

conceito jurídico

ano II | maio de 2018 | nº 17



Marcelo Gurjão Aith

Vaquinha virtual – a nova moda nas eleições de 2018 **Pág. 8**

www.zkeditora.com/conceito



zakarewicz
editora



Descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha



IN VOGA

Leonardo Sarmento

Movimento grevista que para o país – Lei de Segurança Nacional?



TENDÊNCIAS

Luiz Flávio Gomes

Brazuela (sobre a “venezuelização” do Brasil)



ENFOQUE

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Da afronta à Constituição através do Decreto Federal nº 9.101/17 que eleva a alíquota do PIS/COFINS incidente sobre a gasolina, gás e diesel

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, 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.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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



zakarewicz
editora



Amadeu Garrido de Paula

O risco político desta paralisação do País

Uma greve que compromete a funcionalidade quase que absoluta da sociedade não pode deixar de ser considerada um fenômeno marcante. Sobretudo num ano de eleições. Políticos todos os anos são e eleições não enfeixam o fenômeno como um todo.

Preocupantes são as manifestações de apoio aos caminhoneiros que paralisaram o país. Preocupantes são as manifestações deles, caminhoneiros, e de segmentos que os aplaudem.

Em jogo não está o governo tampão e anêmico de Michel Temer, mas o futuro de nossas instituições. É grave a opção por um governo militar.

A democracia é uma planta tênue na América Latina, disse um historiador. Alguns anos de liberdade não solidificam um regime aberto, permanentemente. As lições são vastas. Governo militar está na fronteira de regime militar e, mais adiante, de ditadura militar. Gerações que não a experimentaram em nosso país acreditam, com ingenuidade, em “ditadura de boas intenções”.

Nosso continente sofrido alternou momentos democráticos e outros de infames ditaduras. Há cerca de meio século passado, uma nonada na história longa da humanidade. Mario Vargas Llosa se refere à “peste do autoritarismo”. Venha da esquerda ou da direita. Da esquerda veio com seus tanques o General Juan Velasco Alvarado, no Peru.


Sua herança “progressista” foi o fechamento da imprensa, expropriações de jornais para serem seus ventríloquos. A utopia esquerdista feneceu sob o autoritarismo, assim como na União Soviética, Cuba, Nicarágua, Venezuela, Bolívia etc; ou, como queiram, o populismo travestido de esquerda e promotor de grandes misérias.

E as ditaduras de direita são igualmente ou mais desastrosas. O que nos legou, no campo econômico e social, a ditadura que, recentemente, nos infelicitou por vinte anos, suas prisões, torturas e mortes? Exatamente as raízes da crise econômico-social que vivemos no presente. O que entregaram de bom a seu povo o General Jorge Rafael Videla e seus prosélitos, na Argentina, além de esmagar as críticas, prender escritores e artistas, estimular milícias que penetravam nos lares de intelectuais e os sequestravam e matavam, e o faziam até no exterior, como na tragédia do poeta Juan Gelman? O que legaram senão somente as “viúvas da Praça de Maio”?

Pinochet, Garrastazu, os Somoza, Banzer, é isso o que imagina de bom para o Brasil esse segmento que o abalou, certamente por reivindicações justas, no plano político?

Nunca foi tão necessária no Brasil a união de forças democráticas, em que se garantam as liberdades públicas, a economia livre e as garantias dos direitos individuais. As retificações de governança somente podem ocorrer no plano da democracia. Fora disso, gera-se um monstro. Os caminhoneiros poderão, num movimento sob uma ditadura militar, voltar ao trabalho ao primeiro choque elétrico ou ser castrado por um cachorro um de seus líderes numa masmorra qualquer.

Não afirmamos que nossas Forças Armadas atuais guardem semelhança com os demônios e gangsters que praticaram esses atos. Porém, fora de democracia não há salvação. E um governo, ainda que escolhido nas urnas, de um só segmento da sociedade - os militares - é o primeiro passo no rumo de nova ditadura. Assim tem sido a história de nossa Latina América; o Brasil de hoje passa por um momento de negras trevas em seus horizontes.

Não podemos admitir que se convertam em uma tempestade de ódio, força, opressão, que jamais foram meios de progresso e construção nacional. 



Na **Prática Forense** você estuda
com os grandes mestres do Direito.

Tel. (61)

3225-6419

www.zkeditora.com/pratica

 zakarewicz
editora

SUMÁRIO

8

ENTREVISTA

Vaquinha virtual – a nova moda nas eleições de 2018

Marcelo Gurjão Aith

3

COM A PALAVRA

O risco político desta paralisação do País

Amadeu Garrido de Paula

13

DIREITO E BIOÉTICA

Crime e danos em cirurgias – o esquecimento de corpos estranhos durante a realização de procedimentos cirúrgicos: anotações, consequências, e forma de prevenção

Ana Paula Cury, Fabio Cabar e Maria Luiza Gorga

10

PROPOSTAS E PROJETOS

Infanticídio indígena

Daniela Chammas

18

PAINEL DO LEITOR

Antes de punir, orientar. O novo paradigma da fiscalização paulista

Atila Melo Silva

16

PAINEL ECONÔMICO

Desgaste do sistema tributário

Marcos Cintra

22

DESTAQUE

Extinção impossível

Almir Pazzianotto Pinto

20

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

A empresa fluida

José Paulo Graciotti

24

CAPA

Descumprimento das medidas protetivas da Lei Maria da Penha agora é crime

Adriana Filizzola D'Urso

27

CAPA

Violência doméstica: breves notas sobre a Lei nº 13.641/2018

Carlos Eduardo Rios do Amaral

31

CAPA

Descumprir medidas protetivas de urgência agora é crime

Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini Neto

37

CAPA

Descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha

Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Antonelli Antonio Moreira Secanho

40 O novo crime da Lei Maria da Penha e a nova atribuição da Polícia Federal

CAPA

Rômulo de Andrade Moreira

43 Movimento grevista que para o País – Lei de Segurança Nacional?

IN VOGA

Leonardo Sarmento

46 Da afronta à Constituição através do Decreto Federal nº 9.101/17 que eleva a alíquota do PIS/COFINS incidente sobre a gasolina, gás e diesel

ENFOQUE

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

53 Medidas despenalizadoras

CONTEXTO

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

58 Cyberbullying, cyberstalking e redes sociais – Os reflexos da perseguição digital

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Gisele Truzzi

64 Brazuela (sobre a “venezuelização” do Brasil)

TENDÊNCIAS

Luiz Flávio Gomes

66 A atuação dos conselhos de engenharia, na notificação de obras sob a responsabilidade técnica de arquitetos e urbanistas, e o abuso do poder de polícia administrativa

PORTAL JURÍDICO

Anderson Couto do Amaral

77 Solução para o *compliance* fiscal das organizações

GESTÃO EMPRESARIAL

Jhoney Laudelino da Silva

78 STJ estabelece os parâmetros para definição de insumos, para fins de apropriação de créditos de PIS e COFINS

CONJUNTURA

Lafayette G. Vieira Neto

80 A Lei nº 12.830/2013 e fundamentos de sua constitucionalidade.

Inteligência dos arts. 144 § 4º e 129 da Constituição Federal e do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/2013. Funções distintas do ‘parquet’ e da Polícia Judiciária dirigida por delegados. Investigação criminal e a competência exclusiva dos delegados para dirigi-la. PARECER.

DOCTRINA

Ives Gandra da Silva Martins

93 O TCU e a ampla defesa a servidor estável durante análise de admissão

PONTO DE VISTA

Adovaldo Medeiros Filho



POR MARCELO GURJÃO AITH

Vaquinha virtual – a nova moda nas eleições de 2018

Nesta edição, o advogado, especialista em Direito Público e Criminal, Marcelo Gurjão Aith, aborda tema inusitado para as eleições de 2018, a doção de dinheiro de pessoas físicas para pré-candidatos por intermédio da “crowdfunding” ou “vaquinha virtual”. Tal modalidade foi liberada pela Justiça Eleitoral na última terça-feira, dia 15.

CONCEITO JURÍDICO – O que são as “crowdfunding”, e de onde é esse modelo?

MARCELO GURJÃO AITH – As “crowdfunding” são oriundas do direito norte-americano. Nas eleições presidenciais dos Estados Unidos, em 2008, o candidato eleito Barack Obama inaugurou essa modalidade de financiamento coletivo.

CONCEITO JURÍDICO – Quando foi e o que foi regulamentado nessa nova modalidade?

MARCELO GURJÃO AITH – A “vaquinha virtual eleitoral” foi aprovada na Resolução TSE nº 23.553, de 2 de fevereiro de 2018, pelo Tribunal Superior Eleitoral, o qual regulamenta a arrecadação, os gastos eleitorais e a prestação de contas das eleições 2018. A arrecadação de recursos pela modalidade de financiamento coletivo – vaquinha virtual – foi regulamentada pelo TSE, nos termos do art. 23 da citada resolução.

CONCEITO JURÍDICO – No que consiste a vaquinha eleitoral?

MARCELO GURJÃO AITH – A “vaquinha virtual” é a captação coletiva de recursos por meio de plataformas da internet, em que os eleitores – portanto pessoa física – poderão doar até R\$ 1.064,10 (um mil, sessenta e quatro reais e dez centavos) por dia, sendo certo que o limite total é de 10% da renda bruta que obteve em 2017, apurado mediante verificação do IRPF de 2017. O limite diário foi estabelecido com o escopo de facilitar o controle e monitoramento das transações pela Justiça Eleitoral.

CONCEITO JURÍDICO – Como os eleitores interessados em auxiliar seus pré-candidatos poderão fazer as doações?

MARCELO GURJÃO AITH – A doação pela “vaquinha virtual” será realizada por meio de um dos sites autorizados pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Há cerca de 20 empresas aptas até o momento para intermediar as contribuições e outras 20 em processo de cadastramento junto ao Tribunal Superior Eleitoral – TSE. O pagamento pelo eleitor poderá ser feito de diversas formas disponibilizadas, a depender da empresa: boleto bancário, cartão de crédito e transferência online.

CONCEITO JURÍDICO – O dinheiro arrecadado na “vaquinha virtual” pode ser gasto de qualquer maneira pelos candidatos?

MARCELO GURJÃO AITH – Consoante se depreende da lei eleitoral – com a redação dada pela minirreforma –, o dinheiro arrecadado poderá ser usado exclusivamente para as atividades de campanha, tais como, confecção de material impresso, propaganda, aluguel de locais para atos, transporte, correspondências, instalação e manutenção de comitês, pagamento de pessoal, comícios e pesquisas, entre outros permitidos por lei.

CONCEITO JURÍDICO – O dinheiro arrecadado pelos pré-candidatos já podem ser usados nas prévias do partido?

MARCELO GURJÃO AITH – Não. Conforme se extrai da lei e da Resolução, o dinheiro arrecadado só poderá ser transferido quando o cidadão tiver a candidatura confirmada na convenção do partido. As convenções partidárias que oficializarão os candidatos vão de 20 de julho a 5 de agosto. Dessa forma, antes da confirmação da candidatura, os valores ficam retidos e não podem ser movimentados pelo candidato. Outra questão que deve ser observada pelo candidato escolhido nas convenções partidária, até que comece oficialmente a campanha (16 de agosto), é que somente poderão fazer uso dos valores arrecadados para a preparação da campanha e a instalação física de comitês ou de página de internet. Dessa forma, somente quando for permitido ao candidato pedir votos, poderá utilizar os valores para cobrir as demais despesas autorizadas pela lei.

CONCEITO JURÍDICO – Na hipótese de o pré-candidato que recebeu valores não tiver confirmada, por qualquer motivo, a sua candidatura. Como ficam os valores arrecadados?

MARCELO GURJÃO AITH – Caso o cidadão não tiver a candidatura confirmada, o valor destinado a ele na pré-campanha deverá ser devolvido ao doador. Não se pode esquecer que o eleitor poderá, também, doar diretamente, por meio de transação bancária para a conta do candidato ou do partido aberta especificamente para a campanha, limitado, da mesma forma, em 10% dos valores brutos auferidos no ano anterior. Doações acima de R\$ 1.064,10 só podem ser feitas por meio de transferência eletrônica, da conta do doador diretamente para a do candidato ou partido.

CONCEITO JURÍDICO – Em um momento em que a confiança nos políticos beira a zero por cento, a “vaquinha virtual eleitoral” terá sucesso?

MARCELO GURJÃO AITH – Tenho minhas dúvidas se o eleitor terá ânimo e coragem de tirar do seu bolso para contribuir com um candidato, diante do mar de lama que vê mergulhada a política brasileira. ❏



Infanticídio indígena

■ POR DANIELA CHAMMAS

“O Projeto de Lei nº 1057/2007 –, Lei Muwaji –, prevê a criminalização do infanticídio, bem como do abandono de recém-nascidos indígenas. A movimentação para combater o infanticídio nos povos indígenas colide com os direitos fundamentais, já que os índios são titulares do direito à autodeterminação em suas terras e do direito às manifestações culturais (DIMOULIS; MARTINS, 2009).”

“Dentro de mim, existem dois lobos:
O lobo do ódio e o lobo do amor.
Ambos disputam o poder sobre mim.
E quando me perguntam qual lobo é vencedor, respondo:
O que eu alimento.”

Provérbio Indígena

No que concerne a prática do infanticídio, sua execução se dá quando o nascimento de uma criança envolve preceitos supersticiosos e de sobrevivência do grupo, em que prevalecem os interesses coletivos sobre os individuais (COLAÇO, 1998).

No Brasil, os casos de infanticídio indígena não eram computados nas estatísticas de violência e de saúde pública, sendo desconhecidos para a maior parte da sociedade. A prática ocorre pelo fato de a criança nascer com alguma deficiência física, se houver nascimento de gêmeos, filho de mãe solteira, ou gerado em uma relação de adultério (TRADIÇÃO, 2014).

Há mães indígenas que abandonam seus filhos recém-nascidos nas matas, quando apresentam alguma deficiência física ou mental; sendo que há casos em que as crianças são enterradas vivas.

No âmbito penal brasileiro, tais casos configuram crimes de abandono de incapaz, infanticídio e homicídio. A Lei Federal nº 6.001/1973, o Estatuto do Índio, prevê em seu art. 4º que há três categorias de índios conforme seu nível de integração: isolados, em vias de integração e integrados. Os isolados vivem em grupos desconhecidos ou de poucos contatos; os que estão em vias de integração conservam práticas nativas, porém absorveram características da comunhão nacional; os integrados estão incorporados à comunhão nacional, no pleno exercício dos direitos civis, ainda que apresentem características típicas de sua etnia e cultura.

Ainda que esses casos possam ser tipificados como homicídios, cabe ressaltar que as mulheres que deixam seus filhos nas florestas ou os matam, não agem sob efeito do estado puerperal, mas atendendo a um costume secular de sua tribo, sendo que nesses casos há infanticídio apenas no sentido etimológico, mas não conforme a tipificação penal brasileira.

Assim como a imputação penal aos indígenas encontra limite nos textos constitucional e infraconstitucional, cabe analisar se as crianças indígenas devem contar com a proteção da legislação nacional vigente.

As crianças e adolescentes que vivem no Brasil têm proteção oferecidas pela Constituição Federal de 1988, pelo Princípio da Proteção Integral da criança.

O Estado brasileiro assume o compromisso de proteger a criança na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, promulgada no país pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Nesse texto normativo, está a obrigação de todos os Estados signatários garantirem os direitos presentes a todas as crianças, sem distinção alguma, independentemente de origem étnica e deficiências físicas.

A Lei Federal nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), reforça o direito à vida (art. 4º) para essa população, garantindo todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 3º). Por tal norma, as crianças e têm direito ao respeito, que se configura pela inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral (art. 17).

A Constituição Federal de 1988, a Convenção dos Direitos da Criança e o ECA oferecem proteção à criança indistintamente, sem ressalvas que permitam aos povos indígenas executar homicídios ou infanticídios. Contudo, há que se observar os costumes dos povos nativos quanto a essas práticas, pois não se pode ignorar os valores culturais e étnicos de cada tribo.

O infanticídio nas tribos indígenas traz à tona diversos valores. A religiosidade na sociedade brasileira bem como o ativismo de grupos que defendem os direitos humanos entram em conflito com as versões de antropólogos de entidades defensoras dos direitos indígenas. Retirar a vida de um recém-nascido causa repugnância e revolta. Porém, especialistas acreditam que não se deve interferir nos costumes indígenas, já que esse ato é cultural e um direito que deve ser preservado.

Reza o art. 5º da Carta Magna:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”.

O direito à vida é indistinto e inviolável, direito de todos. Partindo-se do princípio que os índios são cidadãos brasileiros, entende-se que todos estão sujeitos ao manto constitucional e legal; seja no âmbito civil ou penal.


Pacificar essa questão não é tão simples assim. A questão cultural é muito importante e deve ser respeitada. O art. 231, da Constituição Federal de 1988, reconhece a organização social, os costumes, línguas, crenças e tradições próprias de cada um.

O Projeto de Lei nº 1057/2007 –, Lei Muwaji –, prevê a criminalização do infanticídio, bem como do abandono de recém-nascidos indígenas. A movimentação para combater o infanticídio nos povos indígenas colide com os direitos fundamentais, já que os índios são titulares do direito à autodeterminação em suas terras e do direito às manifestações culturais (DIMOULIS; MARTINS, 2009).

Alexy (2011) entende que o problema jurídico que se apresenta pode ser avaliado pela técnica do sopesamento, observando qual dos interesses em conflito pesa mais no caso concreto. Paira então a dúvida se a proibição ou não do infanticídio indígena seria inconstitucional, já que o direito à vida e a dignidade da pessoa humana estão acima de quaisquer outras normas de direito fundamental.

Há que se considerar a existência dos costumes indígenas em terras brasileiras. O Poder Judiciário, antes de criminalizar a prática do infanticídio nos povos silvícolas, deve considerara integração do índio à comunhão nacional, suas motivações, bem como entender as normas de sua tribo, a aculturação e marginalização.

Levar em conta o caso concreto, antes de aplicar as penalidades aos índios, é a atitude prudente a ser tomada, em razão da diversidade de comportamento e de crenças em relação à sociedade.

Não há que se falar em desconsiderar os enunciados constitucionais e infraconstitucionais. Outrossim, há que se considerar a possibilidade de aplicação da excludente de culpabilidade por conta do erro sobre a ilicitude do fato, tendo em vista que os executores do infanticídio o fazem em cumprimento às normas consuetudinárias de sua tribo, sem conhecer a ilicitude que está prevista no direito brasileiro vigente. 

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- COLAÇO, Thais Luzia. *O direito indígena pré-colonial*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Direito e justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 7. ed. São: Revista dos Tribunais, 2011.
- TRADIÇÃO indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. *Fantástico*. Rio de Janeiro, Rede Globo, 7 de dezembro de 2014.



DANIELA CHAMMÁS é Mestranda em Educação pela Universidad del Atlantico de Espanha; Especialista em Psicologia Forense e Criminologia (Universidade Gama Filho – RJ); Especialista em Direito Penal (Universidade Gama Filho – RJ)

Crime e danos em cirurgias

O esquecimento de corpos estranhos durante a realização de procedimentos cirúrgicos: anotações, consequências, e forma de prevenção

■ POR ANA PAULA CURY, FABIO CABAR E MARIA LUIZA GORGA

O esquecimento de um corpo estranho (como agulhas de sutura, materiais têxteis (compressas e gases), pinças, entre outros) durante a realização de um procedimento cirúrgico é complicação médica descrita na literatura internacional. Os relatos, contudo, não são abundantes, de forma que se acredita que a incidência desse evento é subestimada: está registrada na literatura a ocorrência de um caso em cada 1.000 a 1.500 cirurgias abertas na cavidade abdominal, sendo que as compressas cirúrgicas representam o material mais comumente deixado nos pacientes.

O esquecimento de um corpo estranho pode ocorrer em cirurgias diversas, entretanto, esse fato acontece mais frequentemente nas cirurgias abdominais, principalmente nas de emergências, em procedimentos hemorrágicos e em cirurgias prolongadas, quando geralmente há trocas na equipe cirúrgica, podendo haver problemas em relação à rotina de contagem das compressas no momento do fechamento da cavidade abdominal.

