

conceito jurídico

ano II | agosto de 2018 | nº 20



João Jacinto Anchê Andorfato

Redes Sociais: liberdade de expressão não é direito à ofensa **Pág. 6**

www.zkeditora.com/conceito




zakarewicz
editora



Legalização do aborto no Brasil, o Judiciário e a saúde da mulher



ENFOQUE

Marcelo Kokke

Impactos no ressarcimento
ao SUS



CONTEXTO

Wladimir Antonio
Ribeiro

A imprensa é inimiga da
perfeição



TENDÊNCIAS

Francisco Lafaiete Lopes

Ajuste Fiscal com
crescimento

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: Equipe ZK Editora

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Homepage

www.zkeditora.com/conceito

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

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

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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

zakarewicz
editora

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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



DIVULGAÇÃO

POR CRISTOVAM BUARQUE

A ineficiência é injusta

Uma economia pode ser eficiente e injusta, mas uma economia ineficiente não é justa. Repeti isso inúmeras vezes e reafirmo agora ao ver imigrantes venezuelanos que chegam em Roraima. Muitos viviam na extrema pobreza, mas entre eles não há analfabetos.

Estive em Caracas, em 2006, para lançar minha obra em espanhol “Um Livro de Perguntas”. Quando percorria as ruas da cidade, levava um papel com nome e endereço de uma livraria e mostrava a ambulantes, pedintes, pessoas que vagavam nas ruas. Todos foram capazes de ler o texto. Na época, a UNESCO declarou a “Venezuela Território Livre do Analfabetismo”

O primeiro compromisso de quem deseja construir uma sociedade justa é garantir a eficiência econômica com responsabilidade fiscal, controle dos endividamentos público e privado, sem interferência irresponsável no mercado, nem tabelamento de preços ou manipulação de taxas de juros.

Depois de 2004, Lula e Dilma se afastaram do compromisso de abolir o analfabetismo, que chegou a crescer em 2012. E, apesar dos alertas, o governo daqui, como o da Venezuela, passou a descuidar do compromisso com a eficiência econômica. Achavam que a justiça social não requer eficiência.

Foi essa visão que levou a Venezuela ao estado em que está. Foi isso e a corrupção que levaram o Rio de Janeiro ao colapso e podem levar o Brasil também, se o governo não aceitar que economia ineficiente não constrói justiça social.

Por isso, entre os venezuelanos que chegam, não há analfabetos; mas também não há ricos. Esses se beneficiam da economia eficiente e injusta nos governos de “direita” e se protegem na economia ineficiente e demagógica nos governos de “esquerda”. 

CRISTOVAM BUARQUE é senador pelo PPS-DF e professor emérito da Universidade de Brasília (UnB).

SUMÁRIO

3 A ineficiência é injusta

COM A PALAVRA

Cristovam Buarque

6 Redes Sociais: liberdade de expressão não é direito à ofensa

ENTREVISTA

João Jacinto Anchê Andorfato

10 Longevidade e oncologia: duas faces de um futuro e suas perspectivas

DIREITO E BIOÉTICA

Soraya Soubhi Smaili

12 PL das agências reguladoras precisa melhorar muito

PROPOSTAS E PROJETOS

Leonardo Coelho Ribeiro

15 É preciso rever o teto de gastos

PAINEL ECONÔMICO

João Prates Romero

18 “Ordem pública” em/ou propriedade privada?

PAINEL DO LEITOR

Pedro Puttini Mendes

20 Tornamo-nos uma “república togada”?

DESTAQUE

Amadeu Garrido de Paula

22 Legalização do aborto no Brasil, o Judiciário e a saúde da mulher

CAPA

Sandra Franco

25 Proteção à saúde da mulher e o aborto

CAPA

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

29 Irlanda, Argentina e a claudicante perquirição: seria o aborto questão de saúde pública ou de política criminal?

CAPA

Fernando Gentil G. de A. Pedroso

35 Uma vez mais a questão do aborto

CAPA

Ives Gandra da Silva Martins

42 Somente o Parlamento brasileiro pode deliberar sobre o aborto

CAPA

Carlos Eduardo Rios do Amaral

43

IN VOGA

**Novos rumos para a
compensação tributária de
créditos judiciais**

Mirian Teresa Pascon

48

TENDÊNCIAS

**Ajuste Fiscal com
crescimento**

Francisco Lafaiete Lopes

52

GESTÃO DE
ESCRITÓRIO

Maslow na Gestão Jurídica

José Paulo Graciotti

60

VISÃO JURÍDICA

**Se a matéria é discricionária,
nem o judiciário nem o Tribunal
de Contas pode determinar
contratações pelo Poder Público**

Sandra Krieger Gonçalves e
Ivan Barbosas Rigolin

70

CONJUNTURA

**Os efeitos decorrentes do
julgamento do REsp 1.221.171/PR
– “Insumos” – Pelo e.
Superior Tribunal de Justiça**

Diogenys de Freitas Barboza

74

DOCTRINA

**Tratamento isonômico dos Meios
de Comunicação nas Eleições**

Allan Titonelli Nunes e
Márcio Vieira Santos

46

CONTEXTO

**A pressa é inimiga da perfeição
– É falso dizer que o STF proibiu
aterros sanitários em áreas de
preservação permanente**

Wladimir Antonio Ribeiro

50

ENFOQUE

**Impactos no ressarcimento
ao SUS**

Marcelo Kokke

55

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

**Princípio da insignificância
deve ser aplicado com cautela
nos crimes previstos na
Lei de Drogas**

Francisco Sannini Neto e
Eduardo Luiz Santos Cabette

66

PORTAL
JURÍDICO

**A importância do *Compliance*
para a delimitação criminosa**

Matheus Barbosa Melo

79

PONTO DE VISTA

Pelo equilíbrio federativo

Rogério Gaspari Coelho



POR JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO

DIVULGAÇÃO

Redes Sociais: liberdade de expressão não é direito à ofensa

Nesta edição, o advogado, especialista pela Universidade de Coimbra e Mestre em Direito Processual Penal João Jacinto Anchê Andorfato, fala sobre as redes sociais e a liberdade de expressão, em tempos de polarização política em que as discussões dos eleitores se caracterizam em verdadeiros monólogos andando em paralelo. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *O que são as relações estabelecidas na internet e quais são as regras aplicadas a elas?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – As relações estabelecidas na internet nada mais são do que relacionamentos entre pessoas em um círculo social, porém, em um ambiente virtual. Portanto, as mesmas regras de convivência aplicam-se nas relações no âmbito da internet, inclusive o que diz respeito à liberdade de expressão e sua limitação.

CONCEITO JURÍDICO – *A liberdade de expressão tem alguma proteção especial?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – Certamente a liberdade de expressão exige uma proteção especial, o que não significa que o seu exercício permita ultrapassar certos limites de modo a atingir outras garantias constitucionais que atentam contra a dignidade da pessoa humana ou interesses sociais coletivos, uma vez que o direito à liberdade de expressão não é absoluto.

CONCEITO JURÍDICO – *Então de fato a liberdade de expressão é assegurada?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – A liberdade de expressão figura entre as liberdades constitucionais mais comumente asseguradas e consiste, basicamente, no

direito de comunicar-se. Isto é, de exteriorizar pensamentos, opiniões, informações e sentimentos. No entanto, a liberdade de expressão não pode ser confundida com um suposto “direito à ofensa” como vem acontecendo frequentemente em discussões políticas nas redes sociais.

CONCEITO JURÍDICO – *Em que resulta o ato de ofender alguém?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – A Constituição Federal deixa bem claro que a liberdade de expressão serve para proteger a manifestação do pensamento, a atividade artística, intelectual, científica e todo o debate essencial para a construção de um Estado democrático, excluindo-se qualquer manifestação lesiva à honra de terceiros. Assim, o ato de ofender alguém não coloca uma ideia em debate, apenas resulta no comportamento definido como “fightingwords”, uma agressão verbal que não se encontra dentro do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

CONCEITO JURÍDICO – *É cada vez mais recorrente que as discussões políticas sigam um caminho não muito saudável. Qual o seu ponto de vista com relação a essas discussões?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – Com certeza é cada vez mais recorrente que as discussões políticas sigam um caminho não muito saudável. Com isso, o foco passa a ser a desqualificação do eleitor e não o debate das propostas dos candidatos, ignorando o fato de que as propostas refletem diretamente na qualidade e na transparência da administração pública. Em discussões mais acaloradas, os eleitores nas redes sociais ultrapassam os limites do direito alheio, como a honra e a dignidade de uma pessoa ou determinado grupo, incidindo em discursos de ódio ou manifestações preconceituosas de cunho étnico, social, religioso ou cultural, que gera conflitos com outros valores assegurados pela Constituição, como a dignidade da pessoa humana. O nosso limite é respeitar o direito do outro.

CONCEITO JURÍDICO – *O ambiente virtual dá uma certa sensação de segurança para a prática do crime contra a honra, o que o Sr. pode nos falar sobre esse ilícito?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – As regras éticas e morais observadas no mundo físico, nas relações interpessoais, ficam emasculadas na Internet. A falta de inibição natural pela ausência de contato físico ou de qualquer outra vigilância porventura existente nas redes sociais alimenta a personalidade de quem intenciona praticar um ato ilícito qualquer, gerando, com isso, um incentivo à ilegalidade. Realmente há uma sensação de segurança que permite o envio de termos chulos, de ofensas gratuitas e de discriminações inimagináveis se a vítima estivesse à sua frente. No entanto, aquele que pratica crime contra a honra, seja no mundo físico ou em um ambiente virtual, estará sujeito à responsabilização penal, que poderá ser de detenção e/ou multa, dependendo do crime praticado, sem prejuízo da responsabilização civil por meio de indenização pelos danos morais e materiais causados.

CONCEITO JURÍDICO – *Quais são as sanções previstas no Código Penal, e quais os aspectos morais que a norma penal objetiva proteger?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – Diante de palavras de baixo calão, ofensas e acusações proferidas entre eleitores em grupos de “WhatsApp”, “Facebook”, “Twitter”, entre outras redes sociais, podemos estar diante dos crimes contra a honra tipificados nos artigos 138 (calúnia), 139 (difamação) e 140 (injúria) do Código penal. A honra é o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral, e são exatamente estes aspectos que a norma penal objetiva proteger. Assim aquele que publica ou compartilha informações desonrosas sobre alguém (difamação), atinge a dignidade, a respeitabilidade ou o decoro de alguém por meio

de mensagens em redes sociais (injúria) ou acusa falsamente alguém pela prática de crime (calúnia), comete crime contra a honra e, mesmo que seja em ambiente virtual, estará sujeito às sanções previstas no Código Penal.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o prazo para a vítima do crime contra a honra processar quem lhe ofendeu?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – Importante observar que em relação aos crimes contra a honra, a vítima tem um prazo de seis meses para exercer o seu direito de processar criminalmente a pessoa que o ofendeu. O prazo é contado a partir do momento em que a vítima toma conhecimento de quem foi o autor dos fatos, ou seja, quando toma conhecimento de quem a ofendeu.

CONCEITO JURÍDICO – *Diante de ofensas à honra, existe a possibilidade de o ofendido pleitear indenização por dano moral?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – A proteção à honra, além do viés penal impingido, possui forte suporte jurídico na legislação civil. A princípio, diante de ofensas à honra, verifica-se sim a possibilidade de indenização por dano moral. A responsabilidade civil dispensa a prática de crime, pois qualquer manifestação que cause ofensa ao conceito de alguém, ainda que praticada por meio da internet, ensejará, da mesma forma, um dano moral, sendo suficiente a demonstração do ato praticado ofensivo à honra.

CONCEITO JURÍDICO – *Considerando que o bem da honra, por sua própria natureza, é interior e imanente ao homem, é certo afirmar que a honra possui também um nexo com o mundo exterior, social?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – Sim, é certo afirmar que a honra possui também um nexo com o mundo exterior, social, isso porque a honra é formada por meio de circunstâncias do mundo exterior que, por sua vez, desempenham funções de integração do bem interior. Nesse sentido, os atentados e violações contra a honra também podem acarretar prejuízos econômicos diretos, por abalar muitas vezes o conceito social do ofendido e causar, por via de consequência, limitações às possibilidades de trabalho ou a realização de negócios por parte do indivíduo ou da empresa - é o que se pode chamar de “honra profissional”.

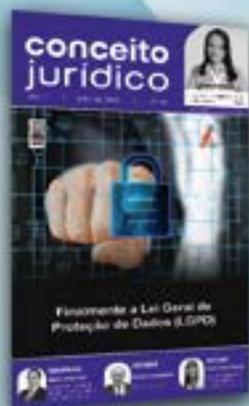
CONCEITO JURÍDICO – *Deste modo, eventuais prejuízos materiais também deverão ser indenizados?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – Sim, também deverão ser indenizados. Os danos de natureza econômica serão apurados somando-se o que se perdeu ao que razoavelmente deixou de ganhar em virtude das violações à honra, chegando ao valor total para compor o montante da indenização devida para a reparação do dano ocasionado.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual a sugestão que o Sr. apresenta as pessoas que utilizam o mundo virtual para se expressar?*

JOÃO JACINTO ANCHÊ ANDORFATO – Em tempos de polarização política em que as discussões dos eleitores se caracterizam em verdadeiros monólogos andando em paralelo, sugiro aos mais exaltados e de temperamento forte que pensem duas vezes antes de apertar o “Enter”, deixem de lado eventual satisfação em atacar com agressividade o posicionamento contrário e aproveitem a oportunidade de um bom debate para a construção de novas ideias, sob pena de serem responsabilizados civil e criminalmente pelas ofensas proferidas a terceiros. 

Com a ZK Editora, a informação jurídica chega mais rápido até você!



Faça a sua assinatura
das revistas

www.zkeditora.com

**conceito
jurídico**

**trabalhista sindical
& previdenciário**

**prática
PORENSE**

**administrativo
& político**

Longevidade e oncologia: duas faces de um futuro e suas perspectivas

“Tão importante quanto a busca de novos fármacos, faz-se também necessária a convergência de conhecimentos, em uma perspectiva interdisciplinar, para a solução de problemas complexos que atingem grandes parcelas da população. Além de unir esforços e conhecimento, entretanto, é preciso inovar.”

■ POR SORAYA SOUBHI SMAILI

O aumento na expectativa de vida das pessoas, em especial nas classes menos vulneráveis, está relacionado à maior possibilidade de acesso ao trabalho, à alimentação, à informação e à tecnologia, conforme mostram estudos realizados.

Dados do IBGE apontam que, de 1960 a 2010, a expectativa de vida no Brasil aumentou em mais de 25 anos, acompanhando a tendência mundial, embora de maneira mais significativa. Nos últimos anos, essa expectativa ultrapassou a casa dos 70 anos e chegou ao patamar dos 75 anos, apesar das desigualdades sociais e dos obstáculos ao desenvolvimento. No último levantamento, realizado em 2015, a expectativa média de vida do brasileiro alcançou 75,8 anos, com tendência de subida. Os avanços da Medicina certamente contribuíram para esse quadro, embora a implantação adequada de políticas públicas, em especial a do Sistema Único de Saúde (SUS), a partir de 1990, tivesse papel preponderante.

Os avanços tecnológicos – inclusive na área terapêutica – e o acesso mais amplo às informações, às vezes superficiais ou disseminadas indiscriminadamente por fontes popularizadas, ampliaram a possibilidade de escolha por parte do indivíduo, que pôde buscar novos tratamentos e melhor qualidade de vida. Novos métodos de diagnóstico, que utilizam sistemas cada vez mais complexos, associados a tratamentos diversificados, também ajudaram a resolver rapidamente e de forma mais eficiente determinadas patologias, como na área cardiovascular.

Por outro lado, o aumento da expectativa de vida e a conquista da tão desejada longevidade propuseram-nos novos desafios. Se vivemos mais tempo e superamos certas doenças, diminuindo a mortalidade, testemunhamos o surgimento de outras, mais complexas, relacionadas ao envelhecimento. Dentre essas, mencionamos as doenças neurodegenerativas como a de Parkinson e a de Alzheimer. Acrescente-se que os processos degenerativos são multifatoriais e pouco explicados geneticamente.

O caso mais emblemático relacionado a esse fenômeno social e que resulta de estilos de vida cada vez mais agressivos diz respeito ao câncer, cujos registros têm crescido vigorosamente. Entretanto, não só verificamos um aumento nesse número como também nos tipos de neoplasia, o que pode estar ligado à sofisticação dos métodos de detecção, cada vez mais precoces. A maior expectativa de vida obriga ainda a uma reflexão importante: estamos vivendo uma espécie de disseminação dessa patologia ou trata-se do reflexo do aumento no tempo de vida?

O fato é que precisamos nos preparar mais e mais para esse cenário, inclusive no Brasil. Devemos equipar mais adequadamente nossos centros de assistência e pesquisa, bem como oferecer treinamento mais apropriado aos profissionais envolvidos nos cuidados, que são inúmeros, aos pacientes. Há muitos tratamentos novos, cada vez menos agressivos e mais seletivos no tocante a seus mecanismos de ação. Porém, a maioria das drogas recém-criadas – resultantes do acelerado avanço nas pesquisas – é praticamente inacessível, devido ao custo elevado. Cumpre, pois, ampliar as possibilidades de ensino e pesquisa oferecidas pelo sistema público de saúde, porque apenas 10% da população poderá beneficiar-se das novíssimas terapias, em razão de sua condição financeira.

É preciso atuar cada vez mais fortemente na prevenção e na detecção precoce do câncer, o que favorece maiores chances de cura e qualidade de vida. A aplicação do conhecimento científico gerado nos laboratórios, que leva a ações quase imediatas de tratamento avançado, é outra estratégia importante desenvolvida pelos grandes centros de atendimento e pesquisa, que são conectados às universidades produtoras de ciência e direcionamento dos seus resultados para fins práticos.

Na Unifesp há diversos grupos assistenciais e de pesquisa que se dedicam à oncologia. Eles atuam há mais de 40 anos, buscando atender à população que utiliza o sistema público de saúde. Além dos pesquisadores de ciências básicas, que sempre trabalharam em conjunto com o setor clínico, cresce o envolvimento de diversas áreas do conhecimento, que incluem a Engenharia Biomédica, a Física – que fornece as bases teórico-práticas para a obtenção de imagens diagnósticas –, a Psicologia, a Economia, as Ciências Atuariais e as Ciências Sociais – esta última responsável pela elaboração de políticas públicas abrangentes.

Tão importante quanto a busca de novos fármacos, faz-se também necessária a convergência de conhecimentos, em uma perspectiva interdisciplinar, para a solução de problemas complexos que atingem grandes parcelas da população. Além de unir esforços e conhecimento, entretanto, é preciso inovar. E mais uma vez, é a Universidade pública que se propõe a essa tarefa, que oferece espaço para o novo e para a agregação de profissionais altamente qualificados e capazes de pensar o futuro. A longevidade não se transformará em uma coleção de novas doenças; ao contrário, representará uma aspiração possível e a concretização de uma vida saudável. 



PL das agências reguladoras precisa melhorar muito

■ POR LEONARDO COELHO RIBEIRO

A Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6621, de 2016, que “dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras”,



aprovou em 11 de julho texto final que será enviado para aprovação no Senado, caso não surja nenhum recurso em até cinco sessões de plenário. Inspirado na Lei das Estatais (13.303/2016), o PL pretendia blindar os reguladores de pressões políticas, conferindo-lhes maior autonomia, inclusive orçamentária. Em contradição, no entanto, ele ganhou no final dos debates um dispositivo que permite a volta de indicações políticas às diretorias e conselhos de administração de empresas públicas.

Na verdade, o projeto original já podia ser considerado muito tímido para essas entidades que, hoje, sofrem com contingenciamentos e outras ingerências do Executivo. O artigo 3º, por exemplo, na tentativa de reforçar a autonomia das agências, parece estabelecer, em seu §2º, apenas uma “autonomia de pedir”. A questão demandaria uma fórmula mais robusta, efetivamente insulando a agência quanto aos meios para exercer suas atividades, permitindo que persiga os fins que dela se espera serem alcançados.

“É preciso criar um sistema de incentivos que vire a chave quanto à forma de atuação das agências. Hoje, muitas vezes pautadas em comemorar outorgas e deságios altos em licitações, e em aplicar multas altas, as agências deveriam ceder lugar a uma atuação pautada na melhoria dos serviços, no incremento do dinamismo do setor regulado, e na liberação de cargas regulatórias e simplificação de práticas, contribuindo para a redução do custo Brasil.”

Já o artigo 4º traz a seguinte previsão: “A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”. Mas, afinal, o que seria “medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”? O caráter genérico torna o comando pouco efetivo e muito manipulável. Para auxiliar na concretização desse dispositivo, que visa conferir proporcionalidade à intervenção regulatória, não seria melhor se aproximar da fórmula do 128, da Lei da Anatel (Lei nº 9.472/97)?

O artigo 6º prevê a “realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR)”, que é muito bem-vinda. Mas o ideal seria que ela não fosse aplicável apenas para frente (novas normas), como também para trás, ensejando a revisão do estoque regulatório. Aplicá-las apenas para frente seria o mesmo que presumir que o arcabouço regulatório que temos hoje é eficiente, o que não é verdade. Nos diversos setores

regulados há um acúmulo de exigências anacrônicas, que custam desmedidamente em vista de suas finalidades. Daí a sugestão de se prever a revisão de estoque regulatório periodicamente, em prazo específico, com pautas sugeridas pela própria agência e pelos demais integrantes do subsistema regulado, por meio de audiências públicas que colham a indicação de medidas alternativas menos gravosas em lugar daquelas a serem revistas.

É preciso criar um sistema de incentivos que vire a chave quanto à forma de atuação das agências. Hoje, muitas vezes pautadas em comemorar outorgas e deságios altos em licitações, e em aplicar multas altas, as agências deveriam ceder lugar a uma atuação pautada (i) na melhoria dos serviços, (ii) no incremento do dinamismo do setor regulado, e (iii) na liberação de cargas regulatórias e simplificação de práticas, contribuindo para a redução do custo Brasil.

O capítulo dedicado à interação das agências com o Tribunal de Contas da União (artigos 14 a 16) não resolveu as complexas dificuldades que permeiam essa relação. O tema merecia maior detalhamento, de modo a recalibrar essa equação, evitando o crescente arvoreamento do TCU na função, inexistente e em nosso ordenamento, de regulador geral da República.

Um ponto que é crucial e tratado muito brevemente é o dos acordos substitutivos. O tema mereceu decisão recente do TCU que poderia subsidiar parâmetros importantes para a atuação das agências neste âmbito, de maneira a conferir maior efetividade à regulação, tendo em vista que a aplicação de punições raramente reverte em recursos para a melhor atuação da agência e a subsequente melhora na fiscalização e prestação dos serviços.

A articulação entre agências, prevista nos artigos 31 e 32, é importante. Mas é mais importante ainda prever mecanismo de provocação, por parte dos agentes regulados, para que essa articulação aconteça. A omissão nesse sentido causa grande prejuízo ao relegar insegurança para atividades inteiras.

Um ponto que merece avaliação especial está na forma como as agências reguladoras devem lidar com inovações tecnológicas disruptivas. Seria importante aproveitar a oportunidade também para fixar diretrizes a respeito da regulação de novas tecnologias e os problemas que costumam decorrer dessa interação.

O fato de esta ser uma lei quadro cria uma dificuldade natural de sequenciamento, porque ela vem depois das leis setoriais. Não se pode negar, entretanto, que há avanços. A institucionalização de uma agenda regulatória (artigos 21 a 23) é boa medida. Permite planejamento e pode conferir previsibilidade à ação regulatória. Contudo, muitos temas importantes que também mereciam ser tratados ficaram de fora, incluindo a definição de uma sistemática para o caso de vacância nas diretorias, por falta de indicação. Há um problema atual grave neste ponto. Razão pela qual não se pode dar por satisfeita a chance de melhorar a administração regulatória em nossa quadra atual. É possível, e preciso, fazer mais da oportunidade. 



ARQUIVO PESSOAL

LEONARDO COELHO RIBEIRO é Professor de Direito Regulatório da FGV Direito Rio e sócio de LL Advogados.

