance* no interior do estabelecimento empresarial³.

Com efeito, os custos de não *estar em compliance* são astronômicos e alcançam âmbitos diversos. Exemplificando, eles podem abranger “danos à reputação da organização, dos seus funcionários e perda do valor da marca; má alocação de recurso e redução da eficiência e da inovação; cassação da licença de operação; sanções administrativas, pecuniárias e, dependendo do caso, criminais, às

³ Como será mais bem esclarecido no decorrer do artigo, no Brasil, os riscos não são realmente significativos, pelo menos do ponto de vista penal e processual penal. Infelizmente, a corrupção para certos setores “vale a pena” economicamente.

organizações e aos indivíduos; e custos secundários e não previstos (exemplo: advogados, tempo da alta gerência, entre outros)” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 4).

Como visto, o programa de *compliance* visa a reduzir as possibilidades de riscos para a instituição, na acepção mais ampla possível. Envolve pequenas e grandes empresas, de natureza pública ou privada. Não importa. Todas estão sujeitas às penalidades em suas diversas naturezas, razão pela qual o *compliance* se revela importante de maneira indistinta.

Naturalmente, a implantação de um programa de *compliance* pode não ser suficiente para tornar uma empresa, ou uma entidade, pública ou privada, à prova de desvios de conduta e das crises causadas em decorrência disso, como asseveram Coimbra e Manzi (2010, p. 1). No entanto, é certo que se a sociedade empresária estabelece um programa com, por exemplo, um código de ética devidamente institucionalizado, com esclarecimento das normas em face dos empregados, com a criação de um sistema de informação para a descoberta e o esclarecimento de delitos; em suma, se a instituição implanta um controle interno, porque tudo isso, todos esses aspectos estruturais apontados pela literatura especializada não deixam de ser, em última análise, mecanismos de controle interno, é natural que os riscos de penalização se reduzirão. Com efeito, a instituição de programa de *compliance* “certamente servirá como uma proteção da integridade, com a redução de riscos, aprimoramento do sistema de controles internos e combate à corrupção e fraudes” (COIMBRA; MANZI, 2010).

É dizer, ao implantar um programa de *compliance* adequado, a empresa se antecipa, passa a agir antes da atuação do Direito Penal. Isso, além de beneficiar a empresa, é benéfico para a sociedade. Trata-se de uma espécie de autorregulação e, mais ainda, de concretização da palavra de ordem do Direito Penal contemporâneo, especialmente o econômico: a prevenção dos riscos. Em que pese o *compliance* se erigir enquanto dever ético, que deve ser cumprido sem se esperar recompensa financeira, é claro que “a atuação das organizações em conformidade com as normas e

melhores práticas traz vantagens para a comunidade, para a economia, para o meio ambiente, ou seja, para o país como um todo” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 5).

De fato, diante de uma sociedade de risco, como a nossa, bem como em face da expansão do Direito Penal, sobretudo o econômico, nos termos estudados no primeiro capítulo, a regulação de determinados setores muito se acirrou. Isso será analisado na terceira parte do artigo, mas percebe-se que a legislação também acompanhou esse movimento de expansão e endurecimento das sanções, inclusive criminais, que objetivam apurar as irregularidades e punir a organização e seus administradores.

4 O compliance e a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)

Chegando ao ponto central do artigo, pretende-se aplicar todas as premissas teóricas até então apreendidas no que diz respeito ao *compliance*, no contexto da sociedade de risco e da expansão do Direito Penal, para analisar um instrumento normativo determinado: a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Reputa-se pertinente, ao se debruçar sobre esse aspecto, estudar a relação entre a Lei Anticorrupção e a expansão do Direito Penal Econômico, dentro das suas principais diretrizes, bem como a localização do *compliance* em face dessa normativa.

4.1 Corrupção: conceito e breve panorama internacional e brasileiro

No final de 2014, a ONG Transparência Internacional (*Transparency International*) divulgou o estudo *Percepções da Corrupção Index 2014*, no qual analisa a situação da corrupção em 176 países. O Brasil aparece na 69ª posição no *ranking*⁴.

4 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2014*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

Os dados estatísticos só confirmam um fato que se tornou senso comum no País há muito tempo: “o Brasil é um país corrupto”. Essa frase tem marcado presença, por décadas, em manifestações populares, petições públicas, noticiários, relatórios oficiais do governo, ações das instituições públicas, e em todos os âmbitos sociais, de modo geral.

Recentemente, o assunto veio ainda mais à tona com a chamada Operação Lava Jato e o “escândalo da Petrobras”. Para evitar repetições desnecessárias, cumpre resumir, apenas, que agentes públicos da maior estatal nacional estão sendo investigados pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, em face da apuração de movimentação ilícita de bilhões de reais que pertencem aos cofres públicos.

Procede-se à abordagem do assunto porque a Petróleo Brasileiro S.A., a Petrobras, empresa cujo acionista majoritário é a União, está no centro das investigações da operação, que apontou o pagamento de propina, por várias empresas, para dirigentes e políticos.

Conforme menciona o sítio do MPF⁵ criado justamente para explicar para a população os principais aspectos que envolvem o caso, bem como para conferir transparência aos resultados da operação, “a operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve”. Colhe-se da mesma fonte que “o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia” (MPF, 2015).

Em suma, a própria operação dá conta de que a Polícia Federal e o Ministério Público são instituições que têm atuado fortemente no sentido de combater a corrupção.

No entanto, constata-se que a própria noção de corrupção envolve uma série de significados. Segundo Lemos Filho (2009),

5 MPF. Ministério Público Federal. *Operação Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.lavajato.mpf.mp.br/index.html>>. Acesso em: 1º fev. 2015.

“na acepção política, é o comportamento ilegal, aético ou contrário à moral administrativa, de quem desempenha papel na estrutura estatal, favorecendo outros interesses que não o público”.

De acordo com conceito utilizado pelo Banco Mundial, a corrupção ocorre quando um agente viola as regras estabelecidas pela ordem jurídica, entrando em conluio com outras partes e promovendo seu próprio benefício (TANZI; DAVOODI, 1997). Trata-se do abuso de poder público para benefício privado, em resumo. Lemos Filho (2009) segue asseverando que, além do prejuízo que gera ao erário, a corrupção “compromete o Estado democrático de direito, já que corrói a confiança da sociedade nas instâncias do poder público”.

No âmbito internacional, pode-se dizer que a tendência de combater a corrupção teve início em 1977, com a edição do *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) pelos Estados Unidos da América. Em suma, o FCPA impõe às pessoas físicas e jurídicas por ele atingidas a proibição de práticas corruptas ou do pagamento de propinas que atinjam ou beneficiem membros da administração pública de outros países.

Com esse rigor da legislação norte-americana, as empresas nacionais passaram a perder a competitividade em face às de outros países, que não puniam o pagamento de propina e a corrupção, de modo geral. Isso fez com que os Estados Unidos passassem a pressionar a comunidade internacional para que adotasse medidas que punissem suas empresas pela corrupção de agentes públicos estrangeiros.

A pressão teve resultado. Dela adveio a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, mais tarde, impulsionou a Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros (PETRELUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 25).

A OCDE, em poucas palavras, é organização pública internacional que tem por missão a promoção de políticas que proporcionem a melhoria das condições econômicas das nações e o bem-estar econômico e social das pessoas⁶.

⁶ OECD. *The Organisation for Economic Co-operation and Development*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

Por outro lado, a Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros foi firmada pelo Brasil em dezembro de 1997 e ratificada em novembro de 2000.

Tal convenção dispõe, na sua essência, que os países signatários deverão criminalizar a conduta de corromper agentes públicos estrangeiros e, no campo da responsabilização das pessoas jurídicas, prescreve que “cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”⁷.

Na União Europeia também há marcos legais contra a corrupção. Primeiro, cabe ressaltar que a Alemanha ratificou imediatamente a Convenção da OCDE e a incorporou ao seu sistema jurídico em setembro de 1998, quando editou o Ato de Combate à Corrupção de Autoridades Públicas Estrangeiras em Transações Internacionais. A partir de então, vários países passaram a avançar na legislação anticorrupção. Segundo a literatura, “Dentre os diplomas legais editados após a Convenção da OCDE, o mais inovador parece ser o UK Bribery Act, do Reino Unido, que entrou em vigor em 1º de julho de 2011” (PETRELUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 26).

Apenas para fins de informação, há outros diplomas internacionais importantes que tratam do tema corrupção, inclusive em âmbito regional. Cite-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção, discutida em Caracas, em 1996, bem como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil em 2006.