Ocorrendo o esquecimento, o grau de reação do organismo ao corpo estranho dependerá de sua natureza. As compressas deixadas na cavidade abdominal produzem uma forte reação tecidual que ocorre de duas maneiras: aderências e encapsulação do corpo estranho, o que resulta num granuloma com calcificação ou até mesmo ossificação, processo esse que pode manter o indivíduo sem qualquer sintoma por longo período; e processo inflamatório que poderá evoluir para a formação de um abscesso, bem como em tentativa de eliminação do corpo estranho pela via que oferece a menor resistência, seja a ferida operatória, o local onde se encontra o dreno, ou o trato gastrointestinal. Nesses casos, durante a evolução, pode ocorrer obstrução intestinal ou a formação de fístulas.

Quanto aos sintomas, esses costumam ser: dor abdominal, náuseas, perda de peso, interrupção do trânsito intestinal, sintomas urinários, fístulas entre outros. Um quadro clínico inespecífico, com queixas



“Se a grande meta de um profissional é ter o maior número de casos finalizados com sucesso, a grande meta desta faceta da interface do Direito com a Medicina é um dia termos o *compliance* médico transformado em prática universal e cotidiana.”

abdominais vagas e ocasionais, sintomas abdominais inexplicáveis, deve alertar para a possibilidade da existência de um corpo estranho desde que haja história de realização de cirurgia abdominal prévia.

De se notar que as complicações que podem advir pelo esquecimento de um corpo estranho são potencialmente fatais. Quanto maior o tempo decorrido até o diagnóstico, maior a probabilidade da ocorrência de complicações.

Nos casos em que houver suspeita de esquecimento de corpo estranho, deve-se investigar o caso com muito cuidado, valorizando-se o quadro clínico e solicitando-se exames de imagem.

Confirmada a suspeita, o tratamento é sempre cirúrgico, com a remoção do corpo estranho, drenagem da secreção purulenta, se houver, e reparações de órgãos e demais lesões.

Além das consequências físicas e emocionais para os pacientes e familiares, deve-se ter em mente, as possíveis consequências aos profissionais responsáveis pelo ato cirúrgico.

Inobstante seja um fato que ocorre com frequência determinável, ainda assim a norma jurídica considera como violação de um dever de cuidado, podendo então ter ramificações tanto cíveis quanto criminais.

Do ponto de vista cível, tem-se as ações de indenização por danos materiais, morais, e/ou estéticos, com a possibilidade de condenação dos profissionais envolvidos a vultosos pagamentos – o que, hoje em dia, muitas vezes já é coberto pelos seguros de responsabilidade profissional.

A segunda ramificação é a criminal, e para esta não existem as redes protetoras dos seguros profissionais. Pode o médico ver-se responsabilizado pelo delito de lesão corporal ou homicídio, a depender do caso concreto. Ademais, também é possível que da análise de cada questão individual se considere que o profissional agiu com grau de descuido tão elevado que ultrapassa o que se chama de crimes culposos, adentrando a seara do crime doloso, os quais possuem penas bastante elevadas, chegando o homicídio a prever penas de até vinte anos de reclusão.

A melhor forma de se prevenir é ter o zelo extremo do cirurgião durante o ato operatório, principalmente nas cirurgias complicadas ou de emergência, com duração prolongada, sangramentos intensos e com equipes cirúrgicas menos experientes, como ocorre em locais de ensino. Neste sentido, algumas medidas profiláticas devem ser pontuadas:

Primeira: ao final do ato operatório, a contagem sistemática das compressas é obrigatória. Havendo dúvidas, deve-se solicitar a realização de exames de imagem ainda na sala operatória; caso ainda reste alguma dúvida após essas medidas, o sítio cirúrgico deve ser reabordado imediatamente.


Segunda: é importante a utilização de materiais cirúrgicos com marcadores radiopacos, pois estes facilitam a sua identificação quando da avaliação radiológica.

Terceira: nos casos de cirurgias abdominais, o cirurgião deve explorar e inventariar completamente a cavidade abdominal antes de realizar o fechamento da parede abdominal, não devendo simplesmente aceitar uma pretensa contagem correta de compressas.

A utilização dessas medidas preventivas – que dependem, fundamentalmente, do zelo do cirurgião e de sua equipe – é a melhor maneira de impedir o indesejável esquecimento de um corpo estranho, protegendo assim não apenas aos profissionais, mas, sobretudo, os pacientes.

Dessa maneira, mesmo que em movimentos individuais, e ainda que levados à ação apenas após um caso concreto, é extremamente salutar que os profissionais comecem a adotar práticas preventivas para encarar possíveis enfrentamentos na justiça, posto que com isso, necessariamente, busca-se evitar riscos desnecessários e danos aos pacientes, fim último da medicina.

Assim, o desafio passa pela disseminação de uma cultura de criação e aplicação de medidas preventivas na profissão, combinada com um movimento amplo que abranja desde as universidades aos ambientes de trabalho.

Se a grande meta de um profissional é ter o maior número de casos finalizados com sucesso, a grande meta desta faceta da interface do Direito com a Medicina é um dia termos o *compliance* médico transformado em prática universal e cotidiana. 

Desgaste do sistema tributário

■ POR MARCOS CINTRA



“No mundo comandado por impulsos elétricos a cobrança de tributos deve ser automatizada, incidindo diretamente sobre a moeda eletrônica que circula no sistema bancário. É um fato que irá se impor. É a forma de tributação que se ajusta ao ambiente digital e que é capaz de corrigir distorções como a predominância de informações assimétricas no sistema econômico e a sonegação.”

Cada vez mais a tecnologia digital e a globalização impactam negativamente os tradicionais modelos tributários ao redor do mundo. Perdas bilionárias de arrecadação ocorrem resultantes de sistemas convencionais de impostos e contribuições que não conseguem alcançar transações em um am-

biente onde as economias estão cada vez mais integradas e comandadas por um intenso fluxo de bits and bytes.

Tentando encontrar uma saída para a evasão crescente de recursos, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) demonstrou por meio de um plano de ação denominado “Addressing Base Erosion and Profit Shifting” preocupação com a erosão das bases tributárias dos países membros da entidade e propôs medidas visando enfrentar o problema. O foco principal diz respeito à necessidade de combater esquemas de planejamento tributário praticado por grupos econômicos que se aproveitam de lacunas normativas e assimetrias dos sistemas tributários nacionais para transferir lucros para países com tributação reduzida ou inexistente.

No trabalho apresentado pela OCDE ainda prevalece a ideia de tapar buracos aqui e acolá para minimizar as perdas de arrecadação. Não se questiona a eficiência e a eficácia de uma estrutura tributária que podia funcionar em uma época onde predominava o nacionalismo e a tecnologia digital era algo meramente futurista.

As bases tributárias convencionais envolvem uma tecnologia complexa, artesanal e contraditória frente à realidade da globalização e da economia digital. Exigem de cada pagador de impostos a “autoapuração” e o oferecimento de seus rendimentos à tributação e sua posterior submissão a auditorias para aferir a veracidade das informações. Nesse sistema, a fiscalização exige o acompanhamento físico das transações econômicas, uma tarefa cada dia mais difícil e onerosa de ser realizada com sucesso. As transações eletrônicas, o comércio pela internet, a volatilidade e mobilidade de fatores, capitais, mercadorias e serviços tornam a tarefa quase impossível de ser concretizada por haver necessidade de fiscalizar e auditar um número incalculável de transações que se realizam a cada momento.

O ambiente digital é uma realidade que faz com que inovações ocorram de modo cada vez mais rápido. Os fluxos de bits and bytes transportando dados, que antes impactavam fundamentalmente elementos intangíveis, hoje também afetam elementos tangíveis de modo extraordinário. Aspectos concretos, palpáveis, da atividade de produção são cada vez mais determinados pela era digital. Em seminário realizado ano passado, o especialista em finanças públicas da Fundação Getúlio Vargas, Fernando Rezende, afirmou que o mundo atual é marcado pela virtualização das transações, caracterizado pela substituição das máquinas e outros ativos físicos pela capacidade intelectual; por amplas redes unindo fornecedores, clientes e até competidores; e que torna irrelevante a localização das plantas empresariais.

No mundo comandado por impulsos elétricos a cobrança de tributos deve ser automatizada, incidindo diretamente sobre a moeda eletrônica que circula no sistema bancário. É um fato que irá se impor. É a forma de tributação que se ajusta ao ambiente digital e que é capaz de corrigir distorções como a predominância de informações assimétricas no sistema econômico e a sonegação. **C**



MARCOS CINTRA é Doutor em Economia pela Universidade Harvard, professor titular de Economia na FGV. Foi deputado federal (1999-2003) e autor do projeto do Imposto único. É Presidente da Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP).



Antes de punir, orientar. O novo paradigma da fiscalização paulista

■ POR ATILA MELO SILVA

Albert Einstein disse, certa vez, que “Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes”. Fazendo um paralelo com o nosso modelo tributário que é regressivo, além de economicamente irracional, e socialmente injusto, merece elogios a iniciativa do Governo do Estado de São Paulo, que publicou a Lei Complementar nº 1.320 de 06.04.2018, a qual institui programas de estímulo a conformidade tributária, a qual traz novos parâmetros de condutas que deverão ser observados pela administração tributária paulista.

A ideia por traz da referida lei é que o Fisco mude complemente sua forma de atuação, de modo a estabelecer princípios básicos na relação com o contribuinte, em que a Fazenda Pública deixe de atuar apenas de forma repressiva, através de fiscalizações e lavraturas de autos de infrações, muitas vezes sem fundamentos, impossibilitando a empresa, ou ao cidadão de regularizar através de orientação da própria administração tributária, sem imposições de penalidades.

Busca-se mudar a cultura vigente, pois até então as normas e ações da fiscalização tributária são elaboradas, e instituídas tomando como

base o comportamento do mal contribuinte, porém inegavelmente atinge os bons contribuintes, gerando mais burocracia e custos administrativos.

Para criar um ambiente de efetiva cooperação entre fisco e contribuintes, foram anunciadas ações por parte da administração tributária paulista, como disponibilização de agentes fiscais de renda para tirar dúvidas com contribuintes, com vistas a orientá-lo a seguir corretamente a legislação tributária.


Outras iniciativas da referida lei são a segmentação de contribuintes do ICMS por perfil de risco, visando identificar quem são os contribuintes que cumprem efetivamente as obrigações tributárias principais e acessórias, e os devedores contumazes, visando criar bases, e informações para determinação e concessões de regimes de tributação especiais etc., e para aplicação de regime mais severo de fiscalização, conforme a conduta do contribuinte.

A regulação em comento, além de responsiva, adota o elemento da rede contratual, no âmbito tributário, para qualificar as empresas, e o que se vê no art. 5º, III. A classificação das empresas se dará no contexto de credibilidade, da mesma forma que já foi feito em outras áreas em temas de grande relevância para a sociedade, tais como trabalho escravo, meio ambiente etc.

De maneira sintética e resumida, pode-se dizer diga-me com quem negocias e eu te direi quem és. Portanto, para se obter uma classificação melhor perante a administração tributária paulista as empresas deverão realizar um rigoroso trabalho de controle e gestão da sua rede contratual de modo a evitar negociar com empresas que não atuem em conformidade com as regras tributárias vigentes.

Também digna de aplausos é o que se denominou chamar de incentivo a auto regularização. O art. 14 da norma preconiza que uma vez constatado pela Fazenda Estadual que determinado contribuinte possui pendências ou inconsistências no sistema, antes de qualquer medida punitiva, ou de se deflagrar uma fiscalização, será dada a oportunidade dele se auto regularizar, inclusive possibilitando que a empresa tenha contato direto com o fiscal para sanar as dúvidas e assim corrigir o que eventualmente esteja em desacordo com a legislação fiscal, sem que sofra aplicação de multas punitivas.

O art. 24 da LC 1.320/2018 estabelece também um novo paradigma na relação fisco-contribuinte, ao estipular que a Secretaria da Fazenda adote providências necessárias para incorporar nos instrumentos de mensuração de produtividade dos agentes fiscais de rendas, as atividades voltadas à conformidade fiscal e ao estímulo à auto regularização de contribuintes, ou seja, busca-se mudar a postura hostil e repressiva, até então dominante na administração tributária, e privilegiar a criação de um ambiente de cooperação e conformidade na relação tributária, pelo menos no âmbito estadual de São Paulo.

A lei inova ao trazer uma ideia efetiva de reciprocidade na relação fisco-contribuinte, o que tem relação direta com a boa-fé, e que a atitude cooperativa do contribuinte deve ser reconhecida pela administração tributária, a qual também deve adotar, em contrapartida, medidas concretas que visem estabelecer este ambiente de confiança entre as partes, sem surpresas ou se valendo de incoerências na aplicação de normas tributárias em geral. 



A empresa fluida

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

“A empresa moderna e do futuro deve se comportar como os pássaros numa revoada, onde cada indivíduo colabora de maneira intensa e desprovida de egoísmo com seu par ou colega.”

Esta linda imagem de pássaros numa revoada, mas poderia também ser de sardinhas num cardume no oceano, pois o comportamento é exatamente semelhante.

Eles conseguem se manter coesos, pois é muito mais seguro; conseguem agir coordenadamente sem um líder ditando o caminho; conseguem viajar extremamente rápidos sem se atrapalharem mutuamente e principalmente conseguem reagir rapidamente a qualquer mudança ou risco apresentado pelo ambiente.




Deixemos aos biólogos o estudo de como isso acontece, o importante é que de alguma forma, as sensações, experiências e necessidades de mudança ou adaptação de um indivíduo são compartilhadas imediatamente ao grupo e este, rapidamente reage aos inputs do indivíduo tornando o grupo absolutamente coeso em todos os seus propósitos.

Propósito de direção (ao se utilizar o conhecimento dos mais experientes em determinar o caminho a ser trilhado); de procriação (ao escolher o melhor local e época, maximizando a capacidade de crescimento do bando); de autodefesa (ao formar um grupo com muito mais força que o indivíduo); de alimentação (ao escolher o melhor local para pousar e se alimentar com o mínimo de risco) e tudo isso baseado única e exclusivamente numa palavra: Colaboração!

O ambiente profissional que estamos começando a sentir, em todas as áreas e mais recentemente no mercado jurídico exige cada vez mais de empresas (“*aka*” Escritórios de Advocacia) uma grande capacidade de adaptação. Porque então não nos basearmos na experiência de milhares de anos de evolução de algumas espécies (que são fracas ou até indefesas na individualidade, mas extremamente fortes quando em grupo), que tem essa alta capacidade de adaptação e conseguem ter a mesma agilidade do indivíduo?

Felizmente (ou infelizmente) somos diferentes de pássaros e por conta de nossa complexa interação social, criamos necessidades e hábitos no nosso comportamento, tais como hierarquia, autoridade, burocracia, política, etc. e essas “coisas” apesar de organizarem o nosso relacionamento sócio-profissional, se utilizadas em excesso criam morosidade. Vamos lembrar que a palavra burocracia não tem na sua origem uma conotação negativa, mas ao longo do tempo foi sendo cada vez mais associada à morosidade, à falta de inteligência e do bom senso na criação de excesso de controles, que em vários casos não servem para muita coisa.

Não sou contra a existência de uma estrutura hierárquica nas empresas nem à organização, mas os novos tempos exigem uma agilidade que às vezes passa a ser incompatível com as estruturas tradicionais. Muitos níveis hierárquicos e a criação de comitês ou comissões dentro da estrutura podem ser fatais nos dias de hoje, por exemplo. É preciso ter liderança (não autoridade) aliada à autonomia com muita responsabilidade (*accountability*) para imprimir velocidade às decisões de qualquer empresa.

A empresa moderna e do futuro deve se comportar como os pássaros numa revoada, onde cada indivíduo colabora de maneira intensa e desprovida de egoísmo com seu par ou colega. Todas as experiências anteriores, as visões do mercado e do negócio, os riscos e as oportunidades e o “*feeling*” sobre as melhores práticas e soluções devem ser compartilhadas entre todos de modo que cada indivíduo tenha sempre em mente que a sua colaboração trará mais força, eficiência e agilidade à empresa. 



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.

Almir Pazzianotto Pinto



Extinção impossível

Prevista pelas Constituições de 1934 e de 1937, a Justiça do Trabalho nasceu do Decreto-Lei nº 1.237 no dia 1º de maio de 1939, como parte das comemorações do Dia do Trabalho.

A incorporação ao Poder Judiciário deu-se com a promulgação da Constituição de 16/9/1946, quando passou a figurar no rol do artigo 94, após o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos, Juízes e tribunais militares e juízes e tribunais eleitorais.

Antes, porém, o Decreto-Lei nº 9.797, de 9 de setembro, havia alterado a denominação do Conselho Nacional do Trabalho para Tribunal Superior do Trabalho, dos Conselhos Regionais para Tribunais Regionais, mas conservou o nome das Juntas de Conciliação e Julgamento.

É desnecessário discorrer sobre o relevante papel desempenhado pela Justiça do Trabalho desde o dia em que entrou em atividade. Concebido para impedir o embate direto entre capital e trabalho, evitando que degenerassem em violências e conflitos de rua, o Judiciário Trabalhista tem desempenhado a missão que lhe conferem a Constituição e a lei, em meio a sucessivas crises responsáveis por longos períodos de instabilidade e desemprego.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada em 1º de maio de 1943, suportou numerosas alterações. Uma das mais polêmicas resultou da lei que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), em 1966. Rejeitada durante a fase de debates no Poder Legislativo por amplos setores do sindicalismo profissional, com o decorrer dos anos demonstrou ser benéfica aos assalariados, até ser incorporada ao artigo 7º da Constituição de 1988 como um dos direitos fundamentais ali relacionados.

A reforma trabalhista, objeto da Lei nº 13.467, de 13/7/2017, experimenta problemas semelhantes aos padecidos pela Lei nº 5.107/1966. Intensos debates lhe antecederam a aprovação. Repetidas audiências públicas na Câmara dos Deputados, e intermináveis polêmicas resistem a artigos, seminários, congressos, e livros que tentam, com reduzida margem de sucesso, esclarecer-lhe o alcance e fixar a interpretação dos respectivos dispositivos. Entrado em anos no estudo do Direito do Trabalho, tento entender o que acontece em torno de lei cuja aprovação observou o processo legislativo constitucionalmente previsto, e foi aprovada por representantes eleitos do povo.

Surpreendem-me, contudo, algumas manifestações acerca da extinção da Justiça do Trabalho. A última teria partido do ministro Ives Gandra Martins Filho, cujos conhecimentos jurídicos são reconhecidos e o levaram a integrar, por concurso, o Ministério Público do Trabalho e, posteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho, do qual foi Corregedor-Geral, Vice-Presidente e Presidente.

Em palestra proferida em entidade patronal, S. Ex. teria lançado palavras de advertência no sentido de que a resistência à aplicação da nova lei, por magistrados de primeiro grau, poderia atrair reações do Poder Legislativo, capazes de resultarem no desaparecimento da Justiça Especializada.

Com o respeito e a admiração que tenho pelo eminente ministro Ives, ousou divergir. Os Tribunais e Juízes do Trabalho são órgãos do Poder Judiciário, conforme prescreve a Constituição vigente na linha das Constituições de 1946 e 1967, e Emenda nº 1/1969. Para retirá-los dessa posição seria necessária proposta de Emenda assinada pelo presidente da República ou por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado. Desacredito da possibilidade de alguém, vítima de repentina alucinação, fazê-lo hoje ou no futuro. Não bastasse, uma pergunta se impõe: em qual dos ramos do Poder Judiciário federal desaguardariam centenas de milhares de processos em fase de conhecimento ou de execução? Algum deles estaria pronto e disposto a arcar com as competências do artigo 114 da Lei Superior?

A prudência recomenda que o assunto extinção seja esquecido. Afinal, com ideias radicais, de concretização impossível, não iremos contribuir para a pacificação dos conflitos que afastam patrões de empregados. **■**

Descumprimento das medidas protetivas da Lei Maria da Penha agora é crime

■ POR ADRIANA FILIZZOLA D'URSO



A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) representou, sem sombra de dúvidas, um grande avanço no combate à violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar.

Ainda assim, os dados estatísticos relativos à violência sofrida, todos os dias, pelas mulheres, são alarmantes. Em pesquisa realizada no ano de 2017, pelo Datafolha, ficou constatado que, a cada hora, 503 mulheres brasileiras são vítimas de agressões físicas.