É preciso rever o Teto de gastos

■ POR JOÃO PRATES ROMERO

“É crucial realizar um debate mais profundo a respeito da composição dos gastos do governo e da implementação de tetos específicos, tomando como referências as demandas da população Brasileira e os efeitos dos diferentes tipos de gasto público sobre o crescimento.”

O Brasil atravessa uma grave crise fiscal. Nos últimos anos a dívida bruta vem crescendo rapidamente, e desde 2014 o governo tem obtido déficits primários.

Para reequilibrar o quadro fiscal, o governo Temer aprovou o congelamento de gastos reais por 20 anos, conforme descrito na Emenda Constitucional (EC) 95/2016, que ficou conhecida como EC do Teto de Gastos.

Entretanto, o Teto de Gastos apresenta diversas características que o tornam sem precedentes em relação às experiências de outros países.

Segundo estudo do FMI de 2015¹, dos 12 países que adotaram regras que limitam o crescimento do gasto real, nenhum adotou uma regra que congela completamente os gastos, como feito no Brasil. Todos os outros países permitem algum crescimento do gasto real. Sobretudo, o prazo de 20 anos de congelamento total de gastos reais não tem paralelos.

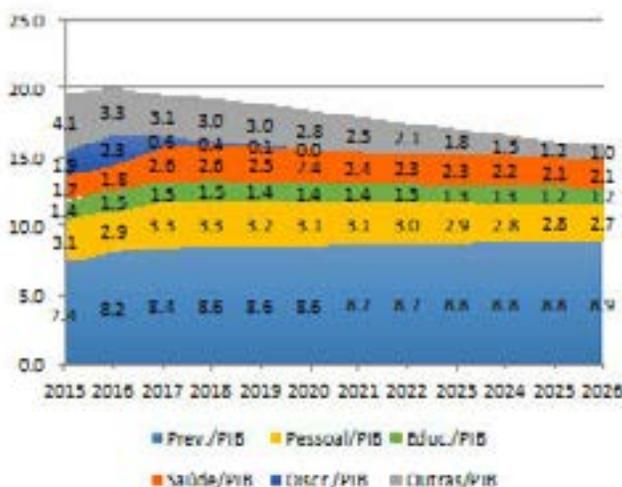


Além disso, o estudo do FMI ressalta que regras de gastos podem afetar negativamente investimentos e gastos sensíveis como saúde, educação, ciência e tecnologia, o que prejudicaria o crescimento. Por conta disso, diversos países optam por retirar tais gastos de suas regras.

O Teto de Gastos do Brasil foi na contramão dos demais países, e optou por realizar o ajuste fiscal retirando recursos da saúde e da educação. Antes do Teto a Constituição determinava que percentuais fixos das receitas deveriam ser investidas em saúde e educação. Com o crescimento do PIB, crescem as receitas, e com elas crescem também os gastos com saúde e educação. A EC95 mudou a constituição exatamente nesse ponto, estabelecendo que os gastos reais (descontando a inflação) com saúde e educação permanecerão congelados por 20 anos. Como resultado desse congelamento, até 2026 deixarão de ser investidos em torno de 139 bilhões de reais na educação, e 358 bilhões na saúde.

Mais do que isso, a rigidez extrema do Teto inviabiliza completamente a realização de qualquer gasto discricionário por parte do governo a partir de 2020. A estrutura do gasto do governo brasileiro é extremamente engessada, com elevado percentual de recursos consumido pelas Despesas Obrigatórias. Parte do gasto com saúde e educação encontra-se dentro das Despesas Discricionárias (1,5 e 0,7% do PIB em 2015, respectivamente), enquanto outra parte se encontra nas Despesas com Pessoal e Encargos Sociais (0,2 e 0,7% do PIB).² Usando esses números para retirar tais gastos de dentro de cada uma dessas contas, e projetando esses e outros gastos para o futuro obedecendo às regras do Teto e utilizando estimativas de crescimento e inflação do boletim Focus do Banco Central, observa-se que já em 2020 todas as Despesas Discricionárias (excluindo saúde e educação) deverão ser zeradas para que o Teto seja cumprido. Isso ocorre, pois, mesmo congelando todos os gastos reais (saúde, educação, pessoal e outros), o crescimento do número de beneficiários da previdência implica na necessidade de cortes nos gastos discricionários.

Estimativa de evolução dos gastos como percentual do PIB com a EC95/2016



Crescimento do PIB: 2018=1.5%; 2019-26=2.5%.

Inflação: 2018=4.1%; 2019-26=4%.

Crescimento da Previdência: 2018=8%; 2019-26=7%.

Fonte: Elaboração própria.

Em outras palavras, o Teto de Gastos na verdade impossibilita que o governo realize qualquer investimento público. O Teto inviabiliza qualquer gasto discricionário com ciência e tecnologia, com cultura, com esporte, com habitação, com segurança, com defesa, com proteção ao meio ambiente, e assim por diante. Em suma, o Teto inviabiliza qualquer atividade do governo fora dos gastos já obrigatórios. É inédita uma regra que projeta, em curtíssimo prazo, uma situação como essa. Mais do que isso, o drástico corte de investimentos públicos em infraestrutura e em ciência e tecnologia que já vem acontecendo tem forte impacto negativo sobre o crescimento de longo prazo. As exportações brasileiras de manufaturados, por exemplo, têm perdido espaço no mercado internacional. Sem fomento à inovação é muito provável que esse quadro se agrave e sua reversão seja ainda mais difícil no futuro.

É importante destacar que a realização da reforma da previdência não altera em nada esse panorama. Mesmo supondo que o gasto com previdência cresça somente com a inflação mais o número de novos beneficiários, ainda assim as Despesas Discricionárias têm de ser zeradas em 2020 para que o Teto seja cumprido. Depois disso se tornarão imperativos cortes nas Outras Despesas Obrigatórias, que tem como suas principais contas os Benefícios Assistenciais (LOAS/RMV) e o Abono e Seguro Desemprego, ou seja, a partir de 2020 deverão começar a ser reduzidos gastos sociais, desmontando programas assistenciais que são fundamentais para a redução da desigualdade e para o estímulo do mercado interno.

Cabe ressaltar ainda que em 2026 o Teto deverá gerar um superávit primário em torno de 410 bilhões de reais, o que corresponderia a algo em torno de 5.5% do PIB, e que continuará crescendo. Outro aspecto inédito do Teto é estabelecer uma regra que prevê crescimento indefinido do superávit primário em detrimento de investimentos públicos que são importantes para o crescimento e de gastos sociais que são fundamentais para a redução do abismal hiato de oportunidades verificado no Brasil.

É fundamental retomar os debates a respeito dessa regra, buscando aprimorar os mecanismos para a geração do imprescindível ajuste das contas públicas. Sobretudo, é crucial realizar um debate mais profundo a respeito da composição dos gastos do governo e da implementação de tetos específicos, tomando como referências as demandas da população Brasileira e os efeitos dos diferentes tipos de gasto público sobre o crescimento. 

NOTAS

- 1 Cordes, T.; Kinda, T.; Muthooru, P.; Weber, A. Expenditure Rules: Effective Tools for Sound Fiscal Policy? IMF Working Paper AP/1/5/29, International Monetary Fund, p. 1-29, 2015.
- 2 Secretaria de Política Econômica (SPE). Evolução dos Gastos Públicos Federais no Brasil: Uma análise para o período 2006-15, Relatório de Análise Econômica dos Gastos Públicos Federais, maio de 2016(a).



JOÃO PRATES ROMERO é professor adjunto do Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional (Cedeplar) da Faculdade de Ciências Econômicas Universidade Federal de Minas Gerais.

“Ordem pública” em/ou propriedade privada?

■ POR PEDRO PUTTINI MENDES

“Embora garantido pela maior lei brasileira, a Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), enquanto estudiosos da lei, cabe-nos expor alguns debates jurídicos pelo bem do estado democrático de direito.”

Este é o paradoxo de mais um dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no território sul-matogrossense, mas que diz respeito a direitos constitucionais válidos em todo território nacional, a propriedade, seja rural ou urbana.

A ordem pública talvez só fosse realmente pública se, antes, não fosse em uma área/propriedade privada, onde o direito à propriedade e o exercício da posse ainda não foram alterados pelos ritos legais adequados (Decreto Federal nº1.775/1996 demarcações de terras tradicionalmente ocupadas), onde o direito constitucional de propriedade se faz prevalecer acompanhado de suas proteções pelo particular, mas principalmente pelo próprio Estado.

Não faria sentido ainda imaginar que a mesma segurança pública ora protegida por uma suspensão de reintegração de posse, somente surgiu em situação de conflito porque um grupo de pessoas buscando direitos por suas próprias vias, instalou tal insegurança na região, sem qualquer decisão homologatória definitiva da área ou processo legal.

É o relato do caso feito pela própria decisão e divulgado pela notícia do dia 09 de abril, quando a presidência do Supremo Tribunal Federal não os colegiados julgadores analisou os seguintes

pedidos liminares da Fundação Nacional do Índio: Suspensão de Tutela Provisória (STP) nº 17 e Suspensão de Liminar (SL) nº 1151, um deles questionando ato do Tribunal Federal da 3ª Região e o segundo uma decisão de reintegração da posse da 1ª Vara Federal de Dourados/MS.

O assunto interessa apenas ao proprietário e à comunidade tradicional envolvidos na disputa pela propriedade da terra? Não, já que a partir do momento em que, se deixa de reintegrar uma posse em uma área, onde apenas o relatório antropológico foi aprovado e não houve decreto demarcatório e homologatório, nos termos do art. 5º do mesmo decreto federal já citado, é chancelado um desrespeito a todo o conjunto de princípios e direitos que estruturam o que deveria ser o direito constitucional mais absoluto, o direito à propriedade.

De maneira extremamente semelhante à Suspensão de Liminar (SL) nº 1097, não apenas nesta mesma cidade de Dourados/MS, mas decidido de maneira singular pela mesma presidência do STF, nestes casos aqui relatados, a decisão se fundamenta no fato de que *parece demonstrar risco de acirramento dos ânimos das partes em conflito e conseqüente agravamento do quadro de violência na região, o que me conduz a reconhecer a plausibilidade do alegado risco à ordem e à segurança pública*.

A decisão implicou na suspensão de uma mobilização de 100 policiais, entre Polícia Federal e Batalhão de Choque de Polícia Militar, na área já demarcada com 3.750 hectares (homologados), com a pretensão de ampliação para 3.594 hectares (não homologados) no município de Caarapó.

Na melhor das interpretações PROCESSUAIS para estes casos, não há a mínima possibilidade de aplicação destas suspensões de segurança para reintegração de posse.

Curiosamente neste caso, diferente dos anteriores, não foi fundamentado na Lei Federal nº 8.437/1992 (art. 4º), mas em sua irmã gêmea, Lei Federal nº 8.038/1990 (art. 25), valendo pontuar que seja para um ou outro casos, a conclusão é a mesma, não se aplica à propriedade privada em vias de reintegração de posse.

Se o objetivo das duas leis, em texto idêntico é “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, tratam de prerrogativa justificada pelo exercício da função pública, na defesa do interesse do Estado, jamais invadindo a esfera privada do direito constitucional à propriedade e muito menos poderia tratar de questão demarcatória de competência do Executivo, quem homologa estas terras, por meio do Ministro da Justiça, é evidente a violação à repartição de competências entre Judiciário e Executivo, quem deveriam ser independentes E HARMÔNICOS entre si (art. 2º da Constituição Federal).

Por outro viés, propriedade privada, é responsabilidade notarial/registral onde se garantem os registros de títulos e o direito de propriedade e não dizem guardam relação com “ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Enfim, é o outro registro de que, embora garantido pela maior lei brasileira, a Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), enquanto estudiosos da lei, cabe-nos expor alguns debates jurídicos pelo bem do estado democrático de direito. 



PEDRO PUTTINI MENDES é Consultor Jurídico, Advogado e Professor em Direito Agrário e Ambiental.



Amadeu Garrido de Paula

Tornamo-nos uma “república togada”?

Os troianos receberam de Júpiter a missão de edificar uma grande república “togada” no Lácio. Fizeram-nos, depois das largas vicissitudes, fados favoráveis e contrários, tão magistralmente relatados por Virgílio em a Eneida.

Efetivamente, Roma foi uma república (e um império), “togada”. O significado disso está em que, mais importante que as muralhas e fortificações, tudo deveria acontecer naquele império, que dominou o mundo, segundo as regras jurídicas; construíram-nas de maneira tão perfeita e complexa que até este momento histórico o direito romano é importante, não só nos meios acadêmicos, quanto na atividade dos Tribunais encarregados de ditar a jurisprudência.

Em resumo, ninguém era livre ilimitadamente. O direito configurava o plano do exercício das liberdades; tudo era possível aos nobres, aos metecos, aos plebeus, aos estrangeiros, e até mesmo aos escravos, nos limites, mais ou menos extensos, que as regras de direito conferiam aos membros da sociedade romana e aos sítios de sua expansão. Para exemplificar, PôncioPiltados foi sempre caracterizado como o governador provincial que lavou as mãos, mas, em verdade, cumpriu uma regra de direito: o governador não podia ditar a pena de morte. Esta era da competência do povo, em assembleia, tal como ocorre com nossos Tribunais Populares ou do Júri. Ao declinar de sua competência em favor de outro órgão, “lavou as mãos”, como poderíamos dizer de todos nossos magistrados que se dizem incompetentes, por razões da lei, e dela declinam em favor de outro órgão judiciário, pessoal ou colegiado.

Posto isto, creio ser possível informar que ingressamos num período, depois dos desmandos do Executivo, de república e democracia togadas. Nossas decisões judiciais é que tem traçado os caminhos da política. Nossas notícias cotidianas da grande mídia vêm dos Tribunais e não dos meios políticos. Embora muitos conceitos romanos tenham recebido nova conotação contemporânea, a exemplo do “fiat justitiapereatmundus” - “faça-se justiça, ainda que o mundo pereça” - óbvia inconveniência em nossos tempos, o mundo travado por âncora pesada de grampos curvos nem sempre é desejável.

Isso porque as magistraturas também tendem ao excesso e, por consequência, a degenerar-se. Não estão isentas de pungentes lutas intestinas. O resultado são decisões não raro conflitantes, que levam aos cidadãos de um país, e aos estrangeiros que nele querem investir, o péssimo sentimento da insegurança jurídica, fenômeno que enseja o acanhamento de realizações no sentido do desenvolvimento e do bem-estar coletivo. E, sendo escravos da lei, os magistrados estão vaticinados a cumpri-las, justas ou injustas, mudadas ou não as circunstâncias sociais que a justificaram, em que pesem, vez ou outra, rara, nos darem o presente forjado aos solavancos na “mutação jurisprudencial”. Tratando-se, o Judiciário, de um poder que somente vê os fatos passados, é “reacionário”, na medida em que simplesmente reage e, quando se torna prospectivo, é justamente acusado de invadir a seara de outros poderes. “Razões humanitárias” são raramente bem vistas pelos agentes do símbolo de olhos vendados. Essa posição estacionária, transposta pela vida foga e cambiante, levou os países de outro sistema jurídico, do “common law”, fundado nos costumes dos Tribunais, a criar os “Tribunais de Equidade”, para não verem cada vez mais turvado o ideal de justiça.

A Ministra Cármem Lúcia disse prever o século XXI como século do Judiciário. Previsão de trevas medievais, com a qual, por certo, não concordamos. O avanço político democrático deve ser determinado pelo povo; por meio de seus representantes eleitos, não de uma casta concursada ou nomeada e vitalícia, em que o ser humano, que não está na capa, mas no âmago de um processo de gelo, é mais objeto que homem. E vistos os fatos pelo retrovisor. Aqueles representantes, políticos, em benefício próprio, criaram a “classe política” e se tornaram vitalícios. Esse é outro tema, a ser devidamente observado no contexto da indispensável e autêntica reforma política que nosso País reclama.

De todo modo, o povo já começou a perceber que nosso futuro não pode depender das magistraturas judiciárias. 

Legalização do aborto no Brasil, o Judiciário e a saúde da mulher

■ POR SANDRA FRANCO

“O Judiciário não pode carregar esse fardo constante de legislar, sobretudo em temas mais ásperos. Os três Poderes precisam enfrentar e discutir o tema aborto em conjunto com os profissionais da saúde e a sociedade organizada.”



DIVULGAÇÃO

Um dos temas mais polêmicos no Brasil está rendendo um novo capítulo no mês de agosto. A discussão sobre o aborto foi retomada em audiências públicas marcadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A etapa foi convocada pela ministra Rosa Weber, relatora de uma ação proposta pelo PSOL para que o aborto até o terceiro mês de gestação deixe de ser considerado crime, pois a proibição viola direitos fundamentais.

Um dos pontos de pressão para este novo debate também está na aprovação da vizinha Argentina do projeto de lei que descriminaliza o aborto no país. Por lá, a nova lei permitirá a realização do procedimento até a 14ª semana de gestação em qualquer caso e ainda estabelece que, se a gestante for menor de 16 anos, ele deverá ser feito com o consentimento dela. Na Argentina, o aborto era proibido por uma lei de 1921 e punido com pena de prisão. Na América Latina, o aborto sem restrições é legal no Uruguai e em Cuba, como também é permitido na Cidade do México. Em quase todos os demais países do continente é permitido apenas no caso de risco para a mulher, quando não há chance de sobrevivência do feto ou se a gravidez for resultado de um estupro. Em El Salvador, Honduras e Nicarágua é proibido completamente.

Importa lembrar que, pela legislação brasileira, o aborto só é permitido em caso de estupro, de feto anencéfalo e em casos em que a vida da mãe está em risco. Sem dúvida, foram conquistados alguns avanços relativos à questão do aborto no país, mas a sociedade encontra-se, política e socialmente, despreparada para discutir o tema.

A definição do momento em que se inicia a vida é essencial para quem defende e para quem é o contrário aborto. Afinal, a vida começa na concepção?

Fato é que o Código Civil, em seu artigo 2º põe a salvo os direitos do nascituro, embora o artigo refira mais direitos à pessoa que com a vida adquire personalidade civil. Já a Constituição Federal, no art. 5º, dispõe acerca da proteção à vida sem fazer qualquer referência à concepção, o que sugere a não adoção pelo texto constitucional da teoria que põe a salvo a vida naquele instante. Essa é uma das teorias.

Para parte dos ministros do STF são inconstitucionais os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, conforme decisão de 2016. O entendimento valeu apenas para um caso específico. Justamente por isso que o PSOL ingressou com a ação sobre o mesmo tema, para que o entendimento tenha alcance geral.

O debate está sendo caloroso, já que há lados bem definidos. A chamada bancada religiosa do Legislativo tem uma grande força e faz um imenso lobby contra todos os avanços do tema, com justificativas em textos sagrados e na vontade de Deus – o que é compreensível. De outro lado, esses mesmos legisladores precisam olhar o tema a partir de dados. Descriminalizar o aborto não é incentivá-lo.

A controvérsia quanto ao aborto reside no fato de que o direito à vida não é absoluto. Para alguns, o Direito Constitucional (e natural) à vida do feto precisa ser respeitado. Para outra corrente, a mulher faz jus ao direito à dignidade humana, ao direito de escolha.

Outra ótica deve nortear a discussão no sentido de tratar o aborto como assunto de saúde pública. Globalmente, mais de 25 milhões de abortos inseguros (45% do total) ocorrem anualmente, segundo estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS). A maioria é realizada em países em desenvolvimento de África, Ásia e América Latina.

Esse estudo de 2017 mostrou que a restrição ou proibição do acesso não reduz o número de abortos. Ratificando esse dado, tem-se que, em países onde o aborto é completa ou parcialmente proibido, um em cada quatro abortos é seguro. Em países onde o aborto é legal, nove entre dez são realizados de maneira segura.

Quando os abortos são feitos de acordo com as diretrizes e padrões da OMS, o risco de complicações severas ou de morte é insignificante. Na ausência de condições seguras, os resultados podem incluir aborto incompleto, hemorragia, lesões vaginal, cervical e uterina, além de infecções, onerando os custos da saúde pública.

O Ministério da Saúde apresenta uma Norma Técnica sobre Atenção Humanizada ao Abortamento, cuja proposta é “fornecer aos profissionais subsídios para que possam oferecer não só cuidado imediato às mulheres em situação de abortamento, mas também, na perspectiva da integralidade deste atendimento, disponibilizar às mulheres alternativas contraceptivas, evitando o recurso a abortamentos repetidos”. Todavia, o que ainda se discute é o direito de a mulher optar pelo aborto, não somente nos casos já previstos em lei.

O procedimento abortivo em hospitais ou locais com segurança é feito apenas por quem tem dinheiro para pagar. O acesso a medicamentos abortivos de origem ilícita é pouco fiscalizado, existem sites que vendem explicitamente os produtos. Apenas uma fiscalização mais intensiva e com penalidades mais graves trarão alguma mudança no cenário atual.

Coadunado com a visão do ministro do STF, Luis Roberto Barroso, na qual a proibição do aborto deve ser relativizada pelo contexto social e pelas nuances de cada caso. Por exemplo, a interrupção da gravidez é realizada por muitas mulheres, mas apenas as mais pobres sofrem os efeitos dessa prática, pois se submetem a procedimentos duvidosos em locais sem a infraestrutura necessária. Esse ciclo coloca o Brasil como um dos países em que mais se morre pela prática do aborto clandestino, ainda que nem todos os abortos sejam contabilizados, pelo evidente receio da mulher em declarar a prática.

O Judiciário não pode carregar esse fardo constante de legislar, sobretudo em temas mais áspers. Os três Poderes precisam enfrentar e discutir o tema aborto em conjunto com os profissionais da saúde e a sociedade organizada. É necessário que sejam estabelecidas regras cristalinas para que sejam reduzidos os casos de mortes e de lesões físicas e morais resultantes do aborto desassistido e clandestino. E que as discussões não se desviem do núcleo central da questão: o direito da mulher. **C**



SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, presidente da Comissão de Direito da Saúde e Responsabilidade Médico-Hospitalar da OAB de São José dos Campos (SP), presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, membro do Comitê de Ética da UNESP para pesquisa em seres humanos e Doutoranda em Saúde Pública.

Proteção à saúde da mulher e o aborto

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“A evolução dos costumes traz consigo novas realidades que muitas vezes desmontam a estrutura de valores até então solidamente fincados no universo social e determina uma profunda mudança comportamental. É o que acontece com a pretendida legalização do aborto. Virar as costas e seguir adiante de nada adiantará. O importante é abrir o espaço para debater a questão colocada, quer seja no Judiciário ou no Legislativo para que haja uma definição a respeito de um tema tão complexo para nós, os humanos.”

O Supremo Tribunal Federal, cumprindo sua missão constitucional, palco de relevantes decisões que repercutem sobremaneira na vida brasileira, abriu suas portas para o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 442), intentada pelo PSOL, arguindo a inconstitucionalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, visando à descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. A fundamentação do pedido apega-se aos direitos da dignidade, da liberdade e da procriação da mulher, conflitantes que são com o regramento penal proibitivo.

É indiscutível que o tema, incandescente pela sua própria natureza, envolvendo não só o pensamento jurídico, como também interesses da área da saúde, grupos partidários e refratários à proposta, opção religiosa e demais tendências, reacende os debates encobertos pelas cinzas das recentes e constantes discussões e provoca reações de todas as ordens, com inúmeros desdobramentos. Daí que tratar de tão relevante tema é tarefa difícil para encontrar um denominador que seja pacífico e que traga um razoável consenso. Assim é que o rito da ação em pauta, antevendo o terreno movediço, determina a realização de audiências públicas, que já foram realizadas com a oitiva de 50 expositores de vários seguimentos sociais, expressando suas manifestações, a favor ou contra a proposta. Várias vozes falando ao mesmo tempo, numa verdadeira manifestação multidisciplinar.

A primeira indagação que se faz, até mesmo como preliminar para o debate, reside na discutida competência da Corte Suprema para analisar a questão. Questionou-se, ainda no âmbito das audiências públicas, a respeito do ativismo judiciário que, no caso, estaria invadindo a competência do Legislativo, retirando do Congresso o conhecimento da matéria, *locus* apropriado para expressar a soberania do povo. O Judiciário, por este prisma, não está jungido da legitimidade para fazer nascer um novo direito positivo.