Não foi apenas no cenário internacional que temas relativos à corrupção foram alvo de normatização. Na legislação brasileira, muitas normas trataram anteriormente de corrupção, de uma forma ou de outra. Para começar, cabe lembrar que todas as Constituições, nas circunstâncias históricas respectivas, trataram de corrupção e improbidade.

⁷ BRASIL. *Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 5 jun. 2016.

Como lembram Petrelluzzi e Rizek Junior (2014, p. 30): “Até mesmo a Carta de 1824, que no seu artigo 99 consagrava a inviolabilidade do Imperador, responsabilizava os Ministros do Estado por ‘peita, suborno ou concussão’ e ‘pela falta de observância da Lei’ ou ‘por qualquer dissipação dos bens públicos’”.

Recorde-se, ainda, do Código Penal de 1830, que criminalizava a “peita”, a prevaricação, o suborno e a corrupção, bem como a Consolidação das Leis Penais e o Código Penal, que também cuidaram do tema.

Na seara civil, a literatura especializada considera que a Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei n. 3.164/1957) e a Lei Bilac Pinto (Lei n. 3.502/1958) constituíram avanços conceituais, mas que, na prática, pouco significaram na concretização do ressarcimento ao erário por condutas desviadas de agentes públicos (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 30).

Essas inovações, indubitavelmente, se revelaram muito importantes. No entanto, foi a Lei da Ação Popular que “judicializou”, pela primeira vez, a discussão sobre a corrupção. Com efeito, a Lei n. 4.717/1965 possibilitou a propositura de ação civil, por qualquer cidadão, com o objetivo de anular ou declarar a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, nos termos do § 2º do seu art. 1º. A lei não trouxe previsão de punição para os agentes públicos responsáveis pelos atos lesivos ao erário, mas “traduziu-se em importante inovação, pois instrumentalizou o controle popular dos atos administrativos, por intermédio da provocação ao Judiciário” (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 31).

De fato, a referida lei amplia o conceito de cidadania, ao possibilitar que o cidadão, no exercício consciente do seu poder político, fiscalize a atuação estatal e, se necessário, utilize a ação popular para proteger a moralidade administrativa. Percebe-se, assim, a democratização do controle da moralidade. Conforme salienta Melo (2003, p. 105),

[...] na medida em que as pessoas, no exercício de sua cidadania, fiscalizando o poder público, exigem efetiva atuação do Judiciário, para o fim de restaurar a moralidade administrativa, e na medida em que o Judiciário preste, a tempo e modo, a tutela jurisdicional, estará se fortalecendo como poder político.

Outra normativa fundamental é a Lei da Ação Civil Pública, que disciplinou a propositura de ações para a defesa de interesses transindividuais. Esse diploma legal representa importante avanço na disciplina das ações que buscam a proteção dos interesses transindividuais e permitiu uma “atuação mais eficiente dos atores do drama judicial que visam enfrentar a prática de atos de corrupção, através da provocação do estado-juiz” (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 31). Segundo Cavalcanti (2012, p. 116): “Trata-se de ferramenta jurídica de vital importância para a sociedade brasileira, na medida em que instrumentaliza o Ministério Público para que possa combater com eficácia a corrupção no Brasil”.

Por fim, é necessário lembrar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), que também se reveste de importância na repressão às condutas que atentam contra o patrimônio público e os princípios que devem reger a Administração Pública. A Lei de Improbidade Administrativa, em suma, adveio como concretização do mandamento inserido no art. 37, § 4º, da Constituição Federal (BARBOZA, 2008), que assim dispõe: “[...] os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei”.

Além dos diplomas legais brevemente comentados, há outros de igual relevância para o combate à corrupção que merecem, pelo menos, ser mencionados: Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999), Lei do Funcionalismo Público (Lei n. 8.112/1990), Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002), Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), Lei do Conflito de Interesses (Lei n. 12.813/2013).

Em que pese toda essa bagagem normativa, não há dúvida de que o marco da legislação anticorrupção no Brasil foi alcançado com a Lei Anticorrupção, que passa a ser estudada na sequência.

4.2 A Lei n. 12.846/2013: apresentação e aspectos gerais

Voltando-se especificamente ao objeto de estudo deste artigo, pode-se dizer que a Lei n. 12.846/2013 se revela como uma resposta às exigências internacionais. O instrumento normativo em referência nasceu do Projeto de Lei n. 6.826/2010, encaminhado ao Congresso Nacional pela Presidência da República em fevereiro de 2010.

Em suma, esse diploma legal regula a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública, bem como prevê benefícios na aplicação de sanções para as empresas que adotem um programa de *compliance* e congêneres, como mecanismos de auditorias, incentivo à denúncia e aplicação de códigos de conduta e ética.

Como as pessoas jurídicas de direito público são, primariamente, gestoras do patrimônio público, são elas as entidades que a Lei n. 12.846/2013 busca proteger. Logo, ficam excluídas de serem sujeitos ativos da prática de atos lesivos à Administração Pública, embora seja possível que, em determinados casos, essas entidades possam praticar algumas das condutas previstas no art. 5º da Lei n. 12.846/2013. Entretanto, nessas hipóteses, a responsabilidade pelo ato ilícito será pessoal do agente público que praticou a conduta.

A lei em comento busca alcançar qualquer tipo de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira, que, de qualquer forma, tenha relação com o Poder Público, também nacional ou estrangeiro, incluídas as organizações públicas internacionais.

Logo, ao passo que determinada empresa poderá responder civilmente por eventuais danos que a conduta imprópria de seus agentes tenha gerado à Administração por meio do pagamento de indenizações, de forma cumulativa ela responderá administrati-

vamente pela mesma conduta imprópria de seus prepostos, “cuja punibilidade pode vir em forma de multa pecuniária, retenção de depósitos e proibições diversas que, no caso da Lei n. 12.846/2013 [...], tornaram-se bem mais rigorosas” (PETRELUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 52).

Mais importante, é necessário destacar que, com a edição da Lei n. 12.846/2013, a disciplina da responsabilidade objetiva passa a alcançar, também, a relação entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas que com ela se relacionam (PETRELUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 53).

Como se sabe, no caso de responsabilidade objetiva, há que se perquirir, apenas, nexos causal entre a conduta e o dano, sem que se precise buscar a presença de qualquer elemento de ordem subjetiva para caracterizar a responsabilização. Desta feita, não mais será possível, para o sancionamento de pessoa jurídica, que se exija vínculo de ordem subjetiva com a pessoa natural que tenha praticado o ato ilícito com favorecimento dos interesses da pessoa jurídica.

Quanto aos bens jurídicos que a legislação procura proteger, a regra insculpida no *caput* do art. 5º destaca estes: (a) o patrimônio público nacional ou estrangeiro; (b) os princípios da Administração Pública; e (c) os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (DAL POZZO, 2014, p. 33).

Sobre a sanção, há a previsão, no art. 6º da Lei n. 12.846/2013, de aplicação de multa às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos, bem como de publicação extraordinária da decisão condenatória⁸.

8 Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Por outro lado, no que diz respeito à dosimetria, o art. 7º dessa lei⁹ estabelece uma série de critérios que devem ser levados em consideração na aplicação das sanções. Esse artigo, para os fins do presente estudo, é fundamental. Nele, especificamente em seu inciso VIII, há a previsão pioneira do *compliance*, tema que será abordado na sequência.

4.3 Análise do *compliance* na perspectiva da Lei n. 12.846/2013 e do Decreto n. 8.420/2015

Com efeito, o art. 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção prevê a consideração, no momento da aplicação das sanções, da “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

De acordo com Santos Jr. e Pardini (2014), tal normativa “fará da empresa, embora a custos elevados, a principal interessada em

⁹ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;
- IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e
- X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do *caput* serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

prevenir, investigar e descobrir desvios de condutas e eventuais violações à lei, perpetrados por seus funcionários e/ou dirigentes”.

Pode-se dizer que essa previsão tem grande potencial para consolidar a cultura do *compliance* no País, incentivando as empresas brasileiras a investir em políticas de controle interno para o cumprimento de normas e regulamentos, a fim de mitigar riscos, evitando, assim, o comprometimento da instituição com condutas ilícitas, bem como fortalecendo a imagem da empresa perante a sociedade em geral e, em especial, diante de seus consumidores clientes, parceiros e colaboradores (SANTOS JR.; PARDINI, 2014).