Visando combater este fato, verificada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Juiz poderá aplicar, ao agressor, medidas protetivas de urgência, a fim de preservar a integridade física e psicológica da mulher violentada. Essas medidas protetivas consistem, por exemplo, em afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a mulher violentada; proibição de aproximação da mulher violentada e de seus familiares, fixando um limite mínimo de distância entre estes e o agressor; proibição de contato com a mulher violentada por qualquer meio de comunicação; dentre outras medidas previstas na lei.

“A violência contra a mulher é uma realidade constante. As estatísticas não mentem. É fato que o descumprimento de medidas protetivas de urgência não poderia ficar impune, pois suas consequências podem ser fatais. Agora, além das sanções de natureza civil (multa), administrativa (força policial) e penal (prisão preventiva), existe uma figura criminal específica que garante a punição do agressor com pena de prisão. Mais uma acertada iniciativa de proteção às mulheres, que merece aplausos.”

O principal objetivo de se tomar tais providências, é justamente resguardar a mulher violentada e sua família, de maneira que se possa conter o agressor, fazendo cessar de imediato a situação de violência, a fim de se evitar um mal maior. Estas medidas fazem parte de todo um sistema de proteção estabelecido pela Lei Maria da Penha, que busca dar efetividade aos direitos humanos e à devida proteção das mulheres.

Interessante rememorar que, logo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, iniciou-se uma grande discussão, principalmente nos nossos

Tribunais, sobre as consequências do descumprimento das medidas protetivas de urgência: se poderiam caracterizar (ou não) crime de desobediência.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou seu entendimento no sentido de que o descumprimento das medidas protetivas da Lei Maria da Penha não poderia caracterizar crime de desobediência, pois a própria lei já estabelecia, na hipótese de descumprimento, sanções específicas de natureza civil (multa, prevista no § 4º do art. 22 da Lei Maria da Penha), de natureza administrativa (requisição de auxílio de força policial, prevista no § 3º do art. 22 da Lei Maria da Penha), e, também, de natureza penal (decretação de prisão preventiva, prevista no art. 313, III, do Código de Processo Penal).


Embora pacificado pelo STJ, tal entendimento não fez com que outros Tribunais pelo país afora deixassem de considerar crime de desobediência, o descumprimento de medidas protetivas, aplicando o art. 330 do Código Penal para estes casos.

A divergência apresentada e a ausência de norma específica que criminalizasse o descumprimento das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, vinham acarretando enorme prejuízo ao sistema de proteção objetivado pela própria lei.

Assim, para solucionar a questão, a partir de 4 de abril de 2018, entrou em vigor uma lei que criminaliza especificamente o descumprimento das medidas protetivas de urgência: a Lei nº 13.641/2018. Esta nova norma insere na Lei Maria da Penha o art. 24-A, que prevê pena de detenção de três meses a dois anos, sem exclusão da aplicação de outras sanções cabíveis, para quem descumprir decisão judicial que impõe medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Trata-se de crime próprio, só podendo ser cometido por aqueles que estão obrigados a respeitar as medidas protetivas decretadas.

Importante ressaltar que, nos casos de prisão em flagrante por crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, somente o juiz poderá conceder fiança. Ademais, comete este crime aquele que descumprir a decisão judicial que impõe medidas protetivas da Lei Maria da Penha, independentemente de terem sido impostas por juiz cível ou criminal.

Esta nova lei é, portanto, uma resposta do legislador à lacuna legislativa e à celeuma que se apresentava até então, impedindo a uniformização das decisões nos Tribunais, bem como a devida punição daqueles que descumpriam as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.

Nota-se, portanto, que a violência contra a mulher é uma realidade constante. As estatísticas não mentem. É fato que o descumprimento de medidas protetivas de urgência não poderia ficar impune, pois suas consequências podem ser fatais. Agora, além das sanções de natureza civil (multa), administrativa (força policial) e penal (prisão preventiva), existe uma figura criminal específica que garante a punição do agressor com pena de prisão. Mais uma acertada iniciativa de proteção às mulheres, que merece aplausos. 



ADRIANA FILIZZOLA D'URSO é Advogada criminalista, mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha), pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal), e em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Universidade Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha), é membro da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa, e também da Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas.

Violência Doméstica: breves notas sobre a Lei nº 13.641/2018

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL



“O art. 24-A, § 2º, da Lei nº 13.641/2018, prevê que a imputação do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. Autorizando dizer que o agressor mesmo autuado em flagrante por este delito poderá, de outro lado, ver sua prisão preventiva decretada nos autos da violência doméstica anteriormente praticada.”

A Lei nº 13.641, de 03 de abril de 2018, alterando a Lei Maria da Penha, para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, assim dispõe:

“Seção IV

Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis”.

Logo de início, pode se dizer que a Lei nº 13.641/2018 interrompeu o ciclo de uma jurisprudência que se desenvolvia no sentido da atipicidade do descumprimento da medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha. Para esta corrente, até então formada, o inadimplemento da medida protetiva de urgência deveria gerar como consequência a imposição de multa (*astreintes*) e a prisão preventiva do agressor.

Confira-se:

“DIREITO PENAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA.

O descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei nº 11.340/2006) não configura crime de desobediência (art. 330 do CP). De fato, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que, para a configuração do crime de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de descumprimento (HC 115.504-SP, Sexta Turma, DJe 09/02/2009). Desse modo, está evidenciada a atipicidade da conduta, porque a legislação previu alternativas para que ocorra o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha, prevendo sanções de natureza civil, processual civil, administrativa e processual penal. Precedentes citados: REsp nº 1.374.653-MG, Sexta Turma, DJe 02/04/2014; e AgRg no Resp nº 1.445.446-MS, Quinta Turma, DJe nº 06/06/2014. RHC nº 41.970-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 07/08/2014”.

“DIREITO PENAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA.

O descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei nº 11.340/2006) não configura crime de desobediência (art. 330 do CP). De fato, o art. 330 do CP dispõe sobre o crime de desobediência, que consiste em ‘desobedecer a ordem legal de funcionário público’. Para esse crime, entende o STJ que as determinações cujo cumprimento seja assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330 do CP

(HC nº 16.940-DF, Quinta Turma, DJ 18/11/2002). Nesse contexto, o art. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/2006 diz que se aplica às medidas protetivas, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art. 461 do CPC, ou seja, no caso de descumprimento de medida protetiva, pode o juiz fixar providência com o objetivo de alcançar a tutela específica da obrigação, afastando-se o crime de desobediência. Vale ressaltar que, a exclusão do crime em questão ocorre tanto no caso de previsão legal de penalidade administrativa ou civil como no caso de penalidade de cunho processual penal. Assim, quando o descumprimento da medida protetiva der ensejo à prisão preventiva, nos termos do art. 313, III, do CPP, também não há falar em crime de desobediência. REsp nº 1.374.653-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/03/2014”.

Com a edição da nova Lei nº 13.641/2018 está encerrada qualquer discussão acadêmica ou jurisprudencial: o descumprimento da medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha configura o crime do art. 24-A.

O núcleo do tipo penal, ou seja, o verbo que descreve a conduta proibida pela lei penal, é “descumprir”, o que denota que somente admitido o dolo, a vontade livre e consciente, para a caracterização do delito, visando o agente ao abalo à integridade física e psicológica da ofendida.

Na prática, sabe-se que a vigência e desenvolvimento das medidas protetivas de urgência envolvem a complexa discussão e acerto de muitas matérias relacionadas ao juízo de família. Não é raro a própria ofendida, ignorando a vigência da medida protetiva a seu favor, manter contato com o agressor para debater acerca da pensão alimentícia, guarda de filhos menores, divisão de bens *etc.* Nestes casos, os juízes terão muito trabalho para a aplicação da nova lei, dada a diversidade das próprias medidas de proteção.

A Lei nº 13.641/2018 apesar de prever uma pena muito branda para o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, 03 meses de detenção, autorizando o regime aberto, em alguns raríssimos casos – dada a quase concomitância das ações – a condenação neste tipo penal poderá importar no regime fechado se o agressor já tiver sido condenado pela violência doméstica com trânsito em julgado, caracterizando-se, assim, sua reincidência para fins do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. Certamente, aumentarão o número de apelações contra a sentença condenatória por lesões corporais e ameaça, obstaculizando a formação do prematuro trânsito em julgado (reincidência).

Um ponto muito positivo da Lei nº 13.641/2018 foi o de consagrar definitivamente a possibilidade do deferimento de medidas protetivas de urgência pelo juízo com competência cível, notadamente o de família e infância e juventude.

Vejamos:

“Art. 24-A. (...)

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas”.

A Lei nº 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima de violência, em seu art. 6º prevê que o menor tem direito a pleitear na Vara da Infância, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência, com aplicação à luz da Lei Maria da Penha (parágrafo único).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também já caminhava neste sentido da possibilidade do deferimento de medidas protetivas de urgência pelo juízo com competência cível:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.

MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA).

INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.


2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas’ (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido. (REsp nº 1419421/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014)”.

Nos termos da nova lei, descumprida a medida protetiva de urgência deferida pelo juízo cível, o caso será de prisão em flagrante do agressor, com o seu encaminhamento à autoridade policial para lavratura do auto. Ponto final.

A fiança poderá ser arbitrada pelo delegado de polícia nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher (lesão corporal), como autoriza o art. 322 do Código de Processo Penal. Mas somente poderá ser concedida pelo juiz no crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (art. 24-A, § 2º, da Lei nº 13.641/2018).

O art. 24-A, § 2º, da Lei nº 13.641/2018, prevê que a imputação do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. Autorizando dizer que o agressor mesmo autuado em flagrante por este delito poderá, de outro lado, ver sua prisão preventiva decretada nos autos da violência doméstica anteriormente praticada.

Por fim, cabe uma última consideração. Quem conhece bem as Varas de Violência Doméstica do País e seu dia-a-dia sabe que muitas se encontram no seu limite de funcionamento, abarrotadas de processos, o que muitas vezes gera a prescrição de ações penais, malgrado a dedicação diuturna de seus juizes. A Lei nº 13.641/2018, criando o tipo penal de descumprimento de medidas protetivas, praticamente dobrará o volume de ações nesses Juizados. Lembrando que as Delegacias da Mulher também sofrerão a majoração do volume de inquéritos, nessa mesma proporção. 



ARQUIVO PESSOAL

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

Descumprir medidas protetivas de urgência agora é crime

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E FRANCISCO SANNINI NETO



divulgação

“O Brasil adota um sistema de *proteção* e não de *tutela* da mulher pelo sistema, reconhecendo sua dignidade sob os mais variados ângulos. O mesmo se pode dizer do homem, inicialmente o agressor é submetido a uma medida protetiva de afastamento, o qual somente retorna em aproximação porque é permitido pela pessoa que, num primeiro momento, havia pedido seu afastamento. Não parece correto realmente que o Estado se imiscua em questões existenciais de tal jaez, pois que tal intromissão seria típica de um paternalismo injustificável em relação a pessoas humanas capazes.”

Em 05.04.2018 foi publicada a Lei nº 13.641/18, que altera a Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, criando o primeiro tipo penal incriminador constante nesse diploma protetivo da mulher. Nos termos do novo art. 24-A, pune-se com pena de detenção de três meses a dois anos, a conduta de “descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas em lei”.

Destaque-se, de pronto, que a inovação legislativa vai de encontro com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se posicionava no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas de urgência não caracterizaria o crime de desobediência, uma vez que tal conduta já seria sancionada na esfera processual, seja pela possibilidade de substituição da medida protetiva decretada ou pela possibilidade de decretação da prisão preventiva do sujeito. Nesse sentido:

(...) De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime de desobediência apenas se configura quando, desrespeitada ordem judicial, não existir previsão de outra sanção em lei específica, ressalvada a previsão expressa de cumulação. Precedentes. A Lei nº 11.340/2006 prevê consequências jurídicas próprias e suficientes a coibir o descumprimento das medidas protetivas, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal, situação que evidencia, na espécie, a atipicidade da conduta. Precedentes. 5. Ordem parcialmente concedida para absolver o paciente pelo crime de desobediência, diante da atipicidade da conduta.¹

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está pacificada no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas estabelecidas na Lei Maria da Penha não caracteriza a prática do delito previsto no art. 330 do Código Penal, em atenção ao princípio da *ultimaratio*, tendo em vista a existência de cominação específica nas hipóteses em que a conduta for praticada no âmbito doméstico e familiar, nos termos do art. 313, III, do Código de Processo Penal.²

Agora, contudo, essa discussão perde o sentido diante da previsão legal de tipo penal específico. Note-se que a intenção do legislador foi a de reforçar a proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, criando um instrumento capaz de constranger o sujeito passivo da medida protetiva a cumpri-la. Isto, pois, já existe no art. 313, inciso III, do CPP, uma ferramenta coativa que é, justamente, a possibilidade de prisão preventiva para assegurar o cumprimento de tais medidas.

O objeto jurídico tutelado pelo novo tipo penal é a manutenção do respeito às decisões judiciais. O sujeito ativo do crime é apenas a pessoa vinculada à medida protetiva de urgência, tratando-se, portanto, de crime próprio. O sujeito passivo, por outro lado, é, primariamente, a Administração da Justiça, mas secundariamente a própria vítima da violência doméstica e familiar. Justamente por isso, já vislumbramos uma possível divergência na doutrina.

Considerando que se trata de crime contra a Administração da Justiça, certamente surgirão entendimentos no sentido de que o art. 41, da Lei Maria da Penha, que afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95 e, conseqüentemente, todos os seus benefícios, não deveria ser observado no caso específico dessa infração penal, afinal, numa análise objetiva da conduta, não haveria violência doméstica, familiar ou afetiva contra a mulher.

Data máxima vênia, mas essa posição não merece prosperar. Primeiro porque, conforme destacado, a mulher é a vítima indireta da conduta, ficando absolutamente exposta com o descumprimento das ordens judiciais. Não se pode olvidar

que nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 11.340/06, constitui violência psicológica qualquer conduta que cause dano emocional à mulher. Ora, é evidente que ao desrespeitar uma ordem judicial o agente abala diretamente a estrutura emocional da vítima, que se sentirá vulnerável a prática de outras infrações penais, gerando angústia e isolamento.

Demais disso, numa interpretação sistemática e teleológica da Lei, só podemos concluir que a intenção do legislador foi a de ampliar o âmbito de proteção à mulher, o que é reforçado pela previsão constante no § 2º, do novo art. 24-A, que proíbe a concessão de liberdade provisória mediante fiança pelo delegado de polícia, conforme veremos melhor adiante, restringindo essa prerrogativa ao juiz.

Ora, torna-se evidente que ao mencionar a vedação da fiança em caso de prisão em flagrante pelo delegado de polícia, a “mens legis” é exatamente a de aplicar o disposto no art. 24-A em coerência com o disposto no art. 41 do mesmo diploma, ou seja, afastar a Lei nº 9.099/95 e possibilitar a prisão em flagrante, sem que imperem os benefícios típicos das infrações de menor potencial, tais como a substituição da prisão em flagrante pela lavratura de um simples Termo Circunstanciado com liberação do ofensor.

Não há que se falar em inconstitucionalidade na previsão de infrações com penas máximas até 2 anos que não sejam tratadas como de menor potencial. Isso porque a Constituição Federal é explícita em deferir ao legislador ordinário a missão de estabelecer o que será ou não tratado como infração de menor potencial (art. 98, I, CF). Ademais, o STF já reconheceu a plena constitucionalidade do disposto no art. 41 da Lei Maria da Penha (ADC 19, de 09.02.2012).

Por fim, nos termos do art. 4º, da Lei Maria da Penha, na sua interpretação deve sempre ser levado em consideração os fins a que se destina. Com efeito, o tipo penal em questão só pode ser interpretado de uma forma que amplie a proteção a mulher vítima de violência doméstica ou familiar.

Conforme adiantamos, o § 2º, do art. 24-A estabelece que na hipótese de prisão em flagrante, “apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança”. Não resta dúvida de que com essa previsão legal o legislador objetivou assegurar os interesses da vítima, ampliando, assim, os rigores previstos na Lei Maria da Penha, que, além de impossibilitar a adoção dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 (art. 41), também proíbe a imposição de penas de caráter pecuniário (art. 17) e ainda cria regras especiais para a retratação ao direito de representação (art. 16).

Conclui-se, destarte, que o § 2º, do art. 24-A, afasta o poder cautelar do delegado de polícia de conceder liberdade provisória mediante fiança, previsto no art. 322, do CPP. Embora seja compreensível e até elogiável a intenção do legislador na proteção da mulher, vislumbramos uma violação ao princípio da proporcionalidade nessa inovação.

Explicamos. O novo crime em estudo representa um tipo penal preventivo, cujo foco é evitar a prática de condutas que possam atingir bens jurídicos mais relevantes. Trata-se de crime de perigo, pois ao descumprir uma medida protetiva, o agente coloca em risco a integridade física, psicológica, patrimonial, sexual e moral da vítima.

Desse modo, nos parece desproporcional a vedação de fiança pelo delegado de polícia em um crime de perigo, quando o benefício pode ser concedido nos crimes de dano, tais como lesão corporal, ameaça, injúria etc. Apenas para ilustrar, se o agente descumprir uma medida protetiva de não se aproximar da vítima com o objetivo de lhe entregar flores, pratica o crime do art. 24-A, inafiançável na esfera

policial; mas se a agredir efetivamente, causando-se lesões corporais de natureza leve, responde pelo crime do art. 129, § 9º, do CP, e poderá ser beneficiado com a fiança, desde que, obviamente, não pratique tal agressão depois de ter contra si decretada medida protetiva, senão seria caso de concurso de crimes e a presença da desobediência impediria a fiança.

Anote-se que o que se aponta aqui não é uma violação da proporcionalidade sob o prisma negativo (garantismo negativo ou inconstitucionalidade por excesso), mas pelo prisma positivo (garantismo positivo ou inconstitucionalidade por deficiência protetiva). Não tem cabimento que a mera desobediência seja inafiançável para o delegado de polícia e os demais casos de violência contra a mulher admitam essa contracautela. Entende-se que, em regra, o agressor nesses casos não deveria fazer jus à fiança, visando salvaguardar imediatamente a integridade física e psíquica da mulher vitimada. Nos casos específicos de incidência na desobediência agora erigida a infração penal autônoma, seria também o caso de, ao menos em regra, haver a mais rápida possível decretação da prisão preventiva ou a conversão da prisão em flagrante em preventiva, considerando que o descumprimento das medidas protetivas devem levar a essa medida extrema, visando a neutralização do agressor em termos cautelares (art. 312, CPP – ordem pública – c/c art. 313, III, CPP c/c art. 20 da Lei nº 11.340/06).

A vedação da fiança arbitrada pelo delegado de polícia em tais casos não viola a Constituição Federal em termos de proporcionalidade sob o ângulo negativo. Não há que comparar o entendimento do STF quando tratou da vedação de fiança para crimes previstos no Estatuto do Desarmamento (Adin 3.112-1, de 10.05.2007). Naquela oportunidade, o que despontava era a aproximação do tratamento de meros crimes de perigo abstrato ao tratamento reservado a crimes hediondos.

No caso da violência doméstica e familiar contra a mulher, mais do que um mandamento constitucional interno de criminalização, como ocorre com os crimes hediondos (art. 5º, XLIII, CF), o Brasil reconhece por tratados internacionais e na legislação interna que essa espécie de violência constitui grave violação dos Direitos Humanos (vide art. 6º, da Lei nº 11.340/06 c/c art. 4º, II, CF). São exemplos de documentos internacionais que corroboram esse posicionamento e foram ratificados pelo Brasil: a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”); a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher “Beijing”, dentre outros.

Feitas essas observações, destacamos dois aspectos que vêm passando ao largo da doutrina ainda incipiente sobre o tema. O primeiro se refere ao fato de que para que o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência se caracterize, é indispensável a intimação do sujeito passivo da medida. Assim, caso haja dúvida sobre a sua intimação e ciência, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, consectário do estado de inocência, o delegado de polícia não deve decretar a sua prisão em flagrante e apenas registrar a ocorrência para que os fatos sejam melhor apurados em sede de inquérito policial. Indo mais além, se realmente o indivíduo ainda não foi intimado da medida, não há como imputar-lhe violação, de modo que o próprio processo criminal não deve prosperar.