A manifestação originária, de pura índole constitucional, fonte que emana todo poder conferido pelo povo, deve ser exercida pelo Congresso Nacional, legitimado que é para discutir e estabelecer regras a respeito de tema tão abrangente, com ampla participação da sociedade, inclusive com a coleta de consulta pública. A restrita área do Judiciário, por onde caminha a pretensão deduzida, figurando como manifestação derivada, irá culminar em uma decisão interpretativa de princípios, de veio nitidamente hermenêutico, sem a chancela popular a respeito da legalização ou não do aborto.

Não se pode olvidar e nem mesmo deixar de citar parte do memorável voto do então Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, em 2012, que despenalizou o abortamento de fetos anencéfalos, em tão curto, mas bem postado parágrafo:

“Essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação do parto’, neste caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude.”¹

Na referida ação, a Corte Suprema permitiu a antecipação terapêutica do parto quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que impeçam a vida extrauterina, que é o caso da anencefalia, em que há a inviabilidade do embrião em razão da má formação fetal, com a ausência da caixa craniana e dos hemisférios cerebrais, responsáveis pela sua morte antes ou logo após o parto.

E, para tanto, o Conselho Federal de Medicina, disciplinando a respeito do diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto, expediu a Resolução nº 1989/2012. Exige-se diagnóstico inequívoco da deformidade, cujo exame poderá ser realizado a partir da 12ª semana de gestação, com apresentação de laudo assinado por dois médicos capacitados para o procedimento. Em caso de constatação da deformidade, a gestante poderá manter a gravidez ou interrompê-la. No primeiro caso será assegurada a ela assistência médica pré-natal compatível com o diagnóstico. No segundo, poderá interromper imediatamente a gravidez, independentemente do tempo da gestação, ou adiar a decisão para outro momento. Em ambos os casos, o médico deve informá-la das consequências e dos riscos decorrentes de cada uma delas, com a assinatura de um Termo de Consentimento Informado. Apesar de ser omissa a Resolução, exige-se também a manifestação de vontade do marido ou companheiro, vez que também é parte legítima e interessada no procedimento.

Cabe aqui observar que, em razão de novas orientações sociais, muitas delas voltadas para a descriminalização do aborto, a Comissão encarregada da elaboração do Anteprojeto de Código Penal, além de preservar os casos legais e o de feto anencéfalo, acrescentou no artigo 128 outras causas de exclusão do crime: a) se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; b) quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, devidamente atestado por dois médicos; c) por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade, como, por exemplo, o uso de entorpecentes.

Por outro lado, o Ministério da Saúde vem realizando sistemáticas campanhas que colocam a mulher como destinatária de novos serviços e benefícios,

principalmente as fundidas nos documentos “Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes”² e “Norma técnica de atenção humanizada ao abortamento”³, que integram a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, além dos esclarecimentos aos profissionais da saúde responsáveis pelo procedimento do ato médico. Tais documentos tratam de abortamento em razão de estupro ou para salvar a vida da gestante.

Referidas normas representam, na realidade, um guia de cuidados às mulheres em situação de abortamento, orientando, principalmente, os profissionais da saúde para que possam oferecer uma atenção clínica necessária e adequada, seguindo rigorosamente os ditames éticos e legais.

O problema, desta forma, centraliza-se na área de saúde e cabe à equipe multidisciplinar, formada por médicos, psicólogos e assistentes sociais, em consonância com as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), acolher a mulher e oferecer a ela, que se encontra diante de um dilema crucial em sua vida, as orientações mais recomendadas, tais como: a) a faculdade de aceitar a maternidade e levar adiante a gestação; b) cuidados pré-natais necessários; c) alternativas após o nascimento, que incluem a permanência com o filho ou a inserção em lar adotivo; d) providências policiais e judiciais que possam ser adotadas, se forem de seu interesse; e) se a gestante for menor, a autorização desloca-se para o seu representante legal; f) se optar pelo ato cirúrgico, deve vir acompanhado do Termo de Consentimento, que é um documento no qual ela, *sponte propria*, ou seu representante legal, confere à equipe autorização para a interrupção da gravidez; g) privacidade no atendimento e confidencialidade das informações; h) acompanhamento multidisciplinar pós-abortamento.

Ampliando ainda mais a tutela protetiva, a Lei nº 12.845, de 01º de agosto de 2013, garante à mulher, vítima de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar a ser oferecido, obrigatoriamente, por todos os hospitais integrantes da rede do SUS. Dentre os serviços imediatos, destacam-se a “profilaxia da gravidez”, termo equivocado, pois gravidez não é doença e sim deve ser interpretado como a oferta de contraceptivos de emergência conhecidos como “pílula do dia seguinte” e as informações a respeito do direito de optar pelo abortamento, em caso de gravidez.

O atendimento, seguindo a tramitação legal, passa a ser obrigatório na rede hospitalar já referida, que oferecerá o contraceptivo a ser ministrado no prazo de 72 horas, na tentativa de evitar a gravidez indesejada. Trata-se, na realidade, de uma campanha pública de planejamento reprodutivo e combate à mortalidade materna para orientar mulheres vítimas de violência sexual que optam pela realização do aborto clandestino.

Neste caminhar alguns passos já foram dados visando patrocinar a descriminalização do aborto. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal,⁴ analisando pedido de revogação de prisão preventiva de cinco pessoas que trabalhavam em uma clínica clandestina de aborto, com votos dos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso, entendeu que o aborto praticado nos três primeiros meses de gestação não é crime. É certo que a decisão não foi proferida pelo Plenário da mais alta Corte de Justiça do país, mas, de qualquer forma, abre um precedente para que outros juízes, invocando o mesmo entendimento, venham a descriminalizar o aborto.

A fundamentação legal teve como base de sustentação a autonomia da vontade da gestante, a proteção da sua integridade física e psíquica, seus direitos sexuais e reprodutivos, além da igualdade de gênero. São direitos de última geração na avaliação de Bobbio e que, inegavelmente, tutelam a mulher na sua função procriativa, observando que, no caso presente, trata-se de gravidez proveniente de

prática sexual consentida. Por outro lado, evita-se a criminalização exclusivamente contra as mulheres pobres que não podem se socorrer a um procedimento que seja seguro e fornecido pelo Estado.

Na América Latina, o Senado do Uruguai, também em data recente, assim como Cuba e Porto Rico, aprovaram a lei que autoriza a interrupção da gravidez, em qualquer situação, desde que seja realizada até a 12ª semana de gestação. Na Argentina foi discutido projeto de lei de legalização do aborto visando à interrupção da gravidez durante as primeiras 14 semanas de gestação. A proposta inicialmente foi aprovada pela Câmara e, em votação apertada, recebeu rejeição do Senado, somando 38 votos contra e 31 a favor. Permanecem, portanto, as duas modalidades permitidas de aborto: quando proveniente de estupro e para evitar riscos à vida da mãe. O presidente argentino, por sua própria iniciativa, vai incluir a descriminalização do aborto no projeto de reforma do Código Penal. Neste caso, em razão da limitação da proposta, somente a gestante seria beneficiada, enquanto que os médicos ou clínicas clandestinas seriam alcançados pela lei proibitiva.

Por um lado, a sociedade brasileira, pelas estatísticas apresentadas, não vê o aborto com as lentes da saúde pública. Pelo contrário, apega-se aos ensinamentos advindos dos pais com alto teor religioso, representando escudos inquebrantáveis. O embrião, desta forma, é visto como uma *speshominis*, depositário do material genético de seus pais, detentor do direito à vida como qualquer outro, goza da prerrogativa de nascituro a ele conferida pelo Código Civil e não merece uma condenação intrauterina. A vida é um bem indisponível e, na realidade, não pertence a uma ou outra pessoa e sim à própria humanidade, que a administra de acordo com os preceitos da dignidade humana.

Por outro lado, deve-se levar em consideração a autonomia consagrada à gestante, aliando-se a ela os preceitos constitucionais invocados na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Basta ver que as mulheres menos abonadas não conseguem interromper suas gravidezes com segurança, sofrem as consequências de um procedimento mal feito e carregam sequelas irreversíveis ou são vítimas fatais.

A evolução dos costumes traz consigo novas realidades que muitas vezes desmontam a estrutura de valores até então solidamente fincados no universo social e determina uma profunda mudança comportamental. É o que acontece com a pretendida legalização do aborto. Virar as costas e seguir adiante de nada adiantará. O importante é abrir o espaço para debater a questão colocada, quer seja no Judiciário ou no Legislativo para que haja uma definição a respeito de um tema tão complexo para nós, os humanos. 

NOTAS

- 1 <https://www.youtube.com/watch?v=n2rhSMc0cwc>.
- 2 <https://www.google.com.br/search?q=Prevenção+e+tratamento+dos+agravos+resultantes+da+violência+sexual+contra+mulheres+e+adolescentes&rlz=1C>.
- 3 https://www.google.com.br/search?q=Norma+técnica+de+atenção+humanizada+ao+abortamento&rlz=1C1ASUC_enBR651BR651&oq=Norma+técnica+de.
- 4 HC nº 124.306, de 2017.



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

Irlanda, Argentina e a claudicante perquirição: seria o aborto questão de saúde pública ou de política criminal?¹

■ POR FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO

“Exteriorizada a interdisciplinaridade de tal tema (seja de ordem religiosa, política ou jurídica) e esquadrihada esta dualidade existente e as fortes razões de cada linha de pensamento, resta a indagação dicotômica: o aborto deve ser tratado como questão de saúde pública ou permanecer na esfera política criminal?”

A interrupção do nascimento, por mais antiga que seja, traduz um tema que até os dias atuais permanece latente na sociedade – precipuamente por trazer em seu bojo questionamentos axiológicos e religiosos. Tal fato, diga-se de passagem, é visualmente perceptível por diversos eventos recentes que permearam os jornais e revistas nos últimos anos.

Como exemplo, ilustramos:

- a) a recente aprovação do abortamento na Irlanda;
- b) a igual viabilização dada pela Câmara dos Deputados da Argentina, a ser valorada pelo Senado agora em agosto;
- c) a manifestação da cantora Anitta, que após show perpetrado no país do tango esboçou posição favorável a recentemente adotada por lá;
- d) a marcha em favor da legalização do aborto perpetrada em sete cidades brasileiras, no mês de junho do presente ano (Porto Alegre, Santa Maria, Rio de Janeiro, São Paulo, Maceió, Londrina e Belo Horizonte);
- e) o programa nacional de direitos humanos, que em maio de 2010 trazia em seu corpo redação alterando, dentre vários pontos, a viabilidade de abortamento;
- f) a revista TPM, de novembro de 2014, com a participação de diversos atores globais se posicionando favoravelmente a prática de cessação da gestação (Leandra Leal, Alessandra Negrini, Marília Gabriela e Gregório Duvivier);
- g) a revista Marie Claire, de março de 2015, com a confissão da atriz Débora Bloch acerca da concreção de um aborto há 31 anos e, recentemente,

h) a pichação da Catedral da Sé em São Paulo, em 1º de novembro de 2016, como forma de se manifestar contrariamente ao Projeto de Lei nº 5.069 – de autoria do deputado Eduardo Cunha, à época presidente da Câmara dos Deputados – que propôs, entre outras medidas, pena para quem induz, instiga ou auxilia a gestante a abortar; e, por demais, para quem vende ou entrega, ainda que de forma gratuita, substância ou objeto para provocar o aborto – ressalvadas as exceções previstas em lei: que são as mesmas do art. 128 do Código Penal.

Nota-se, decerto, que a problemática acerca do aborto sempre se desenvolve com lastro em duas linhas de pensamento: a viabilidade do abortamento, haja vista se tratar de questão de saúde pública ou, no outro cunho da moeda, a ideação de que tal ato deve permanecer e ser tratado como questão de política criminal.

Passada essa verberação, e antes de se adentrar no cerne do presente questionamento e de verticalizar as duas percepções deste fato, é imprescindível notar que nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida, bem jurídico máximo de acordo com a nossa Constituição – lei suprema do Estado brasileiro e fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas.

Não por outra razão, observa-se que a própria Carta Magna esboça uma exceção explícita a tutela da vida, que é a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5, inc. XLVII, alínea “a”, da CRFB). Além do que o maior bem jurídico, “a vida”, pode, por vezes, se defrontar com outros direitos fundamentais. De tal arte, para se sanar este conflito, é necessária a concreção de uma ponderação valorativa, indicando, no caso em concreto, qual direito deverá preponderar² – como muitas vezes se verifica na legítima defesa, situação autorizada pelo Direito.

Diga-se de passagem, é no âmago desse juízo avaliativo que se encontram, além da outra possibilidade de se excepcionar a vida – já que, como visto, esta privação não se pode dar arbitrariamente (art. 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos) –, os argumentos sobre a descriminalização do aborto.

Vejamos!

Num primeiro pensar, tendencioso a descriminalização do aborto, se vislumbram direitos da gestante a uma vida digna – fundamento da Constituição (art. 1º, inciso III, da CRFB).

Daí, para prevalecer sobre o bem vida, valoram-se inúmeros direitos que devem ser observados para a genitora, como:

a) o direito de autonomia reprodutiva e a sua liberdade de escolha, inviabilizando-se, nesse sentido, uma maternidade indesejada (ponto deveras cristalino no curta, de 4 de novembro de 2015: “meu corpo, minhas regras” – que conta com a participação dos atores Julia Lemmert; Alexandre Borges; Nanda Costa, Bruna Linzmeyer e outros);

b) direito à privacidade, competindo a análise sobre a plausibilidade do abortamento a gestante, e não a ingerência estatal – até porque, ante o desespero (causa precípua do aborto³) e a responsabilidade de gerar e criar uma criança indesejada, o Estado (e nem ninguém, para ser franco!) apresenta algo de consolador ou alguma alternativa a tal prática; e,

c) por fim, direito à igualdade, haja vista que as mulheres com melhores condições de vida continuarão abortando de forma mais segura que aquelas que não apresentam a mesma possibilidade de subsistência. *En passant*, é por isso que muito raramente morre, por essa causa, uma mulher rica⁴.

Como consequência desse entender, para combater o flagelo do aborto clandestino e as famigeradas fazedoras de anjinhos, o aborto deveria ser visualizado,

no âmbito penal, como mera questão de saúde pública, haja vista que “no Brasil uma mulher faz aborto a cada 33 segundos e a prática insegura mata uma delas a cada dois dias (O Globo de 10.10.10, p. 3)”⁵.

Id est, deste modo se tutelaria a gestante, fornecendo a ela todo suporte médico necessário para a concreção do aborto, obstando, nesse passo, vindouras e plausíveis infecções que sobejariam em seus últimos estertores e lampejos vitais, ou seja, haveria uma liberação condicionada à provocação por médicos habilitados e em clínicas especializadas, diminuindo, consideravelmente, o risco à vida ou a incolumidade da gestante.

Por demais, como questão de saúde pública, ainda haveria maior controle estatístico de quantos abortos, de fato, são realizados em nosso solo e, principalmente, em quais localidades há uma maior concentração de tais atos. Fato que, por si só, auxiliaria na prevenção e, quiçá, diminuição do índice de abortamentos concretizados.

Desmiúde, inclusive, a questão de política criminal, pautado na inocuidade da pena para inibir a sua frequência, bem como no ultrapassado pensar de muitos profíctos desta tese (oriundo do Direito Romano) onde “o pequeno ser nada mais é senão um anexo ocasional do organismo materno, preso em suas entranhas, de modo que, como parte da mulher ou de suas vísceras, dele a gestante poderia livremente dispor (...)”⁶.

Vale dizer! Para este primeiro elucubrar⁷, ao invés de rotular/estigmatizar (*labelling approach*) a gestante que perpetra o aborto, tratando-a como criminosa, seria muito mais profíctuo o estado dispensar a ela um maior cuidado (tutelando-a desde a prática do ato – já que a questão seria de saúde pública) e atenção (uma vez que as marcas de tal trágica decisão tendem a permanecer até o fim dos dias de sua vida, sobejando, em algumas situações, a necessidade de tratamentos psicológicos ulteriores).

Noutra palavra, ter-se-ia com isso medidas mais efetivas e de amparo à gestante, ao invés da presença de um mero discurso punitivo estatal.

Mutatis mutandis, contrário a descriminalização do aborto, respeitam-se os direitos do feto.

Para tanto, pontuam que o nosso Código Civil, apesar de natalista (art. 2º do Código Civil), reconhece direitos da personalidade ao nascituro, como o direito à vida – que se inicia a partir da concepção⁸. Nessa senda, hialino que de igual modo que se perfaz com a gestante, pode-se asseverar que o nascituro é considerado pessoa, daí, cabe a ele a proteção dada pelo axioma da dignidade da pessoa humana.

Vale exacerbar. Há garantia constitucional; infraconstitucional (até mesmo em razão do fenômeno da filtragem constitucional/contaminação virótica da constituição) e supralegal (dada por convenções e tratados internacionais de direitos humanos, aprovados sem o quórum de emenda constitucional) da tutela à vida do feto.⁹

Sem olvidarmos, ainda, que a legalização aumentaria o número de abortos realizados, inclusive com a existência de diversos métodos anticonceptivos- sendo possível, outrossim, o abandono, por parte de alguns, dos instrumentos de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, ampliando, quiçá, o número de infectados por tais enfermidades.

Nesse mesmo cadinho, tratar o aborto como questão de saúde pública, embora impressione, não chegaria a convencer, uma vez que o preço cobrado “para as intervenções cirúrgicas e internações para este fito é exorbitante”¹⁰.

De tal arte, “a camada mais pobre da população, que concentra a maior parte do contingente abortador, continuaria, indubitavelmente, a procurar as famigeradas parteiras e curiosas, em ambientes nada ascéticos”¹¹ – persistindo a clandestinidade.

Aliado a isso, para esta forma de pensar¹², já se viabiliza o aborto em casos excepcionais, garantindo, de igual maneira, os direitos da gestante – como ocorre, *exempli gratia*, no caso de anencefalia, onde o feto não possui atividade cerebral (ADPF 54¹³); na hipótese de aborto necessário (terapêutico ou profilático), que é o único meio para salvaguardar a vida da gestante (art. 128, inciso I, do CP); e, igualmente, no caso de gravidez resultante de estupro (aborto humanitário, sentimental ou ético – art.128, inciso II, do CP).

Daí a necessidade de permanecer tratando o aborto como forma de política criminal, que tende a balancear os direitos do feto com os da gestante, ainda que, em determinados momentos, traga em seu corpo um maior punitivismo – como ora se perfaz com o Projeto de Lei n° 5069.

Isso porque, este elucubrar denotaria o respeito havido ao princípio democrático¹⁴ e, seu corolário, a tripartição das funções de poder, que assegura a existência de “poderes” harmônicos e independentes (art. 2° da CRFB) – pelo qual se extrai a soberania popular, onde a ordem de domínio é legitimada pelo povo, sendo que, ainda que sejamos um estado laico (secular ou não confessional) desde a Constituição Republicana de 1891, é indiscutível a presença da religião no âmago dos cidadãos¹⁵. Razão pela qual, ainda que presente a ideação de que direito é direito e religião é religião, 71% da população se posicionaram contrariamente a prática do aborto (Folha de São Paulo de 11.03.2010).

Exteriorizada a interdisciplinaridade de tal tema (seja de ordem religiosa, política ou jurídica) e esquadrihada esta dualidade existente e as fortes razões de cada linha de pensamento, resta a indagação dicotômica: o aborto deve ser tratado como questão de saúde pública ou permanecer na esfera política criminal?

A resposta? Deixo com vocês....

NOTAS

- 1 Trata-se de uma versão estendida do artigo “A dualidade havida (a vida): seria o aborto questão de saúde pública ou de política criminal?”, publicado pela Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 12, n. 68, p. 94-100, 2015.
- 2 Ponderação de interesses, fruto do *substantive due process* (dimensão material do devido processo constitucional), que se preocupa com uma solução equilibrada. Para tanto, emergem alguns sub-princípios, muito bem explanados por Teori Abino Zavascki. (apud DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. v. I. p. 38-39)
Vejamos:
 - a) (sub) princípio da menor restrição possível, segundo o qual o tribunal deve observar que a mitigação, que se faça a qualquer um dos bens jurídicos em conflito, seja a menor possível e ocorra dentro da medida do necessário;
 - b) Umbilicalmente relacionado ao axioma *ut retro* estudado está o cânone da salvaguarda do núcleo essencial, que se consubstancia na impossibilidade de se debelar um dos bens jurídicos em conflito ou de retirar de um deles sua substância elementar. Denominado, também, de princípio da escolha do meio mais suave (*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels* ou, ainda, *Gebot des mildesten Mittels*), pela qual, diante de medidas que servem para à obtenção de um mesmo fim, deve-se eleger àquela menos nociva aos interesses do cidadão.

- c) De mais a mais, há a exigibilidade do (sub) princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*), que legitima a ponderação sempre que for inviável a convivência concomitante das normas em desarmonia. ("*Erfordern – Exigir lo que se estima necesario*". QUINTANO, Johanna Heilpern; RIPOL-LÉS, Antonio Quintano. *Diccionario de derecho comparado* (alemán-español). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1951. p. 132);
- d) E, derradeiramente, vislumbra-se o (sub) princípio da pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), donde se averigua se a medida empregada é o meio adequado a se atingir o desate colimado.
- 3 Conforme denota a pesquisa nacional de aborto, realizada pela Universidade de Brasília em 2010, "a religião não é um fator importante para a diferenciação das mulheres no que diz respeito à realização do aborto". É que, ao se refletir a composição religiosa do país, "a maioria dos abortos foi feita por católicos, seguidas de protestantes e evangélicas e, finalmente, por mulheres de outras religiões ou sem religião". Tal fato é indicativo, nesse passo, que uma das maiores razões para a prática de tal ato se encontra no desespero de a gestante ter a responsabilidade de criar uma criança indesejada (como acima pontuado), agravado, muitas vezes, pelo desaparecimento repentino do pai do feto. De mais a mais, é digno de nota, que em outras situações este desespero é fruto dos costumes em que a gestante se faz inserida: como a forma de sua criação, etc.
- 4 GOMES, Luiz Flávio. *Em defesa da Vida, o Aborto*. Editora Magister – Porto Alegre – RS. Publicado em: 22 out. 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=851>. Acesso em: 24 out. 2010.
- 5 *Idem, ibidem*.
Diga-se *en passant*, ainda de acordo com a pesquisa nacional de aborto, realizada pela Universidade de Brasília em 2010, o aborto no Brasil é um ato deveras comum. Isso porque, consoante dados estatísticos, ao completar quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já abortou. Vale dizer, mais de 20% da população feminina brasileira, em regra entre a faixa de 18 a 29 anos de idade (ápice do período reprodutivo feminino), já perpetrado manobras abortivas.
- 6 PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal – parte especial*. São Paulo: Método, 2008. p. 275. Reverbere, tão-somente, a crítica feita por Garcia Pintos a esse vetusto pensar. "Só por um sofisma – prossegue – poderia dizer-se que um continente absorve os direitos do conteúdo". (*idem, ibidem*). Isso porque, o fato de estar o filho materialmente contido no corpo da mãe não implica que esta possa absorvê-lo também juridicamente.
- 7 Adotado por centenas de mulheres que participaram, no final de maio de 2015, da 5ª Marcha das Vadias em São Paulo. Nesta manifestação, pleitearam: a legalização do aborto e o fim do encarceramento feminino.
- 8 É aparente a adoção, pelo codificador, da teoria natalista, dada sua praticidade. Entrementes, em virtude da fragilidade dessa corrente, em diversos pontos de nosso codex se reconheceu forte influência concepcionista, como ao se reconhecer direitos do nascituro (art. 2º, 2ª parte, do Código Civil).
- 9 Nessa vereda, *verbi gratia*, "art. 3º da Declaração Universal de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, segundo o qual "todo o ser humano tem direito à vida", ou a convenção sobre os direitos da criança da ONU que afirma que "a criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento"; o Pacto de São José, do qual o Brasil é também signatário, cujo art. 1º estabelece "pessoa é todo o ser humano", o art. 3º que "tem o direito de reconhecimento de sua personalidade jurídica" e o art. 4º que esse direito deve ser protegido pela lei "desde o momento de sua concepção". (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Aborto no Direito Brasileiro*. Editora Magister – Porto Alegre – RS. Publicado em: 21 out. 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=850>. Acesso em: 24 out. 2010).
- 10 PEDROSO, Fernando de Almeida. Ob cit. *Direito penal – parte especial*. p. 276.
- 11 *Idem, ibidem*.
- 12 Empregado por inúmeras pessoas na 8ª Marcha Nacional da Cidadania pela Vida, no início de junho de 2015.