Pena (2013) acrescenta outras possíveis consequências da referida previsão normativa, como a contratação muito mais criteriosa de empregados pelas empresas. O autor destaca, ainda, que o treinamento quanto aos aspectos de conduta e comportamento deverá ser mais perspicaz, e a fiscalização, mais severa. Assim, além de prevenir condutas indesejadas, a previsão constante da Lei Anticorrupção poderá ensejar a redução das sanções.

No entanto, é fato que, como visto na segunda parte deste artigo, o *compliance* exige um grande incremento de custos para as empresas, sobretudo para aquelas que não têm grande porte. Segundo Petrelluzzi e Rizek Junior (2014, p. 77), “a adoção desses programas somente terá o impulso desejável quando o benefício às empresas que os adotarem ficar mais bem explicitado”.

Os mesmos autores sugerem que, sem prejuízo da publicação do regulamento previsto no parágrafo único do art. 7º da Lei, é necessário que os órgãos e responsáveis pela aplicação do novo estatuto, como a CGU, as controladorias e corregedorias estaduais e municipais, desde logo, editem manual para a implementação de programas anticorrupção e de *compliance*, para estimular as empresas que têm negócios com o poder público a adotarem programas efetivos de *compliance* (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 77).

O referido regulamento, na forma de decreto federal, foi sancionado no dia 18 de março de 2015, sob o n. 8.420/2015, com

o objetivo de regulamentar, no âmbito federal, a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, tratada pela Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Em relação especificamente ao objeto deste estudo, o Decreto n. 8.420/2015 trouxe a previsão do que chamou de “Programa de Integridade”, que nada mais é do que o *compliance*¹⁰.

Sobre o tema, a regulamentação estabeleceu uma série de parâmetros que devem ser observados para avaliar o programa de integridade. São os seguintes, nos termos do art. 42: (a) comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos; (b) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, e, quando necessário, a terceiros; (c) treinamentos periódicos sobre o programa; (d) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa; (e) registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; (f) controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros; (g) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos nos processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros; (h) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa e fiscalização de seu cumprimento; (i) canais de denúncia de irregularidades, abertos e

¹⁰ Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; (j) medidas disciplinares em caso de violação do programa; (k) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; (l) diligências apropriadas para contratação e supervisão de terceiros; (m) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; (n) monitoramento contínuo do programa, visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos; (o) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Conforme ressalta Tamba (2015), com base nesses parâmetros, serão considerados, também, o porte e as especificidades da pessoa jurídica, como a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores, a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores, a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; o setor do mercado em que atua; os países em que atua, direta ou indiretamente; o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Como consta do próprio art. 7º da Lei Anticorrupção, a efetividade do programa de *compliance* em relação ao ato lesivo em apuração deve ser considerada na avaliação dos parâmetros. No caso de microempresas e empresas de pequeno porte, seguindo a lógica da normatização pertinente sobre o ponto, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos, o que também poderá ser objeto de regulamentação.

Por fim, a regulamentação em estudo também trata do *compliance* quando estabelece os requisitos para celebração de acordo

de leniência, pois reputa necessária a existência de cláusula que estipule a adoção, a aplicação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, consoante dispõe o inciso IV do art. 37 do Decreto n. 8.420/2015¹¹.

Diante dessa breve análise, é possível constatar que, finalmente, o Poder Executivo fez cessar a insegurança jurídica que envolvia a Lei Anticorrupção, em especial no que diz respeito ao *compliance*, que tem previsão muito genérica no art. 7º da Lei n. 12.846/2013 e não esclarecia, de fato, o que pode ser considerado um programa de integridade “efetivo”.

No entanto, observa-se que, mesmo com mais de anos de vigência, as pesquisas indicam que as empresas brasileiras não estão preparadas para cumprir a Lei n. 12.846/2013, inclusive no que concerne ao *compliance*.

Conforme explica Rolli (2014), “Seis em cada dez empresas não estão preparadas para cumprir a lei anticorrupção no Brasil, que entrou em vigor há quase um ano e pune, com multas de até 20% do faturamento bruto, empresas envolvidas em fraudes de contratos públicos”. A autora parte de um levantamento feito com trezentas companhias brasileiras, elaborado pela consultoria internacional Grant Thornton, o qual revelou que a maioria das empresas não adotou ainda medidas de controle interno para aumentar a transparência ou regras para treinar funcionários e punir infratores.

Na mesma linha, mas com apoio na pesquisa de Avaliação do Nível de Maturidade de *Compliance*, elaborada pela ICTS, empresa de consultoria, auditoria e serviços em gestão de riscos, entre setembro de 2014 e janeiro de 2015, com 231 empresas que mantêm operações no Brasil, Borba (2015) assevera que “61% das empresas ouvidas não mapearam seus riscos de exposição à Lei

¹¹ Art. 37. O acordo de leniência conterà, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre: [...] IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Anticorrupção e apenas 12% disseram ter um programa de *compliance* efetivo, ou seja, as empresas querem se prevenir, mas ainda estão no começo disso”.

Dessa forma, a percepção que fica é no sentido de que a Lei Anticorrupção está em vigor, as empresas estão cientes disso, mas ainda não tomaram as medidas para se adequar à normativa. Sobre o ponto, Rolli (2014) destaca: “O Brasil é um país que reage à corrupção, mas não tem cultura de prevenção”.

Com base em tudo o que foi explanado até o momento, não se pode deixar de mencionar que a situação pela qual passa o Brasil na atualidade denota, como nunca antes, a importância da adoção de programas de controle e prevenção de riscos.

Como se sabe, no dia 17 de março de 2014 foi deflagrada pela Polícia Federal a chamada Operação Lava Jato, que desmontou um esquema de lavagem de dinheiro e evasão de divisas que, segundo informações da Polícia e do Ministério Público, movimentou cerca de dez bilhões de reais¹².

Procede-se à abordagem do assunto, no presente, sobretudo porque a Petróleo Brasileiro S.A., a Petrobras, empresa de capital aberto cujo acionista majoritário é a União, está no centro das investigações daquela operação, que apontou o pagamento de propina pelas empresas, para alguns dos dirigentes e para políticos.

¹² Tais dados foram extraídos de notícias constantes em portais de jornais eletrônicos, como *G1* (ENTENDA a Operação Lava Jato. *G1*, Brasília, São Paulo, 4 abr. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/04/entenda-operacao-lava-jato-da-policia-federal.html>>. Acesso em: 1º fev. 2015); *Exame.com* (NOTÍCIAS sobre a Operação Lava Jato. *Exame.com*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/topicos/operacao-lava-jato>>. Acesso em: 1º fev. 2014); *Valor Econômico* (CASADO, Letícia; VIEIRA, André Guilherme. Lava Jato: Procuradoria denuncia 22 executivos de empreiteiras. *Valor Econômico*, Curitiba, 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3813490/lava-jato-procuradoria-denuncia-22-executivos-de-empresiteiras>>. Acesso em: 1º fev. 2015); e *Estadão* (TÓPICOS – Operação Lava Jato. *Estadão*. Disponível em: <<http://topicos.estadao.com.br/operacao-lava-jato>>. Acesso em: 1º fev. 2015).

Embora não faça parte dos objetivos deste artigo analisar as minúcias do caso¹³, para os fins aqui firmados, constatou-se que, entre as notícias veiculadas sobre a Operação Lava Jato, destacaram-se as seguintes: “Após denúncias, Petrobras quer criar diretoria de governança”¹⁴; “Conselho da Petrobras sinaliza criação de diretoria de *compliance*”¹⁵; e “Após denúncias, Petrobras vai criar diretoria de governança corporativa”¹⁶.

Disso, pode-se concluir que a estatal, mesmo com toda a sua dimensão e importância para o País, não possuía meios internos de controle eficazes. Tanto é assim que passou a cogitar a implementação de programa de *compliance* somente depois de protagonizar um dos maiores, se não o maior, escândalo de corrupção do Brasil.

Novamente, cabe destacar que não se pretende defender a ideia utópica de que o *compliance*, mesmo se corretamente implementado e executado, seja capaz de impedir que a organização ou os seus responsáveis ajam em desacordo com as normas ou que se desvencilhem da postura ética esperada.

13 Observa-se que o Ministério Público Federal criou um *site* para a Operação Lava Jato, que disponibiliza, entre outros conteúdos, informações gerais sobre o caso, decisões da justiça e as denúncias criminais apresentadas. Disponível em: <<http://www.lavajato.mpf.mp.br/index.html>>. Acesso em: 1º fev. 2015.