Já uma segunda questão é mais palpitante e se refere aos casos em que a própria vítima da violência doméstica e familiar concorre para o descumprimento da medida protetiva. Isto, pois, nossa experiência nos plantões de Polícia Judiciária

nos fez perceber que em inúmeras situações a vítima, mesmo contemplada com a medida protetiva, acolhe o agressor em sua casa, aceitando que ele volte a fazer parte de sua vida.

Em tais situações, cremos que resta desconfigurado o crime do art. 24-A, haja vista que a medida protetiva é decretada em favor da vítima e, o que é importante, em virtude de seu requerimento. Nesse contexto, trata-se de um benefício disponível e que não deve sofrer a ingerência excessiva do Estado. Se a própria beneficiária abriu mão da proteção que lhe foi conferida, não há razão para a responsabilização criminal daquele que descumpriu a ordem judicial.

Em reforço a essa conclusão, nos valem da teoria da imputação objetiva, que afasta a tipicidade da conduta. Ao descumprir uma medida protetiva com a anuência da vítima, o agente não cria ou incrementa um risco proibido relevante. Não há, em nosso sentir, ofensa ao bem jurídico que se busca proteger com a criminalização da conduta, qual seja, a dignidade da mulher. Com efeito, não há que se falar na caracterização do crime por ausência de tipicidade material.

Há que ressaltar que na dogmática tedesca há recentes estudos a indicarem limites ao poder de punir estatal sempre que a vítima de uma infração não se tenha feito valer de seus próprios meios de autodefesa. Afirma-se que quando há um grave descuido de autoproteção por parte da vítima em casos concretos, é de se afastar a incidência do Direito Penal, considerando sua característica de medida de “ultimaratio”, bem como levando em conta os estudos da chamada “vítimodogmática”, ou seja, as situações de autocolocação da própria vítima em risco ou situações em que a vítima precipita ou provoca a ação criminosa.³

Como aduz Hörnle: “De este modo, la omisión de las medidas de protección-tendría como consecuencia, en tipos penales completamente distintos, la ausencia de castigo o un castigo menor al autor”.⁴

Para aqueles que não se contentarem com esses argumentos, vislumbra-se, ademais, uma causa supralegal de exclusão da ilicitude pelo consentimento da ofendida, o que também inviabilizaria a prisão em flagrante do agente. Isso tendo em vista que a própria Lei nº 11.340/06 condiciona, ao menos em regra (art. 18), a concessão da medida ao pedido da ofendida. Dessa forma, é de se concluir que o consentimento da vítima nesses casos é de extrema relevância para a descaracterização delitiva.

Também não se pode perder de vista que esse consentimento da ofendida tem de ser livre e consciente. Casos em que a vítima foi constrangida ou ludibriada, havendo evidente vício de sua vontade, jamais afastarão a incidência do novo tipo penal. Eventualmente, se a medida protetiva foi deferida judicialmente a pedido do Ministério Público, nos termos do art. 19, da Lei nº 11.340/06, sem a anuência da vítima, há que considerar que, então, sua vontade será indiferente para a caracterização do tipo penal em destaque. No entanto, tais casos de atuação “ex officio” do Ministério Público devem ser extremamente (como o são na prática) excepcionais, reservados a casos em que fique evidente que o não requerimento da vítima se processa por nítido constrangimento, temor ou outros fatores inibidores ou neutralizadores da ação da ofendida (pessoa incapaz, por exemplo). Não havendo tais situações excepcionais, a decretação da medida contra a vontade da ofendida constitui uma odiosa violação de sua dignidade humana e de sua autonomia.

É preciso ter em mente ainda que o Brasil não adotou o mesmo sistema da Espanha, por exemplo, em que a desobediência a medidas protetivas pode ser imputada tanto ao agressor como à ofendida, configurando o que lá se denomina

de “quebrantamiento de condena”. Aqui, a medida protetiva é adotada em prol da mulher vitimizada e *contra* o agressor. A ordem judicial se dirige, portanto, ao agressor e não à ofendida, a qual não tem como desobedecer um mandamento que não se lhe foi dirigido pela Administração da Justiça. Na lição de Karam:

Na inspiradora legislação espanhola, o descumprimento de medidas de proteção, análogas às previstas na nova lei brasileira, conduz à configuração do *quebrantamiento de condena* (art. 468, 2 do Código Penal espanhol), que, incluído dentre os crimes contra a administração da justiça, é reconhecível independentemente ou mesmo contrariamente à vontade da mulher em nome de cuja proteção são decretadas as descumpridas medidas, o que pode implicar na absurda situação de se privar a própria mulher de prosseguir ou retomar a convivência com o apontado autor da alegada violência de gênero, ou até mesmo em imputação a ela da prática daquele mesmo crime de *quebrantamiento de condena*, na qualidade de partícipe.⁵

Entende-se, inclusive, que nosso país, ao menos nesse ponto, adotou uma política criminal mais condizente com a realidade e respeitadora da autonomia da mulher enquanto pessoa capaz de dirigir sua própria vida, sem abandonar o intuito protetivo. Enfim, o Brasil adota um sistema de *proteção* e não de *tutela* da mulher pelo sistema, reconhecendo sua dignidade sob os mais variados ângulos. O mesmo se pode dizer do homem, inicialmente o agressor é submetido a uma medida protetiva de afastamento, o qual somente retorna em aproximação porque é permitido pela pessoa que, num primeiro momento, havia pedido seu afastamento. Não parece correto realmente que o Estado se imiscua em questões existenciais de tal jaez, pois que tal intromissão seria típica de um paternalismo injustificável em relação a pessoas humanas capazes. ❏

NOTAS

- 1 STJ, HC 338.613/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 19.12.2017.
- 2 STJ, HC 406.951/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 06.10.2017.
- 3 HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In: PLANAS, Ricardo Robles (org.). *Límites al Derecho Penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 87-100.
- 4 Op. cit., p. 89.
- 5 KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim*. nº 168, Nov., 2006, p. 6.

REFERÊNCIAS

- HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In: PLANAS, Ricardo Robles (org.). *Límites al Derecho Penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, p. 87-100, 2012.
- KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim*. nº 168, p. 6-7, Nov., 2006.



ARQUIVO PESSOAL

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



ARQUIVO PESSOAL

FRANCISCO SANNINI NETO é Delegado de Polícia, 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 Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

Descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR E ANTONELLI ANTONIO MOREIRA SECANHO

“Será que a mera criminalização de condutas é suficiente para que sejam cumpridas as disposições constitucionais e legais já existentes? Ou cabe ao Estado uma atuação conjunta e eficaz na repressão a violações destas normas presentes? Essa resposta é, certamente, perseguida por todos os operadores do direito e, ao que parece, ainda está longe de nosso alcance.”

A lei, quando editada, não é perfeita. E nem pode ser, apesar de todo o esforço para ajustá-la de forma adequada para atingir seus objetivos. Daí que, com sua utilização reiterada e a própria dinâmica social, novos fatos, não alcançados até então, afloram e exigem uma postura de coerência do legislador, que deverá, por meio de uma nova lei, complementar sua abrangência. Desta forma, não se olvidando também da hermenêutica como fonte de interpretação, a lei vai, paulatinamente, construindo seu caminho para cumprir sua finalidade de harmonização social.

Uma das normas que constantemente vem apresentando alterações é a Lei Maria da Penha, que incorpora várias outras condutas ao seu corpo, porém mantendo o núcleo duro que a norteou. Referida lei atendeu a determinação contida no § 8º do art. 226 da Constituição Federal, criando toda uma estrutura para um combate eficiente à violência familiar, com sanções mais rigorosas e com o mínimo de benefícios processuais, além de estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres vítimas.



Assim, neste ciclo de atualização, foi publicada a Lei nº 13.641, de 03 de abril de 2018, que alterou a Lei Maria da Penha, para incluir o art. 24-A, tipificando o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, nos seguintes termos:

“Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.”¹

Está relevante inovação legal, verdadeira *novatio legis incriminadora*, acaba por encerrar uma notável batalha nos tribunais de nosso país: apesar dos respeitáveis entendimentos contrários, o STJ havia firmado entendimento no sentido de que o descumprimento das medidas protetivas de urgência não caracterizava o crime de desobediência.²

Deste modo, a partir da data de publicação da Lei nº 13.641/18, não há mais o que discutir a respeito: caso o agente venha a descumprir quaisquer das medidas protetivas de urgência, a ele impostas, fatalmente incorrerá nas penas do novo art. 24-A da Lei Maria da Penha. Trata-se, pois, de um tipo penal autônomo, com destinatário certo.

Mas o que se entende por medidas protetivas de urgência?

Estas medidas nada mais são do que ordens judiciais³ que visam garantir a integridade física e moral da mulher⁴, vítima de violência de gênero, no âmbito doméstico e que, portanto, está em situação de risco.

Ademais, as medidas protetivas de urgência encontram-se previstas nos arts. 22 a 24, da Lei Maria da Penha (cujo rol, exemplificativo⁵, é bastante longo, o que impede a transcrição no presente texto), e destinam-se tanto ao agressor (p. ex., a proibição de manter qualquer tipo de contato com a mulher, filhos e testemunhas, inclusive por *WhatsApp*) quanto à vítima e seus filhos (p. ex., o encaminhamento para abrigos e/ou programas de proteção).

Posto isto, percebe-se que o art. 24-A da *novatio legis* refere-se ao agente que descumprir as medidas protetivas a ele impostas, isto é, ao agressor⁶. Sendo assim, parece clara a intenção de tipificar uma conduta exclusivamente dolosa, pois o agente precisa, necessariamente, saber que existe uma decisão concessiva de medida protetiva, livre e conscientemente, descumpri-la.

Além do mais, o crime *sub studio* consuma-se quando (i) o agente pratica o comportamento vedado pela decisão concessiva da medida (ultrapassa o limite de quinhentos metros de distância, por exemplo) ou (ii) o agente não faz o que deveria fazer (devendo deixar a residência da vítima após vinte e quatro horas e ali permanece, “desobedecendo” o disposto na medida protetiva).

Por conseguinte, o concurso de pessoas é possível e o partícipe incorreria nas penas do art. 24-A quando, por exemplo, sabedor da decisão concessiva da medida protetiva de urgência, que proíbe qualquer contato entre o agressor e a ofendida, enviasse uma carta (ou mensagem eletrônica) do agente para a vítima.

Embora de ocorrência mais dificultada, a tentativa é, em tese, possível, podendo ocorrer quando, no exemplo acima, uma terceira pessoa interceptar a carta ou ler a mensagem e, após, acionar a polícia.

Em apertada síntese, é o que pode se extrair do *caput* da inovação legal em estudo. Não obstante, há que se destacar, ainda, a impossibilidade de aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/95 a este crime, em que pese tratar-se de infração de menor potencial ofensivo, pois, conforme cediço entendimento doutrinário e jurisprudencial, institutos despenalizadores são absolutamente incompatíveis com a Lei Maria da Penha (p. ex., Súmula 536 do STJ).

O parágrafo primeiro, por seu turno, traz uma previsão interessante, embora já constatada na prática forense: a integração das áreas do direito, a fim de que conferir total eficácia à Lei Maria da Penha, uma vez que a medida protetiva pode ter sido concedida por um juiz cível ou criminal (a competência deste juízo é irrelevante para a caracterização do crime do art. 24-A).

Já o segundo parágrafo traz uma importante exceção à regra da fiança fixada pelo delegado de polícia, que pode conceder a fiança para crimes cuja pena máxima cominada em abstrato seja de até quatro anos, salvo o do art. 24-A da Lei Maria da Penha, hipótese em que apenas o magistrado poderá fazê-lo.

O último parágrafo impactará, claramente, na atuação do Ministério Público, pois, ainda que o agente pratique o crime tipificado no art. 24-A, outras sanções podem ser aplicáveis ao agente, como, por exemplo, a decretação da prisão preventiva nos autos em que se apura a violência doméstica.

Tem-se assim, um panorama geral sobre a novidade no ordenamento jurídico-penal, uma vez que, em nenhum momento, buscou-se o esgotamento do tema, mas sim o debate sobre uma postura que tem se mostrado contumaz, porém de incerteza prática e até mesmo científica: será que a mera criminalização de condutas é suficiente para que sejam cumpridas as disposições constitucionais e legais já existentes? Ou cabe ao Estado uma atuação conjunta e eficaz na repressão a violações destas normas presentes? Essa resposta é, certamente, perseguida por todos os operadores do direito e, ao que parece, ainda está longe de nosso alcance. **■**

NOTAS

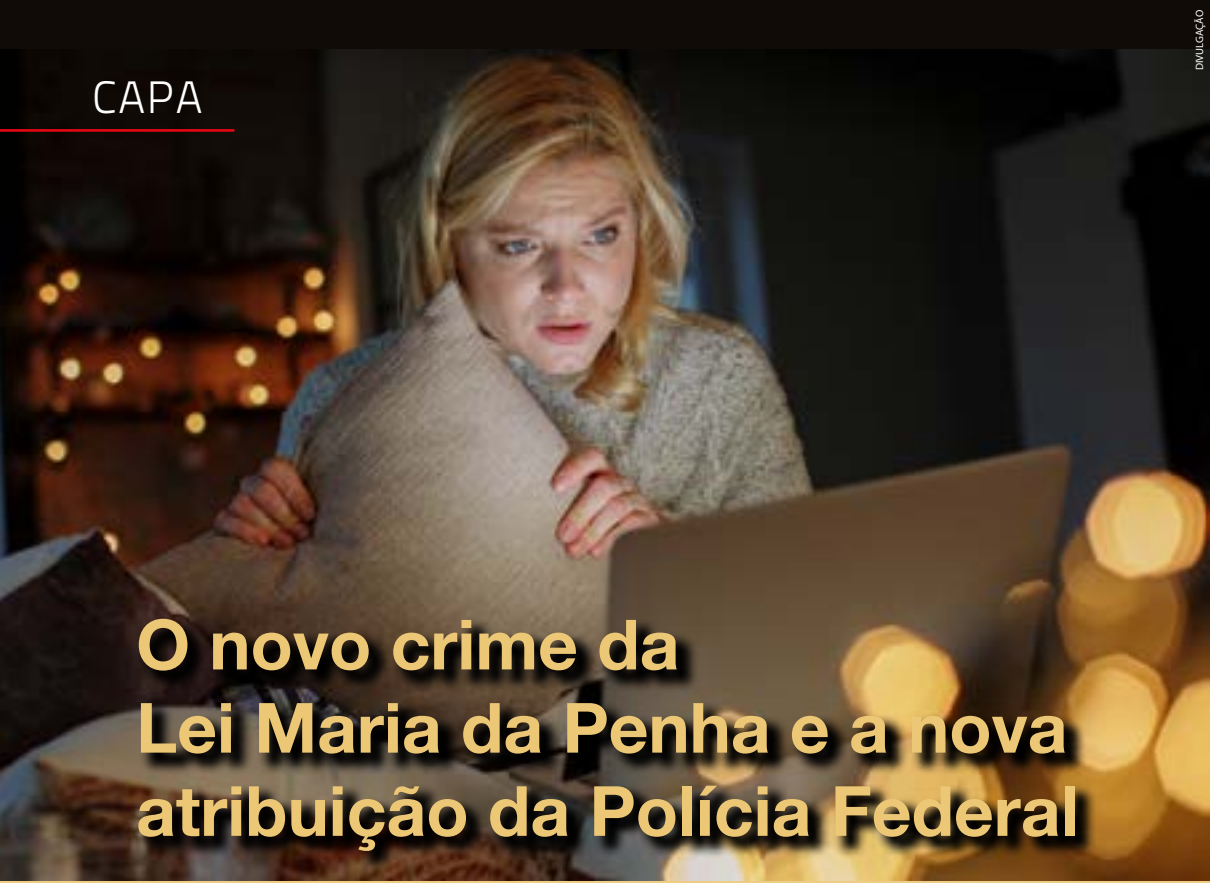
- 1 <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI277721,11049-Sancionada+lei+que+torna+crime+descumprimento+de+medidas+protetivas>
- 2 STJ – HC: 394567 SC 2017/0073916-2, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 09/05/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2017
- 3 Trata-se de matéria com reserva de jurisdição: apenas o juiz de direito, ou Tribunal, pode impor as medidas protetivas de urgência.
- 4 Em que pese não ser o centro do presente estudo, destaca-se que há forte corrente doutrinária e jurisprudencial que amplia a aplicação da Lei da Maria da Penha, sobretudo quanto à aplicação de medidas protetivas de urgência às crianças, adolescentes, idosos e até mesmo homens, desde que vítimas de violência doméstica.
- 5 O rol de medidas protetivas de urgência é exemplificativo. Todavia, em virtude do disposto no *caput* do art. 24-A (“... previstas nesta Lei”), parece evidente que, caso o agente descumpra uma medida protetiva que não conste no rol dos arts. 22 a 24 da Lei Maria da Penha, não há que se falar em crime, sob pena de violação do princípio da reserva legal.
- 6 O agressor não precisa, necessariamente, ser homem (p. ex. agressão de filha à mãe).



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado, mestre em Direito Público, pós-doutorado em Ciências da Saúde, advogado e reitor da Unorp.



ANTONELLI ANTONIO MOREIRA SECANHO é bacharel em Direito pela PUC/Campinas e pós-graduação “lato sensu” em Direito Penal e Processual Penal pela PUC/SP.



O novo crime da Lei Maria da Penha e a nova atribuição da Polícia Federal

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“De agora em diante, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos demais órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição, especialmente as Polícias Militares e Cíveis dos Estados, também proceder à investigação de “quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.””

Foram publicadas no Diário Oficial da União do dia 04 de abril duas novas leis, uma delas alterando a chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) e a segunda modificando a lei que trata das atribuições investigatórias da Polícia Federal (Lei nº 10.446/02). As alterações merecem alguma análise. É o que faremos, conjuntamente, a seguir:

A primeira nova lei, mudando o Capítulo II do Título IV da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), acrescentou-lhe a Seção IV, com a seguinte epígrafe:

“Seção IV

Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.”

Até esta alteração legislativa, a sanção prevista para o descumprimento das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha era a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 313, III do Código de Processo Penal, não sendo cabível a responsabilidade criminal do indiciado ou do acusado pelo crime de desobediência, pois, havendo sanção já prevista para a recalcitrância (a decretação da prisão preventiva), não subsistiria a responsabilidade penal, salvo se houvesse ressalva expressa na lei, como ocorre, por exemplo, nos arts. 218 e 219 do Código de Processo Penal, relativamente à testemunha faltosa.

Assim, se a lei processual penal já estabelecia a decretação da prisão preventiva em caso de não cumprimento da medida protetiva de urgência, não era possível a responsabilização criminal do agente pelo crime de desobediência. Tal exegese decorre da aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, considerado que é como *ultima ratio*.

Mutatis mutandis, vejamos a jurisprudência:

“Não ocorre o crime do art. 330 do Código Penal, na conduta da vítima, previamente cientificada, que deixa injustificadamente de comparecer à audiência de oitiva, fato que apenas a sujeita à condução coercitiva, nos termos do art. 201, parágrafo único do Código de Processo Penal, que não ressalva a possibilidade de cumulação com o reconhecimento do crime de desobediência.” (TACRSP – RJDTACRIM 28/84).

“Não se justifica o processo penal por desobediência, uma vez que a lei prevê remédio específico para a punição da mesma.” (TASP – RT 368/265).

“Para a configuração do crime de desobediência não basta o fato material do não cumprimento da ordem legal dada pelo funcionário competente. É indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção especial para o seu não cumprimento.” (TACRIMSP – AC – Rel. Chiaradia Netto – RT 399/283).

Também no Superior Tribunal de Justiça:

“Para a configuração do delito de desobediência não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. Precedentes.” (5ª. Turma – Habeas Corpus nº 68.144/MG – Relator Ministro Gilson Dipp – j. 24.04.2007 – DJU 04.06.2007, p. 394).

O mesmo se diga em relação ao tipo penal previsto no art. 359 do Código Penal- Desobediência a Decisão Judicial Sobre Perda ou Suspensão de Direito –, considerando que há determinadas medidas protetivas de urgência consistentes na suspensão de direitos como, por exemplo, suspensão da posse ou restrição do porte de armas (art. 22, I da Lei Maria da Penha).

É bem verdade que a nova lei, expressamente, não excluiu a aplicação de outras sanções cabíveis; nada obstante, entendemos que se fez referência à possibilidade de decretação da prisão preventiva, além da responsabilidade penal pelo novo delito.