- 13 Nesse sentido, ler o artigo “ADPF 54 e a hipostasiação do Poder Judiciário”. PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. *ADPF 54 e anencefalia: hipostasiação do Judiciário*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3211, 16 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21520>.
- 14 Relembra-se, aqui, do constitucionalismo antigo dos gregos. Isso porque, no Estado helênico, que exerceu larga influência no evoluir da civilização clássica, eclode um movimento de democracia constitucional, obstando a vontade do poder. Para tanto, no perfazer do Século de Péricles (entre VI e IV a.C.), as *Polis* (Cidade-Estado) – em especial o Estado ateniense – elaboraram um magnífico corpo de leis, que retratou, para muitos, a mais bela e avançada forma de governo. Exemplifica-se. O Estado tornou-se eletivo e subordinado à Assembléia dos Cidadãos, que, por meio de assembléias gerais realizadas periodicamente nas praças públicas, possibilitava que o povo governasse diretamente. Por demais, as magistraturas, existentes por meio da escolha do povo, tornaram-se temporárias, com mandato de um ano. E, enfim, os cidadãos, investidos em função pública, deveriam prestar contas periódicas, sob pena de serem citados diante da Assembléia Popular. Decerto, o poder encontrava limites na intervenção do povo – *demos* – nos negócios estatais e na distribuição da justiça. Como lecionou o erudito ARISTÓTELES, há três formas de governo: a monarquia (governo de uma só pessoa), a aristocracia (governo da minoria) e a democracia (governo da maioria). Nesse diapasão, embora superado o luminar de que a democracia é uma forma de governo, é hialino que o Estado grego fora o berço da democracia, haja vista a identidade entre governantes e governados.
- 15 Porém, não mais de acordo com aquele pensamento de fundo religioso, onde era predominante para a punição da morte do feto a perda do pequeno ser, morto sem haver ingressado pelo batismo no seio da igreja. (BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 157).

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do Brasil*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. v. I.
- GOMES, Luiz Flávio. *Em defesa da Vida, o Aborto*. Editora Magister – Porto Alegre-RS. Publicado em: 22 out. 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=851>. Acesso em: 24 out. 2010.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Aborto no Direito Brasileiro*. Editora Magister – Porto Alegre-RS. Publicado em: 21 out. 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=850>. Acesso em: 24 out. 2010.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal – parte especial*. São Paulo: Método, 2008.
- PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. *ADPF 54 e anencefalia: hipostasiação do Judiciário*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3211, 16 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21520>.
- QUINTANO, Johanna Heilpern; RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Diccionario de derecho comparado (alemán-español)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1951.
- RIPOLLÉS, Antonio Quintano; QUINTANO, Johanna Heilpern. *Diccionario de derecho comparado (alemán-español)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1951.



ARQUIVO PESSOAL

FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO é Advogado. Presidente da Comissão de Cultura da 18ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – São Paulo (2013/2015; 2016/2018). Professor no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté e de diversos cursos para concursos. Mestrando em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP), do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), da Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP – Madrid) e investigador de grau 4 no International Center of Economic Penal Studies (ICEPS – New York), membro do Conselho Consultivo do ICEPS no Brasil e de projetos coordenados pela Secretaria Geral para América Latina (Montevideo).

Uma vez mais a questão do aborto

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS¹

“Não me parece possível que lei ordinária possa autorizar a eliminação sumária de seres humanos, ainda mais pelos métodos dolorosos que se conhecem. Com ainda mais razão, não há nenhuma brecha constitucional que legitime aos membros do STF legislarem sobre o assunto.”

Está em curso na Suprema Corte a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, em relação a qual a primeira audiência pública ocorreu recentemente, no dia 6 de agosto, com sustentação oral de minha filha Angela Vidal Gandra Martins, representante da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP, que ingressou como *amicus curiae* no referido processo.

Ocorre que, por meio desta ADPF objetiva-se liberar o homicídio uterino até o terceiro mês de gestação, sem qualquer justificativa, sob a alegação de que uma das grandes conquistas do Século XXI foi a liberação da mulher de ser dona de seu próprio corpo e matar seus filhos no próprio ventre. O direito de continuar ou não a gravidez até o 3º mês seria exclusivamente seu, pois tratar-se-ia do período necessário para que, segundo os proponentes, o nascituro torne-se um ser humano.

Alegam, ainda, que há muitos abortos clandestinos, o que põe em risco a vida da mulher e que, por motivo de saúde pública e segurança, o assassinato de nascituros deve ser feito em clínicas seguras.

Entendo, entretanto, que todos os argumentos apresentados são contestáveis, pois colidem com os de organizações internacionais. Além disso, o pedido veiculado na ADPF fere princípios jurídicos expressamente consagrados na Constituição, além de que a função de legislar não é competência do STF.

É, pois, o que neste estudo passo a demonstrar.

DA MULHER E O SEU CORPO

Como já aventado, para os propugnadores da instituição de campos de extermínio de inocentes, em abortários legalizados, a atitude da mulher de impedir que seu filho nasça é um direito que a sociedade não tem legitimidade para cercear, visto que ela é dona de seu próprio corpo.

O argumento é, de rigor, no mínimo, contrário à biologia, pois no momento da concepção, todo o corpo da mulher é dirigido pelo zigoto, que impõe suas regras naturais, passando, até o nascimento, a ser regido pelo novo ser, que tem o mesmo direito de viver que sua mãe.

O certo é que toda a sociedade, quando se torna egoísta - como Políbio detectou, no início da derrocada do Império Romano do Ocidente, período em que a vontade de gozar a vida levou as mulheres e a sociedade a perderem o sentido de família-, defende teses convenientes e não teses de respeito ao que de mais sagrado existe no mundo, que é a vida humana.

Quanto mais a sociedade se torna menos solidária e mais egoísta, mais defende o direito de matar inocentes no ventre materno, como forma de proteger o seu egoísmo para gozar a vida. O zigoto já é um ser humano, com todos os sinais que se desenvolverão até sua morte, dentro ou fora do ventre materno.

Se assim não fosse, as pessoas que conseguiram aprovar o projeto Tamar (Programa Nacional de Conservação de Tartarugas Marinhas), considerando crime, destruir ovos de tartarugas, não precisariam preocupar-se, porque os ovos de tartaruga não seriam embriões de tartaruga e nem haveria vida “tartarugal” a proteger.

É incoerente, portanto, que defensores do meio ambiente e da preservação da natureza, ecologistas, ambientalistas, sejam favoráveis à legalização do assassinato uterino, visto que a natureza demonstra que a mulher não é mais dona de seu corpo, quando a criança é concebida, pois esta é quem o conformará à sua necessidade, até o nascimento.

O aborto é, pois, um crime contra o direito fundamental à vida e contra a natureza e o meio-ambiente ainda mais grave que os crimes de destruir ovos de tartarugas e matar embriões de ursos pandas, considerados delitos de particular magnitude.

DO DIREITO À VIDA

O art. 5º, *caput*, da Constituição, que diz ser o direito à vida inviolável, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Ora, há vida humana desde a concepção, pois no zigoto, primeira célula da união entre o espermatozoide e o óvulo, já estão definidas todas as características daquele ser humano, que o acompanharão até a morte.

Não sem razão, o art. 2º do Código Civil declara que todos os direitos do nascituro estão assegurados desde a concepção. Seria ridículo dizer que todos os direitos estão assegurados, menos o direito à vida!!!

Acresça-se o fato de que o Brasil assinou o Pacto de São José -tratado internacional de direitos fundamentais (art. 4º), que reconhece começar a vida na concepção -, o qual foi incorporado ao direito interno, seja como norma constitucional (art. 5º, § 2º), ou como lei ordinária (conforme interpretação de alguns juristas e membros do Judiciário).

Há, ainda, sólida jurisprudência do STF de que toda a lei que permanecer por longo tempo em vigor ganha foros de permanência e não pode ser afastada por ações judiciais. Ora, o Código Penal, no art. 128, que só admite o aborto em caso de estupro ou de risco para a mãe, vigora desde 1940, ou seja, há 78 anos e, à luz da Constituição de 88, há 30 anos!!!

Assim, como guardião da Constituição, à Suprema Corte cabe o dever de preservar o direito à vida, pois à falta de uma “Curadoria do Nascituro”, cabe ao Pretório Excelso sua defesa.

DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO STF

Tenho me preocupado, ultimamente, nada obstante o respeito que tenho pelos Ministros da Suprema Corte, com certo ativismo judicial, que leva a permitir que um Tribunal eleito por uma só pessoa substitua o Congresso Nacional, eleito por 140 milhões de brasileiros, sob a alegação de que detém o poder legiferante sempre que considerar que o Legislativo deixou de cumprir as suas funções.

Ora, uma democracia em que a tripartição de poderes não se faça nítida, deixando de caber ao Legislativo legislar, ao Executivo executar e ao Judiciário julgar, corre o risco de se tornar ditadura, se o Judiciário, dilacerando a Constituição, atribua-se o poder de invadir as funções de outro.

E, nitidamente, o constituinte não deu ao Judiciário tal função, pois nas “ações diretas de inconstitucionalidade por omissão impõe ao judiciário, apesar de declarar a inércia constitucional do Congresso, o dever de notificar o Legislativo para tomar as providências necessárias. Neste sentido é o § 2º do art. 103 da Constituição Federal que:

“§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Significa dizer que, nem por omissão inconstitucional do Congresso poderia a Suprema Corte legislar positivamente, devendo neste caso:

- comunicar ao Congresso Nacional que sua omissão seria inconstitucional;
- não aplicar nenhuma sanção, se o Congresso não produzisse a norma;
- não definir qualquer prazo para que o faça;
- não produzir a norma não produzida pelo Parlamento.

Ora, se nem nas omissões inconstitucionais do Parlamento pode a Suprema Corte legislar, com muito maior razão, não poderia legislar em hipótese em que o Congresso não legisla porque:

- todas as dezenas de projetos de leis que cuidam do aborto não conseguiram passar pelas Comissões Parlamentares encarregadas, após audiências públicas;
- a grande maioria do povo brasileiro é contrária à legalização do homicídio uterino;
- não pertence à cultura do povo brasileiro provocar a morte de alguém pelo fato de não haver tratamento curativo para uma determinada doença.

Este comando constitucional é tão relevante que atribuiu ao Congresso Nacional o poder de anular invasões em sua competência legislativa, dependendo apenas da vontade política dos congressistas ou da pressão popular sobre o parlamento, por força do art. 49, inciso XI, assim redigido:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa *em face da atribuição normativa dos outros Poderes; (...)*” (grifos meus)

Ainda assim, como se fosse Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o aborto até o terceiro mês não é crime, pois ainda não há um ser humano. O que mais preocupa nessa decisão, embora só de uma Turma, é que o art. 2º do Código Civil, segundo o qual “todos os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção”, passa a ter um acréscimo “menos um, o direito à vida”!!!

Apesar de a Constituição anterior apenas proteger “a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida” e não o “próprio direito à vida”, como o faz, com clareza, a Constituição atual no art. 5º, houve por bem, a Máxima Corte, entender que o Código Penal de 1940 (artigo 128) seria inconstitucional na sua restrição às outras formas de aborto que não o terapêutico e o sentimental.

Segundo ele, não haveria, pois, vida humana, antes de o feto estar inteiramente formado, razão pela qual qualquer mulher pode matar o filho gerado em seu ventre.

Insta ressaltar, uma vez mais, entretanto, que o Pretório Excelso não pode legislar, nem mesmo nas ações de inconstitucionalidade por omissão do Congresso (art. 103 § 2º), art. este desprezado pelos bons juristas daquela Corte. Por outro lado, o Pacto de São José declara, em seu art. 4º, que a vida é assegurada desde a concepção, sendo, pois, conflitante a tomada de posição da referida Turma com o Tratado do qual o Brasil é signatário.

Ressalte-se, ainda, que no momento, há inúmeros Projetos de Leis em andamento no Congresso Nacional sobre aborto, em que nas Audiências Públicas – participei de algumas – a maioria da população tem-se revelado contra a morte de nascituros provocada por quem deles deveriam cuidar. Ora, o que a população, por seus representantes legítimos por ela eleitos, ainda não decidiu, a Suprema Corte, cujos integrantes não são eleitos pelo povo, mas por um homem só, vem agora decidir.

Certa vez, o consagrado Professor Jerome Lejeune, que detectou aspectos relevantes da Síndrome de Down, membro da Academia Francesa de Letras, foi entrevistado por televisão inglesa, e lhe perguntaram por que fazia oposição ao aborto até três meses, adotado na Inglaterra. Sua resposta foi singela: “Se o nascituro

não é um ser humano até os três meses, só pode ser um ser animal. Ora, se para os ingleses a Rainha da Inglaterra foi um animal durante três meses na sua forma embrionária, para, depois, tornar-se um ser humano, isto é um problema dos senhores, não meu, que sempre fui um ser humano, desde a concepção”.

Valeria a pena os Senhores Ministros da Suprema Corte refletirem sobre as estas sábias palavras do saudoso Professor Jerome Lejeune.

A ANENCEFALIA

Nos autos da ADPF nº 54, o STF criou uma terceira hipótese de impunidade ao aborto, ou seja, o aborto eugênico, não constante do Código Penal (art. 128), que só cuida do aborto terapêutico ou aborto sentimental (estupro).

Assim é que, no caso dos anencéfalos, em que a autorização para a realização do aborto – segundo decisão do meu caríssimo amigo e brilhante jurista, Ministro Marco Aurélio de Mello – pode ser dada até o último dia da gravidez, estar-se-á perante a seguinte absurda situação: matar a criança no ventre materno, em momento anterior ao parto, é permitido, não sendo tal ato de eliminação da vida considerado crime. Já matar o anencéfalo um minuto depois do nascimento, é proibido e o ato é considerado criminoso.

Ora, se a nossa Constituição fala em independência e harmonia entre os Poderes da República (artigo 2º), não poderia autorizar a Suprema Corte a revestir-se de funções legislativas para produzir normas – em assunto no qual o Congresso Nacional, apesar dos inúmeros projetos de leis, entende, em respeito à maioria dos eleitores, que não deve produzi-las – autorizando o aborto por anencefalia dos nascituros.

Apesar de faltar competência normativa à Suprema Corte para a criação de uma terceira hipótese de aborto, *data maxima venia*, foi por ele criada, com ressalva aos brilhantes votos dos Ministros Ricardo Lewandowsky e Cesar Peluso.

Nas hipóteses de aborto legal – para mim a lei penal não foi recepcionada pela Constituição de 1988, que garantiu o direito à vida sem exceções –, a interrupção da gravidez, teoricamente, pode ser realizada a qualquer momento, durante os nove meses de gestação, dependendo, exclusivamente, da decisão da mãe. Significa dizer que a mãe está autorizada a realizar uma cesariana e a jogar o indesejado bebê no lixo, para ali morrer abandonado, tal como ocorre nos abortários americanos.

Há de se realçar, ainda, que a anencefalia pode ser parcial ou total, de tal maneira que, mesmo com os mais modernos equipamentos não é possível garantir 100% de precisão diagnóstica o que, de resto, acontece em todos os exames que dependem da habilidade do profissional que os realiza e elabora o laudo médico. Neste sentido, segundo o depoimento de uma aluna minha, em seu caso, foi diagnosticada a anencefalia, e esse diagnóstico, felizmente, estava errado.

Trago o assunto, novamente, à discussão, para que a sociedade reflita se, entre as grandes conquistas da civilização moderna, está a permissão para transformar o ser humano em lixo hospitalar.

A DOR DO NASCITURO

Outro ponto que, a meu ver, não pode fugir à discussão a respeito do aborto, é a questão da dor do nascituro.

Certa vez, assisti a um programa de televisão em que a obstetra, Dra. Marli Virgínia Lins e Nóbrega, ao falar do sofrimento do feto ou do bebê já formado, durante o abortamento, lembrou que, em alguns países, já se estuda a possibilidade de anestesiá-los, antes da prática do ato, para que não sofram tanto, quando lhes for tirada a vida.

No referido programa da Tribuna Independente, da Rede Vida, os pais de uma criança anencéfala – que não optaram pela antecipação da morte de seu filho, e sim por deixá-lo nascer e viver algumas horas – depuseram relatando que acompanharam, por ultrassom, o desenvolvimento da criança no ventre materno, e que seus gestos demonstravam, nos primeiros meses de vida, ao passar as mãozinhas pela cabeça, que sentia a perda gradativa ou a má formação de seu cérebro.

Bernard Nathanson, em seu livro “The hand of God”, arrola as técnicas utilizadas para tirar a vida de seres humanos no ventre materno. Como médico, ele próprio dirigiu pessoalmente por volta de 75.000 abortos, nos Estados Unidos. Chegou a provocar o aborto de um filho seu, concebido em relação que mantivera com aluna do 5º ano da Faculdade de Medicina. Começou a repensar o assunto em 1974, quando percebeu que era um homicida de crianças, arrependeu-se e passou a ser, então, um defensor da vida.

No oitavo capítulo de seu livro, refere-se, entre os métodos abortivos, ao sistema de aspiração, introduzido por Bykov, em 1927, e difundido no mundo inteiro, como forma de extermínio em massa de nascituros.

Conta, inclusive, um episódio que acompanhou, por ultrassom, de aplicação do método da aspiração (sugar o feto), por uma equipe médica americana. No momento em que o aspirador foi introduzido no útero materno, o feto procurou desviar-se e seus batimentos cardíacos quase dobraram, quando o aparelho o encontrou. Assim que seus membros foram arrancados, sua boca abriu-se, o que deu origem ao título de um outro estudo seu: “O grito silencioso”.

No método de corte, utilizado nas décadas de sessenta e setenta para interromper a gravidez no início da gestação, um raspador é introduzido para separar o feto e cortá-lo em pedaços, provocando grande hemorragia na mãe. O médico tem que ter o cuidado de verificar se nenhuma parte do nascituro fica no ventre materno, para não provocar uma infecção.

No método da injeção com substância salina, injeta-se o veneno no feto que leva mais de uma hora para morrer, expelindo a mãe um filho morto por envenenamento, em torno de 24 horas depois.

Nos abortos em que a criança já tem cerca de 1 Kg, o método aconselhado é a cesariana, e depois – como ocorre nos abortórios americanos – deixa-se a criança morrer, numa lata de lixo, apesar de ter nascido viva.

Já menos usado é o processo de queimar o nascituro, como se fosse atingido por uma bomba de “napalm”.

A verdade é que nenhum método elimina a dor do feto ou do bebê, razão pela qual, como relatou a Dra. Marli, nos países que permitem o aborto, já se fala em anestesiá-los antes de dar execução à morte programada. Em muitos deles há, inclusive, um forte movimento para eliminar a lei permissiva.

Falar, portanto, em aborto de forma “neutra”, sem examinar a dor infligida ao nascituro, é querer ignorar a realidade, ou seja, que o aborto é uma forma de pena de morte, com a utilização de métodos sangrentos e desumanos. Tais métodos são até mais violentos que os empregados para a execução de seres humanos já

nascidos, como, por exemplo, o fuzilamento, em que o condenado morre de imediato, ao passo que o sofrimento do nascituro, até morrer, é muito maior.

DO ASPECTO RELIGIOSO

Os abortistas, na ânsia de desqualificarem os defensores dos inocentes, dizem que estes são movidos por motivos religiosos como se, numa democracia, só quem não tem religião tenha o direito de opinar, sem perceberem que o direito à vida sempre foi defendido por ateus, agnósticos e crentes em Deus, desde que não vocacionados ao direito de matar.

Tanto assim o é que, conforme anteriormente citado, no “Pacto de São José”, tratado internacional a que o Brasil aderiu, o art. 4º diz que a vida tem início na concepção, e só pessoas que teimam em defender teses “da idade da pedra” podem alegar que não é na concepção que a vida principia.

É lamentável que o debate persista e o único argumento que os abortistas utilizam é o de que a contestação ao aborto é de cunho religioso, sem perceberem que, mesmo os parlamentares só o são porque a Constituição permitiu sua eleição, Constituição esta que foi promulgada SOB A PROTEÇÃO DE DEUS.

Sendo assim, se os parlamentares quiserem aprovar o homicídio uterino, que comecem por mudar o preâmbulo da Constituição, colocando no texto “SEM A PROTEÇÃO DE DEUS (...)”.

CONCLUSÃO

Tenho para mim que, por ter a Constituição garantido o “direito à vida” (art. 5º), sem qualquer restrição e, ainda, ser o Brasil subscritor do Pacto de São José, matar embriões de seres humanos no útero ou fora dele, é crime e torna quem o autoriza ou pratica promotor de homicídio.

Sendo assim, não me parece possível que lei ordinária possa autorizar a eliminação sumária de seres humanos, ainda mais pelos métodos dolorosos que se conhecem. Com ainda mais razão, não há nenhuma brecha constitucional que legitime aos membros do STF legislarem sobre o assunto.

Seja sob o aspecto humano (nova vida tomando corpo dentro de outra), seja sob o jurídico (direito à vida como uma cláusula pétreia e o princípio da separação dos Poderes), não há que se falar em legalização do aborto por decisão judicial.

Ainda que ao STF a vida intrauterina não tenha tanto valor quanto a de animais em extinção, a ele cabe o dever de fazer prevalecer a letra fria da Constituição; e esta é clara em determinar que o direito à vida é inviolável! **C**

NOTA

- 1 Agradeço a contribuição de minha Assistente Ana Regina Campos de Sica, que resgatou estudos meus, auxiliando-me na elaboração do presente artigo.



IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

Somente o Parlamento brasileiro pode deliberar sobre o aborto

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

Como noticiado pela imprensa em geral o Supremo Tribunal Federal julgará em breve a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, onde se discute a legalização do aborto no Brasil. A questão do aborto não foi matéria tratada pela Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1987, muito menos pelo legislador constituinte derivado. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não regulamenta o aborto.

O aborto é matéria infraconstitucional, noutras palavras, é matéria regulamentada em lei ordinária. Mais precisamente é o Código Penal de 1940 que estabelece o seu regramento, ora criminalizando, ora autorizando sua prática.

Preceitos genéricos insculpidos na Constituição Federal como dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres não se confundem com questão pontual da admissão ao aborto.

Claro, sob um prisma filosófico e hermenêutico, dentro da subjetividade de cada intérprete, tudo poderá vir a ser entrelaçado no universo jurídico, para se chegar a uma técnica argumentativa, notadamente nas ações individuais.

Mas em sede de controle concentrado há de haver limites mínimos nos critérios interpretativos levados a efeito pela Suprema Corte, pois nesses casos a decisão terá força de lei geral. Aqui, qualquer técnica argumentativa deve esbarrar na independência e razão de ser do Poder Legislativo.

Um critério interpretativo ilimitado dado ao Supremo Tribunal importará na supressão do parlamento brasileiro, criando-se um órgão com poderes divinos ilimitados, acima mesmo da regra da repartição de Poderes pensada por Montesquieu.

O Supremo Tribunal Federal é expressamente o guardião da Constituição, jamais seu criador ou reformador. A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é instrumento processual a serviço da supremacia do texto constitucional, não se prestando para emendar a Constituição, muito menos promover a reforma da legislação ordinária federal. 



CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL é Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Novos rumos para a compensação tributária de créditos judiciais

■ POR MIRIAN TERESA PASCON

“É evidente que hoje, à luz das profundas alterações no sistema processual civil brasileiro, as limitações então impostas nos artigos 170-A do CTN e 74 da Lei 9.430/96 devem agora ser interpretadas em âmbito sistemático com os atuais direitos e garantias, ora elegidos ao âmbito constitucional.”



Decisões recentes da Justiça Federal estão abrindo um novo caminho para a compensação tributária de créditos judiciais no país. Os Tribunais Regionais Federais (TRFs) vêm aplicando, em alguns casos isolados e de forma definitiva, tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, anteriormente ao trânsito em julgado daquela decisão (RE 574.706/PR).