14 CARDOSO, Cristiane. Após denúncias, Petrobras quer criar diretoria de governança. *GI*, Rio de Janeiro, 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/11/apos-denuncias-petrobras-cria-diretoria-de-governanca.html>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

15 POLITO, Rodrigo; SCHÜFFNER, Cláudia; RAMALHO, André. Conselho da Petrobras sinaliza criação de diretoria de *compliance*. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3781794/conselho-da-petrobras-sinaliza-criacao-de-diretoria-de-compliance>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

16 MAGNABOSCO, André; PITA, Antonio; NUNES, Fernanda; DURÃO, Mariana. Após denúncias, Petrobras vai criar diretoria de governança corporativa. *O Estado de S. Paulo*, Rio de Janeiro, 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,apos-denuncias-petrobras-vai-criar-diretoria-de-governanca-corporativa,1594008>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

Por certo, não é possível garantir que, se a Petrobras, por exemplo, contasse com um programa irreparável de controle interno, as infrações não teriam sido perpetradas. No entanto, pode-se dizer que, após a deflagração da Operação Lava Jato, a apuração dos ilícitos poderia ter sido menos complexa. Talvez os bilhões de dinheiro público não tivessem sido ilicitamente movimentados.

Igualmente, é seguro afirmar que a Lei n. 12.846/2013 tem um grande potencial para elevar o custo da corrupção e, com isso, evitá-la. Na concepção de Deltan Martinazzo Dallagnol¹⁷, coordenador da força-tarefa da Operação Lava Jato, a corrupção é uma “decisão racional”. Em outras palavras, pode-se dizer que as empresas procedem à análise de custo e benefício. Assim, para fazer com que as corporações queiram ficar longe da corrupção e adotar *compliance* sério, os custos do corrupto devem ser elevados. Como destaca Dallagnol: “Se nós queremos combater a corrupção, se queremos ser um País livre de corrupção, ela deve ser um crime de alto risco. Por isso nós atuamos em favor de um aumento, de uma maior seriedade das penas de corrupção [...], de tornar a pena de corrupção uma pena séria”.

No mais, do que foi analisado até o momento, sobressai a relevância do *compliance* no cenário brasileiro atual, e mais, da Lei n. 12.846/2013, enquanto instrumento potencial para evitar e reduzir a corrupção no País.

5 Considerações finais

Ao final do presente estudo, considera-se que os objetivos firmados no início foram atingidos. Com efeito, o objetivo principal cingia-se em examinar a relevância do *compliance*, na perspectiva do Direito Penal Econômico e no contexto da sociedade de risco.

17 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Entrevista concedida à jornalista Miriam Leitão. *Globo News Miriam Leitão*, 26 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qCUGv1irf84>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

Foi possível perceber que a sociedade de risco surtiu implicações em vários aspectos, entre os quais se inclui o jurídico. A concepção do Direito enquanto mecanismo de controle social reforça ainda mais as consequências e a relação entre a sociedade de risco e a ordem jurídica, especialmente no caso do Direito Penal.

Concluiu-se que a insegurança, característica do momento atual, autorizou que aparatos estatais formem um Estado de vigilância ou de prevenção que tem características que vão além dos mecanismos penais tradicionais. E, diante dessa finalidade essencialmente preventiva, e com o Direito Penal se antecipando aos danos, não só o Estado passou a controlar os riscos mas os particulares também.

Foi visto que, nesse contexto de preocupação com os riscos sociais e prevenção de danos, surge o *criminal compliance*, seguindo um modelo de Direito Penal preventivo e apresentando-se como uma alternativa para tutela efetiva do bem jurídico metaindividual da ordem econômica.

Demonstrou-se que *compliance* significa agir de acordo com uma regra, um pedido, um comando. Assim, *estar em compliance* traduz o dever de achar-se em conformidade e de fazer cumprir leis, regulamentos e diretrizes, em geral, com o objetivo de mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório.

Percebeu-se, também, que os autores, de diversas perspectivas, apontam elementos necessários à implementação adequada do *compliance*. O que todos têm em comum é o objetivo de reduzir, ao máximo, os riscos de a sociedade empresária e/ou os seus agentes serem penalizados, inclusive criminalmente.

Foi possível notar ainda que, além do plano internacional, a legislação brasileira produziu muitas normas que trataram de corrupção, de uma forma ou de outra, mas, sem dúvida, o divisor de águas no tema se deu com a Lei Anticorrupção.

Em síntese, foi visto que esse diploma normativo regula a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública, bem como prevê benefícios na aplicação de sanções para as empresas que adotem programas de

compliance e congêneres, como mecanismos de auditorias, incentivo à denúncia e aplicação de códigos de conduta e ética.

Quanto ao *compliance*, especificamente, concluiu-se que a previsão na lei tem grande potencial para consolidar a cultura da prevenção no País, incentivando as empresas brasileiras a investir em políticas de controle interno para o cumprimento de normas e regulamentos, a fim de mitigar riscos, evitando, assim, o comprometimento da instituição com condutas ilícitas, bem como fortalecendo a imagem da empresa perante a sociedade em geral e, em especial, diante de seus consumidores clientes, parceiros e colaboradores. De outro lado, pode-se dizer que a previsão de altas multas também aumenta o custo da corrupção, incentivando empresas a se abster dessa prática e, para tanto, a implementar programas de *compliance*.

No entanto, constatou-se que a Lei Anticorrupção está valendo, as empresas estão cientes disso, mas ainda não tomaram as medidas para se adequar, visto que falta, no País, a própria cultura de prevenção, fenômeno que ainda não foi completamente enraizado no inconsciente dos destinatários da lei.

De qualquer forma, conclui-se que é inegável a contribuição da lei e, mais ainda, o seu potencial para trazer avanços na área. Acredita-se, diante de tudo que foi expandido, que foi possível contribuir, ainda que de forma mínima, para o aperfeiçoamento do papel do Direito Penal, no sentido de não apenas reprimir condutas e ressocializar indivíduos, como tradicionalmente foi compreendido, mas de prevenir e diminuir o risco contra violações de bens jurídicos.

Referências

BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2008. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/100%20Perguntas%20e%20Respostas%20versao%20final%20EBOOK.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. São Paulo: UNESP, 2003.

_____. *O que é globalização? Equívocos e respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENEDETTI, Carla Rahal; BARRILARI, Claudia Cristina. *Criminal compliance* previne responsabilidade penal. *Consultor Jurídico*, 14 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-17/criminal-compliance-previne-responsabilidade-penal-pessoa-juridica>>. Acesso em: 1º mar. 2015.

BORBA, Juliana. Com um ano, Lei Anticorrupção tem saldo positivo, mas traz incertezas. *Consultor Jurídico*, 29 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-29/lei-anticorruptao-faz-ano-saldo-positivo-regras>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

BUONICORE, Bruno Tadeu. *Criminal compliance* como gestão de riscos empresariais. *Consultor Jurídico*, 1º jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-01/bruno-buonico-re-criminal-compliance-gestao-riscos-empresariais?imprimir=1>>. Acesso em: 19 set. 2014.

CAVALCANTI, Fabricio José. *A improbidade administrativa e a observância dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/96453/302565.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferras et al. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FELÍCIO, Guilherme Lopes. Criminal compliance. *Boletim Jurídico*, Uberaba-MG, a. 5, n. 1.023. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2679>>. Acesso em: 19 set. 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Direito constitucional e democracia: entre a globalização e o risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GUARAGNI, Fábio André. A função do direito penal e os “sistemas peritos”. *Julgar* (Online), Lisboa, mar. 2011. Disponível em: <<http://julgar.pt/a-funcao-do-direito-penal/>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*, n. 16, p. 95-112, abr. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

LEMONS FILHO, Telmo. Os procuradores e o combate à corrupção. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 14 jan. 2009. Disponível em:

<http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/artigo_1291130949.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2015.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. (Orgs.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MELO, José Octávio de Castro. *Moralidade administrativa: o controle popular dos atos de corrupção e improbidade administrativa por meio de ação popular*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4338>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

PENA, Eduardo Chemale Selistre. Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção. *Consultor Jurídico*, 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 23 set. 2014.

PETRELUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROLLI, Claudia. Lei anticorrupção não pega em empresas. *Folha de S.Paulo, UOL*, 15 dez. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/12/1562367-lei-anticorruptao-nao-pega-em-empresas.shtml>>. Acesso em: 4 mar. 2015.