É evidente que denunciar o descumpridor da medida protetiva de urgência por dois ou três crimes - Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência, Desobediência e Desobediência a Decisão Judicial Sobre Perda ou Suspensão de Direito – parece-nos um inaceitável *bis in idem*.

Assim, doravante, além da possibilidade da decretação da prisão preventiva (se não for o caso, evidentemente, da substituição da medida protetiva de urgência por outra mais eficaz, visto que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, devendo sempre ser decretada “em último caso”, nos termos do art. 282, §§ 4º e 6º do Código de Processo Penal), será possível que o Ministério Público ofereça denúncia pelo crime tipificado no art. 24-A da Lei nº 11.340/06, ainda que se trate de medida determinada por um Juiz cível, o que será raríssimo, tendo em vista se tratar de competência de um Juiz penal.

Neste caso, observa-se que não se trata de infração penal de menor potencial ofensivo, nada obstante a pena máxima ser igual a dois anos, pois, nos termos do art. 41 da mesma Lei Maria da Penha, não se aplica aos crimes praticados em situação de violência doméstica ou familiar o disposto na Lei nº 9.099/95.

Portanto, incabível serão a transação penal, a composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo, a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência, sendo possível, outrossim, a lavratura do auto de prisão em flagrante e a instauração de inquérito policial (arts. 69, 74, 76 e 89 da Lei nº 9.099/95).

Trata-se, ademais, de um crime de ação penal pública incondicionada, cujo procedimento será o sumário, disciplinado nos arts. 531 a 536 do Código de Processo Penal, aplicando-se, por analogia, o art. 538 do Código de Processo Penal.

A nova lei afastou, igualmente, a possibilidade de aplicação do art. 322 do Código de Processo Penal, pois, na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança, não mais a autoridade policial, como é permitido nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, nos termos do artigo acima citado.

Já a outra nova lei, a de nº 13.642/18, acrescentou o inciso VII ao art. 1º da Lei nº 10.446/02, que regulamenta o inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição Federal, dispondo sobre a atribuição da Polícia Federal para investigar infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme.

De agora em diante, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos demais órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição, especialmente as Polícias Militares e Cíveis dos Estados, também proceder à investigação de “quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógeno, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.”

Por fim, observa-se que a Lei nº 10.446/02 trata apenas de atribuição da Polícia Federal, e não de competência da Justiça Comum Federal, cujo tratamento encontra-se no art. 109 da Constituição. Portanto, salvo hipótese de incidência de um dos incisos deste artigo – por exemplo, os seus incisos V e V-A – a competência para o processo, julgamento e execução continuará sendo, em regra, da Justiça Comum Estadual. ■



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

Movimento grevista que para o País – Lei de Segurança Nacional?

■ POR LEONARDO SARMENTO

“Consabido é, que o direito constitucional de greve não possui um viés absoluto, ao contrário, a própria legislação impele restrições para algumas categorias e meios de considerar algumas formas de greve como ilegais ou abusivas.”

O direito de greve não pode atentar contra as liberdades individuais e sociais, quando a própria Constituição da República Federativa do Brasil apresenta limitações expressas ao direito de greve, uma dessas diz respeito ao que se entende por serviços ou atividades essenciais, que é definido pela Lei da Greve no art. 10 da Lei nº 7.783/89, esse qualificativo circunstancial é importante para que a realização do movimento parestista seja considerada constitucional e conseqüentemente legal. A outra restrição está prevista no art. 9º, § 2º da CRFB/88, em que as condutas parestistas, por mais que sejam amplamente franqueadas, não significam permissão normativa para atos abusivos, violentos ou similares pelos grevistas.



Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II – assistência médica e hospitalar;
- III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV – funerários;
- V – transporte coletivo;
- VI- captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII – telecomunicações;
- VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X – controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária.

A sociedade está em estado de colapso social. As mais diversas atividades essenciais, onde o mínimo existencial em consonância ao postulado da dignidade da pessoa humana já não mais se percebe. Beiramos o estado de barbárie, estamos em regime de pré-violência para a luta do alimento diário em nossas mesas.

Intolerável que por detrás deste desvario social que para o país, haja consubstanciado claras tendências de financiamento político partidário que investe no caos com arrebatadores ares finalístico-eleitoreiros. Há um claro golpe contra o Estado Democrático de Direito quando nos querem assemelhar a cantões populistas sem leis (com efetividade) como é a Venezuela.

Apostar no caos social completo com o fito de boicotar determinada gestão política é além de imoral crime contra a segurança nacional não apenas pelos fatos, mas pelas consequências que estes promovem. Estamos vivenciando um típico caso de política antissocial de destruição e não de uma gestão, mas de um país, e isto não se pode tolerar em um Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 7.170, de 14 de dezembro 1983 define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

Colacionamos alguns artigos plenamente aplicáveis a nosso sentir a este golpe travestido de movimento grevista. Ressaltamos ainda, estarmos boquiabertos com tamanho a inoperância do Supremo Tribunal Federal, que já deveria ter se pronunciado com viés de definitividade como órgão tutelar da Constituição, do Estado Democrático de Direito e da sociedade.

Art. 1º Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:

- I – a integridade territorial e a soberania nacional;
- II – o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;
- III – a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Art. 4º São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não elementares do crime:

I – ser o agente reincidente;

II – ter o agente:

- a) praticado o crime com o auxílio, de qualquer espécie, de governo, organização internacional ou grupos estrangeiros;
- b) promovido, organizado ou dirigido a atividade dos demais, no caso do concurso de agentes.

Art. 15. Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

§ 1º Se do fato resulta:

a) lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade;

b) dano, destruição ou neutralização de meios de defesa ou de segurança; paralisação, total ou parcial, de atividade ou serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do País, a pena aumenta-se até o dobro;

c) morte, a pena aumenta-se até o triplo.

§ 2º Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave.

Art. 17. Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Art. 23. Incitar:

I – a subversão da ordem política ou social;

II – a animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;


III – a luta com violência entre as classes sociais;

IV – a prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Assim, conforme expusemos, é imperiosa a aplicação da Lei de Segurança Nacional para este movimento que aposta no caos social com fins de se locupletar eleitoralmente com as próximas eleições.

Finalizamos este breve esboço salientando que apesar da existência de pleitos defensáveis pelos caminhoneiros, e até mesmo justos, há absoluta perda de legitimidade quando o movimento paredista com fins eleitoreiros coloca a sociedade em estado de indignidade e induz uma ameaça de profundo colapso ao Estado Democrático de Direito atuando no mais absurdo e claro desvio de finalidade. Faz tempo que esta dolosa paralisação do país qualifica a presente greve como ilegal e temerária para uma futura recuperação sócio-econômica do Estado. Temos um típico direito constitucional exercido inconstitucionalmente pelo excesso, pelo desvio de finalidade, quando não é dado a uma categoria profissional o direito de parar todo um país sob o pálio de subvenções paralelas de fins político-eleitorais.

E não nos tragam o tosco argumento de se tratar de legislação que remonta o período militar, pois conforme costumamos asseverar, legislação vigente é legislação aplicável, e por isso sempre ávida por efetividade, até que reste por decisão jurídica ou política hábil, revogada. Insta acrescentar que, acabou pontualmente derogada apenas nos dispositivos que retratavam essencialmente o período de vestes militar, já tendo sido por diversos momentos paradigma de análise pelo STF de sua constitucionalidade. 





Da afronta à Constituição através do Decreto Federal nº 9.101/17 que eleva a alíquota do PIS/COFINS incidente sobre a gasolina, gás e diesel*

■ POR ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON

“Se o Estado brasileiro, em crise fiscal, precisa aumentar suas receitas que o faça dentro do regramento constitucional tributário e não com o abuso do poder de império como feito no caso do Decreto nº 9.101/17 relembrando as práticas autoritárias do Estado Absolutista (antigo regime).”

DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No ano de 2016, o Brasil, adentra na maior crise econômica de sua história, conforme aponta os economistas, decorrente da soma de diversas variáveis, constatando-se um *déficit* nas contas públicas de mais de 130 bilhões.

No processo de recuperar as contas públicas e manter a dívida pública sob controle e numa tentativa de evitar o aumento do limite do *déficit* fiscal previsto para 2017 (este foi alterado, em agosto do referido ano de R\$ 139 bilhões para R\$ 159 bilhões), em julho de 2017 o atual Presidente da República assina o Decreto nº 9.101/17 que tem por desiderato reduzir as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool, acarretando o aumento dos referidos combustíveis.

O presente aumento do PIS e COFINS combustíveis entrou em vigor na data de sua publicação (21 de agosto de 2017) já acarretando de forma imediata o aumento dos combustíveis para o consumidor, tendo por prognóstico do governo o aumento da arrecadação na ordem de R\$ 10,4 bilhões decorrente do referido aumento.

Destaca-se que a escolha do aumento da alíquota das contribuições do PIS e COFINS não foi aleatória. Por tratar-se de contribuições para a seguridade social os valores arrecadados ficam integralmente nos cofres da União, não fazendo parte do montante para a transferência das receitas tributárias constitucionalmente imposta.

A pesquisa em tela, tem por linha de fundo fazer uma análise dogmática quanto a inconstitucionalidade do Decreto nº 9.101/17, que vem por acarretar o aumento das alíquotas do PIS/COFINS sobre a gasolina, gás e diesel, cujo teor normativo viola flagrantemente os princípios constitucionais tributários da legalidade e da anterioridade nonagesimal.

DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO DECRETO Nº 9.101/17

O Decreto nº 9.101/17 realiza alterações no Decreto nº 5.059/04 e no Decreto nº 6.573/08.

O Decreto nº 5.059/04 versa sobre a redução das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP) e querosene de aviação.

Com o novo decreto presidencial o coeficiente de redução foi zerado. *In verbis*, o decreto com as modificações

Art. 1º Os coeficientes de redução da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS previstos no § 5º do art. 23 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, ficam fixados em:

I – 0,51848 para as gasolinas e suas correntes, exceto gasolina de aviação, a partir de 1º de maio de 2015;

I – zero para as gasolinas e suas correntes, exceto gasolina de aviação;

II – 0,46262 para o óleo diesel e suas correntes, a partir de 1º de maio de 2015; (Redação dada pelo Decreto nº 8.395, de 2015)

II – zero para o óleo diesel e suas correntes;

Art. 2º As alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, com a utilização dos coeficientes determinados no art. 1º, ficam reduzidas, respectivamente, para:

I – R\$ 67,94 (sessenta e sete reais e noventa e quatro centavos) e R\$ 313,66 (trezentos e treze reais e sessenta e seis centavos) por metro cúbico de gasolinas e suas correntes, a partir de 1º de maio de 2015;

I – R\$ 141,10 (cento e quarenta e um reais e dez centavos) e R\$ 651,40 (seiscentos e cinquenta e um reais e quarenta centavos) por metro cúbico de gasolinas e suas correntes;

II – R\$ 44,17 (quarenta e quatro reais e dezessete centavos) e R\$ 203,83 (duzentos e três reais e oitenta e três centavos) por metro cúbico de óleo diesel e suas correntes, a partir de 1º de maio de 2015;

II – R\$ 82,20 (oitenta e dois reais e vinte centavos) e R\$ 379,30 (trezentos e setenta e nove reais e trinta centavos) por metro cúbico de óleo diesel e suas correntes; (Grifos nossos)

Já o Decreto nº 6.573/08 fixa coeficiente para redução das alíquotas específicas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a receita bruta auferida na venda de álcool.

Em face do noval Decreto nº 9.101/17 assim fica a redação do Decreto nº 6.573/08:

Art. 1º O coeficiente de redução das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, de que trata o § 8º do art. 5º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, aplicável às alíquotas específicas de que trata o § 4º do art. 5º, fica fixado em:

Art. 1º O coeficiente de redução das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, de que trata o § 8º do art. 5º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, aplicável às alíquotas específicas de que trata o § 4º do art. 5º, fica fixado em:

*I – 0,0833 (oitocentos e trinta e três décimos de milésimos) para produtor ou importador; e
I – zero para produtor ou importador; e*

II – 0,6611 (seis mil, seiscentos e onze décimos de milésimo) para o distribuidor.

II – 0,4 (quatro décimos) para o distribuidor

Art. 2º As alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS de que trata o § 4º do art. 5º da Lei nº 9.718, de 1998, com a utilização do coeficiente fixado no art. 1º, ficam reduzidas, respectivamente, para:

Art. 2º As alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS de que trata o § 4º do art. 5º da Lei nº 9.718, de 1998, com a utilização do coeficiente fixado no art. 1º, ficam fixadas, respectivamente, no valor de:

I – R\$ 21,43 (vinte e um reais e quarenta e três centavos) e R\$ 98,57 (noventa e oito reais e cinquenta e sete centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por produtor ou importador; e

I – R\$ 23,38 (vinte e três reais e trinta e oito centavos) e R\$ 107,52 (cento e sete reais e cinquenta e dois centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por produtor ou importador; e

II – R\$ 19,81 (dezenove reais e oitenta e um centavos) e R\$ 91,10 (noventa e um reais e dez centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por distribuidor.

II – R\$ 35,07 (trinta e cinco reais e sete centavos) e R\$ 161,28 (cento e sessenta e um reais e vinte e oito centavos) por metro cúbico de álcool, no caso de venda realizada por distribuidor. (Grifos nossos)

Em dados mais palatáveis, a presente alteração normativa da alíquota do PIS e COFINS do combustível acarretou o aumento de 0,3816 real/litro para 0,7925 reais por litro da gasolina. Em relação ao diesel, passou de 0,2480 real/litro para 0,4615 real/litro. E por fim, quanto ao etanol produtor, este fora reajustado de forma branda, de 0,1200 real/litro para 0,1309 real/litro. Na categoria de etanol distribuidor o percentual saltou de zero para 0,1964 real/litro.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS MACULADOS

Do princípio da legalidade tributária

O princípio da legalidade é sem dúvida uma das maiores conquistas decorrentes da revolução francesa de 1789 (inspirada nos pensamentos iluministas), sendo uma

das bases jurídicas estruturantes da Constituição do Estado Liberal e da formação de um Estado de Direito, configurando-se em um dos pilares fundantes da limitação do arbítrio estatal na esfera dos direitos fundamentais do cidadão.

O referido princípio teve por desdobramento garantir o direito de liberdade, pois cidadãos poderiam fazer tudo aquilo que a lei não proibisse, e ao mesmo tempo ser o filtro da atuação estatal, tendo em vista que o mesmo só poderia atuar dentro dos limites determinados pelo manto da lei.

Falar em princípio da legalidade é falar em segurança jurídica, posto ter-se a previsibilidade e a dimensão do atuar do Estado em relação ao povo, fornecendo, assim, um sistema de garantia na esfera de liberdade (de ir e vir; de expressão; de associação; de contratar; de votar; de ofício, etc.) do cidadão.

Em diversos momentos, no corpo da Constituição Federal de 1988, o princípio da legalidade é ressaltado, sendo um deles no capítulo sobre o sistema tributário nacional, no art. 150, I:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)

Destaca-se, ainda que o princípio da legalidade esta tão umbilicalmente ligado a exação do tributo, que o mesmo compõe a própria definição de tributo especificado no Código Tributário Nacional:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Em face da lei ser elemento constituidor do tributo¹ e uma forma de limitação do poder de tributar da Administração Pública, somente, a própria Constituição, em seu bojo, poderia especificar mitigações a soberania do princípio da legalidade em matéria tributária.

Em detalhes, esse abrandamento ao princípio da legalidade deu-se nas seguintes situações: alíquota do imposto de importação (II) e de exportação (IE); alíquotas do imposto sobre produtos industrializados (IPI) e imposto sobre operações financeiras (IOF); alíquotas do CIDE-combustíveis e ICMS-combustíveis.²

Destaca-se que essas duas últimas hipóteses foram inseridas através da Emenda à Constituição nº 33 de 2001.

No caso do ICMS-combustíveis as alíquotas serão definidas mediante convênios interestaduais. As demais hipóteses de mitigação do princípio da legalidade, todos tributos federais, podem ter suas alíquotas alteradas através de decreto presidencial.

A partir do regramento constitucional exposto é hialina que o aumento da alíquota do PIS e da COFINS não poderia se dar através de decreto presidencial, mas sim, tão somente, através da lei.

Afere-se um “erro” crasso por parte do executivo federal que no afã de manter uma meta fiscal quedou-se em aumentar a receita tributária em arrepio ao princípio nevrálgico da legalidade tributária.

Do princípio da anterioridade nonagesimal

Uma das normas fulcrais criada no Estado Liberal, baseado, é claro, no pensamento iluminista, estaria relacionada com o que os tributaristas denominaram de princípio da não surpresa.³

Esse princípio seria uma garantia do contribuinte contra os atos de império da fazenda pública ao criar ou aumentar a carga tributária de rompante, de forma que o cidadão não fosse surpreendido com essa invasão ao seu patrimônio, o qual poderia comprometer desde o desenvolvimento de atividades empresarias como o adimplemento de suas obrigações civis.

No Direito Tributário, tem por pilar fundante de que o contribuinte seja comunicado em tempo hábil de um futuro encargo tributário para que o mesmo possa se planejar financeiramente.

Tal princípio é subdividido em três pilares normativos, na esfera tributária, nos interessando, tão somente, o último deles: o princípio da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, “c” da Constituição).

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

(...) (Grifos nossos)

Nos termos da parte final do art. 150, § 1º da Constituição Federal afigura-se como exceção a normatividade da anterioridade nonagesimal os seguintes tributos: imposto de importação; imposto de exportação; imposto de operações financeiras; imposto extraordinário de guerra; empréstimos compulsórios; imposto de renda; a base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana; e a base de cálculo do imposto sobre a propriedade de veículos automotores.⁴

É clarividente, em face da redação constitucional, que a alíquota do PIS e da COFINS não se encontram como exceções ao princípio da anterioridade nonagesimal.

De tal sorte que a cobrança das alíquotas aumentadas dos referidos tributos sobre os combustíveis só poderia ocorrer após o transcurso de 90 dias de maneira a permitir que o contribuinte pudesse se organizar em face do aumento da exação.


DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder de tributar do Estado é limitado ao plexo de princípios e regras constitucionais com o fito de concretizar vetores axiológicos esculpidos na própria Constituição e proteger o cidadão da intervenção abusiva do Estado na propriedade.

Nesse sentido vislumbra-se que Decreto presidencial nº 9.101/17 que tem por desiderato reduzir as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS

incidentes sobre a importação e a comercialização de combustíveis é eminentemente inconstitucional, seja por flagrante violação ao princípio da legalidade, posto as contribuições sociais não constituírem-se hipótese de mitigação da instituição e modificação do tributo via lei, o que impede a sua constituição via decreto; seja por mácula ao princípio da anterioridade nonagesimal, que como corolário do princípio da não surpresa tem por escopo oferta a previsibilidade ao contribuinte, exige o interregno mínimo de 90 dias entre a publicação da lei e a cobrança do tributo, o que não se sucedeu, manifestando efeitos imediatamente na data de sua publicação.

Qualquer outro entendimento diverso que não seja quanto a inconstitucionalidade clarividente seria fragilizar o princípio da segurança jurídica, manifesto através do princípio da legalidade e do princípio da não surpresa, estes galgados a status de garantias fundamentais em um longo processo histórico de formatação do Estado de Direito.⁵

Se o Estado brasileiro, em crise fiscal, precisa aumentar suas receitas que o faça dentro do regramento constitucional tributário e não com o abuso do poder de império como feito no caso do Decreto nº 9.101/17 lembrando as práticas autoritárias do Estado Absolutista (antigo regime). 