Vale frisar que o Judiciário vinha acolhendo a tese da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), de que estando pendente de julgamento os Embargos de Declaração por ela opostos naquele processo, o julgamento não estaria a produzir efeitos, não podendo ser aplicado.

Apenas neste caso, estimativas do Governo Federal, na época do julgamento, previam um rombo na ordem de mais de R\$ 250 bilhões, somente na devolução de indébitos judiciais de processos que se arrastam desde 2003, ano em que o STF deu início às análises. Os valores retroagem a março de 2017, mês do julgamento, cujo acórdão somente restou publicado em outubro daquele ano. Se o valor impressiona em termos de orçamento público, impressiona muito mais se considerarmos que, em um cenário de profunda recessão, foram R\$ 250 bilhões retirados, indevidamente, do setor privado para investimentos nos setores industrial, de serviços e do agronegócio, na geração de empregos, e no aquecimento da economia.

A arrecadação tributária, por ser a força motriz do Estado, sempre teve a imposição de carga inconstitucional como política econômica de vários dos Governos do Brasil. A lógica é a de que, ante um tributo inconstitucional, somente uma parte dos contribuintes litigará contrariamente, mais da metade desses desistirão no meio do extenuante caminho processual, e ao final, havendo uma mínima parte que se sagra vencedora, o débito será de outra gestão, dezenas de anos à frente. É uma lógica correta, embora subverta qualquer princípio democrático.

A década de 1990 assistiu às primeiras e históricas vitórias judiciais dos contribuintes. Dezenas de milhares foram incentivados à demanda judicial, ante as liminares que faziam frente ao penoso e infundável tramitar dos processos, autorizando a compensação dos indébitos.

Isso fez com que o Governo Federal fosse fechando o cerco legislativo, culminando com edição da Lei Complementar 104/05, que introduziu o artigo 170-A no Código Tributário Nacional, proibindo a compensação tributária anteriormente ao trânsito em julgado das ações.

Em decorrência, a mesma previsão passou a constar no artigo 74, da Lei 9.430/96, que trata da compensação no âmbito tributário federal, prescrevendo que a compensação efetuada anteriormente ao término da ação seria considerada “não declarada”, impedindo o contribuinte à defesa administrativa, para além da imposição da pesada multa de 50%.

O Fisco é o maior litigante do Poder Judiciário e integra mais da metade dos processos que tramitam no país. É um dos principais causadores da modorrenta tramitação dos processos. E justiça lenta, é negação de justiça.

Atenta a essa realidade, a sociedade civil articulou a Emenda Constitucional 45/2005, que acresceu o inciso LXXVIII ao art. 5º, passando a integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais “o direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O comando constitucional foi introduzido no âmbito legal através de profundas modificações, dentre elas a edição das Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08, que, alterando o Código de Processo Civil vigente à época, introduziram-lhe os artigos 543 B e C, que inauguram, respectivamente, o regime de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e o regime de repercussão geral, no âmbito do STF. A partir de então, em consonância com os comandos constitucionais (que também derivam da Convenção Americana de Direitos Humanos), o sistema processual brasileiro passou a ser regido pelo regime de precedentes, submetendo todas as instâncias do Poder Judiciário aos termos dos julgamentos realizados nesta sistemática. Em decorrência, alterações no mesmo sentido foram realizadas nos regimentos internos dos Tribunais Administrativos – CARF e Tribunais Estaduais.

Portanto, é evidente que hoje, à luz das profundas alterações no sistema processual civil brasileiro, as limitações então impostas nos artigos 170-A do CTN e 74 da Lei 9.430/96 devem agora ser interpretadas em âmbito sistemático com os atuais direitos e garantias, ora eleitos ao âmbito constitucional.

Neste sentir, torna-se premente que, em face de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de imposição tributária em sede do regime de precedentes, a limitação do direito de compensação anteriormente ao trânsito em julgado deve ser afastada nas demandas individuais, que aguardam a penosa tramitação e encerramento. Especialmente em um cenário em que a PGFN atua com força-tarefa na interposição de recursos, procrastinando os feitos.

Vale lembrar que o novo CPC, mantendo o regime de precedentes, também inovou com a instituição da denominada “tutela de evidência”, em seu artigo 311. Nela, não mais se exige o requisito da urgência, bastando a comprovação do direito para o fim de que seja liminarmente assegurado. Com isso, é hoje possível que o Judiciário possa afastar as limitações para a compensação anteriormente ao término do processo, em prestígio a todos os fundamentos nos quais se ampara o atual sistema processual civil.

Por isso, há que se comemorar que os TRFs comecem a aplicar a tese fixada pelo julgamento do RE 574.706 realizado no já longínquo março de 2017, anteriormente ao seu trânsito em julgado. Contudo, sem se esquecer que são casos isolados e raros. A sociedade civil, representada pelos contribuintes e através da comunidade jurídica, deve prosseguir na busca de implementação das mudanças já asseguradas, nessa perversa batalha dos interesses político-econômicos conjunturais contra uma democracia que se quer saudável. 



A pressa é inimiga da perfeição

■ POR WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO



É falso dizer que o STF proibiu aterros sanitários em áreas de preservação permanente

“Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”.

Viver na “sociedade de informação” possui muitas vantagens, mas uma desvantagem é a velocidade excessiva com que se recebe e transmite informações, sem se fazer juízo crítico. E, muitas vezes, uma visão superficial leva a grandes equívocos. Exemplo desta situação é a leitura que muitos fizeram do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4903, no qual se questionou a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei federal 12.651, de 25 de maio de 2012 (“Novo Código Florestal”).

O novo Código Florestal previu em seu artigo 8º que “A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei”, pelo que, para saber quais atividades podem se localizar nas Áreas de Preservação Permanente (APPs), necessário saber a exata compreensão do que seja “utilidade pública”.

A mesma Lei, em seu artigo 3º, inciso VIII, alínea “b”, afirma que é utilidade pública, dentre outras, as hipóteses de “obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão (...)”.

No julgamento da ADI 4903, ocorrido no dia 28 de fevereiro de 2018, o STF decidiu declarar inconstitucional, dentre outros aspectos do Código Florestal, a expressão “gestão de resíduos” que, portanto, não pode ser mais considerada atividade de utilidade pública, tornando inviável que se localizem obras e infraestruturas a ela destinadas nas Áreas de Preservação Permanente. Logo muitos concluíram que os

aterros sanitários, inclusive os destinados aos resíduos sólidos urbanos, estariam proibidos de se localizar nestas áreas, o que, praticamente os inviabilizaria, com trágicas consequências para a economia e para a sociedade.

Contudo, a conclusão é fruto de uma leitura apressada da decisão que sequer possui Acórdão publicado. Isso porque, apesar da exclusão da expressão “gestão de resíduos”, no questionado dispositivo do Código Florestal continua sendo considerada de utilidade pública, e, portanto, podendo se localizar em Áreas de Preservação Permanente, as obras e infraestrutura destinadas ao saneamento.

Ora, saneamento envolve cinco serviços públicos: (i) abastecimento de água potável; (ii) esgotamento sanitário; (iii) limpeza pública; (iv) manejo de resíduos sólidos urbanos, e (v) manejo de águas pluviais urbanas. Ou seja, para não se cair em equívoco, fundamental se ter em conta que, por saneamento, também se entende o manejo de resíduos sólidos urbanos. É assim que a engenharia, tanto no Brasil como em outros países de língua portuguesa, entende a expressão saneamento. É assim que, na legislação brasileira, o saneamento é conceituado – v. a Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Portanto, continua sendo consideradas de utilidade pública as obras e as infraestruturas destinadas ao manejo de resíduos sólidos urbanos. Esta parte da lei não foi declarada inconstitucional. Com isso, caso o aterro sanitário seja destinado aos resíduos sólidos urbanos (ou seja, os originários do uso residencial, do uso comercial ou industrial equiparado a residencial ou os originários da limpeza pública) nada impede de se localizarem em Área de Preservação Permanente, desde que cumpridas as demais condições, inclusive o licenciamento ambiental.

Contudo, o aterro sanitário, ou outra espécie de instalação, não poderá receber resíduos industriais, perigosos, nucleares ou outros – como os dos “lixões” –, que não se caracterizam como resíduos sólidos urbanos. Foi isso que o STF decidiu, ao manter no texto a expressão “saneamento” sem a ela adicionar qualquer espécie de interpretação conforme. Ficaram proibidas nas APPs obras e infraestruturas destinadas à gestão de resíduos (privados), mas se autoriza tais obras e infraestruturas quando destinadas ao saneamento, inclusive ao manejo de resíduos sólidos urbanos (públicos).

Logo, dizer que estaria proibida toda e qualquer espécie de aterro sanitário em Áreas de Preservação Permanente é leitura que altera o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Descabidas as críticas de que o STF teria sido irresponsável por proferir decisão frontalmente contrária aos interesses da sociedade, da economia e da proteção ambiental (porque, sem alternativa, o inevitável seria a manutenção e ressurgimento dos “lixões”). Necessário aguardar o Acórdão, porém, na sessão de julgamento, ficou claro, pelas intervenções da Ministra Carmen Lúcia e do Ministro Dias Toffoli, que se declarava inconstitucional a “gestão de resíduos”, mas se mantinha o “saneamento”, sendo que esta última expressão denota o tratamento técnico e adequado de resíduos, diferenciando-se dos “lixões”.

Mais uma vez se mostra verdadeira a lição do Professor Eros Grau, de que “não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”, porque, especialmente em um mundo em que as informações são recebidas em máxima velocidade, não raro há o grave risco de, por causa da pressa, se tomar a nuvem por Juno. 



WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO é advogado, sócio do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Foi consultor do Governo Federal na elaboração da Lei de Consórcios Públicos, da Lei Nacional de Saneamento e da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos.



Ajuste Fiscal com Crescimento

■ POR FRANCISCO LAFAIETE LOPES

A emenda constitucional do teto dos gastos públicos foi a maior contribuição da gestão Henrique Meirelles na Fazenda. Sua importância para a estabilização da economia brasileira é comparável à reforma monetária do Plano Real ou à institucionalização da política monetária com a criação do COPOM. Ela introduziu na Constituição uma regra fiscal que produzirá de forma gradual um ajuste fiscal como consequência do crescimento da economia. Trata-se de uma ideia brilhante, provavelmente a única forma viável de obter isto no contexto atual da democracia brasileira. Não obstante começam a surgir críticas. O pré-candidato Ciro Gomes já defende publicamente que seja revogada, Marina mostra dúvidas e Alkimin afirma que para controlar as finanças do Estado de São Paulo não foi necessária nenhuma regra rígida de teto. O Tribunal de Contas da União publicou um estudo sugerindo o risco de uma paralisia total da máquina pública. Alguns economistas envolvidos com pré-candidatos consideram que a medida é excessiva e inexecutável; acham que não passa de uma declaração simbólica de intenções. Outros, de veia mais poética, a comparam a uma promessa de alcoólatra e há até quem se refira a ela como o excêntrico teto de gastos. Parece até que esses senhores não leram o texto da emenda e desconhecem que estão previstos mecanismos automáticos radicais de contenção de gastos se o teto for estourado.

Vamos lembrar como essa regra fiscal vai funcionar. A taxa de crescimento das despesas públicas deverá ser não superior à taxa de inflação, que em condições normais é inferior à taxa de crescimento do PIB. Consequentemente a despesa pública como percentagem do PIB estará caindo ao longo do tempo, ao passo que a receita pública manterá uma relação estável com o PIB. O resultado é que o déficit primário do governo será eventualmente erradicado, transformando-se em superávits primários crescentes. Eventualmente a dívida pública como percentagem do PIB vai parar de aumentar e passará a declinar, mostrando que está de fato ocorrendo um ajuste fiscal.

Existe, porém, uma dificuldade na forma como o teto foi instituído pela Emenda Constitucional 95 (EC95). Considere a despesa pública como composta por três grandes itens: os benefícios do INSS, as despesas obrigatórias (incluindo despesas de pessoal e outras) e as despesas discricionárias. O controle orçamentário do governo pode impedir que a taxa de crescimento dos dois últimos itens supere a taxa de inflação, mas não pode fazer o mesmo com a taxa de crescimento dos benefícios, que só depende da evolução do salário mínimo e de parâmetros demográficos. Esta é a única dificuldade com a regra do teto. Nossa projeção é que num horizonte

“Podemos projetar que mesmo com essa modificação da EC95 ocorrendo já em 2021 e sem qualquer ganho de contenção nos benefícios da previdência, o que nos parece muito improvável, a regra do teto dos gastos produzirá uma redução na dívida pública bruta próxima a 10 pontos percentuais até 2028, ou seja, um belo sucesso para a estratégia de ajuste fiscal com crescimento.”

de dez anos a taxa de crescimento dos benefícios será da ordem de 8,5% ao ano, bem superior à taxa média de inflação do IPCA que vai definir a evolução do teto dos gastos. Para compensar, mantendo a despesa total e as despesas obrigatórias alinhadas ao teto, será necessário reduzir as despesas discricionárias continuamente ao longo do tempo até chegará zero em 2026. A partir deste ponto a regra do teto ficará inviável. Note-se, por outro lado, que neste caso teremos um ajuste fiscal espetacular com superávit primário de quase 4% do PIB em 2026 e redução de dez pontos na dívida como percentual do PIB até aquele ano.

É claro que o governo percebeu essa dificuldade quando desenhou a regra do teto, já que sabia que sua capacidade de controlar os benefícios do INSS está limitada por preceitos constitucionais. Talvez tenha lhe parecido uma grande oportunidade de motivar politicamente a reforma da previdência e de fato o Ministro Meirelles desenhou uma proposta de reforma exatamente dimensionada para neutralizar a dificuldade. Acontece que a proposta não foi aprovada mesmo após uma negociação que reduziu à metade a contenção pretendida dos benefícios no horizonte de dez anos, mostrando que talvez não tenha sido boa estratégia dimensionar a reforma da previdência para resolver a dificuldade gerada pela regra do teto.

Será então que a estratégia de ajuste fiscal com crescimento utilizando o teto dos gastos é inviável? Não necessariamente! Esse problema da compressão do valor nominal das despesas discricionárias pode ser eliminado com uma pequena modificação na EC95, que consistiria em adicionar um parágrafo ao artigo 107 estabelecendo duas coisas: primeiro que despesas primárias no caso do Poder Executivo passam a não incluir benefícios do INSS e, segundo, que os limites do teto passam a ser calculados tomando como base as despesas realizadas no ano anterior a essa modificação. Se fizermos projeções com as hipóteses de que essa modificação entra em efeito a partir de 2021 e de que não será possível obter qualquer avanço na reforma da previdência, o resultado primário do governo central ainda passa a ficar positivo a partir de 2021 e evolui para um superávit significativo de quase 2% do PIB em 2026. Neste caso ainda teremos um processo de redução da dívida do setor público, apenas um pouco mais lento que no caso em que não ocorre mudança da regra em 2021. Podemos projetar que mesmo com essa modificação da EC95 ocorrendo já em 2021 e sem qualquer ganho de contenção nos benefícios da previdência, o que nos parece muito improvável, a regra do teto dos gastos produzirá uma redução na dívida pública bruta próxima a 10 pontos percentuais até 2028, ou seja, um belo sucesso para a estratégia de ajuste fiscal com crescimento. 



FRANCISCO LAFAIETE LOPES é PhD por Harvard, sócio da consultoria Macrométrica e ex-presidente do Banco Central.

Impactos no ressarcimento ao SUS

■ POR MARCELO KOKKE

“A combalida destinação de recursos orçamentários para atendimento e satisfação do direito subjetivo público de políticas públicas de saúde é afetado diretamente, com drenagem que não foi posta em estudo quando aos impactos econômicos e financeiros que serão provocados.”

A Resolução Normativa nº 433, de 27 de junho de 2018, da Agência Nacional de Saúde (ANS), que estabelece um novo marco normativo para determinar e expandir os limites de coparticipação em planos de saúde, é alvo de debates e críticas tanto do ponto de vista jurídico quanto dos pontos de vista social e econômico.

O artigo 2º da resolução define a coparticipação como valor devido à operadora de plano de saúde em razão do procedimento realizado pelo usuário. Também a define a franquia como o valor estabelecido no contrato de plano privado de assistência à saúde até o qual a operadora de plano privado de assistência à saúde não tem responsabilidade de cobertura, quer nos casos de reembolso ou nos casos de pagamento à rede credenciada, referenciada ou cooperada.

A resolução amplia o patamar usual em dos limites de coparticipação dos usuários, vindo a estabelecer limite anual máximo devido por beneficiário a contar da vigência do contrato, em valor que corresponde a 12 (doze) contraprestações pecuniárias base.

A AMPLIAÇÃO DOS LIMITES DE COPARTICIPAÇÃO NÃO IMPLICA APENAS AFETAÇÃO DE RELAÇÕES PRIVADAS, MAS IMPACTO ORÇAMENTÁRIO NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE

Embora a resolução esteja sendo posta em amplo debate, um ponto permanece alheio e mesmo sob sombras. A resolução implica efeitos diretos nos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS), havendo concretas possibilidades de comprometimento de recursos de ressarcimento devidos ao Sistema pelas operadoras de planos de saúde.

As operadoras de planos de saúde enveredaram durante anos batalha judicial para questionar a constitucionalidade e legalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656, de 1998.

O dispositivo determina que os planos de saúde devem ressarcir os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus

consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS. Assim, se um usuário de plano de saúde é atendido pelo SUS, os valores despendidos são ressarcidos ao Sistema pela operadora de plano de saúde, por meio de cobrança da própria Agência Nacional de Saúde e, quando judicializada, por meio da atuação da Advocacia-Geral da União.

A previsão normativa de ressarcimento ao SUS foi reconhecida e firmada como constitucional e legal pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, tema 345. Assentou o STF que “é constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos”.

O problema que se levanta é justamente o comprometimento do ressarcimento ao SUS em razão da expansão dos limites da coparticipação. Isto porque o valor correspondente à coparticipação, a cargo do usuário, não é computado para fins de ressarcimento. O impacto sobre o SUS pode ocorrer de duas formas. A primeira, intuitiva economicamente, é transferir para o SUS procedimentos que antes seriam realizados por conta dos planos de saúde. Afinal, o usuário, sabedor da maior carga participativa no custo, tenderá a recorrer ao sistema público para procedimentos com maior cobrança ou para o qual tenha que arcar com valores participativos para os quais não esteja disposto ou simplesmente não tenha condições econômicas.

A segunda forma de impacto e aqui posta em foco é justamente o decréscimo do ressarcimento, comprometendo valores destinados ao SUS. Ao elevar os valores de coparticipação, há automática redução do valor devido de ressarcimento ao SUS. As operadoras deixam de cumprir a obrigação legal de ressarcimento justamente porque não têm obrigação de cobertura sobre os valores a cargo dos usuários, conforme sustentam judicialmente, impactando no Sistema, que passa a arcar completamente com o atendimento.

Não se entra aqui no mérito do ressarcimento em si. A questão está solidificada no Supremo Tribunal Federal. O ponto de definição é justamente que elevação da coparticipação consiste em via transversa que compromete a teleologia normativa do art. 32 da Lei nº 9.656/98, além de sobrecarregar o sistema público de saúde. Os efeitos econômicos serão contundentes. A estimativa de planos de saúde em que há coparticipação indica quantitativo superior a 25 milhões de beneficiários.

A ampliação dos limites de coparticipação não implica assim apenas afetação de relações privadas, implica também impacto orçamentário e de gestão nos recursos o sistema público de saúde. A combatida destinação de recursos orçamentários para atendimento e satisfação do direito subjetivo público de políticas públicas de saúde é afetado diretamente, com drenagem que não foi posta em estudo quando aos impactos econômicos e financeiros que serão provocados. 



MARCELO KOKKE é pós-doutor em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela - ES, mestre e doutor em Direito pela PUC-Rio, especialista em Processo Constitucional, professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara e professor de pós-graduação da PUC-MG.

Maslow na Gestão Jurídica

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

A primeira consideração que devemos fazer sobre a gestão jurídica é dividi-la em dois conjuntos de atividades diferentes, com características, desafios e soluções completamente diferentes para cada uma delas. O primeiro conjunto diz respeito à gestão da operação jurídica, onde são geridas todas as atividades envolvidas no processo da concepção, da execução e do acompanhamento do processo jurídico até a sua conclusão.

Neste conjunto de atividades estão concentradas a maioria das inovações tecnológicas que estão criando uma revolução no *modus operandi* dos serviços jurídicos e na profissão do Direito.

Tanto para escritórios de advocacia quanto para departamentos jurídicos, estão aparecendo ferramentas impressionantes que irão ajudar os advogados a serem mais rápidos, mais eficientes e tornar o acesso à justiça um pouco mais barata para o consumidor desses serviços.

Apenas para enunciar as principais tendências, cito os sites e sistemas alternativos de resolução de conflitos (com maior ou menor utilização de tecnologia aplicada); os fornecedores de dados compilados e normalizados de processos; sistemas de estatísticas de julgamentos, etc. Alguns mais sofisticados utilizam algoritmos estatísticos e de “machinelearning” para propiciar a elaboração automática (ou quase) de documentos; para entender o contexto do documento por meio de processamento de linguagem natural (NLP); para fazer pesquisas inteligentes sobre



doutrinas, jurisprudências, etc., até a utilização de plataformas de blockchain para registros de documentos.

O segundo conjunto de atividades diz respeito à gestão no negócio Jurídico, onde são executadas todas as atividades inerentes à qualquer negócio, ou seja, controle da eficiência e da qualidade da produção, gestão de talentos (antigamente RH), controles financeiros, de faturamento e cobrança, marketing institucional e de vendas, branding, tecnologia, etc.

Neste grupo, precisamos fazer uma outra distinção, separando as necessidades de departamentos jurídicos e de escritórios de advocacia, pois parte das atividades anteriores são completamente diferentes (ou inexistentes) em cada um dos casos.

O motivo principal desta discussão é fazer uma analogia da pirâmide de Maslow sobre a hierarquia das necessidades humanas com aquelas necessárias à correta gestão de uma empresa prestadora de serviços advocatícios (“aka” escritório de advocacia) e também discutir um pouco sobre a utilização de inteligência artificial e humana neste processo.

A pirâmide original de Maslow prevê 5 níveis (caminhando da base para o topo): Fisiologia, Segurança, Social, Estima e Realizações Pessoais.

Nas empresas, a fisiologia são os dados e informações, pois sem eles ou com eles imprecisos, todas as outras atividades ficam prejudicadas ou inviáveis. Imagine uma decisão operacional ou estratégica baseada somente no “achismo” de algum gestor! Gosto de citar sempre a frase de W. Edwards Demming: “Sem informação, você é apenas mais um com uma opinião”.

O nível da segurança na pirâmide original, relativizo com a tecnologia, pois é nesse nível que a fisiologia acontece no indivíduo e o tratamento dos dados e informações na empresa. Todas as tecnologias disponíveis para tratar números e palavras (textos) criam um arcabouço que irá sustentar os níveis superiores, processando as informações e dados e gerando os relatórios gerenciais (chamados atualmente de dashboards).



“À medida que evoluímos na pirâmide, aspectos como interpretações, considerações subjetivas e análises multidirecionais ou multidisciplinares vão se tornando mais relevantes e importantes.”

O terceiro nível, chamado social na pirâmide original é equivalente à operação na pirâmide empresarial, pois por meio da operação as empresas se relacionam com os clientes, com seus colaboradores, seus parceiros e fornecedores e se posicionam no mercado.

O quarto e penúltimo nível refere-se à estima no indivíduo ou autoconhecimento e é exatamente igual a uma empresa, onde por meio dos três níveis inferiores acumula e gerencia o seu maior bem, o seu conhecimento (principalmente nas empresas que vendem serviços intelectuais onde escritórios de advocacia de encaixam perfeitamente)!

O último nível no indivíduo são suas realizações e novamente é perfeitamente comparável com uma empresa, ou seja, com os quatro níveis inferiores, a empresa tem condições de exercer uma governança eficiente e traçar suas estratégias para atingir seus objetivos!



O último ponto a abordar diz respeito a como são utilizadas as duas inteligências (a artificial e a humana) em todas essas camadas da pirâmide de uma empresa jurídica. Como já vimos anteriormente, a utilização da IA tem sido extremamente disseminada na gestão da operação jurídica e não seria diferente na gestão do negócio.