ROSA, Fabiano da. *O direito penal na sociedade do risco: reflexos sobre os tipos penais*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Centro Universitário Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/FabianoRosa.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 2, n. 2, ago. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340141988000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 mar. 2015.

SANTOS, Renato Almeida dos. *Compliance* como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. *ESAF*. 6º Concurso de Monografias da CGU, 2011. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios-realizados/pasta-concurso-de-monografias-da-cgu/copy_of_concurso-de-monografias-da-cgu-2011>. Acesso em: 19 set. 2014.

SANTOS JUNIOR, Belisário dos; PARDINI, Isabella Leal. Lei Anticorrupção gera incertezas, mas consolida a necessidade do *compliance*. *Interesse Nacional*, a. 6, n. 24, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-anticorruptao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance/>>. Acesso em: 19 set. 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e o direito penal*. *Boletim IBCCRIM*, v. 222, p. 2-2, maio 2011.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *Hacia el derecho penal del “Estado de prevención”*. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. Madrid: Marcial, 2003.

TAMBA, Débora Harumi. Decreto 8.420/2015: regulamentação da Lei Anticorrupção. *Jus Navigandi*, abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38416/decreto-n-8-420-2015-regulamentacao-da-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 13 maio 2016.

TANZI, Vito; DAVOODI, Hamid. Corruption, public investment, and growth. *Working Paper of the International Monetary Fund*, WP 97/139. Washington, D.C.: International Monetary Fund, Oct. 1997. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp97139.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

WELLNER, Philip. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 27-1, Oct. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Direito Eleitoral

A competência do Procurador Regional Eleitoral para decidir sobre negativa judicial de arquivamento dos crimes eleitorais

Patrick Salgado Martins

Procurador Regional Eleitoral em Minas Gerais. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Sevilha. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo: O Ministério Público Eleitoral é expressão dos princípios da unidade e da cooperação do Ministério Público em razão de sua estrutura híbrida e natureza nacional. O Código Eleitoral não foi derogado pelo Estatuto do MPU, pois cabe ao procurador regional eleitoral a competência para decidir sobre a negativa judicial dos arquivamentos de investigações criminais propostos ao Ministério Público Estadual pelos promotores eleitorais, dadas a especialidade da matéria eleitoral e a simetria do Ministério Público Eleitoral, em 1ª e 2ª instâncias. A natureza federal da função eleitoral não submete os promotores eleitorais ao Estatuto do MPU nem os procuradores regionais eleitorais ao Estatuto do MP Estadual. O poder revisor unipessoal do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Eleitoral não viola o princípio administrativo da impessoalidade, pois expressão de poder institucional de natureza processual e jurisdicional, conforme o postulado constitucional do sistema acusatório.

Palavras-chave: Ministério Público Eleitoral. Arquivamento. Crime eleitoral. Procurador regional eleitoral.

Abstract: The Electoral Prosecution Office is, because of its hybrid structure and national character, an expression of the principles of unity and cooperation which guides the Federal Prosecution Service. The Electoral Code was not derogated by MPU's Statute, since – due to the specificity of the electoral field and the symmetry between the Electoral Organ of the Federal Prosecution Service,

acting before the Courts of First Instance and Appellate Courts, and the State Prosecution Service – it is the electoral circuit prosecutor who has competence to decide on the judge’s denial to archive criminal investigations, as requested by the local electoral prosecutor. The federal nature of the electoral activity does not submit the local electoral prosecutors to MPU’s Statute or the electoral circuit prosecutor to the State Prosecution Service’s Statute. The Electoral Organ of the Federal Prosecution Service’s and State Prosecution Service’s unipersonal revisional power does not violate the administrative principle of impersonality, for it is the expression of an institutional power of procedural and jurisdictional character, according to the constitutional postulate of the accusatory system.

Keywords: Electoral Prosecution Office. Archiving. Electoral crime. Electoral circuit prosecutor.

Sumário: 1 Introdução: dicotomia aparente entre enunciado da 2ª Câmara e o Código Eleitoral. 2 Posicionamento atual da 2ª Câmara: a derrogação do Código Eleitoral pelo Estatuto do MPU. 3 Ministério Público Eleitoral: desenho institucional nacional e atribuição especializada. 4 Ausência de derrogação do Código Eleitoral pelo Estatuto do MPU: convivência harmônica entre as duas normas. 5 Ausência de violação à impessoalidade na revisão unipessoal: coordenação pessoal da função eleitoral. 6 Conclusão.

1 Introdução: dicotomia aparente entre enunciado da 2ª Câmara e o Código Eleitoral

O presente artigo propõe-se a analisar o conflito entre o posicionamento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal acerca de sua competência revisional quanto aos juízos acusatórios negativos dos membros do Ministério Público Eleitoral e o posicionamento da Procuradoria-Geral Eleitoral e de todos os procuradores regionais eleitorais, em sentido oposto, nos exatos termos do Código Eleitoral.

Como veremos, essa dicotomia é aparente e exige uma reformulação do entendimento da 2ª Câmara, pois estabelecido em fundamentos equivocados e desconformes à vigente política

institucional do Ministério Público Federal pela atuação especializada, em prol da eficiência, bem como à própria ordem constitucional e infraconstitucional.

2 Posicionamento atual da 2ª Câmara: a derrogação do Código Eleitoral pelo Estatuto do MPU

Em 25 de outubro de 2004, quando de sua 282ª Sessão, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no julgamento do Processo MPF n. 1.24.000.000344/2004-63, alterou seu consolidado entendimento de que competiria ao procurador regional eleitoral decidir sobre as negativas judiciais de arquivamentos das investigações criminais eleitorais propostos pelos promotores eleitorais, conforme inúmeros precedentes, como os Processos MPF n. 1.00.000.001112/2003-83, 1.00.000.003526/2002-66 e 1.00.000.009502/2001-30, para atribuir-se referida competência revisional (*DJ*, Seção 1, de 7 dez. 2004, p. 640-643).

A partir de então, inúmeras foram as decisões nesse novo sentido, resultando na edição do Enunciado n. 29 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, com a seguinte redação:

Compete à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal manifestar-se nas hipóteses em que o Juiz Eleitoral considerar improcedentes as razões invocadas pelo Promotor Eleitoral ao requerer o arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação, derrogado o art. 357, § 1º do Código Eleitoral pelo art. 62, inc. IV da Lei Complementar nº 75/93.

Além dessa suposta derrogação da regra contida no Código Eleitoral pelo Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993), o *leading case* relatado pelo conselheiro relator, subprocurador-geral da República Francisco Dias Teixeira, se sustentou nos seguintes fundamentos:

(I) os órgãos de revisão do Ministério Público são colegiados (impessoalidade dos atos públicos violada na decisão unipessoal);

(II) inexistência do Ministério Público Eleitoral como instituição, mas como mera função eleitoral de atribuição privativa do Ministério Público Federal;

(III) competência legal da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão para se manifestar sobre o arquivamento de investigações criminais federais.

Não obstante, a fragilidade desses quatro pilares (derrogação do Código Eleitoral, colegialidade da revisão, inexistência do Ministério Público Eleitoral e exclusividade da competência revisional da Câmara) é facilmente constatada, conforme demonstraremos nos tópicos seguintes, impondo-se a imediata revogação do enunciado.

3 Ministério Público Eleitoral: desenho institucional nacional e atribuição especializada

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e possui, entre outras missões constitucionais, a de defesa do regime democrático. É, também, instituição republicana una e indivisível, ainda que estruturada em ramos conforme a federação e competência, como o Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, do Trabalho e Militar (Constituição da República, arts. 127 e 128).

O Ministério Público Eleitoral, embora ausente dessa divisão estrutural do texto constitucional, possui desenho institucional e competências definidas no Código Eleitoral e na Lei Complementar n. 75/1993, além das demais leis eleitorais especiais, como a Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997), a Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/1990) e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução n. 30, de 19.5.2008).

Destacam-se, ademais, sua estrutura complexa – pois apresentada por membros do Ministério Público Estadual na 1ª instância (promotores de Justiça) e na 2ª instância (procuradores da República

ou procuradores regionais da República), e na instância superior (procurador-geral da República) por membros do Ministério Público Federal – e sua atribuição exclusiva, dada a ausência de legitimação do cidadão perante a Justiça Eleitoral, salvo os candidatos, partidos políticos e o próprio Ministério Público Eleitoral, como única voz do cidadão em defesa do regime democrático.