NOTAS

- * Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.
- 1 “Como se vê, a legalidade tributária exige que os tributos sejam instituídos não apenas com base em lei ou por autorização legal, mas pela própria lei. Só à lei é permitido dispor sobre os aspectos da norma tributária impositiva: material, espacial e temporal, pessoal e quantitativo. A legalidade tributária implica, pois, *reserva absoluta de lei*, também designada de legalidade estrita. A análise do atendimento ou não, por uma lei, à reserva absoluta, faz-se, pois, pela verificação da *determinabilidade* da relação jurídico-tributária mediante o critério da suficiência. A lei deve, necessariamente, conter todas as referências necessárias, em quantidade e densidade, para garantir a certeza do direito. Deve poder ser possível determinar, com suporte na própria lei, os aspectos da norma tributária impositiva, de modo que o contribuinte conheça os efeitos tributários dos atos que praticar ou posições jurídicas que assumir, independentemente de complementação de cunho normativo por parte do Executivo, ainda que a título de regulamentos *intralegem*”. (PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 110).
 - 2 Constituição Federal. Art. 153. (...). I – importação de produtos estrangeiros; II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III – renda e proventos de qualquer natureza; IV – produtos industrializados; V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI – propriedade territorial rural; VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar.
§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.
 - 3 “A necessidade de assegurar ao contribuinte a previsibilidade de sua situação desaguou no assim chamado *princípio da não surpresa*. Ora, como a própria designação indica, trata-se de evitar que as pessoas físicas e jurídicas sejam surpreendidas com uma carga tributária inesperada. É preciso assegurar aos contribuintes a possibilidade de se *prepararem* para assumir os encargos econômicos que a criação ou aumento de tributos certamente impõem. É necessário, sobretudo, dar-lhes *tempo* para ajustarem suas receitas, isto é, seus ganhos econômicos, às novas despesas criadas pela instituição ou elevação da carga tributária”. (CASALINO, Vinícius.

Curso de Direito Tributário e Processo Tributário – teoria geral e Direito Constitucional Tributário. São Paulo: RT, 2012, p. 164).

4 Constituição Federal. Art. 150. (...)

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Grifos nossos)

5 Sobre a importância do princípio da legalidade e da anterioridade lapida Sacha Calmon Navarro Coêlho:

“Indiretamente, a existência desses princípios obriga os governantes a planejarem com um mínimo de seriedade e antecedência a política tributária.

Sabedor o Executivo de que a sua política tributária para o próximo ano será necessariamente discutida nos parlamentos, certamente procurará fundamentar sua proposta sopesando os reflexos econômicos, sociais e políticos que hão de resultar para a comunidade. Cessa a improvisação, a irresponsabilidade e o imediatismo com que muita vez os governos autoritários praticam a tributação, ao arrepio dos mais comezinhos princípios jurídicos, desorganizando a economia e desorientando a comunidade. O respeito aos princípios jurídicos, acima delineados, por parte dos governantes, em contrapartida acarreta três efeitos de suma importância:

a) assegura aos governados tranquilidade, confiança e certeza quanto à tributação;

b) assegura ao governo o respeito dos governados;

c) compartilha o governo com o parlamento a responsabilidade pelos rumos da política tributária, como sói acontecer nas verdadeiras democracias”. (COÊLHO. Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 91. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

_____. Decreto nº 9.101 de 20 de julho de 2017. Altera o Decreto nº 5.059, de 30 de abril de 2004, e o Decreto nº 6.573, de 19 de setembro de 2008, que reduzem as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9101.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

CASALINO, Vinicius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário – teoria geral e Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: RT, 2012.

COÊLHO. Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



ARQUIVO PESSOAL

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara. Autor do livro *Curso de Direito Penal – Teoria Geral do Crime – Vol. I* (1º ed., Curitiba: Juruá, 2016); *Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena – Vol. II* (1º ed., Curitiba: Juruá, 2017).

Medidas despenalizadoras

■ POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

“Para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de recusa ou omissão do Ministério Público, no tocante ao oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, caberá, por analogia, a solução prevista no art. 28 do Código de Processo Penal, sendo vedado ao juiz fazê-la.”

É natural que no Direito, para cada vírgula acrescentada, ou apenas mudada de posição, venha uma avalanche de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, na proporção da complexidade do tema ou da falha na técnica legislativa. Essa dinâmica do mundo jurídico não é estranha às outras ciências, nem tampouco prejudicial à evolução dos institutos a elas intrínsecos. Entretanto, tem sido frequente a edição de normas que escapam a esse processo salutar e acabam clamando por socorro ao bom senso. É o caso, entre vários outros, da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais).



A Constituição da República estabeleceu que as infrações de menor potencial ofensivo seriam da competência dos Juizados Especiais Criminais, deixando para o legislador ordinário a tarefa de elaborar uma lei específica que instituisse e organizasse esses órgãos jurisdicionais.

O novo diploma legal viraria ao avesso as antigas regras do Código de Processo Penal sob o pretexto de desafogar o Poder Judiciário de inúmeros processos voltados para apuração de infrações leves, ou seja, de baixa lesividade para as vítimas e de remota ameaça à liberdade dos infratores. Para isso a Lei dos Juizados Especiais precisava estar calcada em princípios que correspondessem ao grau de nocividade das infrações de sua competência, como celeridade, economia processual, oralidade, informalidade e simplicidade. O procedimento foi montado para tramitar o mais rápido possível, suprimindo os atos desnecessários e concentrando aqueles considerados imprescindíveis, sem rigor formal para sua consecução. A solução para as causas criminais dispensaria inquérito, prisão, fiança e, até mesmo, em alguns casos, o próprio processo criminal, cuja ausência revela-se como a meta idealizada pelo legislador nessa seara.

Lamentavelmente, parece que a celeridade, a economia e a informalidade também foram norteadores do comportamento do legislador na construção da Lei nº 9.099/1995. O texto legal foi feito às pressas, caracterizando-se pela infinidade de lacunas e contradições, que abririam brechas para o que, seguramente, podemos chamar de caos jurídico. Diante disso, passamos a conviver com quatro tipos de juizados especiais criminais: o da lei, o da jurisprudência, o da doutrina, e o da prática, sendo este último o mais vulnerável de todos. Ficou, então, para os profissionais do direito a dura tarefa de buscar na doutrina e jurisprudência, pelo menos, um mínimo de segurança jurídica.

Em sede de juizado especial criminal o objetivo principal é o consenso, a fim de se restabelecer a ordem jurídica e a pacificação social, sem necessidade de instauração de processo, ou, quando inevitável, ao menos impedir a aplicação de pena mediante sentença condenatória. Não haveria razão para o Estado adotar os mesmos métodos na apuração das infrações de menor potencial ofensivo que são seguidos nos crimes de alto grau de lesividade à sociedade. Neste sentido, foram criadas as chamadas medidas despenalizadoras, que, na realidade, representam variados tipos de acordo, para que, de uma forma menos onerosa para o Estado, bem como para as partes, se chegasse a uma solução civil e criminal para o fato. Tais institutos compreendem o que há de mais complexo e controvertido em matéria de Juizados Especiais Criminais, abrangendo a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A composição civil consiste em um acordo de natureza civil (reparação de danos morais e materiais) entre a vítima e o suposto autor do fato. Quando homologada pelo juiz, atinge a pretensão punitiva estatal, desde que o crime seja de ação penal privada ou pública condicionada à representação. Nestes casos a composição civil implicará em renúncia ao direito de queixa ou de representação, respectivamente (art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995).

Parte da doutrina diverge quanto à nomenclatura utilizada pelo legislador para se referir aos efeitos do referido acordo em crimes de ação penal pública condicionada. Sustenta que nesses casos, melhor seria usar o termo “retratação” da representação, pois se já estamos na fase da audiência preliminar, logo a representação em algum momento foi feita, ou em sede policial, ou diretamente ao Ministério

Público. Sendo assim, não haveria como o ofendido renunciar a um direito já exercido. O que poderia ocorrer é a retratação da representação, na forma estabelecida no art. 25 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, se a composição civil for realizada em relação a uma infração em que a lei preveja ação pena pública incondicionada, estará solucionada apenas a questão civil, fazendo inclusive coisa julgada material, mas deixará pendente o conflito de natureza criminal. Isso porque, quando o autor do fato, mediante um acordo, pretender evitar que contra ele seja instaurado um processo, deverá fazê-lo com quem detiver poder decisório em relação à sua existência. Daí o porquê da previsão apenas para os crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação. Nos crimes de ação penal pública incondicionada, a manifestação de vontade da vítima é irrelevante neste aspecto, não gerando qualquer efeito quanto ao exercício do direito de ação. Todavia, como acontece em cada detalhe da lei em comento, há quem conteste a análise apresentada, por entender que, em situações como esta, faltará justa causa para ação penal.

A transação penal é outra espécie de acordo previsto a ser aplicado aos crimes de menor potencial ofensivo. Pelo o que dispõe a Lei nº 9.099/1995, a transação se concretiza entre o suposto autor do fato e o Ministério Público, e, do mesmo modo que a composição civil, o momento de sua realização é sempre anterior ao processo, justamente para que não seja necessária à sua instauração. Uma vez homologada pelo juiz, também acarretará a extinção da punibilidade, desde que o beneficiado cumpra o que fora acordado, segundo a orientação da Suprema Corte.

Por longos anos foi alvo de debate nos tribunais superiores a possibilidade de o Ministério Público oferecer a denúncia, mesmo após a homologação dos termos da transação, em caso de descumprimento injustificado por parte do beneficiado. O Superior Tribunal de Justiça havia adotado o entendimento desfavorável à hipótese. Entretanto, a Suprema Corte, em sentido contrário, no final de 2014, acabou pacificando a matéria, editando a Súmula Vinculante nº 35: “A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

A decisão do juiz que declarar extinta a punibilidade não terá o condão de gerar maus antecedentes, nem tampouco reincidência. A vida pregressa do autor do fato somente poderia ser maculada na hipótese de condenação definitiva. Como a transação penal impede a instauração de processo, não há o que falar em sentença condenatória, muito menos em caráter definitivo.

Os termos da transação penal diferem da composição, pois implicará no imediato cumprimento de pena restritiva de direitos ou multa em troca da abstenção do Ministério Público quanto ao oferecimento da denúncia. Em outras palavras, a transação penal é um acordo em que o promotor de justiça, mesmo quando presentes as condições para o regular exercício do direito de ação, não oferecerá denúncia em face do autor do fato, desde que este também renuncie ao direito de se defender, aceitando, por conseguinte, o cumprimento de pena não privativa de liberdade. Tendo em vista sua natureza, a doutrina majoritária vem entendendo que o instituto da transação penal mitigou o princípio da obrigatoriedade, que, de acordo com as normas do Código de Processo Penal, tornaria impositivo

o oferecimento da denúncia. Todavia, o que ainda gera muita controvérsia é o posicionamento de alguns autores no sentido de que o legislador teria, de forma contundente, violado os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, ao permitir a aplicação de sanção penal sem o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. No momento, o que se deve ter em mente é que a tese não foi acolhida pelos tribunais superiores.

Semelhante ao que ocorre no que diz respeito à fiança, o legislador não diz quando caberá transação, mas sim quando será vedada (art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/1995). Assim, se o autor do fato não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas no dispositivo supracitado, poderá ser beneficiado pelo instituto da transação penal, pois aquilo que a lei não proíbe, permite (discricionariedade regrada). Nesse sentido, em que pese entendimento oposto, é direito do autor do fato fazer a transação penal para não se ver processado. Se porventura o Ministério Público negar a proposta sem respaldo legal, ou simplesmente se omitir face a ela, deve-se, por analogia, aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal, que trata da hipótese de divergência quanto às razões de arquivamento do inquérito policial. E se esse é o caminho adotado quando há controvérsia entre o Ministério Público e o juiz em relação à proposta de suspensão condicional do processo, o mesmo se dará quando envolver transação penal (Súmula 696 do STF).

A remessa ao Procurador Geral de Justiça é, sem sombra de dúvida, o caminho mais acertado, por estar em consonância com o art. 3º do Código de Processo Penal. O que jamais poderá ocorrer é a hipótese do juiz, nas situações em que a proposta não for apresentada pelo Ministério Público, se colocar a frente no embate, como se parte fosse, apresentando a proposta da transação penal. Se assim pudesse agir, estaríamos diante de flagrante violação ao sistema acusatório consagrado pela atual Constituição da República. Neste sentido vêm sendo proferidas as decisões dos tribunais superiores, apesar da resistência de um grupamento minoritário na doutrina.

O mais sério de todos os conflitos gerados pelas inúmeras falhas e omissões do legislador no que tange a lei em tela, está na admissibilidade de transação penal nas ações que somente se procedem mediante queixa. É sabido que a lei não faz qualquer menção a essa espécie de ação nos dispositivos relacionados à transação penal, induzindo a concluir que esta seria um instituto de aplicação exclusiva aos crimes de ação penal pública. Sendo assim, qual seria o embasamento jurídico daqueles que defendem a proposta de transação para os crimes de ação penal privada? E aceitando a idéia de seu cabimento para crimes cuja ação seja dessa natureza, a quem caberia a apresentação da proposta, e em que termos seria feita? De acordo com o STJ, é cabível a transação penal para os crimes de ação penal privada por força do art. 3º do Código de Processo Penal, que permite o uso da analogia nos casos de omissão legislativa. Além do mais, nenhuma razão haveria para que fosse vedada a benesse somente em razão da espécie de ação, pouco importando o seu enquadramento no conceito de menor potencial ofensivo. A legitimidade para a propositura do acordo pertence ao querelante, porque se este pode abdicar da persecução penal (renúncia e decadência), ou até mesmo desistir do processo (perdão e perempção), extinguindo a punibilidade, com muito mais razão pode transacionar.

Finalmente, dentre as medidas despenalizadoras existentes, a suspensão condicional do processo, ou *sursis* processual, é a única que se dá quando já iniciada


a demanda. O Ministério Público, ao oferecer sua peça vestibular apresenta uma proposta de acordo para ser apresentada ao réu após o seu recebimento. Para aqueles que interpretam o art. 399 do CPP como norma que autoriza o contraditório antes mesmo da instauração do processo, a aceitação da proposta poderia anteceder o referido ato.

Os pressupostos que autorizam a suspensão condicional do processo encontram-se expostos no art. 89, da Lei nº 9.099/1995, ou seja, aplicável aos crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta lei, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP). Isso significa que mesmo para aqueles processos que não estejam tramitando em sede de Juizado Especial Criminal será possível a aplicação desse instituto.

Se o réu aceitar os termos da proposta apresentada pelo Ministério Público, o processo ficará suspenso por um período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, chamado de período de prova, durante o qual se comprometerá a cumprir as condições elencadas nos §§ 1º e 2º, do artigo acima mencionado. Assim, pode-se dizer que o princípio da indisponibilidade, característica própria da ação penal pública, também foi mitigado pela Lei nº 9.099/1995.


De todas as obrigações que recaem sobre o réu durante o período de prova, a que tem maior relevância é a de reparar os eventuais danos causados à vítima. Se não for cumprida sem motivo justo, deverá o juiz revogar o período de prova (art. 89, 3º, da Lei nº 9.099/95), dando prosseguimento ao feito. Se descumprida qualquer outra obrigação, poderá o juiz revogar o período de prova ou recrudescer na sua forma de cumprimento. A revogação obrigatória do período de prova também ocorrerá nos casos em que o réu vier a ser, durante esse período, processado por outro crime. Na hipótese de o réu ser processado por contravenção, a revogação será facultativa. Mas se houver cumprimento de todas as condições durante o período de prova sem revogação, estará configurada, assim como na composição civil e na transação penal, a extinção da punibilidade.

A decisão do juiz que declarar extinta a punibilidade não gerará Maus antecedentes, muito menos reincidência, eis que estes efeitos são decorrentes de sentença condenatória irreversível. Embora tenha havido processo, não tramitou até o seu final em virtude do *sursis*.

Os conflitos que dizem a respeito da suspensão condicional do processo, e que foram gerar vasta jurisprudência, em muito se assemelham aos pontos abordados quanto à transação penal. Para o STJ e STF nas hipóteses de recusa ou omissão do Ministério Público, no tocante ao oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, caberá, por analogia, a solução prevista no art. 28 do Código de Processo Penal, sendo vedado ao juiz fazê-la (vide Súmula 696 do STF). E sobre a possibilidade de sua incidência nos processos que apuram crimes de ação penal privada, utilizam-se dos mesmos fundamentos apresentados para se conceber a transação penal. 



SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL é criminalista, sócio em AMARAL GURGEL Advogados, autor da Editora Impetus; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.



Cyberbullying, cyberstalking e redes sociais – Os reflexos da perseguição digital

■ POR GISELE TRUZZI

“Assim como o *Cyberstalking*, o *Cyberbullying* é intensificado pelo uso da Internet, principalmente pelas crianças e adolescentes, que são os principais alvos e agentes dessa prática.”

Com o uso crescente das tecnologias, aumenta na mesma proporção o número de indivíduos cada vez mais “conectados”.

Um dos reflexos dessa inclusão digital em nosso país é a grande participação dos brasileiros nas redes sociais¹. Pesquisa realizada pelo Ibope Nielsen Online² constatou que as redes sociais congregam cerca de 29 milhões de brasileiros por mês, e que para a cada quatro minutos na rede, os brasileiros dedicam um a atualizar seu perfil e bisbilhotar os amigos.

Mas qual será o impacto da utilização exacerbada da Internet para o contato social?

Temos que ter em mente que os sites de relacionamento, assim como qualquer outra tecnologia, são neutros, e seu uso pode ser positivo. Tudo depende da maneira como são utilizados.

Robert Weiss, sociólogo americano, afirma que existem dois tipos de solidão: a emocional e a social. Ele define a solidão emocional como o “sentimento de vazio e inquietação causado pela falta de relacionamentos profundos”; e a social como sendo o “sentimento de tédio e marginalidade causado pela falta de amigos ou de um sentimento de pertencer a uma comunidade”.

Com base nessas definições, estudos demonstram que as redes sociais podem aplacar um pouco da solidão social, mas aumentam significativamente a solidão emocional. É como sentir-se solitário em meio a uma multidão. (E atualmente, a multidão é cada vez mais virtual...).

Através destas pesquisas e verificando-se o comportamento dos internautas, vemos que as amizades são cada vez mais numerosas, porém, mais superficiais. E a quantidade de laços fortes, cada vez menor.

Sendo assim, constatamos que a Internet propicia o contato social, porém, pode piorar a qualidade dos relacionamentos, e gerar impactos psicossociais, dentre os quais destacamos neste artigo: *Cyberbullying* e *Cyberstalking*, que serão definidos oportunamente.

O NOVO VÍCIO DA SOCIEDADE MODERNA: A DEPENDÊNCIA TECNOLÓGICA

O advento da Internet proporcionou novas e rápidas formas de contato: chats, emails, comunicadores instantâneos, redes sociais, blogs, etc. Nesses espaços virtuais, os indivíduos compartilham suas experiências, seu cotidiano, além de criarem “personagens”, provavelmente um alter-ego do que gostariam de ser.

Segundo a psicóloga norte-americana Kimberly Young, as vivências experimentadas nestes ambientes eletrônicos podem favorecer uma espécie de vício, ao provocarem sensações satisfatórias que competiriam com o nosso “mundo real”.³

Baseado neste cenário surgiu o conceito de dependência da Internet, passível de ocorrer em qualquer camada sócio-econômica.

De acordo com dados reportados no art. “Os riscos do excesso de exposição ao mundo virtual”⁴, de Dora Sampaio Góes e Cristiano Nabuco de Abreu, 10% da população atual de internautas já desenvolveu dependência.

Mais uma vez, o Brasil é destaque: de acordo com o referido artigo, o número de acessos e “o tempo gasto pela população brasileira colocam-nos no primeiro lugar do mundo no item conexão doméstica, à frente inclusive dos americanos e japoneses.”

Alguns conservadores diriam que o problema são as novas tecnologias, argumento frágil que é demovido ao observarmos os traços de personalidade, que levam o indivíduo a perder o controle. Verificamos que os impactos psicossociais relacionados ao uso excessivo da Internet vinculam-se muito mais às dificuldades nas relações interpessoais, à diminuição das atividades sociais e à solidão do que propriamente ao uso do computador.

Dora S. Góes e Cristiano N. Abreu, no citado art. elencam os critérios que caracterizam a dependência tecnológica:

- Preocupação excessiva com a Internet;
- Necessidade de passar cada vez mais tempo conectado para obter o mesmo nível de satisfação;
- Esforços fracassados na tentativa de diminuir o tempo de uso da Internet ou de um aparelho eletrônico;
- Irritabilidade e/ou depressão;
- Instabilidade emocional ao ter o uso da Internet ou da tecnologia restringido;
- Permanência online por mais tempo do que o planejado;
- Prejuízos nas relações sociais, familiares, escolares e profissionais;
- Mentiras ou omissões a respeito da quantidade de horas gastas com o computador.

Por acabarem trocando sua “vida real” pela “vida digital”, muitas pessoas acabam se tornando vítimas ou agentes de perseguições virtuais (Cyberstalking), ou de ofensas e chacotas virtuais (Cyberbullying).