À medida que evoluímos na pirâmide, aspectos como interpretações, considerações subjetivas e análises multidirecionais ou multidisciplinares vão se tornando mais relevantes e importantes. Para esses casos, ainda (sabe lá Deus até quando) a inteligência humana se sai melhor, ao passo que nos níveis mais baixos, o processamento de milhares ou milhões de informações em curtos espaços de tempos se mostram muito mais eficientes com o emprego da inteligência artificial.



JOSÉ PAULO GRACIOTTI é consultor, autor do livro "Governança Estratégica para escritórios de Advocacia", sócio da GRACIOTTI Assessoria Empresarial, membro da ILTA – International Legal Technology Association e da ALA – Association of Legal Administrators. Há mais de 28 anos implanta e gerencia escritórios de advocacia.

Princípio da insignificância deve ser aplicado com cautela nos crimes previstos na Lei de Drogas

■ POR FRANCISCO SANNINI NETO E EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“O princípio da insignificância não pode ser considerado incompatível “a priori” com os tipos penais da Lei de Drogas, devendo, porém, cada situação concreta merecer a devida ponderação para uma aplicação ou afastamento justo de tal princípio.”

O tema objeto deste artigo é extremamente polêmico e comporta diversos posicionamentos na jurisprudência. Como é cediço, o princípio da insignificância tem a aptidão de afastar a tipicidade material da conduta e vem sendo acolhido rotineiramente pelos Tribunais Superiores nas mais variadas hipóteses de infrações penais.

De um modo geral, o Superior Tribunal de Justiça tem sustentado a inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação aos crimes da Lei de Drogas, uma vez que estamos diante de crimes de perigo abstrato. No que se refere ao crime do art. 28, da Lei, a jurisprudência acrescenta que a pequena quantidade de droga já é inerente a própria caracterização do delito, razão pela qual, não se poderia falar em insignificância nesse caso.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena quantidade de entorpecente apreendida com o agravante ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é crime de perigo abstrato e, além disso, o reduzido volume da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o

reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes.¹

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma – saúde pública. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.²

Já no Supremo Tribunal Federal o tema é mais controverso, sendo possível encontrar decisões em ambos os sentidos no que se refere ao crime do art. 28, senão vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.³

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. POSSE DE ENTORPECENTES. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO JULGAMENTO DO AI Nº 747.522. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos requisitos estabelecidos na legislação infraconstitucional, posto controversia de natureza infraconstitucional, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do AI nº 747.522–RG, Relator Min. Cezar Peluso, DJe de 25/9/2009. 2. *A aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente. In casu, não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do aludido princípio, a fim de trancar a ação penal.* (Grifamos)⁴

O cenário torna-se ainda mais nebuloso quando nos deparamos com uma situação envolvendo a conduta de *importar* sementes de “maconha” (*cannabissativaleu*), que é essencial na produção da planta e, conseqüentemente, da própria droga. A controversia em torno desse caso se relaciona ao fato de que o art. 28, da Lei nº 11.343/06, que trata do porte de drogas para consumo pessoal, não tipifica

em seus núcleos a conduta de *importar*. Desse modo, torna-se impossível adequar a referida conduta ao tipo penal supracitado, ainda que estejamos diante da importação de pequena quantidade de sementes visando o cultivo de pequena quantidade da planta destinada a produção de pequena quantidade de “maconha” para consumo pessoal.

Com efeito, a jurisprudência absolutamente majoritária do Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando pela impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade da conduta em tais situações:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINNEU. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. FATO TÍPICO. PRECEDENTES. PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a importação clandestina de sementes de cannabis sativa lineu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/2006. 2. Nessa linha de raciocínio, o fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga. Por isso, sua importação clandestina, por si só, amolda-se ao tipo penal insculpido no art. 33, § 1º, da Lei nº 11.343/2006, não havendo falar em atipicidade da conduta, tampouco em desclassificação para contrabando. (AgRg no REsp 1658937/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017). 3. Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida. 4. Agravo regimental não provido.⁵

Ocorre que recentemente instaurou-se uma divergência dentro do STJ, sendo possível encontrar ao menos dois julgados admitindo a aplicação da insignificância na hipótese de importação de pequena quantidade de sementes da planta *cannabis sativa lineu*:

1. O fruto da planta *cannabis sativa lineu*, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga, cuja importação clandestina amolda-se ao tipo penal insculpido no art. 33, § 1º, da Lei nº 11.343/2006. 2. Todavia, tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do art. 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato. (Grifamos)⁶

Tendo em vista que estes autores jamais se esquivaram dos debates mais espinhosos que rodeiam a seara criminal, na sequência passamos a expor a nossa opinião sobre tais controvérsias.

No que se refere ao crime do art. 28, da Lei de Drogas, entendemos que, ao menos em regra, assiste razão ao Superior de Tribunal de Justiça, especialmente sob o argumento de que a pequena quantidade de droga já é da essência do delito. Excepcionalmente, contudo, admitimos a aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses em que o agente adquire a droga para consumo imediato.

Explicamos! Nos termos do art. 28, da lei, não foi tipificada a conduta de *consumir* droga. O que se pune é a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte ou o porte da droga para o seu próprio consumo. Não é outra a lição de CAPEZ:

A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação.⁷

Assim, embora a conduta de *adquirir* droga para consumo pessoal seja típica, nos casos em que o usuário a consome imediatamente após a sua aquisição o fato seria materialmente atípico. Isto, pois, em tais circunstâncias, o bem jurídico tutelado (saúde pública) não é lesado e nem sequer exposto a um risco proibido relevante devido ao fato de que não houve circulação da substância ilícita. Ora, se o objetivo do art. 28 é evitar o perigo social que a circulação da droga acarreta, no caso em análise é imperioso o reconhecimento do princípio da insignificância.

Já no que se refere aos crimes de tráfico de drogas (art. 33, *caput* e §1º, da Lei) entendemos perfeitamente aplicável o princípio da insignificância a depender do caso concreto. Concordamos que, ao menos em regra, por se tratar de crime de perigo abstrato e de natureza equiparada à hedionda, o tráfico de drogas não permite o reconhecimento da insignificância.

Entretanto, em situações pontuais o reconhecimento do tráfico de drogas com a imposição de todos os seus rigores jurídico-penais, inclusive os previstos na Lei dos Crimes Hediondos, nos parece desproporcional. Para ilustrar nossa posição nos valem o seguinte exemplo. É cediço que entre as condutas punidas no art. 33, da Lei de Drogas, está o núcleo “fornecer”. Isso significa que o simples fornecimento da droga, ainda que sem qualquer intenção de lucro, pode caracterizar a infração penal em questão.

Nesse contexto, imaginem o cenário em que um usuário de “maconha” resolva abandonar o vício. Ocorre que ele ainda mantém em sua posse 100 gramas da droga e, para não a jogar fora, resolve fornecê-la a um amigo sem qualquer contraprestação financeira. É evidente que nesse exemplo a conduta encontra adequação típica no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, mais especificamente no verbo “fornecer”. Há, portanto, tipicidade formal ou legal. Contudo, parece-nos que nessa hipótese o bem jurídico tutelado não é lesionado de maneira relevante, razão pela qual, deve-se reconhecer a atipicidade material da conduta por meio da aplicação do princípio da insignificância.

O mesmo ocorreria na hipótese em que um usuário de *ecstasy* “fornecesse” apenas um comprimido da droga a um amigo para que ele a consumisse em uma *raive*. Aqui, tal qual no exemplo anterior, a conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica, devido a irrelevância da lesão ao bem jurídico tutelado. Em tais situações, portanto, deve ser reconhecida a aplicação do princípio da insignificância para afastar a incidência do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Por fim, no que se refere à conduta de *importar* pequena quantidade de sementes da planta *cannabis sativa lineu*, entendemos pela impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Isto, pois, a conduta de *importar* nos parece sensivelmente mais grave por transcender o território nacional, fomentando, assim, o tráfico internacional de drogas. Note-se que o legislador poderia ter inserido a

conduta de *importar* ou *exportar* drogas para uso pessoal entre as figuras típicas do art. 28, da Lei, mas optou, deliberadamente, por não fazê-lo. Em nossa visão, isso significa que o próprio legislador, no momento de selecionar as condutas que mereceriam repressão por meio do art. 28, entendeu por bem excluir os verbos *importar* e *exportar* por considerá-los de maior gravidade, o que é incompatível com o princípio da insignificância.

Em consonância com esse entendimento é o escólio de Rogério Sanches:

Há de se considerar, todavia, que a importação de sementes, ainda que com a finalidade de utilizá-las para consumo pessoal, é mais grave, pois inegavelmente envolve indivíduos ligados ao tráfico internacional de drogas. Não é possível diminuir a relevância da importação sob o simples argumento de que a semeadura para consumo próprio é tratada de forma mais branda; é imperioso que se analise todo o contexto que envolve a importação.⁸

Em suma, o princípio da insignificância não pode ser considerado incompatível “a priori” com os tipos penais da Lei de Drogas, devendo, porém, cada situação concreta merecer a devida ponderação para uma aplicação ou afastamento justo de tal princípio. **■**

NOTAS

- 1 STJ, AgRg no AREsp 1093488/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18.12.2017. No mesmo sentido, STJ, RHC 34.446/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 27.05.2013.
- 2 STJ, AgRg no RHC 68686q/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 12.09.2016.
- 3 STF, HC 110478/SC, 1ª Turma Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.02.2012.
- 4 STF, ARE 728688/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2013.
- 5 STJ, AgRg no REsp 1.691.992/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 18.12.2017. No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.639.494/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 30.08.2017.
- 6 STJ, AgRg no REsp 1.658.928/SP, DJe 12.12.2017. Na mesma linha: STJ, REsp 1.675.709/SP, DJe 13.10.2017.
- 7 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação Especial*. ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 684-685.
- 8 CUNHA, Rogério Sanches. *Importação de pequena quantidade de sementes de maconha pode ser atípica*. Disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2018/02/01/stj-importacao-de-pequena-quantidade-de-sementes-de-maconha-pode-ser-atipica/>. Acesso em 02.08.2018.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação Especial*. ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Importação de pequena quantidade de sementes de maconha pode ser atípica*. Disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2018/02/01/stj-importacao-de-pequena-quantidade-de-sementes-de-maconha-pode-ser-atipica/>. Acesso em 02.08.2018.

ARQUIVO PESSOAL



FRANCISCO SANNINI NETO é Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concurso da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

ARQUIVO PESSOAL



EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é Delegado de Polícia em Guaratinguetá (SP). Mestre em Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal. Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Se a matéria é discricionária, nem o judiciário nem o Tribunal de Contas pode determinar contratações pelo Poder Público

■ POR SANDRA KRIEGER GONÇALVES E IVAN BARBOSA RIGOLIN

LIMITAÇÕES AO PODER JUDICIÁRIO

Este breve artigo pretende alertar a consciência institucional das autoridades dos diversos Poderes do Estado, ou de outro modo avivar sua memória sobre uma questão jurídica recorrente de tempo em tempo em nosso país, sobre a natural *limitação de poder* que mesmo os mais altos entes jurisdicionais experimentam dentro do ordenamento constitucional.

Não existe Poder ou instituição mais provida da faculdade de decidir sobre os destinos dos cidadãos jurisdicionados – e o somos todos, invariavelmente – que o Poder Judiciário. É da sua essencial natureza, e para isso mesmo existe.



“Contratar ou não contratar é uma *escolha discricionária* da autoridade pública, e nesse sentido não pode ser forçada por autoridade nenhuma, do Poder que for, num estado democrático de direito. Mesmo após licitar um objeto de contrato pode a autoridade deixar de contratar, bastando, para isso, se se arrependeu da licitação ou se tiver algum motivo outro para não contratar, deixar escoar o prazo de validade da proposta vencedora sem convocar o seu autor para a contratação.”

Esse papel já era o seu ainda e bem antes até do advento da clássica enunciação da tripartição dos poderes do estado por Montesquieu, através de cuja obra o tema ganhou notoriedade generalizada, que não tinha antes. É do Judiciário o papel de decidir em instância final e em caráter definitivo as querelas, as disputas e as prebendas entre cidadãos, empresas, o Estado ou quaisquer outras pessoas que possam existir dentro de cada país que adote o sistema tripartite.

É certo, porém tudo no estado tem regras e tudo tem medidas. Não existe nem pode existir poder absoluto ou ilimitado, no direito de qualquer estado, em favor de entidade ou de instituição nenhuma, ou de outro modo de nada valerão as garantias do cidadão contra os abusos de seus dirigentes e contra os desmandos naturais de quem desfruta de qualquer espécie de onipotência.

E desse modo os estados constitucionais e democráticos jamais podem permitir que autoridade ou poder algum se sobreleve sobre os demais em prerrogativas, pois que isso só em si significaria o desbordamento das funções institucionais de cada qual.

Nesta esteira, nem o Poder Judiciário é nem pode ser onipotente, nem pode situar-se além do plano de equilíbrio que a Constituição de cada país lhe delimita, precisando ater-se às normas e aos princípios constitucionais e infraconstitucionais em que se estrutura o estado ao qual pertença. A regra segundo a qual *o estado sou eu* está felizmente sepultada em abismo profundo, para bem das pessoas honradas¹.

Não existe *patrulha ideológica* no direito brasileiro, porque a Constituição, no art. 5º, incisos IV, VI e VII em seu conjunto, asseguram ao cidadão pensar livremente e ter a ideologia que bem entender, de modo que com muito mais razão a autoridade pública, dotada do poder discricionário de eleger a melhor conduta dentre as juridicamente possíveis, está constitucionalmente protegida quanto à sua escolha no desempenho de suas atribuições, até mesmo de decisões judiciais quanto ao mérito do seu ato discricionário. Só responde pela juridicidade do seu ato, jamais pela escolha que efetuou entre todas as possibilidades que tinha à mão.

LIMITAÇÕES AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Quanto aos Tribunais de Contas, que no Brasil são órgãos ou entes auxiliares do Legislativo, tanto mais evidente é a sua limitação institucional de poder.

Plasmados na Constituição e organizados pelas suas respectivas leis orgânicas, os TCs exercem funções muito bem delimitadas, desempenhando tão somente atribuições elencadas com precisão e objetividade, e circunscritas de modo bem diferente daquelas próprias do Judiciário, as quais, nada obstante as limitações referidas ao início, restam virtualmente impossíveis de equacionar ou compartimentalizar.

Nada semelhante quanto aos TCs. Não desfrutando de verdadeira jurisdição – tomada no sentido processual e capaz de fazer coisa julgada – o que somente o Judiciário realiza considerado o sistema de jurisdição una, única ou concentrada vigente no Brasil – mas apenas de uma *jurisdição administrativa* sobre as pessoas que fiscaliza, incapaz de fazer coisa julga contra quem quer que seja mas apenas de produzir efeito dentro da esfera administrativa respectiva, e que pode ser desfeita por decisão do Judiciário, então muito mais visíveis são os limites formais e materiais da sua atuação, aos olhos de quem os quiser ver.

As atribuições do Tribunal de Contas da União se iniciam, na Constituição Federal, art. 71, e seguem pela lei orgânica do mesmo TCU, que de certo modo as amplia, num mecanismo jurídico que não deixa de ser no mínimo curioso.

As dos Tribunais de Contas dos Estados são delimitadas inicialmente nas Constituições estaduais respectivas, e semelhantemente se ampliam nas leis orgânicas dos mesmos TCEs, sempre à imagem e semelhança da Constituição Federal e da LOTCU.

E o mesmo, em ponto menor, ocorre quanto aos dois únicos remanescentes Tribunais de Contas municipais existentes no país, o do Município de São Paulo e o do Município do Rio de Janeiro.

Para contrastar com o caso do Poder Judiciário, basta questionar: quando porventura ou a Constituição ou alguma lei pretendeu impor limites ao objeto de ações judiciais? Pelo oposto, informa a Constituição, no art. 5º, inc. XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Vale dizer, como de fato se dizia, que a cada direito existe uma ação que o assegure. Basta que exista o direito, ou basta que se invoque a existência de um direito, para que o Poder Judiciário precise apreciar a ação que vise obtê-lo ou protegê-lo, por mais inimaginável que fosse anteriormente, ou por mais surpreendentes que sejam os seus contornos.

E nada disso se imagina quanto aos TCs, que – tal qual os aviões voam dentro de um tubo imaginário previamente traçado – apenas julgam o que, estritamente na forma constitucional e legal aplicável, lhes foi programado e destinado como matéria de trabalho.

SOBRE O PODER DISCRICIONÁRIO

Denomina-se comumente na doutrina *poder discricionário* àquele plexo de faculdades que os governantes detêm de escolher ou eleger, dentro das possibilidades todas que o ordenamento jurídico lhes abre e jamais contra o direito, o comportamento, a atitude, o ato ou o procedimento que entenderem mais adequado a cada momento de sua administração, dada a necessidade concreta de cada oportunidade.

Discricionária é a livre escolha da atitude a adotar, se o direito não previr uma conduta determinada para aquela situação, pois que se o previr não caberá falar em discricionariedade em favor da autoridade, já que a esta não resta senão cumprir a ordem que direito lhe impõe.

Diz-se então vinculada a vontade da autoridade ao comando jurídico, e é, portanto, oposta, nesse sentido, à vontade discricionária de que dispõe n'outra circunstância em que possa escolher o que fazer dentre, muito amiúde, incontáveis alternativas ou possibilidades.

Desde há muito na história do direito a doutrina, e bem assim a jurisprudência, se posicionou, com toda razoabilidade e toda lógica, no sentido de que se é discricionário o comportamento da autoridade, então o Judiciário não pode apreciar o mérito da escolha efetuada, ou seja: o mérito dos atos discricionários são insuscetíveis de apreciação judicial.

Natural que assim seja, pois que se dentro da regra jurídica a autoridade pode escolher de *a a z* o que fazer e o que realizar no cumprimento das suas atribuições; se pode adotar o comportamento que bem entender devido a apropriado diante da demanda que se lhe apresenta para resolver ou para encaminhar; se pela natureza do seu ato ele detém a capacidade da livre escolha e da eleição pessoal e subjetiva, então por forçada consequência não se pode imaginar que o que foi livre para ser escolhido possa agora periclitar ou ser invalidado judicialmente apenas porque a escolha foi esta ou aquela – repita-se: se ambas eram juridicamente admissíveis.

Se não contiver vício de juridicidade – e evitamos falar em constitucionalidade ou em legalidade devido à emaranhada interseção dessas duas províncias, a tal ponto que discernir o que puramente constitucional do que é meramente legal não raro desafia a argúcia dos maiores peritos –; se foi praticado pela autoridade competente, então a escolha foi juridicamente correta, e o Judiciário nada tem com isso.

O Supremo Tribunal Federal tem como mansa e pacífica sua jurisprudência nesse sentido.

Lê-se de uma decisão que já conta um quarto de século e cuja orientação jamais mudou nem periclitou, o MS 21.227/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.10.93:

a) o juízo sobre a declaração de desnecessidade de cargo público é privativo e discricionário do Chefe do Poder respectivo, no caso, do Governador do Estado;

b) o art. 41 § 3º da CF é auto-aplicável, prescindindo de regulamentação por lei;

c) os servidores postos em disponibilidade não têm direito subjetivo a contestar o ato governamental (contraditório e ampla defesa), uma vez que a disponibilidade é *decisão orientada por critérios de conveniência e oportunidade administrativas, insuscetível, como tal, de controle jurisdicional quanto a seu mérito, sob pena de frontal violação ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes, proclamado no art. 2º da Constituição Federal*". (Destaque nosso).

E decidiu no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça em incontáveis oportunidades, das quais se pinçam as duas seguintes deliberações:

a) STJ – RMS nº 9319 – MG – 1998/0001168-4. Publicado em 13/04/99:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DO ATO DISCRICIONÁRIO. EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. Compete à Administração Estadual o poder discricionário de decidir sobre o deferimento ou não do pedido de adesão ao PDV. *Não pode o Poder Judiciário substituir o administrador, decidindo sobre a conveniência e oportunidade do ato discricionário.* Recurso improvido. (Destaque nosso).

b) STJ – AgRg no RESP nº 1330159 – SP – 2012/0127537-8. Publicado em 20/08/13:

Decisão judicial dos atos discricionários é possível, *desde que respeitando-se a discricionariedade administrativa* (...) se na aferição da realidade, da legalidade e da legitimidade dos motivos do ato discricionário (...) (Destaque nosso).

Se assim é quanto ao próprio Poder Judiciário e seu impedimento de apreciar o mérito das escolhas discricionárias realizadas pelas autoridades públicas, que então dizer quanto aos Tribunais de Contas, cujas atribuições são delimitadas por descrições objetivas e parâmetros inflexíveis?

RELATO DE UMA AÇÃO

A inspiração deste tema adveio de uma ação declaratória com preceito cominatório cuja autora foi contratada diretamente, por dispensa de licitação, por um Estado de nossa federação, para a prestação de serviços de transporte escolar na zona rural dos Municípios daquele Estado.

Nos termos da justificativa anexa ao processo de dispensa esclareceu-se que a contratação direta se tornou necessária diante das inúmeras dificuldades de levar a termo o procedimento licitatório na modalidade pregão em face de impugnações

oferecidas pelo Ministério Público do Estado, e de seus repetidos requerimentos de esclarecimentos e informações.

Prosseguiu o episódio com a expedição pelo mesmo MP de uma nota recomendatória sugerindo a suspensão do certame sob pena de ação civil pública, e culminou, diante daquilo e da urgência que a situação impunha às autoridades estaduais, com a revogação pelo Estado do edital daquela licitação.

Enquanto o procedimento licitatório tramitava ocorreram e foram documentadas inúmeras manifestações das comunidades desatendidas pela falta de transporte público escolar, pela ausência de rotas e até mesmo pela prestação descontinuada do serviço que até então se verificara.

De outra parte, até o próprio Ministério Público de Contas, informado do que ocorria, requisitou o processo licitatório e o devolveu somente sete meses após o que causou imenso prejuízo operacional à Administração, que também por esse motivo não pôde dar continuidade ao ato licitatório.

Quando a tudo isso se soma o término do prazo do contrato em vigência à época, e o esgotamento dos prazos de prorrogação excepcional previstos no art. 57 da Lei nº 8.666/93, fácil foi concluir e observar que se impunha a contratação emergencial do serviço, único modo de não descontinuar o transporte público escolar.

Ato contínuo, e a despeito de todas as questões relevantes de fato e de direito presentes, o Ministério Público de Contas, por intermédio de Representação junto ao Estado, obteve liminar exarada pelo respectivo Tribunal de Contas, determinando a anulação do ato de dispensa de licitação para a contratação emergencial da prestação daqueles necessários serviços de transporte escolar.

A decisão liminar foi confirmada pelo plenário do TC, o qual então determinou ao Estado que desse continuidade à prestação do serviço, excepcionalmente, por meio das atuais empresas prestadoras até o início da vigência da contratação das empresas vencedoras no novo certame.

Aquela decisão do Tribunal de Contas, ainda, ao determinar a anulação do processo de dispensa de licitação, mandou que o Estado recontratasse as empresas que prestavam serviços sob um contrato licitado anteriormente, o qual porventura, além de tudo, já tinha se encerrado pelo decurso do prazo máximo legal de vigência, dado pela lei de licitações.

Muito mais aconteceu e acontece no curso da ação, mas neste momento a sequência não interessa. Este relato, até só este ponto, permite refletir sobre a juridicidade daquela decisão da corte de contas, na craveira do que se veio de considerar ao início.

O que custa digerir nessa relatada situação é que um Tribunal de Contas, que não exerce jurisdição judicial ou processual no sentido próprio mas apenas uma, por assim dizer, jurisdição administrativa, tenha pretendido obrigar o Estado a contratar empresa(s).

Pareceu olvidar-se aquele Tribunal de Contas de que:

a) não pode obrigar o poder público que fiscaliza a contratar ninguém, porque essa contratação se enquadra no poder discricionário daquela autoridade, em que nem mesmo o Poder Judiciário pode interferir, e que a autoridade usa quando, como e se quiser;

b) um contrato é um ato bilateral, que para a autoridade pública celebrar dependerá do consentimento e da participação ativa de outra pessoa. Sem esse consentimento não sai contrato algum de província nenhuma da atividade pública ou privada em lugar algum do mundo, e nem o Poder Judiciário pode obrigar essa

segunda pessoa a contratar, porque o Judiciário não dita o que cada pessoa queira fazer ou escolha negociar; se puder ditar, então não mais será escolha, mas ordem. E o ato que era livre passaria a ser compulsório, o que destoa dos mais basilares princípios de direito.