Nos estados, o Ministério Público Eleitoral possui como chefe institucional, pois responsável pela direção e coordenação estadual da função eleitoral, o procurador regional eleitoral (Lei Complementar n. 75/1993, art. 77, e Código Eleitoral, art. 24, *caput*, c/c art. 27, § 3º), que também atua como órgão de execução perante o Tribunal Regional Eleitoral, e como órgãos de execução na 1ª instância, os promotores eleitorais (Lei Complementar n. 75/1993, arts. 78 e 79), que atuam perante os juízes eleitorais.

Nesse sentido, inclusive, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento pela improcedência do pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.802, de 10.3.2016 (rel. min. Dias Toffoli), que declarou a constitucionalidade do Estatuto do Ministério Público da União no que tange à chefia institucional do Ministério Público Eleitoral, nos estados, pelos procuradores regionais eleitorais, nos seguintes termos:

A subordinação hierárquico-administrativa não funcional do promotor eleitoral seria estabelecida em relação ao Procurador Regional Eleitoral, e não em relação ao Procurador-Geral de Justiça. Ante tal fato, nada mais lógico que o ato formal de designação do promotor eleitoral para a função eleitoral seja feita exatamente pelo Ministério Público Federal, e não pelo Ministério Público local. A designação do promotor eleitoral seria ato de natureza complexa, resultado da conjugação de vontades tanto do Procurador-Geral de Justiça, responsável por indicar um membro do Ministério Público estadual, quanto do Procurador Regional Eleitoral, a quem competiria o ato formal de designação. Dessa maneira, o art. 79, “caput” e parágrafo único, da Lei Complementar 75/1993, não teria o condão de ofender a autonomia do Ministério Público Estadual, porque não incidiria sobre a esfera de atribuição do “parquet” local, mas sobre ramo diverso da instituição, o Ministério Público Eleitoral.

Por consequência, não interviria nas atribuições ou na organização do Ministério Público Estadual¹.

Há, nos dizeres de José Jairo Gomes (2014, p. 84 e 86), a “interferência do princípio da cooperação na organização político-eleitoral brasileira”, dado o “desenho peculiar da Justiça Eleitoral, que tem na cooperação um de seus princípios cardeais”. Nesse sentido, o Estatuto do Ministério Público da União regulamenta que “as funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral” (art. 78 da Lei Complementar n. 75/1993), e o do Ministério Público dos Estados dispõe:

[...] compete aos promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições [...] officiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União que forem pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária (art. 32, III, da Lei n. 8.625/1993).

O desenho institucional do Ministério Público Eleitoral, portanto, mais se aproxima do desenho institucional dos ministérios públicos estaduais, pois o maior número de órgãos de execução é composto por seus membros (promotores de Justiça), com um chefe institucional equivalente ao procurador-geral de Justiça, o procurador regional eleitoral, ainda que esse seja oriundo dos quadros do Ministério Público Federal.

Tanto é assim que, em sua redação original, o Código Eleitoral estabelecia que o procurador-geral de Justiça do Distrito Federal exerceria as funções de procurador regional eleitoral (art. 27, § 1º); os juízes eleitorais são juízes de direito que integram o Tribunal de Justiça Estadual, perante os quais os promotores eleitorais (promotores de Justiça) atuam (Constituição da República, art. 121); e o Tribunal Regional Eleitoral, com competência territorial estadual, possui em sua composição uma maioria absoluta de membros do

¹ Informativo STF n. 817, de 7 a 11.3.2016.

judiciário estadual: dois desembargadores e dois juízes de direito (Constituição da República, art. 120).

Apenas como exemplo, em Minas Gerais temos 351 zonas eleitorais e seus respectivos 351 promotores eleitorais exercendo funções precípua do Ministério Público Estadual, pois são promotores de Justiça com outras atribuições próprias além da função eleitoral, tendo como chefe o procurador-geral de Justiça, exceto quando do exercício da função eleitoral, em que a chefia institucional incumbe ao procurador regional eleitoral, do Ministério Público Federal.

Destarte, o simples fato de o Ministério Público Eleitoral não constar da divisão estrutural presente na Constituição da República não conduz à ilação alcançada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão de que esse importante ramo do Ministério Público não possuía natureza, estrutura e competências próprias. Essa característica complexa de sua estrutura, inclusive, não representa qualquer diminuição de sua relevância na defesa do regime democrático; pelo contrário, fortalece o princípio da unidade institucional, uma vez que, independentemente do ramo integrado por seu membro, todos integram o Ministério Público.

Trata-se, então, e no melhor sentido dos princípios da unidade e da cooperação, da exata expressão de um Ministério Público Nacional, como entendeu o Tribunal Superior Eleitoral quando do julgamento da Petição n. 33275/DF (Acórdão de 29.3.2012, rel. min. Gilson Langaro Dipp, *DJe* de 9 maio 2012, p. 359), em relação ao exercício da função eleitoral pelos juízes federais, cujo raciocínio é adequado ao Ministério Público, observada a simetria dos estatutos dos membros do Judiciário e do Ministério Público (Constituição da República, art. 129, § 4º):

Não passa despercebido que o controle do processo eleitoral diz diretamente com o exercício da cidadania e a nacionalidade, podendo dizer-se que, em razão desse alcance, a jurisdição eleitoral, aqui, é especialmente nacional e seus agentes magistrados tipicamente nacionais.

Bem por isso o hibridismo de que se serviu a Constituição para a composição dos tribunais regionais e do Tribunal Superior Eleitoral

(tal qual o STJ, aliás, que também é federal na organização e nacional na jurisdição) revela-se sobremaneira apropriado no sentido da Federação e da nacionalidade. [...]

Em outras palavras, quando a Constituição relaciona os juízes eleitorais aos juízes de direito estaduais, *não está praticando uma exorbitância constitucional, mas acomodando, nos órgãos da Justiça Nacional Eleitoral* (embora organizada como ramo do Poder Judiciário da União), juízes de direito estaduais no primeiro grau e juízes estaduais e federais no segundo grau de jurisdição sem quebrar os valores federativos e nacionais. [Grifo nosso].

A natureza federal da função eleitoral não corresponde, na atualidade, à compreensão de que o Ministério Público Eleitoral seja exclusivamente federal e, em razão disso, possua seu regramento estatutário todo regulamentado e concentrado no Estatuto do Ministério Público da União. Trata-se, na verdade, de uma função federal exercida por uma instituição nacional, um Ministério Público Eleitoral nacional.

Um exemplo simples de que os membros do Ministério Público Eleitoral de 1ª instância (promotores de Justiça) não se sujeitam exclusivamente ao Estatuto do Ministério Público da União está no fato de a apuração e punição disciplinar serem feitas pela Corregedoria do Ministério Público Estadual, mesmo quando do exercício da função eleitoral, e não pela Corregedoria do Ministério Público Federal.

4 Ausência de derrogação do Código Eleitoral pelo Estatuto do MPU: convivência harmônica entre as duas normas

O primeiro e principal fundamento do Enunciado n. 29 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, tanto que expresso, seria a derrogação do art. 357, § 1º, do Código Eleitoral pelo art. 62, IV, da Lei Complementar n. 75/1993.

O art. 357, § 1º, do Código Eleitoral assim diz:

§ 1º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denúncia, designará outro Promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Esse dispositivo, inclusive, encontra paralelo no art. 28 do Código de Processo Penal, que possui aplicação subsidiária ao Código Eleitoral (art. 364):

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Por sua vez, o art. 62, inciso IV, da Lei Complementar n. 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União) estabelece que:

Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

[...]

IV - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral; [...].

Segundo o enunciado, estariam o Código Eleitoral e o próprio Código de Processo Penal derogados pelo Estatuto do Ministério Público da União, que atribuiu à Câmara de Coordenação e Revisão a última palavra sobre a negativa de arquivamento do inquérito policial pelo juiz.

Essa conclusão, salvo melhor juízo, funda-se na equivocada percepção de que o Ministério Público Eleitoral seria equivalente ao Ministério Público Federal e, portanto, sujeito ao controle revisional da Câmara.

Ocorre que, como vimos, o Ministério Público Eleitoral é ramo complexo ou híbrido do Ministério Público brasileiro, com estrutura similar à do Ministério Público Estadual, considerada sua atuação no âmbito territorial dos estados da federação por órgãos de execução de 1ª instância do Ministério Público Estadual e com chefia unipessoal, ainda que integrada por membro do Ministério Público Federal.