CYBERSTALKING

O termo *Cyberstalking* vem do inglês *stalk*, que significa “caçada”, e consiste no uso das ferramentas tecnológicas com intuito de perseguir ou ameaçar uma pessoa. É a versão virtual do *stalking*, comportamento que envolve perseguição ou ameaças contra uma pessoa, de modo repetitivo, manifestadas através de: seguir a vítima em seus trajetos, aparecer repentinamente em seu local de trabalho ou em sua casa, efetuar ligações telefônicas inconvenientes, deixar mensagens ou objetos pelos locais onde a vítima circula, e até mesmo invadir sua propriedade.

O *stalker*, indivíduo que pratica esta perseguição, mostra-se onipresente na vida da sua vítima, dando demonstrações de que exerce controle sobre esta.

O *Cyberstalking* já era assunto de preocupação do Governo Americano em 1999, época em que surgiram vários estudos sobre o tema, já anunciando os métodos de abordagem dos *cyberstalkers*, suas motivações e danos psicossociais causados às vítimas. Nota-se que nesta época já havia americanos com dependência tecnológica e vítimas de *cyberstalking*, temas que tornaram-se comuns no Brasil por volta de 2008/2009.

De acordo com relatório detalhado do Departamento de Justiça Americano⁵, o *cyberstalking* se dá através de diversas formas: envio constante de mensagens através de redes sociais e fóruns online, emails, SMS⁶, entre outros; sendo que a maioria dos *stalkers* (sejam “online” ou “offline”), são motivados pelo desejo de exercer controle sobre suas vítimas e alterarem seu comportamento.

No *Cyberstalking* há uma certa “violência psicológica”, violência esta que é muito sutil: a linha que separa uma amizade, um elogio ou demonstração de carinho é muito tênue.

Acredito que você já tenha passado por isto ou conheça alguém que enfrentou situação semelhante: um indivíduo sempre está visitando seu perfil em uma rede social, deixa recados diários ou envia emails com frequência, encaminha mensagens regularmente desejando uma boa noite, por exemplo, insiste em fazer parte de seu círculo social (caso já não o faça), sabe de detalhes de sua vida, sem que sequer você tenha expressado isso, encontra-o em comunidades virtuais e fóruns online que você imaginaria que ele pudesse estar “rondando” por ali... Resumindo: você é “perseguido virtualmente” e isso o incomoda.

Sem dúvida, o relativo anonimato propiciado pela Internet encoraja os *cyberstalkers*, que podem manter certa distância física da sua vítima, tendo a falsa impressão de que estão protegidos por uma tela de computador.

O desconforto, o abalo psicológico causados por esta perseguição virtual acabam por gerar sentimentos angustiantes na vítima, que muitas vezes não sabe quais medidas tomar.

Nesse ponto, cabe lembrar que dependendo do teor do *cyberstalking*, este pode caracterizar crime de ameaça, previsto no art. 147 do nosso Código Penal⁷ ou contravenção penal, descrito pelo art. 65 da Lei das Contravenções Penais⁸ pelo simples fato de perturbar a tranquilidade alheia.

Cabe à vítima analisar se aquele seu “fã” está passando dos limites e interferindo em sua rotina ou abalando sua psique.

De todo o modo, não subestime esta prática:

“Make no mistake: this kind of harrassment can be as frightening and as real as being followed and watched in your neighborhood or in your home.”

(Não se engane: este tipo de perseguição pode ser tão assustador e real quanto ser seguido e observado pela sua vizinhança dentro de sua própria casa.

(Al Gore, 45º Vice-Presidente dos Estados Unidos, em “1999 Report on Cyberstalking: a new challenge for Law Enforcement and Industry – A report from the Attorney General to the Vice President”⁹.)

CYBERBULLYING

O termo *cyberbullying* originou-se da expressão *bullying*, que é considerado “todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio entre as partes envolvidas.”¹⁰

O *bullying* é caracterizado por imposição de apelidos, práticas de agressões físicas, ameaças, roubos, ofensas verbais, expressões e gestos que geram mal-estar às vítimas (também chamadas de “alvos”); bem como atitudes de indiferença, isolamento, difamação e negação aos desejos.¹¹

O *Cyberbullying* é o *bullying* praticado através dos meios eletrônicos: trata-se do uso da tecnologia da informação e comunicação (emails, celulares, SMS, fotos publicadas na Internet, sites difamatórios, publicação de mensagens ofensivas ou difamatórias em ambientes online, etc) como recurso para a prática de comportamentos hostis e reiterados contra um grupo ou um indivíduo.

O *Cyberbullying* pode ser evidenciado pelo uso de instrumentos da web, tais como redes sociais e comunicadores instantâneos, para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de gerar constrangimentos psicossociais à vítima.

Assim como o *Cyberstalking*, o *Cyberbullying* é intensificado pelo uso da Internet, principalmente pelas crianças e adolescentes, que são os principais alvos e agentes dessa prática.

Conforme dados informados no artigo do médico pediatra Aramis Lopes Neto¹², o *bullying* é mais frequente entre os menores com idades entre 11 e 13 anos. Ele também aponta que:

“Nos casos em que alunos armados invadiram as escolas e atiraram contra colegas e professores, cerca de dois terços desses jovens eram vítimas de bullying e recorrem às armas para combater o poder que os sucumbia. As agressões não tiveram alvos específicos, sugerindo que o desejo era “matar a escola”, local onde diariamente todos os viam sofrer e nada faziam para protegê-los.”¹³

Consequentemente, o *Cyberbullying* segue a mesma estatística.

Conforme já mencionado, a maior incidência do *Cyberbullying* ocorre entre menores de idade em fase escolar. Há diversos casos em que os autores de *Cyberbullying* praticam suas ofensas contra um colega de escola, contra a própria instituição de ensino que frequentam ou contra um professor.

Independentemente do alvo desta “chacota virtual”, é evidente que isto gera danos à imagem da vítima ou à marca da instituição atacada, o que pode ensejar uma eventual ação de indenização por danos morais contra o ofensor¹⁴.

“Indenizatória. Danos morais. Comunidade virtual. Divulgação, por menores, de mensagens depreciativas em relação a professor. Identificação. Linguagem chula e de baixo calão. Ameaças. Ilícito configurado. Ato infracional apurado. Cumprimento de medida sócioeducativa. Responsabilidade dos pais. Negligência ao dever legal de vigilância. Os danos morais causados por divulgação, em comunidade virtual (orkut) de mensagens depreciativas, denegrindo a imagem de professor (identificado por nome), mediante linguagem chula e de baixo calão, e com ameaças de depredação a seu patrimônio, devem ser ressarcidos. Incumbe aos pais, por dever legal de vigilância, a responsabilidade pelos ilícitos cometidos por filhos incapazes sob sua guarda.” (TJ/RO, Des. Rel. Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa, 2ª Câmara Cível. Apelação nº. 100.007.2006.011349-2. Julgamento em 20/08/2008).”

As atitudes do autor de *Cyberbullying* eventualmente configuram alguns ilícitos, tais como: crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria)¹⁵, crime de ameaça ou outros delitos que vierem a ser constatados pelo resultado que produzirem.

Sendo os autores do *Cyberbullying* menores de idade, estes praticarão atos infracionais e não crimes, por estarem submetidos ao E.C.A. – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90)¹⁶, e, portanto, aqueles que terão que arcar com os prejuízos causados serão os pais ou responsáveis legais.¹⁷


O que fazer se constatada a prática de *Cyberstalking* ou de *Cyberbullying*?

• Armazenar sempre as provas eletrônicas (emails, SMS, fotos, recados deixados em redes sociais, publicações feitas em sites), mantendo sua integridade. Vale arquivar as capturas de tela dessas provas (“print-screen”), manter os emails originais e se necessário, dirigir-se até um Cartório de Notas a fim de lavrar uma Ata Notarial do conteúdo difamatório;

• Registrar um Boletim de Ocorrência na Delegacia de Polícia mais próxima;

• Buscar acompanhamento psicológico, se necessário;

• Procurar um advogado, para verificar a necessidade de medidas extrajudiciais ou judiciais (notificação extrajudicial, representação criminal, instauração de inquérito policial, ação de indenização por danos morais e materiais, etc.)

• Nunca revidar às agressões. Lembre-se: “não faça justiça com o próprio mouse!” 

NOTAS

- 1 Também chamadas de sites de relacionamento, as redes sociais virtuais propiciam aos seus usuários a criação de um perfil, montagem de uma lista de contatos, participação em comunidades online, o que possibilita manter contato instantâneo com os “amigos virtuais”.
- 2 “Sozinhos.com”, matéria publicada na Revista VEJA em 08/07/2009. Ed. Abril, São Paulo.
- 3 YOUNG, Kimberly. *Caught in the net: how to recognize the signs of Internet addiction – and a winning strategy for recovery*. Nova York, Wiley and Sons, 1998.
- 4 ABREU, Cristiano Nabuco de. GÓES, Dora Sampaio. *Os riscos do excesso de exposição ao mundo virtual*. Revista Pátio, ano XIII, nº 51, ago/out. 2009.
- 5 *1999 Report on Cyberstalking: a new challenge for Law Enforcement and Industry – A report from the Attorney General to the Vice President*. Disponível em <http://www.cybercrime.gov/cyberstalking.htm>. Acesso em 21/11/2009.

- 6 *Short Message Service*: tecnologia amplamente utilizada em telefonia celular para a transmissão de textos curtos. Diferente do MMS, permite apenas dados do tipo texto e cada mensagem é limitada em 160 caracteres alfanuméricos. (PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. São Paulo, 2009).
Código Penal, Art. 147: Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.
- 8 Decreto-Lei nº 3688/41 (Lei das Contravenções Penais): Art. 65. *Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa (...).*
- 9 Ob. Cit.
- 10 Projeto de Lei nº 5369/09, de autoria do Deputado Vieira da Cunha. Conforme art. 1º deste projeto de lei, seu objetivo é instituir o Programa de Combate ao Bullying em todo o território nacional, vinculado ao Ministério da Educação.
- 11 LOPES NETO, Aramis A. *Bullying – comportamento agressivo entre estudantes*. Jornal de Pediatria, vol. 81, nº 05, 2005.
- 12 Ob.cit.
- 13 NETO, Aramis A. SAAVEDRA Lúcia H. *Diga não ao bullying*. Rio de Janeiro, ABRAPIA, 2004.
- 14 “DANOS MORAIS – Indenização – Criação de comunidade por ex-aluno contendo ofensas e injúria a colégio em sítio de relacionamentos “Orkut” – Comprovada conduta ilícita – (...) Sanção regularmente aplicada – Sentença mantida (...). (TJ/SP, Relator Elcio Trujillo, Apelação nº. 578.863-4/3-00,7ª Cam. Cível, j. 18/02/2009).
- 15 Calúnia – art. 138, Código Penal: Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de seis (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Difamação – art. 139, Código Penal: Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Injúria – art. 140, Código Penal: Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.
- 16 Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90: art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.
- 17 Código Civil: Art. 1630 – Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

REFERÊNCIAS

- 1999 *Report on Cyberstalking: a new challenge for Law Enforcement and Industry – A report from the Attorney General to the Vice President*, disponível em <http://www.cybercrime.gov/cyberstalking.htm>. Acesso em 21/11/2009.
- ABREU, Cristiano Nabuco de. GÓES, Dora Sampaio. *Os riscos do excesso de exposição ao mundo virtual*. Revista Pátio, ano XIII, nº 51, ago/out. 2009; Código Civil Brasileiro; Código Penal Brasileiro; Decreto-Lei nº 3688/41 (Lei das Contravenções Penais); Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90.
- LOPES NETO, Aramis A. *Bullying – comportamento agressivo entre estudantes*. Jornal de Pediatria, vol. 81, nº 05, 2005.
- NETO, Aramis A. SAAVEDRA Lúcia H. *Diga não ao bullying*. Rio de Janeiro, ABRAPIA, 2004.
- PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. São Paulo, 2009; Projeto de Lei nº 5369/09, que visa instituir o Programa Nacional de Combate ao Bullying; Revista VEJA, 08/07/2009. Ed. Abril, São Paulo;
- YOUNG, Kimberly. *Caught in the net: how to recognize the signs of Internet addiction – and a winning strategy for recovery*. Nova York, Wiley and Sons, 1998;
- www.diganaoabullying.com.br – Acesso em 21/11/2009;
- www.wiredsafety.org/cyberstalking_harassment/index.html.



GISELE TRUZZI é advogada especialista em Direito Digital e Direito Criminal.



Brazuela

(sobre a “venezuelização” do Brasil)

■ POR LUIZ FLÁVIO GOMES

“Temos que promover a faxina geral dos ladrões que comandam a nação, não há dúvida, mas isso sem cairmos em radicalismos demagogos. Do contrário viveremos sob o risco permanente de aniquilação total da nossa sociedade.”

A greve dos caminhoneiros, que colapsou múltiplos serviços em todo território nacional, constitui mais uma evidência inequívoca de que existem dois caminhos para se alcançar a “venezuelização” de um País (ou seja, seu desmoronamento social): pelo domínio sanguinário de uma ditadura de esquerda (caso de Maduro, por exemplo) ou pelo comando estúpido de uma oligarquia corrupta, degenerada e parasitária (cuja ideologia única é o dinheiro, o ganho e o lucro em proveito próprio).

A riqueza gerada pela corrupção em favor dos donos corruptos e parasitários do poder não desencadeia em nós apenas indignação (sobretudo quando se considera que o Brasil é um dos dez países mais desiguais do mundo). Ela é também assassina, porque a dinheirama desviada (R\$ 600 milhões por dia) faz muita falta para a saúde, educação, Justiça e segurança (que são as atividades cardeais do Estado, que o mundo do mercado obviamente não oferece para a população).

A canalização em massa do dinheiro público para os donos corruptos e parasitários do poder (aqui reside o patrimonialismo empresarial, que não se confunde com o estatal nem com o corporativo) comprova a usurpação e o apoderamento do Estado por uma oligarquia nefasta e perversa que só pensa na prosperidade dos seus interesses. O Estado se converteu em presa de um animal parasita (clube dos corruptos) que lhe suga diariamente todas as energias.

Esse modelo desastrado e desumano de governança, ancorado em uma tradição colonizadora cruel, escravagista e sanguinária, gera inevitavelmente baixo crescimento econômico e quase nenhum desenvolvimento humano. Tudo isso faz parte do fenômeno da “venezuelização” do País, que constitui uma ameaça permanente para o povo, que vive sob a percepção de um contínuo regresso social e econômico. O medo de se perder tudo que foi conquistado passa a ser um risco interminável por toda vida.

A “venezuelização” (desmoronamento das relações e dos tecidos sociais) tornou o Brasil extremamente vulnerável. Todas as sociedades são, em virtude da complexidade do funcionamento da economia com redes interdependentes, muito vulneráveis (H. Schwartzman). Considerando-se que o Brasil é regido por uma das oligarquias mais perversas do planeta, é evidente que essa vulnerabilidade aqui é maxi-elevada, o que agrava o medo permanente de se perder tudo (renda, salário, emprego, negócios, capacidade de consumo, propriedades, vida, oportunidades etc.).


Em 2016 a Consultoria EurasiaGroup, diante do aprofundamento das crises políticas e econômicas, já apontava o Brasil como um dos dez maiores riscos geopolíticos do mundo. Crises contínuas geram caos, que podem desaguar em colapsos. Colapsos reiterados costumam ser causas de grandes comoções sociais, com consequências imprevisíveis. A corrupção sistêmica tornou o Brasil um risco geopolítico mundial.

Os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) assim como as instituições (Governo, Congresso, Supremo, Democracia, Leis, Mídias etc.) acham-se preocupantemente desacreditados. A falta de credibilidade de um país (em processo de “venezuelização”) espanta investidores (internos e externos). Isso costuma resultar em miséria, pobreza e convulsões sociais.

Quando a falta de credibilidade se junta a uma aguda vulnerabilidade bem como às instabilidades reiteradas no campo da política e da economia o País se torna imprevisível. Esse é o Brasil de 2018, onde uma classe nababesca maligna (a dos donos corruptos do poder) vive do parasitismo depredador e sedentário, que atrofia a intelectualidade, dizimando sua capacidade de diálogo, de inovação, de criação, de sabedoria, de conhecimento e de percepção da realidade.

Governos sistemicamente corruptos, quando alcançam o nível do parasitismo sedentário, demoram para tomar decisões e normalmente se mostram incapazes de encontrar soluções em negociações complexas (na greve dos caminhoneiros isso ficou sobejamente comprovado).

Tudo isso afeta profundamente a percepção negativa da população sofrida, que se apavora cada vez mais com o risco de perder tudo que conquistou. Muitos brasileiros melhoraram de vida na primeira década deste século. Agora, com razão, diante de tanta corrupção e desordem, temem perder tudo.

O medo de perder tudo frequentemente leva o País a aceitar governantes populistas extremados. Essa tendência não faz parte da solução do problema. Temos que promover a faxina geral dos ladrões que comandam a nação, não há dúvida, mas isso sem cairmos em radicalismos demagogos. Do contrário viveremos sob o risco permanente de aniquilação total da nossa sociedade. 

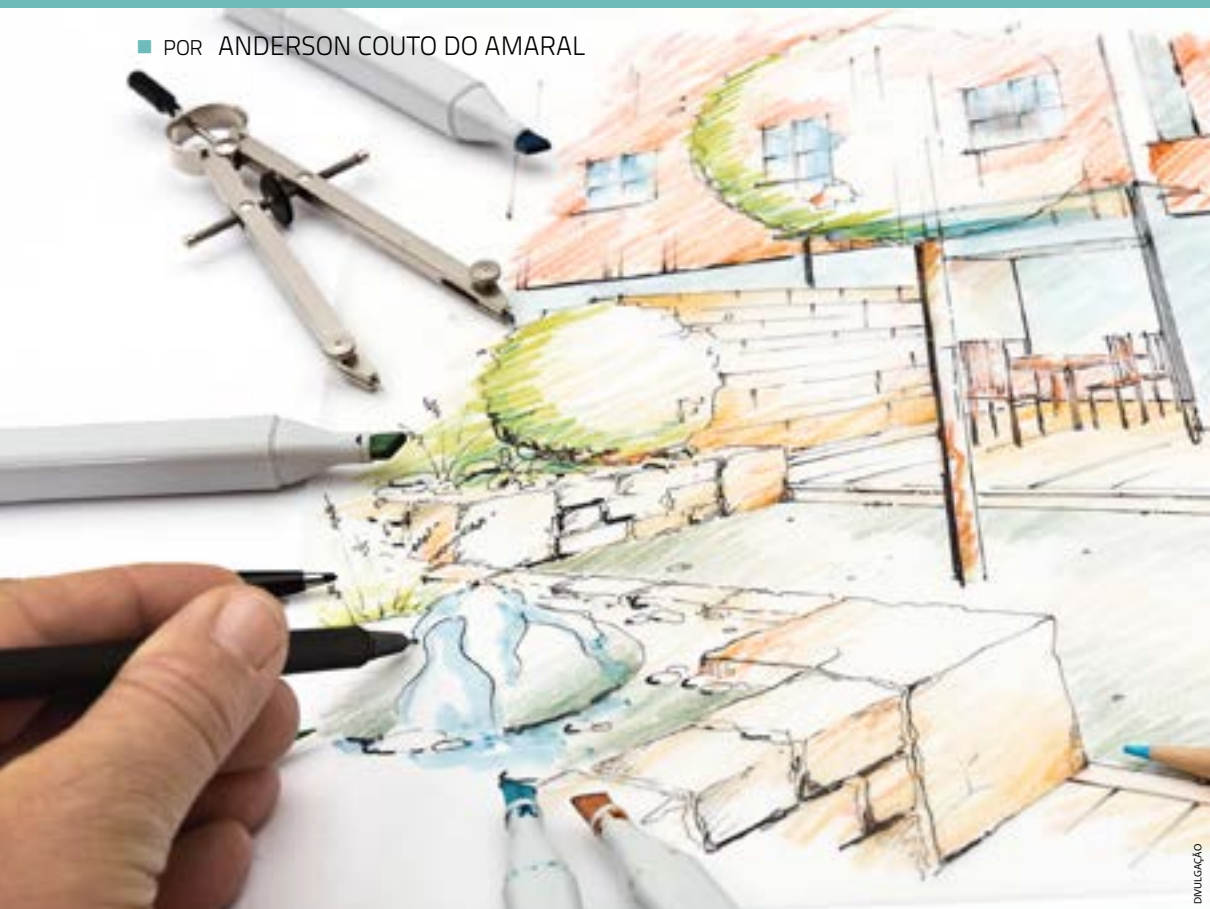


ARQUIVO PESSOAL

LUIZ FLÁVIO GOMES é jurista. Criador do movimento Quero Um Brasil Ético. Estou no [f/luizflaviogomesoficial](https://www.facebook.com/luizflaviogomesoficial).