Contratar ou não contratar é uma escolha discricionária da autoridade pública, e nesse sentido não pode ser forçada por autoridade nenhuma, do Poder que for, num estado democrático de direito.

Mesmo após licitar um objeto de contrato pode a autoridade deixar de contratar, bastando, para isso, se se arrependeu da licitação ou se tiver algum motivo outro para não contratar, deixar escoar o prazo de validade da proposta vencedora sem convocar o seu autor para a contratação.

Se não houver motivo relevante e justificável, não é essa uma atitude de boa catadupa nem recomendável, mas, se acontecer, nem por isso obrigará a autoridade que o fez a contratar.

Dizemos mais: nem se for judicialmente caracterizado o desvio de finalidade naquela atitude protelatória, nem mesmo assim o Judiciário poderá condenar a autoridade a contratar, pois que a autoridade judicial estaria adentrando o mérito do ato discricionário, o que por tudo que se examinou lhe é vedado.

Sim, porque a contratação continua sendo discricionária sempre, e alguém pode ser apenas por praticar ato com desvio de finalidade, mas não com uma obrigação de fazer o que discricionariamente não quis fazer. Ou a vontade da autoridade é vinculada ao comando da lei ou de outro modo é livre e dependente apenas da vontade do seu titular, ou em outra palavra é discricionária.

Nenhum desvio de finalidade transforma um ato de discricionário em obrigatório.

Puna-se o desvio de finalidade com a pena adequada; mas jamais se cogite em deformar um ato livre em outro compulsório – muito menos ainda se se tratar de um ato bilateral como um contrato, um negócio que sempre depende do livre exercício de vontade de duas partes.

Tudo isso relatado é diferente do que ocorre quanto ao particular que, por exemplo, vença uma licitação e sua proposta ainda esteja dentro da validade, pois nesse caso, convocando-o o ente público licitador ou o particular contrata ou sofre penalidade, na forma da lei de licitações (por mais difícil que seja encontrar uma pena para não-contratados na lei de licitações). Contratar, para o particular em uma hipótese assim, que é muito rara, deixa de ser ato discricionário e se torna simplesmente obrigatório.

Nada disso entretanto, e seja repetido para concluir, com relação à autoridade pública, que jamais pode ver, nem pelo Poder Judiciário nem muito menos por ato de Tribunal de Contas – que não detém verdadeira jurisdição em sentido processual –, um seu ato discricionário transmutado em ato de realização compulsória, mormente se se tratar de contrato, que não é unilateral mas um negócio, e portanto dependente de duas livres vontades. **C**

NOTA

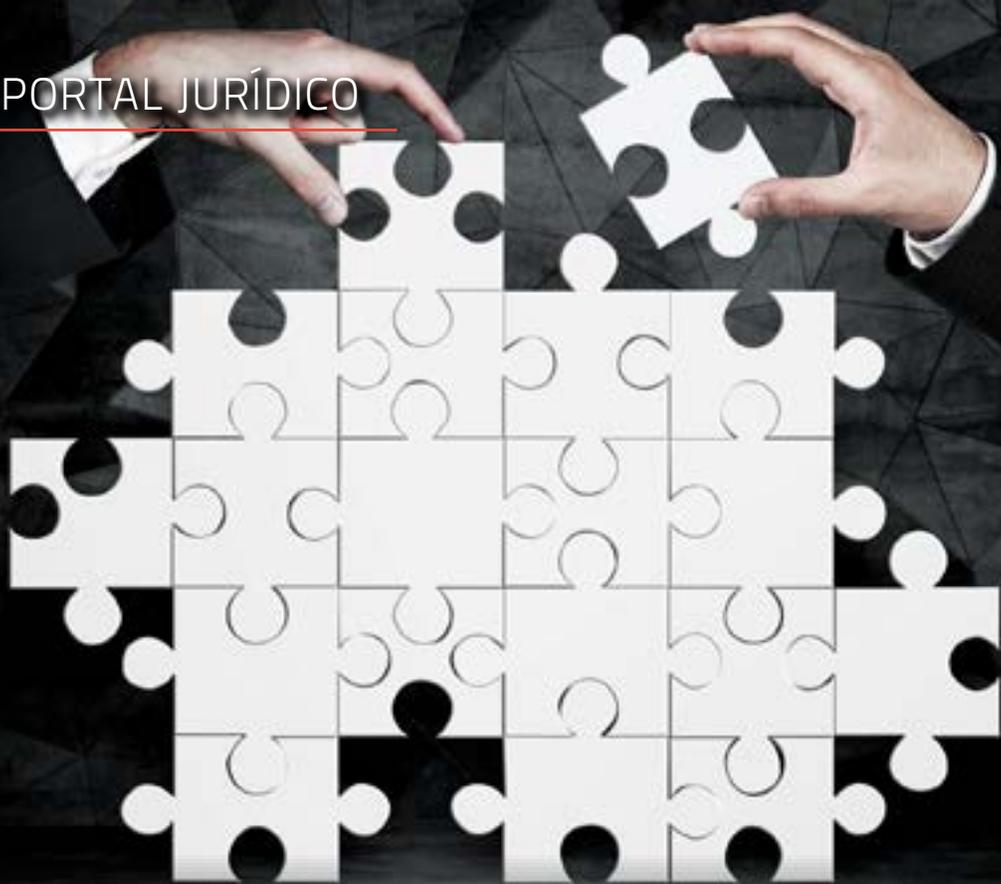
1 Muito embora no planeta ainda existam territórios como Venezuela, Nicarágua ou Cuba.



SANDRA KRIEGER GONÇALVES é Advogada, Mestre e Doutora em Ciência Jurídica. Professora de Direito Administrativo e Processual Civil da Universidade Regional de Blumenau. Conselheira Federal da OAB.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado.



A importância do *Compliance* para a delimitação criminosa

■ POR MATHEUS BARBOSA MELO

Hodiernamente, a globalização nos faz pensar sobre os novos riscos sociais, consolidaram-se soluções do mundo individual e vivemos num paradigma social, cuja reflexão remete a diversos problemas teóricos sobre os bens jurídicos supraindividuais, como o meio ambiente, o mundo digital, a economia, entre outros são temas constantes visitados na doutrina penal.

A supraindividualidade deixa de estar relacionada com a população de uma comunidade ou região específica, mormente pela internet, e passa a preocupar usuários de todo o mundo. Seria falar, numa transindividualidade global, na qual a proteção com a efetividade plena do direito somente se daria através de uma cooperação global.¹ Todavia, a cooperação internacional ainda é incipiente, mas, diante da insegurança jurídica dos riscos coletivos e sociais, percebe-se boas perspectivas de melhora com a criação de sistemas de prevenção que ultrapassem as fronteiras estatais.

Nessa linha, os Estados têm tomado providências na criação de políticas e leis que impõem um sistema de prevenção e vigilância num patamar muito superior

ao das características tradicionais do direito penal, ou seja, o direito penal atual vem saindo do foco do indivíduo e tem passado a se preocupar com ofensas ao coletivo e difuso, principalmente em relação à criminalidade empresarial, de modo que se atue para garantir e prevenir.

Trata-se, verdadeiramente, de uma antítese ao direito penal clássico, que resulta num problema de ordem para a política criminal, que pode ser visto sobre dois aspectos diametralmente opostos.

A primeira, é conceber o direito penal empresarial em sua plenitude, flexibilizando conceitos tradicionais referentes ao *jus puniendi*, aceitando a punição das pessoas jurídicas nos mais diversos tipos penais, de modo que exista, de fato, uma responsabilidade criminal empresarial atribuída por meio de condutas realizadas por pessoas físicas em benefício da pessoa jurídica, isto é, pugnando por sanções permanentes dirigidas às pessoas naturais e fictas, sendo necessária as adequações dos efeitos colaterais produzidos na dogmática penal tradicional.

Ou, como alternativa, manter a pena direcionada às pessoas físicas, deixando as infrações penais em sua concepção tradicional, clássica, ou seja, individual, ainda que se aceite a punibilidade da criminalidade empresarial da pessoa jurídica de forma acessória, através de um direito administrativo sancionador.

Por ora, não obstante o Brasil tenha sinalizado, por exemplo, com o projeto para a substituição do código penal vigente – projeto de lei 236/2012² –, uma tendência na aceitação da primeira opção anteriormente mencionada, vez que valoriza a ampliação das sanções penais aos entes coletivos e seus funcionários, a segunda alternativa se apresenta como verdadeira e mais adequada para o momento em que vivemos.

De qualquer maneira, interessante notar que, nesse entrave dogmático, qualquer das posições consideradas estarão melhor servidas com a utilização e recepção plena do instituto do *Compliance* no direito penal.

O termo “Compliance” foi cunhado a partir do verbo inglês *to comply*, o qual pode ser entendido como “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir as leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório”³

Por outro lado, na verdade, ao se remeter ao termo *Compliance*, quer-se referir aos sistemas de controles internos de uma instituição, os quais devem gerar segurança às instituições, a fim de, através do gerenciamento dos riscos, evitar a prática de operações ilegais que podem gerar lesões não só a instituição, mas também a seus clientes, investidores e fornecedores.⁴

Apesar da imprecisão no marco histórico, a ideia do *Compliance* somente veio a se efetivar a partir dos anos 90 do século passado, sendo certo que tal ideia vinha se desenvolvendo e surgiu como decorrência do *crack* da bolsa de valores de Nova Iorque na década de 1930.⁵

Como consequência, no cenário mundial, muitas empresas começaram a adotar as práticas do *Compliance*, como forma de prevenir a ocorrência de ilícitos empresariais de maneira geral, administrativos, cíveis e criminais, visando sempre a sustentabilidade do negócio, tendo em vista, principalmente, as severas sanções aplicadas no cenário mundial⁶, com base nas legislações que foram editadas desde então, especialmente as do ordenamento americano e britânico⁷.

No Brasil, o fenômeno ficou popularmente conhecido com o advento da Lei anticorrupção – Lei 12.846/13, regulamentada pelo Dec. 8.420/2015 – que considera os programas de integridade⁸ como fator essencial para a diminuição de

multas impostas às “*pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*”.

Nessa linha, a antiga Controladoria Geral da União – CGU –, transformada em 2016 no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, publicou, em seu site⁹, orientações de como se criar um programa de *Compliance* efetivo, isto é, apto a receber os benefícios legais.

Não obstante o referido Ministério faça uma divisão nas orientações de elaboração e cumprimento dos programas de *Compliance*, já que os divide em programa de *Compliance* para empresas privadas¹⁰ e para empresas pública¹¹, a essência geral do programa para ambas é a mesma, ou seja, ambas possuem os mesmos pilares para a formulação do programa.

Segundo entendimento descrito no site do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, em linhas gerais, os pilares do programa de *Compliance* são: a) O comprometimento e apoio da alta direção; b) Instalação de instância responsável pelo programa de integridade; c) Análise de perfil e riscos; d) Estruturação de regras e instrumentos; e) por fim, Estratégias de monitoramento contínuo.

Dentre tais requisitos, encontra-se com especial relevância para a interveniência no fato criminoso, a estruturação de regras e instrumentos, a qual comporta a criação do código de conduta e revela os padrões de condutas a serem seguidos, momento em que se delimita a função e organização empresarial, na medida em que assevera a função de cada setor ou colaborador, seja na própria empresa ou em terceiros ligados à atividade empresarial exercida, sob pena de sanções disciplinares previstas no código de conduta, de acordo com o procedimento interno descrito.

Neste ponto, forçoso concordar que, além das pequenas empresas, sobretudo nas grandes estruturas empresariais, nas quais são muito mais custosas a apuração da responsabilidade do agente físico delitivo, os programas de *Compliance* são de grande serventia.

Isso porque, sem a adesão de um programa efetivo, a partir de um certo grau de complexidade estrutural, fica muito difícil, senão impossível, encontrar a pessoa que interveio na criação ou a participação do risco/dano, com a representação a devida representação da sua conduta, ou, ainda, alguém que disponha de informação suficiente sobre o ato, até mesmo para, possivelmente, evitá-lo.

Sem sombra de dúvidas, constitui-se uma dificuldade à persecução penal, já que, sem a devida descrição de funções dentro da empresa, perder-se-á a responsabilidade penal do infrator pela falta de condições para a devida imputação, mesmo porque, além da dificuldade probatória, fatalmente não serão encontradas normas delimitadoras dos riscos que extrapolam a atividade do funcionário ou colaborador.

Não é à toa que corriqueiramente ocorre a denúncia do empresário somente por ele ser presidente, diretor ou chefe de uma empresa, que, embora seja um absurdo do ponto de vista processual garantista, é aceito nos tribunais pátrio¹², sendo certo que isso só ocorre pela falta de delimitação das funções empresarias no quadro societário. Noutros termos, “não é raro o empresário se deparar com situações de infringência legal dentro da empresa que não foram por ele praticadas, mas sim por um funcionário ou colaborador”¹³. E mais, a infringência legal também pode ser ao revés, isto é, o funcionário, por vezes, pode ser acionado por obra da chefia da empresa, sendo imputado criminalmente, também, pela ausência de delimitação do *job description*.

Desta forma, para assegurar a correta aferição da interveniência criminosa, autoria e participação, nos dias atuais, é de suma importância a implementação e manutenção do programa de *Compliance*, de modo com que se permita a

identificação de funcionários e colaboradores, com termos contratuais – em conformidade com o código de conduta da empresa – que especifiquem a relação de trabalho dentro da empresa, mostrando-lhes seus direitos e deveres, tudo a fim de delimitar as condutas no exercício de empresa, garantindo a cada qual, de modo primário, o que lhe pode ser verdadeiramente imputado.

Portanto, em evidência à criminalidade do mundo contemporâneo, resta imprescindível as melhorias implementadas pelo *Compliance* no direito penal, já que o fenômeno possui o escopo de mitigar os abusos na responsabilização da empresa ou seus controladores em circunstância alheia a seu controle. Afinal, é notório que o punitivismo impregnou as investigações do país e, também por isso, é melhor deixar tudo bem as claras, colocando as coisas nos seus devidos lugares, para evitar imputações atrapalhadas. 

NOTAS

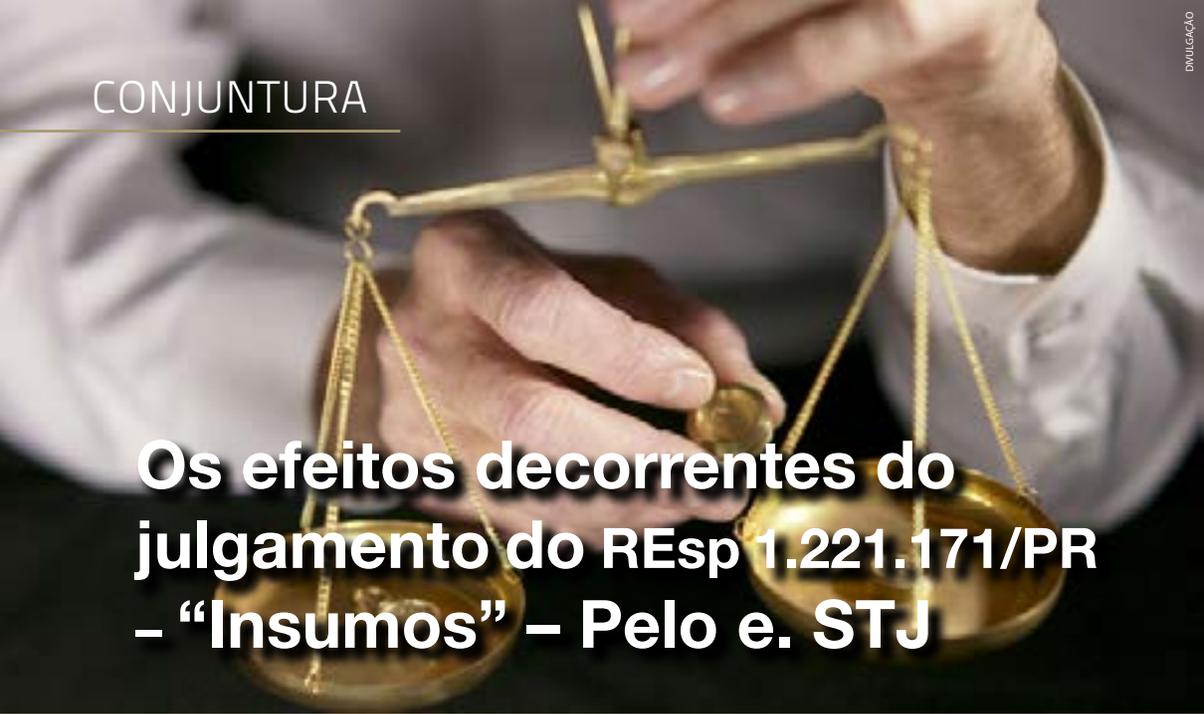
- 1 BRITO, Auriney Uchôa de. *Direito penal informático*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.
- 2 Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100173. Acesso em: 10/04/18. Ainda, sobre o tema, confira: LEITE, Alaor (org.). *Reforma Penal: a crítica científica à parte geral do projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*. São Paulo: Atlas, 2015.
- 3 COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi(org.). *Manual de Compliance*. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.
- 4 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 75.
- 5 SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e o direito penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 222, 2011
- 6 Por exemplo, a respeito, vide <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/08/siemens-acumula-multas-e-diz-buscar-rigor-contra-corrupcao-desde-2007.html>. Acesso em: 11/06/2018.
- 7 Principalmente em virtude do *UK Bribery Act* e do *Foreign Corrupt Practices Act*.
- 8 Denominação nacional do programa de *Compliance*.
- 9 Ver <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes>. Acesso em: 15/05/2018.
- 10 Confira: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 15/05/2018.
- 11 Confira: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf. Acesso em: 15/05/2018.
- 12 Como exemplo, confira o seguinte julgado: TRF4, RESE 2008.71.12.001709-2, OITAVA TURMA, Relator VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, D.E. 20/05/2010.
- 13 BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 86.

REFERÊNCIAS

- BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BRITO, Auriney Uchôa de. *Direito penal informático*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi(org.). *Manual de Compliance*. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações. São Paulo: Atlas, 2010
- LEITE, Alaor (org.). *Reforma Penal: a crítica científica à parte geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*. São Paulo: Atlas, 2015.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e o direito penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 222, 2011.



MATHEUS BARBOSA MELO é Advogado Criminalista. Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM.



Os efeitos decorrentes do julgamento do REsp 1.221.171/PR – “Insumos” – Pelo e. STJ

“O legislador federal deverá estar atento e pronto para regulamentar de forma célere, respeitando o princípio da anterioridade tributária, o conceito de insumo que fora fixado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, para que, conseqüentemente, não haja decisões distintas e conflitantes entre si para contribuintes que sejam semelhantemente parecidos no desempenho de suas atividades econômicas, o que poderá causar, eventualmente, prejuízos desnecessários à todos os envolvidos na relação jurídico-tributária.”

■ POR DIOGENYS DE FREITAS BARBOZA

Em recente decisão proferida no dia 22 de fevereiro de 2018, como se sabe, a 1ª Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede recurso repetitivo (decisão que deverá ser observada por todos os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário), determinou que o conceito de insumo para fins de creditamento no âmbito das contribuições ao PIS e da COFINS deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, isto é, verificando a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

Com base nesse entendimento, os Ministros declararam a ilegalidade das Instruções Normativas nºs 247/2002 e 404/2004, da Receita Federal, as quais restringiam o alcance do conceito de insumo estabelecido pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003.

Vale destacar que, além do insumo, as Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 preveem, em seus artigos 3º, a possibilidade das pessoas jurídicas (domiciliadas no País), que se encontram sujeitas à não-cumulatividade das contribuições ao PIS e à COFINS, descontarem créditos calculados relativos à outras hipóteses mencionadas em seus textos legais.

Vale destacar que o regime da não-cumulatividade das referidas contribuições recai sobre aqueles contribuintes adeptos que apurem o IRPJ segundo a sistemática de tributação do lucro real, excetuando-se os submetidos a outros regimes por expressa disposição legal.

Dito isso, pode-se perceber que, diante do recente posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça, certo é que haverá um considerável aumento das discussões judiciais a respeito da interpretação do que se poderia considerar *insumo*, levando-se em consideração a análise que será revelada em cada caso em concreto.

Nesse mesmo passo, presume-se que a alteração legislativa, da mesma maneira, virá em breve, como forma de apaziguar e regulamentar a interpretação que fora dada pelo C. Tribunal Superior, para que não haja divergências entre determinados casos que eventualmente possam vislumbrar similitude fática e/ou jurídica, contribuindo, conseqüentemente, com a objetividade jurídica que fundamentalmente repousa no ordenamento jurídico pátrio.

Considerando esse contexto, vale pontuar alguns questionamentos que emanam de eventuais hipóteses fáticas – relativas à mudança das legislações regentes das contribuições ao PIS e à COFINS – que podem vir a surgir, especialmente no tocante aos efeitos advindos da inclusão ou da supressão das hipóteses de descontos de créditos no cálculo das referidas contribuições.

Com isso, questionamos: Tendo em vista o entendimento esposado pelo E. Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.221.170/PR (repetitivo), a inclusão de hipóteses de descontos de crédito na legislação seria necessária? A supressão de alguma hipótese de descontos de crédito seria uma opção a se considerar? Em havendo a supressão, acaso onerasse os contribuintes que observam a sistemática da não-cumulatividade, haveria a necessidade de se observar o princípio da anterioridade nonagesimal?

De início, conforme já mencionado acima, com o recente posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça, indubitavelmente haverá um aumento das demandas judiciais sobre a aplicação do conceito de insumo que fora adotado, na medida em que os contribuintes que observam a sistemática da não-cumulatividade do PIS e da COFINS buscarão o reconhecimento e a abrangência da aplicação do referido conceito no desenvolvimento de suas atividades econômicas.

Para os contribuintes, tal atitude denota-se muito importante, na medida em que, com o devido reconhecimento de seus pleitos judiciais, poderão usufruir com a devida regularidade do conceito de insumo que fora recentemente fixado, isto é, poderão promover a devida análise de seus respectivos cenários fáticos, com a conseqüente identificação do que efetivamente se trata ou não insumo no âmbito de desenvolvimento de suas atividades.

Nesse contexto, não obstante o entendimento fixado pela Corte Superior ser um só, vale destacar que, com o tempo, poderão surgir decisões conflitantes entre si sobre o alcance, o reconhecimento e a aplicação do conceito de insumos nos casos concretos, sobretudo na identificação da possibilidade de aumento dos descontos de créditos relativos às contribuições ao PIS e à COFINS.

Isso porque, ao direcionar a análise do conceito de insumo no caso a caso, de modo a identificar o que for essencial ou relevante para o desenvolvimento da atividade econômica dos contribuintes, certo é que poderão existir, eventualmente, interpretações totalmente distintas para contribuintes que denotam-se idênticos, isto é, em que pese determinados contribuintes demonstrarem que se encontram com grande similitude fática no tocante ao desenvolvimento de suas atividades, poderão obter decisões diferentes quanto à aplicação do conceito de insumo em seus casos.

Por essa razão, quanto ao primeiro questionamento, pode-se afirmar a patente necessidade de haver não uma inclusão, mas sim, uma efetiva regulamentação legal sobre o entendimento emanado do E. Superior Tribunal de Justiça no tocante ao conceito de insumo, pois, com o avanço das discussões judiciais sobre o assunto, há grande possibilidade de coexistência de decisões totalmente conflitantes entre si: uma aplicando o conceito de insumo de forma positiva e outra aplicando-o de forma negativa, em se tratando de mesma atividade econômica e cenário fático.

Por outro lado, no que toca à supressão de alguma hipótese de descontos de créditos, talvez não seja o procedimento mais correto, pois, sendo certo que apenas o conceito de insumo fora analisado e afetado, não haveria motivos que pudessem justificar uma possível retirada de uma delas, o que poderia, por sua vez, esbarrar no princípio da segurança jurídica que embasa o ordenamento jurídico como um todo.