Ao Ministério Público Eleitoral, portanto, se aplicam as regras estruturais tanto do Ministério Público Estadual (Lei n. 8.625/1993) quanto do Ministério Público Federal (Lei Complementar n. 75/1993), não se sobrepondo essas àquelas, mesmo que nacional (ou federal) a natureza da função eleitoral exercida.

Tanto é assim que o art. 28 do Código de Processo Penal encontra-se plenamente vigente no âmbito do Ministério Público Estadual, concentrando-se nas mãos unipessoais do procurador-geral de Justiça a última palavra sobre o exercício privativo da ação penal pública, como verdadeira expressão de poder do Ministério Público², observadas sua competência administrativa de chefe do Ministério Público Estadual e a necessária segurança jurídica e social dos posicionamentos institucionais do Ministério Público, no âmbito daquele estado, além da inexistência de Câmara de Coordenação e Revisão no Estatuto do Ministério Público Estadual (Lei n. 8.625/1993, art. 10, inciso IX, alínea *d*).

Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer (2014, p. 77) fazem essa distinção com extrema clareza ao mencionarem a rejeição judicial do arquivamento das investigações criminais promovido pelo membro do Ministério Público e a necessária submissão da questão:

² Em nosso estudo sobre a obrigatoriedade da ação penal (2011, p. 11) destacamos que o controle do juízo acusatório negativo da ação penal no âmbito do próprio Ministério Público, com a última palavra sobre os rumos a serem dados à persecução penal, além de expressão singular do sistema acusatório adotado por nossa Constituição da República, atribui à instituição verdadeiro *status* de, nos dizeres do presidente da República e jurista Michel Temer, “quarto poder do Estado, não nominado. Mas nada importa que seja nominado ou não, tendo em vista a interpretação sistêmica que nós devemos dar ao texto constitucional”.

[...] à instância revisora do Ministério Público, que, por sua vez, dará a última palavra sobre o ajuizamento ou não da ação penal, ou mesmo sobre a necessidade de novas investigações. No âmbito do Ministério Público dos Estados, a revisão cabe ao Procurador-Geral de Justiça, enquanto em relação ao Ministério Público Federal, a manifestação é atribuição da Câmara de Coordenação e Revisão (Criminal), nos termos do art. 62, IV, da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

A simetria existente entre o procurador regional eleitoral, como chefe do Ministério Público Eleitoral no Estado, e o procurador-geral de Justiça, como chefe do Ministério Público Estadual, que resulta na competência unipessoal revisional do procurador regional eleitoral, já foi, inclusive, acolhida pelo Tribunal Superior Eleitoral quando do julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 145/RS (Acórdão n. 10810, de 3.8.1989, rel. min. Luiz Octávio P. e Albuquerque Gallotti, *DJ* de 21 ago. 1989, p. 13317), cuja ementa aponta que “tendo o Promotor requerido o arquivamento do inquérito, não caberá ao juízo determinar-lhe o prosseguimento, mas remeter a comunicação ao Procurador Regional Eleitoral”.

Ainda que em decisão posterior o Tribunal Superior Eleitoral tenha-se inclinado para revisão dos juízos acusatórios negativos dos inquéritos policiais pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (REspe n. 25.030/MG, Acórdão de 10.4.2007, rel. min. Antonio Cezar Peluso, *DJ* de 15 jul. 2007, p. 158), referido julgamento se restringiu à revisão dos arquivamentos promovidos pelos procuradores regionais eleitorais perante os tribunais regionais eleitorais, em que “compete às Câmaras de Coordenação e Revisão manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, objeto de pedido do Procurador Regional Eleitoral e rejeitado pelo TRE”.

A doutrina eleitoral consultada, quando aborda os crimes eleitorais e seu processamento, em regra não enfrenta essa questão, dadas a literalidade do art. 357, § 1º, do Código Eleitoral e a correspondente competência revisional do procurador regional eleitoral (ALMEIDA, 2012; CASTRO, 2016; LUCON, 2013; SOBREIRO NETO, 2014).

Não obstante, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves acompanha o entendimento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão no sentido de que houve derrogação do Código Eleitoral pelo Estatuto do Ministério Público da União, mas se equivoca ao afirmar que se trata de “matéria pacificada no TSE” (2012, p. 162) ao citar o precedente anterior (REspe n. 25.030/MG), pois, como vimos, este se aplicaria somente aos casos de negativa de arquivamentos promovidos pelos procuradores regionais eleitorais perante os tribunais regionais eleitorais, não abrangendo as hipóteses de negativa de arquivamentos propostos pelos promotores eleitorais perante os juízes eleitorais, cujo precedente é totalmente diverso (RHC n. 145/RS).

Por outro lado, Marcos Ramayana (2015, p. 1019) rejeita essa competência revisional da Câmara Criminal quanto aos feitos eleitorais:

É preciso insistir que o sistema de atribuições do Ministério Público Eleitoral não é exatamente similar ao do Ministério Público Federal, considerando que no primeiro grau de jurisdição perante os juízes eleitorais das zonas eleitorais atuam os Promotores Eleitorais (Ministério Público Estadual) e nos Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral, o Ministério Público Federal.

Dessa forma, mais correta deve ser a exegese da manutenção da regra eleitoral específica incumbindo ao procurador regional eleitoral, exclusivamente, deliberar sobre a manutenção ou não do arquivamento sobre a investigação por crime eleitoral.

Nesse sentido leciona Eugênio Pacelli, *in expressi verbis*: “[...] Não há, enfim, previsão da atuação das Câmaras de Coordenação e Revisão como órgão do Ministério Público Eleitoral” (2014, p. 823).

O arquivamento formulado pelo procurador regional eleitoral nos Tribunais Regionais Eleitorais, quando o investigado tiver foro por prerrogativa de função se sujeita à revisão apenas pelo procurador-geral eleitoral.

Esse é o mesmo entendimento de todos os procuradores regionais eleitorais brasileiros, desde os idos de 28.11.2013, quando, juntamente com o Grupo Executivo Nacional da Função Eleitoral (GENAFE), órgão que integra o gabinete do procurador-geral eleito-

ral, aprovaram, por unanimidade, proposta de revisão do Enunciado n. 29 da 2ª CCR, conforme item III da ata do encontro nacional:

Sobre o arquivamento de procedimentos criminais, foi consolidada posição pela revisão do Enunciado n.º 29 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, devendo a homologação do arquivamento permanecer na seara eleitoral, em razão da especialidade da matéria e de acordo com o disposto no artigo 357, § 1º, do Código Eleitoral.

Essa deliberação foi renovada na Reunião Preparatória para as Eleições de 2016 com todos os procuradores regionais eleitorais, o vice-procurador-geral eleitoral e o GENAFE, nos dias 9 e 10.6.2016, conforme item 3.3.2 da ata:

Inicialmente, o Vice-PGE consignou que a atribuição revisional dos feitos eleitorais que tramitam nas PREs, no âmbito do MPF, é repartida entre dois órgãos: (i) PGE (feitos cíveis); (ii) 2ª CCR/MPF (feitos criminais). Ressaltou que essa repartição não se justifica e que vai buscar junto à 2ª Câmara a revogação do enunciado aludido, de modo a concentrar toda a atribuição revisional eleitoral na PGE e nas PREs.

Consequentemente, o vice-procurador-geral eleitoral expediu o Ofício n. 120/2016-ND/PGE (PGR-00174951/2016) à 2ª Câmara, no dia 27.6.2016, com clara demonstração sobre a não derrogação do Código Eleitoral pelo Estatuto do Ministério Público da União, “ante a ausência de incompatibilidade conducente à configuração do fenômeno da derrogação”, conforme ensinamento de Norberto Bobbio (1994, p. 102), pois haveria uma “incompatibilidade aparente” entre essas normas, que podem “conviver harmonicamente no sistema”.

Entre os fundamentos que levaram o vice-procurador-geral eleitoral, Nicolao Dino, a essa conclusão, destaca-se o princípio da especialidade da função de coordenação e revisão em matéria criminal no âmbito do Ministério Público Federal, atualmente regulamentado por seu Conselho Superior, nos termos das Resoluções CSMPF n. 148, de 1º.4.2014 (DOU, Seção 1, p. 91, de 24 abr. 2014), e n. 163, de 5.4.2016 (DOU, Seção 1, p. 123, de 18 abr. 2016), que

atribuíram à 4ª Câmara de Coordenação e Revisão (meio ambiente e patrimônio cultural) a competência quanto aos crimes ambientais, à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (combate à corrupção) os crimes funcionais e à 7ª Câmara de Coordenação e Revisão (controle externo e estabelecimentos penais) os crimes correspondentes ao controle externo da atividade policial, remanescendo à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (criminal) apenas os crimes federais não especializados, ou residuais.

Com a referida especialização, a matéria criminal foi distribuída entre as Câmaras que, historicamente, se limitavam à coordenação e revisão na matéria cível, com a finalidade de promover uma atuação integrada e eficiente do Ministério Público Federal, evitando-se, por exemplo, contradição entre a orientação da 4ª Câmara pelo arquivamento cível de um dano ambiental em razão de sua inexistência, enquanto a 2ª Câmara orientava pela continuidade da persecução penal quanto ao crime ambiental.

Idêntico fundamento, portanto, deve ser adotado em relação aos crimes eleitorais, também especiais, cuja coordenação da função eleitoral é exercida, no âmbito nacional, pelo procurador-geral eleitoral e, no âmbito estadual, pelos procuradores regionais eleitorais que, inclusive, homologam os arquivamentos dos procedimentos preparatórios eleitorais cíveis por parte, respectivamente, dos procuradores regionais eleitorais e dos promotores eleitorais (Portaria PGR/MPF n. 692, de 19.8.2016), nos termos do art. 77 da Lei Complementar n. 75/1993 e art. 24, inciso VIII, do Código Eleitoral.

Apesar de as citadas 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal terem expedido a Orientação Conjunta n. 1/2015, em 16.3.2015³, para que os membros do Ministério Público Federal submetessem as promoções de arquivamento criminais à Câmara correspondente para revisão, tal orientação não abrange a matéria eleitoral, pois especial, nem

³ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/orientacoes/documentos/Orientacao%20Conjunta%20a%205a%20e%207a%20CCRs.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2016.

alcança os membros do Ministério Público Estadual no exercício da função eleitoral, pelos argumentos constantes do presente artigo.

5 Ausência de violação à impessoalidade na revisão unipessoal: coordenação pessoal da função eleitoral

Outro alicerce do Enunciado n. 29 da 2ª CCR seria a vigente estruturação administrativa do Ministério Público com órgãos de revisão colegiados, em respeito ao princípio da impessoalidade da Administração Pública, que restaria violado com a concentração do poder revisional nas mãos unipessoais do procurador regional eleitoral.

Com a devida vênia, trata-se de outra equivocada conclusão, seja pela inexistência de órgão revisional criminal colegiado equivalente às Câmaras de Coordenação e Revisão no âmbito do Ministério Público Estadual, conforme reza a Lei n. 8.625/1993, seja pela natureza da competência do procurador regional eleitoral, equiparada à do procurador-geral de Justiça, como chefe institucional do Ministério Público Eleitoral no Estado e expressão última de poder do Ministério Público Eleitoral quando do juízo acusatório negativo das investigações criminais eleitorais, em respeito à exclusividade da ação penal pública eleitoral e sistema acusatório adotado pela Constituição da República em seu art. 129.

Vale ressaltar, essa expressão de poder do Ministério Público não possui natureza administrativa, mas potencialmente processual e jurisdicional, pois a ele cabe privativamente decidir se, contra quem e quando promover a ação penal pública e, caso conclua pela não acusação (juízo acusatório negativo), não cabe a qualquer outro poder do Estado impor ao Ministério Público, como órgão independente, a promoção da ação penal, apenas submetendo-se a matéria a uma nova análise pelo próprio Ministério Público, por meio do chefe da instituição (no âmbito estadual e eleitoral) ou por meio da Câmara de Coordenação e Revisão (no âmbito federal).

Destarte, não se aplicam à matéria os princípios regentes da Administração Pública capitulados no art. 37 da Constituição da República, como o princípio da impessoalidade.

Se não bastasse isso, em se tratando do poder revisional dos arquivamentos cíveis dos procedimentos preparatórios eleitorais promovidos pelos promotores eleitorais, há uma concentração nas mãos unipessoais do procurador regional eleitoral, e quando destes pelo procurador-geral eleitoral, conforme regulamentado na citada Portaria PGR/MPF n. 692, de 19.8.2016, sem qualquer menção à violação eventual do princípio da impessoalidade.

Trata-se de efeito imediato da competência hierárquico-funcional dos procuradores regionais eleitorais em relação aos promotores eleitorais, nos moldes da Lei Complementar n. 75/1993 (arts. 75-79) e do próprio Código Eleitoral (art. 30), pois a eles compete a coordenação estadual da função eleitoral, com a designação dos promotores de Justiça para o exercício da função eleitoral, a expedição de instruções e o consequente controle da atuação e revisão de seus atos.

O enunciado n. 29, portanto, retira do procurador regional eleitoral parcela de sua competência (a revisional), mantendo a competência de coordenação, o que altera a função da Câmara de Coordenação e Revisão para somente exercer a revisão, numa seleção aleatória de competências entre órgãos distintos, desvirtuando a finalidade de ambas as normas de regência (Código Eleitoral e Estatuto do Ministério Público da União), em que a atividade revisional está integrada à atividade de coordenação.

6 Conclusão

O Ministério Público Eleitoral é a expressão mais significativa do princípio institucional da unidade do Ministério Público, considerando-se a complexidade de sua estrutura, pois composta por membros do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal, sua atribuição exclusiva em defesa da democracia e o caráter nacional da Justiça Eleitoral.

O Estatuto do Ministério Público da União não derogou o dispositivo constante no Código Eleitoral que atribui ao procurador regional eleitoral a competência para decidir, em última instância, sobre a negativa judicial dos arquivamentos de investigações criminais propostos pelos promotores eleitorais, dadas a especialidade da matéria eleitoral e a equiparação do Ministério Público Eleitoral, em 1ª e 2ª instâncias, ao Ministério Público Estadual.

A natureza federal (ou nacional) da função eleitoral não submete os promotores eleitorais, membros do Ministério Público Estadual com exercício cumulativo da função eleitoral, ao Estatuto do Ministério Público da União, restrito aos membros dos ramos que o integram, do mesmo modo que não submete os procuradores regionais eleitorais, membros do Ministério Público Federal com exercício cumulativo ou exclusivo da função eleitoral, ao Estatuto do Ministério Público dos Estados, especialmente quando da revisão de suas promoções de arquivamento dos crimes eleitorais.

O poder revisional unipessoal do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Eleitoral não viola o princípio administrativo da impessoalidade, pois expressão de poder institucional de natureza processual e jurisdicional, conforme o postulado constitucional do sistema acusatório, notadamente em se tratando dos crimes eleitorais, em que inexistente condicionante à ação penal pública ou ação penal exclusivamente privada.

A solução para a composição complexa do Ministério Público Eleitoral e o exercício de competência, ora por membros do Ministério Público Estadual, ora por membros do Ministério Público Federal, impede a sobreposição do estatuto desse ao daquele ou daquele ao desse; pelo contrário, permite a convivência harmônica entre as duas leis orgânicas e o próprio Código Eleitoral, impondo-se a cooperação.

Assim, em se tratando de negativa por parte do juiz eleitoral de arquivamento de inquérito policial proposto pelo promotor eleitoral, aplica-se o Código Eleitoral, em conformidade ao Estatuto do Ministério Público Estadual, concentrando-se nas mãos unipesso-

ais do procurador regional eleitoral o poder revisional, como chefe estadual do Ministério Público Eleitoral.

Trata-se, portanto, de uma coexistência harmônica entre o art. 357, § 1º, do Código Eleitoral, com aplicação restrita aos crimes eleitorais, e o art. 62, inciso IV, da Lei Complementar n. 75/1993, cuja competência se refere aos demais crimes federais, distribuída entre as Câmaras de Coordenação e Revisão, conforme sua competência especializada (ambiental, combate à corrupção, controle externo da atividade policial e residual).

Desse modo, respeitamos a natureza nacional e complexa do Ministério Público Eleitoral, as peculiaridades regionais e a chefia institucional estadual, prestigiando o papel dos procuradores regionais eleitorais, uniformizando a interpretação da norma penal eleitoral em âmbito estadual, além de prestigiarmos o papel do procurador-geral eleitoral na coordenação nacional da função eleitoral.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código eleitoral interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Patrick Salgado. *Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito eleitoral: teoria e prática*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

Acesse o *Boletim Científico ESMPU* em formato eletrônico no endereço
<www.escola.mpu.mp.br>.