Não obstante, em havendo a supressão de alguma hipótese de descontos de créditos, deve-se observar o correto respeito aos princípios que norteiam o direito tributário, em análise, nesse caso, o princípio da anterioridade.

No caso das contribuições ao PIS e à COFINS, certo é que se aplica a anterioridade nonagesimal, pois, de acordo com o disposto no § 6º, do artigo 195, da Constituição Federal: “As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, “b””.

Analisando-se a hipótese de supressão acima destacada, com base no conteúdo do artigo legal supracitado, podemos observar que, em havendo a retirada, por meio do instrumento legislativo pertinente, de alguma das hipóteses relativas aos descontos de crédito da base de cálculo do PIS e da COFINS, por certo, deverá ser respeitado o prazo de noventa dias, contados da data da publicação da lei que as instituiu ou modificou.

Isso porque, em que pese o artigo 150, III, “b”, da Constituição Federal, mencionar apenas os verbos *instituir* e *aumentar*, o § 6º, do artigo 195, da Constituição Federal, é claro ao mencionar os verbos *instituir* e *modificar*.

Por esta última previsão, subentende-se que não há necessidade de efetivo aumento das contribuições ao PIS e à COFINS para haja o devido respeito ao prazo nonagesimal previsto no texto constitucional, na medida em que o conteúdo do § 6º, do artigo 195, da Constituição Federal, é preciso em destacar o termo *modificar*. Logo, em havendo a modificação – supressão – da legislação regente, deve-se respeitar o prazo de noventa dias.

No entanto, na hipótese de a supressão das hipóteses de descontos de créditos acarretar o aumento da carga tributária – ainda que indiretamente – dos contribuintes que observam a sistemática da não-cumulatividade do PIS e da COFINS, nesses casos, da mesma forma, deverá ser respeitado o prazo de noventa dias previsto no texto constitucional, pois, não obstante a modificação da legislação correspondente, haverá, também, o aumento indireto de tributo, o que, por sua vez, também não pode ser permitido em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal se manifestou, ao confeccionar o informativo nº 757. Vejamos um trecho:

A Turma afirmou que os mencionados atos normativos teriam reduzido benefício fiscal vigente e, em consequência, aumentado indiretamente o aludido imposto, o que atrairia a aplicação do princípio da anterioridade. Frisou que a concepção mais adequada de an-

terioridade seria aquela que afetasse o conteúdo teleológico da garantia. Ponderou que o mencionado princípio visaria garantir que o contribuinte não fosse surpreendido com aumentos súbitos do encargo fiscal, o que propiciaria um direito implícito e inafastável ao planejamento. Asseverou que o prévio conhecimento da carga tributária teria como base a segurança jurídica e, como conteúdo, a garantia da certeza do direito. Ressaltou, por fim, que toda alteração do critério quantitativo do consequente da regra matriz de incidência deveria ser entendida como majoração do tributo. Assim, tanto o aumento de alíquota, quanto a redução de benefício, apontariam para o mesmo resultado, qual seja, o agravamento do encargo. Vencidos os Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber, que proviam o agravo regimental. Após aduzirem que benefícios fiscais de redução de base de cálculo se caracterizariam como isenção parcial, pontuavam que, de acordo com a jurisprudência do STF, não haveria que se confundir instituição ou aumento de tributos com revogação de isenções fiscais, uma vez que, neste caso, a exação já existiria e persistiria, embora com a dispensa legal de pagamento. (RE 564225 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 2.9.2014 – informativo 757, 1ª Turma)

Não obstante o caso acima tratar-se de tributo e cenário jurídico distintos (ICMS e revogação de benefício fiscal), é um conteúdo extremamente relevante e pertinente, na medida em que, como se percebe, o objetivo efetivo do princípio da anterioridade visa garantir que o contribuinte não seja surpreendido com aumentos inesperados de sua tributação, o que implicaria em prejudicialidade de seu planejamento e lisura fiscais.

Desse modo, em que pese o texto do § 6º, do artigo 195, da Constituição Federal, não mencionar o verbo *aumentar* da mesma maneira que o conteúdo textual do artigo 150, III, “c”, certo é que o significado jurídico implícito do princípio da anterioridade, nesse caso a nonagesimal, repousa em evitar que o contribuinte seja surpreendido com o aumento de seu ônus fiscal sem a possibilidade de tomar nenhum tipo de medida ou preparo para tanto.

O que, por sua vez, apenas corrobora a impossibilidade de se desprezar o princípio da anterioridade nonagesimal aplicável às contribuições ao PIS e à COFINS, quando eventualmente o legislador lance mão da supressão das hipóteses de descontos de crédito de suas bases de cálculo e, em havendo o aumento da carga tributária, passe a exigir a consequente majoração imediatamente.

Portanto, tendo em vista as máximas aqui apresentadas, certo é que a supressão de alguma das hipóteses de desconto de créditos na base de cálculo do PIS e da COFINS, deverá respeitar, indubitavelmente, o princípio da anterioridade insculpido no § 6º, do artigo 195, da Constituição Federal.

Logo, diante dos argumentos e preceitos jurídicos apresentados, é possível opinar no sentido de que o legislador federal deverá estar atento e pronto para regulamentar de forma célere, respeitando o princípio da anterioridade tributária, o conceito de insumo que fora fixado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, para que, consequentemente, não haja decisões distintas e conflitantes entre si para contribuintes que sejam semelhantemente parecidos no desempenho de suas atividades econômicas, o que poderá causar, eventualmente, prejuízos desnecessários a todos os envolvidos na relação jurídico-tributária. 



DIOGENYS DE FREITAS BARBOZA é Advogado Tributarista no escritório Correa Porto Sociedade de Advogados; Bacharel em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul; Cursando Master of Laws (LL.M.) em Direito Tributário pelo INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa; Membro efetivo da Comissão do Jovem Advogado da 104ª Subseção da OAB/SP.

Tratamento isonômico dos Meios de Comunicação nas Eleições

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES E MÁRCIO VIEIRA SANTOS

“Existindo antinomia normativa principiológica entre direitos fundamentais, isto é, entre princípios, em nome da tutela da razoabilidade contida no núcleo do cânone do devido processo legal substantivo (razoabilidade material), por meio da técnica da ponderação, pode-se dar solução a mazelas jurídicas inerentes a tais colisões, com a aplicação da chamada calibragem principiológica entre os cânones envolvidos.”

A Internet permite que milhões de computadores, celulares, tablets, relógios e outros mecanismos, estejam entrelaçados, possibilitando assim difundir a informação de uma forma ampla e rápida. A despeito disso, os meios de comunicações tradicionais ainda exercem grande influência sobre os cidadãos. Segundo um dos maiores estudiosos sobre os efeitos da mídia e imprensa, Pierre Bourdieu¹:

A televisão e o jornalismo têm uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população. Uma das estratégias gregárias é a de ‘ocultar mostrando’, apresentando as informações dramatizadas, fragmentadas, não permitindo ou impedindo a compreensão do todo, o que atrapalha o raciocínio de quem assiste e lê, pois as respostas estão prontas, confundindo realidade e ficção, movimentadas pela ‘urgência’ do ‘furo de reportagem’.

Essa influência pode ser decisiva em uma eleição, motivo pelo qual a Legislação Eleitoral brasileira traz uma série de restrições, impondo uma gama de sanções em caso de descumprimento.

Soma-se ao exposto relatos de Ryan Holiday, que escreveu um livro – “Confissões de um manipulador das mídias” – onde ele ressalta algumas manipulações já realizadas pelos meios de comunicação, o que deve ser evitado no curso do processo eleitoral²:

Independentemente de quem vende ou compra, o que importa é que cada visualização de anúncio em um site é monetizada, ainda que por poucos centavos. Cada visualização de página é dinheiro no bolso do site. (...) Sabendo disso, os blogs e sites fazem qualquer coisa para aumentar sua variável nessa equação (tráfego e visualizações). É assim que você deve entendê-los no seu modelo de negócio. Toda decisão que um editor toma é regida por uma regra: tráfego a qualquer custo.

TRATAMENTO ISONÔMICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NAS ELEIÇÕES

A Legislação Eleitoral exige que os meios de comunicação noticiem suas reportagens respeitando o tratamento isonômico entre os candidatos, e sem denegrir a imagem de qualquer deles, para evitar um comprometimento do equilíbrio das eleições. A igualdade de condições aos candidatos, que se convencionou nominar de “*pars conditio*”, cuja força normativa deriva do que dispõe o art. 5º, *caput* e o art. 14 da CF/88, bem como dos arts. 36-A, I e 73 da Lei nº 9.504/1997, é um dos princípios que regem o Direito Eleitoral.

Dessa feita, a partir do encerramento do prazo para as convenções, proíbe-se a propaganda eleitoral negativa nos meios de comunicação, assim como um tratamento não isonômico entre os candidatos, impingindo certas restrições à liberdade jornalística na cobertura das eleições, conforme dispõe o art. 45 da Lei nº

9.504/1997, ou seja, após encerrado o prazo para realização das convenções, dia 05 de agosto do ano em que ocorrem as eleições, todo e qualquer meio de comunicação, precipuamente as emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário, é proibido de: transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados; usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação; veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos e divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.

Em havendo a violação às normas proibitivas se faz necessária a aplicação das sanções correspondentes, quais sejam: aplicação de multa, prevista no art. 45, § 2º da Lei nº 9.504/1997, e/ou de suspensão da programação da emissora, art. 56 da Lei nº 9.504/1997 e até mesmo cassação do registro do candidato.

Acresce-se, da mesma forma, que no código de ética jornalístico os veículos de comunicação devem cuidar para que sejam veiculadas apenas fatos atuais, de interesse público e verdadeiros, porque, infelizmente, segmentos da imprensa, não raro, desviam-se para acabar com essa ou aquela pessoa em virtude de interesses secundários.

Vale o registro que a Justiça Eleitoral é investida de um Poder de Polícia para inibir práticas ilegais de cunho propagandístico eleitoral ou que venham extrapolar o exercício do direito de manifestação, notadamente, com caráter sensacionalista e oportunista, com caráter prejudicial irreversível à igualdade de condições e à imagem e honra pessoal de qualquer candidato, e que possa caracterizar abuso de direito, bem como configurando quebra da isonomia, do equilíbrio e da lisura do pleito. Assim dispõe o § 2º, do artigo 41 da Lei 9504/97:

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na Internet.

O problema todo está no fato de que, acaso haja difusão de inverdades, tratamento não isonômico ou propagandas negativas, o imaginário, para o eleitor, passa a ser o real, dado à sua contaminação pelo contato com a informação propagandística negativa.

Por essa razão o art. 242 do Código Eleitoral consagra o princípio geral de que nenhuma matéria com cunho eleitoral, ou até mesmo meramente jornalístico ou artístico, em meios de comunicação em massa, em período eleitoral, possa ser feita

passando para o público uma falsa imagem, destinada a criar, artificialmente, em suas mentes, um estado passional que denigra a imagem política/social/moral, de qualquer candidato.

DA NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

A Constituição e o Código Eleitoral tutelam como tríade de elementos: o princípio da liberdade de expressão; a violação à isonomia de tratamento entre a acusação e a resposta e o direito a retificação da informação disponibilizada.

Por isso, com todas as vênias, faz-se a hora de, para todo e sempre, estabelecermos uma distinção entre liberdade de expressão e, data vênias, “libertinagem de expressão”. Isso porque, conquanto a liberdade de expressão seja um direito de todo e qualquer indivíduo manifestar seu pensamento, isto não pode ser, a toda evidência, e como aludido, um subterfúgio para o vilipêndio à honra e imagem de qualquer candidato, bem como propaganda negativa, em detrimento da isonomia de tratamento que determina a Legislação Eleitoral.

Não se trata aqui de um suposto conflito aparente entre princípios, ora parafraseando J.J. Gomes Canotilho. Longe disso, até porque, gize-se, o que a Constituição e o Código Eleitoral tutelam é o princípio da liberdade de expressão, e não uma irrazoável libertinagem de expressão.

Com efeito, nosso país tem um passado lamentável de repressão à liberdade de imprensa e expressão. Muitos foram aqueles que deram a vida para que os meios de comunicação alcançassem os elevados patamares de garantias que hoje lhes são assegurados. Contudo, ao nos depararmos com o nível rasteiro de certas publicações, supostamente humorísticas, jornalísticas ou informativas, pomos em dúvida a validade do sacrifício daqueles, que ainda hoje, são imolados no curso da nobilitante tarefa de informar.

Destarte, a chamada ponderação de valores, também conhecida por ponderação de bens ou de interesses, que figura, portanto, como instrumento de efetividade do cânone da razoabilidade, visa dirimir fundamentalmente antinomias existentes entre princípios, figurando como nova técnica hermenêutica em matéria constitucional, e apresentando-se como substituto salutar aos já ineficientes métodos tradicionais de solução de antinomias jurídico-normativas entre regras: a especialidade, a cronologia e a hierarquia.

Possíveis colisões de direitos fundamentais que se encontram inseridas no plano valorativo principiológico-jurídico, como as existentes entre a honra, a divulgação de informações falsas, caluniosas e injuriosas, além da preservação da liberdade de expressão, deve ser dirimida pela ponderação de valores, em nome da máxima efetividade da força normativa constitucional.

A honra, a imagem, a privacidade, a proibição à propaganda negativa e não isonômica, como direitos fundamentais e direitos da personalidade, na forma do art. 5º, inciso X da Constituição Republicana de 1988, não raramente, são maculados por informações falsas disseminadas pelos meios de comunicação, o que faz necessário, por ponderação, a restrição do próprio direito à informação.

Fundamentalmente, a solução de possíveis conflitos de interesses entre a honra, a imagem e a privacidade, em relação ao uso ou ao acesso ilegal em qualquer meio de comunicação, em detrimento da liberdade de informação, deve estar pautada

no estabelecimento do critério orientador da preeminência dos primeiros direitos-princípios sobre o segundo.

A liberdade diante da responsabilidade no uso do vernáculo ou da expressão “*latu sensu*”, são axiomas que devem andar lado a lado, em constante equilíbrio, em prol da manutenção e da tutela da dignidade humana, configurando, certamente, uma real manifestação ordenada do convívio social na moderna sociedade da informação.

Contudo, infelizmente tem sido prática corriqueira nas campanhas eleitorais a tentativa de deslegitimação de candidatos através da divulgação de notícias que induzem o eleitor a não votar no mesmo. Estas condutas têm sido denominadas pelo Tribunal Superior Eleitoral como propaganda eleitoral negativa, e sob a tutela restritiva.

CONCLUSÃO

Nossa Lex Mater de 1988 apresenta em seu artigo 5º, inciso IX c/c artigo 220, a mesma lógica hermenêutica-interpretativa e o mesmo nivelamento de conteúdo, na medida que, direitos fundamentais, como a privacidade, a honra e a imagem, por exemplo, afora a liberdade de informação, se encontram em um mesmo patamar, ou seja, são todas cláusulas pétreas.

Existindo antinomia normativa principiológica entre direitos fundamentais, isto é, entre princípios, em nome da tutela da razoabilidade contida no núcleo do cânone do devido processo legal substantivo (razoabilidade material), por meio da técnica da ponderação, pode-se dar solução a mazelas jurídicas inerentes a tais colisões, com a aplicação da chamada calibragem principiológica entre os cânones envolvidos.

Essa ponderação já foi devidamente parametrizada no art. 45 da Lei nº 9.504/1997, proibindo que os meios de comunicação exorbitem determinadas condutas, com diversas proibições, que objetivam resguardar o tratamento isonômico entre os candidatos, evitando atitudes inescrupulosas, muitas das quais retratadas por Ryan Holiday, em seu livro³:

Você pode usar o sistema para fazer caridade ou para criar notícias, falas e engraçadas – ou você pode usá-lo para criar violência, ódio e até, incidentalmente, morte. Eu fiz as duas primeiras coisas, enquanto os outros, por negligência ou malícia, fizeram a última. 

NOTAS

- 1 BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, 23-28.
- 2 HOLIDAY, Ryan. *Acredite, Estou mentindo. Confissões de um manipulador das mídias*. Tradução: Antonio Carlos Vilela. Companhia Editora Nacional. São Paulo: 2012, p. 39.
- 3 HOLIDAY, Ryan. *Acredite, Estou mentindo. Confissões de um manipulador das mídias*. Tradução: Antonio Carlos Vilela. Companhia Editora Nacional. São Paulo: 2012, p. 35.



ARQUIVO PESSOAL

ALLAN TITONELLI NUNES é Procurador da Fazenda Nacional, Especialista em Administração Pública pela FGV, Especialista em Direito Tributário e em Direito Eleitoral, Ex-Presidente do Forvm Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP).



ARQUIVO PESSOAL

MÁRCIO VIEIRA SANTOS é Advogado Eleitoralista, Doutor em Direito e em Ciência Política e Relações Institucionais. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP). Membro das Comissões de Direito Constitucional e Eleitoral do IAB.

Pelo equilíbrio federativo

■ POR ROGÉRIO GASPARI COELHO

Costuma-se dizer que a centralização e a descentralização de poder no Brasil obedecem a um padrão de “sístoles e diástoles”, ora concentrando-se os poderes na autoridade central, ora delegando-se mais poderes aos Estados. A expressão cardíaco-política é do general Golbery do Couto e Silva que, em que pese a ausência de credenciais democráticas, cunhou a metáfora muitas vezes mencionada quando se fala da história do federalismo brasileiro.

É certo que a luta por autonomia traz uma luta por recursos, que têm na tributação a sua fonte primordial. A partir da segunda metade do século XX, a disputa deixou de ser somente entre os Estados e o poder central e passou também a ser entre os próprios Estados da Federação.

A Constituição de 1967 e a Emenda 1/1969, que a reformulou, representaram uma centralização de poder, típica de ditaduras. Tentou-se, entretanto, criar um sistema de arbitramento dessas disputas entre Estados, ainda que somente pelo aspecto legal, dada a falta de democracia. Aquela Constituição trouxe a previsão de que isenções tributárias fossem concedidas ou revogadas somente mediante convênios entre Estados, que passaram então a ser firmados.

O desvirtuamento do sistema tributário empobrece o país como um todo, impedindo que a situação de carestia seja superada

Em 1975, criou-se, por intermédio da Lei Complementar nº 24/1975, o Conselho Nacional de Política Fazendária, instância oficial na qual seriam discutidos esses ajustes tributários, com a participação do Ministro da Fazenda e dos Secretários de Fazenda dos Estados. Uma das regras básicas desse sistema é que a concessão de benefícios fiscais seja unânime.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, representou uma nova fase de liberdade e autonomia para os entes federativos. A estrutura de concessão de benefícios fiscais mediante a deliberação por convênio foi, todavia, mantida. Ocorre que a luta por recursos, de certa maneira tamponada pela centralização do período anterior, transformou-se em conflito aberto, bélico até nos nomes dos seus desdobramentos, como a Guerra Fiscal e a Guerra dos Portos.

Os Estados passaram a conceder incentivos e benefícios fiscais por conta própria, burlando a estrutura constitucional legítima para o endereçamento dessas questões. O Poder Judiciário, por sua vez, especialmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), não conseguiu resolver as refregas entre os Estados, deixando de reprimir adequadamente condutas ilegais e inconstitucionais por eles adotadas.

Essa situação, que ainda persiste, configura, em realidade, um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, instituto que já foi reconhecido pelo STF quando do

juízo da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347 MC/DF).

A ADPF 347 refere-se à situação do sistema prisional brasileiro. Não se pode esquecer, entretanto, que a tributação também deve respeitar direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, pois, se distorcida, ela afeta diretamente a igualdade, a legalidade e a propriedade, além de outros fundamentos e princípios gerais do Estado brasileiro como a livre iniciativa e a redução das desigualdades regionais e sociais.

O desvirtuamento do sistema tributário empobrece o país como um todo, impedindo que a situação de carestia - realidade de muitas famílias duramente penalizadas por impostos sobre o consumo - seja superada, e que o tão esperado crescimento econômico sustentado enfim se concretize. O reconhecimento desse estado de coisas inconstitucional leva a três impasses.

O primeiro tem-se que a perpetuação desses arranjos ilegais e inconstitucionais acabou por se incorporar ao planejamento econômico-financeiro dos Estados e das empresas que eles tentam atrair, o que torna muito difícil desatar esse nó, a esta altura, sem grandes prejuízos aos próprios Estados e aos agentes econômicos que investiram em entes federados que concediam benefícios ilegais.

O segundo impasse, decorrente do primeiro, é que o receio da perda de arrecadação, por parte dos Estados, é um dos grandes empecilhos à reforma tributária, que há décadas vem sendo discutida, sem que haja, porém, consenso político para sua efetivação.

Por fim, dada a complexidade institucional do assunto e o longo tempo pelo qual ele vem se arrastando, semeando em cada benefício ilegal concedido um “fait accompli”, qualquer solução dada à questão certamente implica lidar com uma saída que traga algum aspecto ilegal, inconstitucional, ou no mínimo inconsistente com a moralidade administrativa.

É o que se verificou com a edição da Lei Complementar nº 160/2017. Apesar de seu louvável intento de normatizar os benefícios concedidos, não apenas os atores privados por débitos em razão da inconstitucionalidade desses benefícios e, por fim, estabelecer um prazo para o fim da guerra fiscal, acabou por convalidar abomináveis práticas administrativas.

Qual a consequência da generalização dessas condutas? Entre tantas outras, na classificação das economias relativa à facilidade de fazer negócios, efetuada pelo Banco Mundial, o Brasil está na 125ª posição entre 190 países. No que se refere à facilidade para o pagamento de impostos, amarga a 184ª posição. A reciprocidade entre concessão de benefícios ilegais e retaliações leva os Estados federados a se revezarem na posição de perdedores e de ganhadores em um jogo de soma zero.

As eleições gerais de 2018 oxalá possam ajudar a conduzir à solução desses impasses. Os agentes políticos que forem escolhidos devem ter como prioridade a reforma tributária, especialmente no que se refere aos impostos sobre o consumo e à relação entre os Estados Federados. A sociedade brasileira deve, entretanto, ter em mente que o aperfeiçoamento da federação não será fácil e deixará traumas, mas é o único caminho a ser seguido. 



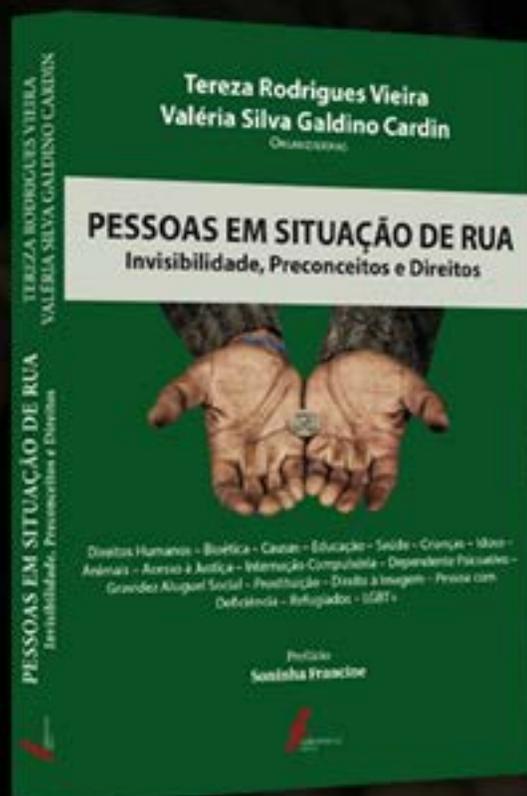
ARQUIVO PESSOAL

ROGÉRIO GASPARI COELHO é advogado de Machado Associados.

PRÉ-
LANÇAMENTO

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Invisibilidade, Preconceitos e Direitos



R\$ **60**,00
Frete grátis

Peça agora mesmo seu boleto!

"A publicação, feita de muitos olhares, escutas e leituras atentas, tem muito a acrescentar para quem é sensível à questão – e, quem sabe, é capaz de sensibilizar, inspirar e motivar os que ainda preferem fingir que não viram o morador de rua à sua frente."

Soninha Francine
é uma das fundadoras da ONG CASA Bodisatva



(61) 3225-6419

comercial@zkeditora.com.br

 zakarewicz
editora