A atuação dos conselhos de engenharia, na notificação de obras sob a responsabilidade técnica de arquitetos e urbanistas, e o abuso do poder de polícia administrativa

■ POR ANDERSON COUTO DO AMARAL



“As práticas que buscam combater os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo, pela via judicial, é evidentemente uma forma de concorrência de desvio de finalidade por parte dos CREA's e, até mesmo abuso do poder de polícia, pois estão desrespeitando àqueles que estão regularmente inscritos nos CAU's cumprindo com suas obrigações e pagando suas anuidades e taxas inerentes ao exercício da profissão.”

A Carta Magna de 1988 dedicou ao livre exercício das profissões, como norma de eficácia contida, a possibilidade de leis específicas que, dedicadas a cada uma das áreas, determina a qualificação do seu exercício, ou seja, a formação acadêmica e a recomendação do registro do título de formação junto aos Conselhos respectivos.

Também assim, esses órgãos de fiscalização profissional, atendendo à competência delegada pela União em texto constitucional, dedicando-se a fiscalizar o exercício das profissões, como recomenda o art. 21, XXIV, executar a polícia administrativa da profissão, conferindo-lhes o direito “encargo” de estabelecer as condições necessárias à prática profissional dentro de suas áreas específicas de atuação.

Os Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados são Autarquias Federais criadas pela a Lei Federal nº 12.378/2010, sendo certo que têm por função orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de arquiteto e urbanismo, bem como zelar pela fiel observância dos princípios de ética e disciplina da classe em todo o território nacional (art. 24, § 1º, da Lei nº 12.378/2010).

Assim, os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo tem sua competência prevista no art. 34 da Lei Federal nº 12.378/2010, de fiscalizar o exercício da profissão e promover todos os meios a seu alcance o perfeito desempenho técnico e moral, da profissão e dos que a exerçam.

Tal conselho Profissional, órgão responsável pela fiscalização da atividade de arquitetura e urbanismo, não pode contrariar as suas atribuições, mostrando-se inerte deixando de tomar as medidas cabíveis para coibir as ações dos CREA's, no que pertine a autuação/notificação – com aplicação de multas, inclusive – de proprietário de obras sob a responsabilidade técnicas de arquitetos, o que além de ser ilegal caracteriza verdadeiro abuso. Vale frisar que a arquitetura e urbanismo é uma área de elevada importância em âmbito coletivo.

As atribuições do arquiteto e urbanista consistem em coleta de dados, estudo, planejamento, projeto e especificação, execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico (art. 2º, II e XII, da Lei nº 12.378/2010 C/C art. 2º, da Resolução CAU/BR nº 21/2012).

A Lei Federal nº 12.378/2010 dispõe que as atividades e atribuições do arquiteto e urbanista consistem em coleta de dados, estudo, planejamento, projeto e especificação, execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico, assim como a Resolução nº 21/2012 do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil.

A Resolução nº 21/2012 estabelece em seu art. 2º as atribuições do arquiteto e urbanista:

- I – supervisão, coordenação, gestão e orientação técnica;
- II – coleta de dados, estudo, planejamento, projeto e especificação;
- III – estudo de viabilidade técnica e ambiental;
- IV – assistência técnica, assessoria e consultoria;
- V – direção de obras e de serviço técnico;
- VI – vistoria, perícia, avaliação, monitoramento, laudo, parecer técnico, auditoria e arbitragem;
- VII – desempenho de cargo e função técnica;
- VIII – treinamento, ensino, pesquisa e extensão universitária;
- IX – desenvolvimento, análise, experimentação, ensaio, padronização, mensuração e controle de qualidade;

X – elaboração de orçamento;

XI – produção e divulgação técnica especializada e

XII – execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico.

Outrossim, as atribuições de que trata este artigo aplicam-se aos seguintes campos de atuação:

I – de Arquitetura e Urbanismo, concepção e execução de projetos;

II – de Arquitetura de Interiores, concepção e execução de projetos;

III – de Arquitetura Paisagística, concepção e execução de projetos para espaços externos, livres e abertos, privados ou públicos, como parques e praças, considerados isoladamente ou em sistemas, dentro de várias escalas, inclusive a territorial;

IV – do Patrimônio Histórico Cultural e Artístico, arquitetônico, urbanístico, paisagístico, monumentos, restauro, práticas de projeto e soluções tecnológicas para reutilização, reabilitação, reconstrução, preservação, conservação, restauro e valorização de edificações, conjuntos e cidades;

V – do Planejamento Urbano e Regional, planejamento físico-territorial, planos de intervenção no espaço urbano, metropolitano e regional fundamentados nos sistemas de infraestrutura, saneamento básico e ambiental, sistema viário, sinalização, tráfego e trânsito urbano e rural, acessibilidade, gestão territorial e ambiental, parcelamento do solo, loteamento, desmembramento, remembramento, arruamento, planejamento urbano, plano diretor, traçado de cidades, desenho urbano, inventário urbano e regional, assentamentos humanos e requalificação em áreas urbanas e rurais;

VI – de Topografia, elaboração e interpretação de levantamentos topográficos cadastrais para a realização de projetos de arquitetura, de urbanismo e de paisagismo, fotointerpretação, leitura, interpretação e análise de dados e informações topográficas e sensoriamento remoto;

VII – da Tecnologia e resistência dos materiais, dos elementos e produtos de construção, patologias e recuperações;

VIII – dos sistemas construtivos e estruturais, estruturas, desenvolvimento de estruturas e aplicação tecnológica de estruturas;

IX – de instalações e equipamentos referentes à Arquitetura e Urbanismo;

X – do Conforto Ambiental, técnicas referentes ao estabelecimento de condições climáticas, acústicas, lumínicas e ergonômicas, para a concepção, organização e construção dos espaços;

XI – do Meio Ambiente, estudo e avaliação dos impactos ambientais, licenciamento ambiental, utilização racional dos recursos disponíveis e desenvolvimento sustentável.

Apenas a Lei Federal nº 12.378/2010, já seria suficiente para respaldar tal tese, pois tais atividades aplicam-se a arquitetura e urbanismo aos campos de atuação no setor de execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico e de instalações e equipamentos referentes à arquitetura, conforme o art. 2º, parágrafo único, I e IX. Contudo, outros dispositivos legais estão sendo violados pelo Réu, que é a Defesa dos consumidores (clientes dos arquitetos), onde arbitrariamente, estão sendo multados pelos CREA's, o que entendemos constituir uma ilegalidade, bem como violação aos princípios constitucionais, como o da legalidade e segurança jurídica.

A Lei nº 5.194/66 regulamentou as profissões de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, bem como instituiu os Conselhos Regionais (CREA's) e o Conselho Federal (CONFEA).

A referida lei determina as atribuições e atividades dos engenheiros, arquitetos e engenheiro agrônomo, conforme podemos verificar do art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo consistem em:

- a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas, de economia mista e privada;
- b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária;
- c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica;
- d) ensino, pesquisas, experimentação e ensaios;
- e) fiscalização de obras e serviços técnicos;
- f) direção de obras e serviços técnicos;
- g) execução de obras e serviços técnicos;
- h) produção técnica especializada, industrial ou agropecuária.

Parágrafo único. Os engenheiros, arquitetos e engenheiros-agrônomo poderão exercer qualquer outra atividade que, por sua natureza, se inclua no âmbito de suas profissões.

No entanto, com o advento da Lei nº 12.378/2010, o art. 66 determinou que todos os assuntos atinentes aos arquitetos previstos na Lei nº 5.194/66 fossem retirados, conforme podemos observar no texto legal a seguir:

Art. 66. As questões relativas a arquitetos e urbanistas constantes das Leis n.º 5.194, de 24 de dezembro de 1966 e 6.496, de 7 de dezembro de 1977, passam a ser reguladas por esta Lei.

A nova lei também determinou as atribuições dos arquitetos e urbanistas ao preconizar que:

Art. 2º As atividades e atribuições do arquiteto e urbanista consistem em:

- I – supervisão, coordenação, gestão e orientação técnica;
- II – coleta de dados, estudo, planejamento, projeto e especificação;
- III – estudo de viabilidade técnica e ambiental;
- IV – assistência técnica, assessoria e consultoria;
- V – direção de obras e de serviço técnico;
- VI – vistoria, perícia, avaliação, monitoramento, laudo, parecer técnico, auditoria e arbitragem;
- VII – desempenho de cargo e função técnica;
- VIII – treinamento, ensino, pesquisa e extensão universitária;
- IX – desenvolvimento, análise, experimentação, ensaio, padronização, mensuração e controle de qualidade;
- X – elaboração de orçamento;
- XI – produção e divulgação técnica especializada e
- XII – execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico.

Parágrafo único. As atividades de que trata este artigo aplicam-se aos seguintes campos de atuação no setor:

- I – da Arquitetura e Urbanismo, concepção e execução de projetos;
- II – da Arquitetura de Interiores, concepção e execução de projetos de ambientes;
- III – da Arquitetura Paisagística, concepção e execução de projetos para espaços externos, livres e abertos, privados ou públicos, como parques e praças, considerados isoladamente ou em sistemas, dentro de várias escalas, inclusive a territorial;
- IV – do Patrimônio Histórico Cultural e Artístico, arquitetônico, urbanístico, paisagístico, monumentos, restauro, práticas de projeto e soluções tecnológicas para reutilização, reabilitação, reconstrução, preservação, conservação, restauro e valorização de edificações, conjuntos e cidades;
- V – do Planejamento Urbano e Regional, planejamento físico-territorial, planos de intervenção no espaço urbano, metropolitano e regional fundamentados nos sistemas de infraestrutura, saneamento básico e ambiental, sistema viário, sinalização, tráfego e trânsito urbano e rural, acessibilidade, gestão territorial e ambiental, parcelamento do solo, loteamento, desmembramento, remembramento, arruamento, planejamento urbano, plano diretor, traçado de cidades, desenho urbano, sistema viário, tráfego e trânsito urbano e rural, inventário urbano e regional, assentamentos humanos e requalificação em áreas urbanas e rurais;
- VI – da Topografia, elaboração e interpretação de levantamentos topográficos cadastrais para a realização de projetos de arquitetura, de urbanismo e de paisagismo, foto-interpretção, leitura, interpretação e análise de dados e informações topográficas e sensoriamento remoto;
- VII – da Tecnologia e resistência dos materiais, dos elementos e produtos de construção, patologias e recuperações;
- VIII – dos sistemas construtivos e estruturais, estruturas, desenvolvimento de estruturas e aplicação tecnológica de estruturas;
- IX – de instalações e equipamentos referentes à arquitetura e urbanismo;
- X – do Conforto Ambiental, técnicas referentes ao estabelecimento de condições climáticas, acústicas, lumínicas e ergonômicas, para a concepção, organização e construção dos espaços;
- XI – do Meio Ambiente, Estudo e Avaliação dos Impactos Ambientais, Licenciamento Ambiental, Utilização Racional dos Recursos Disponíveis e Desenvolvimento Sustentável.”

Neste sentido, O CAU/BR editou a Resolução nº 21 de 05 de abril de 2012, regulamentando o art. 2º supramencionado.

A referida Resolução especificou o campo de atuação do arquiteto e urbanista, entretanto não determinou quais atividades deveriam ser privativas e quais poderiam ser compartilhadas com outros profissionais não regulamentados pela Lei nº 12.378/2010.

Com isso e em razão de inúmeros questionamentos dos profissionais registrados nos CAU's, esse assunto necessita ser devidamente previsto. Ao analisarmos o art. 3º e subsequentes parágrafos, verificamos que:

Art. 3º Os campos da atuação profissional para o exercício da arquitetura e urbanismo são definidos a partir das diretrizes curriculares nacionais que dispõem sobre a formação do profissional arquiteto e urbanista nas quais os núcleos de conhecimentos de fundamentação e de conhecimentos profissionais caracterizam a unidade de atuação profissional.

§ 1º O Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil – CAU/BR especificará, atentando para o disposto no caput, as áreas de atuação privativas dos arquitetos e urbanistas e as áreas de atuação compartilhadas com outras profissões regulamentadas. (grifo nosso)

§ 2º Serão consideradas privativas de profissional especializado as áreas de atuação nas quais a ausência de formação superior exponha o usuário do serviço a qualquer risco ou danos materiais à segurança, à saúde ou ao meio ambiente. (Grifo nosso)

A concepção e execução de projetos de arquitetura se enquadram na hipótese prevista pelo § 2º supramencionado, sendo considerada atividade privativa de profissional especializado, haja vista que a elaboração de projetos por profissionais com ausência de conhecimento técnico (adquirido pela formação superior) expõe a sociedade aos riscos previstos.

O Engenheiro Civil, por exemplo, não detém formação superior para concepção e execução de projetos de arquitetura, ocasião em que não poderia realizar essas atribuições por serem privativas do Arquiteto e Urbanista.

José Roberto Fernandes Castilho em sua obra “O Arquiteto e a lei – Elementos de Direito da Arquitetura” (pág. 219) argumenta que:

“Todas as profissões liberais extraem suas competências privativas da Constituição Federal. Trata-se de regra derivada do trabalho. O art. 5º/XIII da Constituição de 1988 diz: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Conforme discorrido em linhas anteriores, há diversos relatos de que profissionais da área de engenharia civil estão desenvolvendo e executando projetos de arquitetura, sendo essa situação inadmissível e que deverá ser delimitada a fim de dirimir prováveis conflitos que poderão ser transformados em litígios judiciais. O § 5º, do art. 3º prevê essa hipótese, *in verbis*:

§ 5º Enquanto não editada a resolução conjunta de que trata o § 4º ou, em caso de impasse, até que seja resolvida a controvérsia, *por arbitragem ou judicialmente, será aplicada a norma do Conselho que garanta ao profissional a maior margem de atuação.* (Grifo nosso)

O Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA), até a sanção da Lei nº 12.378/2010 era o responsável por regulamentar o exercício da atividade de arquitetura, razão pela qual editou normativos em que iremos transcrevê-los para uma melhor compreensão do tema ora analisado.

Art. 1º Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:

Atividade 01 – Supervisão, coordenação e orientação técnica; Atividade 02 – Estudo, planejamento, projeto e especificação; Atividade 03 – Estudo de viabilidade técnico-econômica; Atividade 04 – Assistência, assessoria e consultoria; Atividade 05 – Direção de obra e serviço técnico; Atividade 06 – Vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico; Atividade 07 – Desempenho de cargo e função técnica; Atividade 08 – Ensino, pesquisa, análise, experimentação, ensaio e divulgação técnica; extensão; Atividade 09 – Elaboração de orçamento; Atividade 10 – Padronização, mensuração e controle de qualidade; Atividade 11 – Execução de obra e serviço técnico; Atividade 12 – Fiscalização de obra e serviço técnico; Atividade 13 – Produção técnica e especializada; Atividade 14 – Condução de trabalho técnico; Atividade 15 – Condução de equipe de instalação, montagem, opera-

ção, reparo ou manutenção; Atividade 16 – Execução de instalação, montagem e reparo; Atividade 17 – Operação e manutenção de equipamento e instalação; Atividade 18 – Execução de desenho técnico.

Art. 2º Compete ao ARQUITETO OU ENGENHEIRO ARQUITETO:

I – o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a edificações, conjuntos arquitetônicos e monumentos, arquitetura paisagística e de interiores; planejamento físico, local, urbano e regional; seus serviços afins e correlatos. [...]

Art. 7º Compete ao ENGENHEIRO CIVIL ou ao ENGENHEIRO DE FORTIFICAÇÃO e CONSTRUÇÃO:

I – o desempenho das atividades 01 a 18 do art. 1º desta Resolução, referentes a edificações, estradas, pistas de rolamentos e aeroportos; sistema de transportes, de abastecimento de água e de saneamento; portos, rios, canais, barragens e diques; drenagem e irrigação; pontes e grandes estruturas; seus serviços afins e correlatos.

O CONFEA editou a Resolução nº 1.010/2005 que dispõe acerca da atribuição de títulos profissionais, atividades, competências e caracterização do âmbito de atuação dos profissionais inseridos no Sistema CONFEA/CREA, para fins de fiscalização do exercício profissional, *in verbis*:

Art. 5º Para efeito de fiscalização do exercício profissional dos diplomados no âmbito das profissões inseridas no Sistema Confea/Crea, em todos os seus respectivos níveis de formação, ficam designadas as seguintes atividades, que poderão ser atribuídas de forma integral ou parcial, em seu conjunto ou separadamente, observadas as disposições gerais e limitações estabelecidas nos arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11 e seus parágrafos, desta Resolução:

- Atividade 01 – Gestão, supervisão, coordenação, orientação técnica;
- Atividade 02 – Coleta de dados, estudo, planejamento, projeto, especificação;
- Atividade 03 – Estudo de viabilidade técnico-econômica e ambiental;
- Atividade 04 – Assistência, assessoria, consultoria;
- Atividade 05 – Direção de obra ou serviço técnico;
- Atividade 06 – Vistoria, perícia, avaliação, monitoramento, laudo, parecer técnico, auditoria, arbitragem;
- Atividade 07 – Desempenho de cargo ou função técnica;
- Atividade 08 – Treinamento, ensino, pesquisa, desenvolvimento, análise, experimentação, ensaio, divulgação técnica, extensão;
- Atividade 09 – Elaboração de orçamento;
- Atividade 10 – Padronização, mensuração, controle de qualidade;
- Atividade 11 – Execução de obra ou serviço técnico;
- Atividade 12 – Fiscalização de obra ou serviço técnico;
- Atividade 13 – Produção técnica e especializada;
- Atividade 14 – Condução de serviço técnico;
- Atividade 15 – Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção;
- Atividade 16 – Execução de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção;
- Atividade 17 – Operação, manutenção de equipamento ou instalação; e
- Atividade 18 – Execução de desenho técnico.

Parágrafo único. As definições das atividades referidas no *caput* deste artigo encontram-se no glossário constante do Anexo I desta Resolução.

O Anexo I, da Resolução 1.010/2005 do CONFEA, em seu item 2.1 – Campos de Atuação Profissional da Arquitetura e Urbanismo, especificamente nos subitens 2.1.1.1.01.00 e 2.1.1.1.02.00 prevê que é de competência do Arquiteto e Urbanista os seguintes tópicos:

2.1.1.1.01.00 Concepção de Projetos de Arquitetura, traduzindo o espectro das necessidades, aspirações e expectativas de indivíduos, grupos sociais e comunidades, e considerando fatores de Custo, Qualidade, Durabilidade, Manutenção, Especificações e Regulamentos Legais.

2.1.1.1.02.00 Execução de Projetos de Arquitetura, traduzindo o espectro das necessidades, aspirações e expectativas de indivíduos, grupos sociais e comunidades, e considerando fatores de Custo, Qualidade, Durabilidade, Manutenção, Especificações e Regulamentos Legais.

Observa-se que as aludidas Resoluções já previam como atividade de campo de atuação do profissional da arquitetura e urbanismo a concepção e a execução de projetos de arquitetura, sendo que no tocante ao profissional da área de engenharia civil não há menção, tampouco previsão para o desempenho de tais atividades.

As obras sob a responsabilidade técnica dos arquitetos e urbanistas devem ser fiscalizadas pelos Conselho de Arquitetura e Urbanismo, nos termos da Lei Federal nº 12.378/2010, e não pelos Conselhos de Engenharia. É certo que a Resolução CONFEA nº 218/1973 – por exemplo –, que discrimina atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia, estabelece no artigo 8º, que “*competete ao ENGENHEIRO ELETRICISTA ou ao ENGENHEIRO ELETRICISTA, MODALIDADE ELETRÔNICA: I – o desempenho das atividades 01 a 18 do art. 1º desta Resolução, referentes à geração, transmissão, distribuição e utilização da energia elétrica; equipamentos, materiais e máquinas elétricas; sistemas de mediação e controle elétricos; seus serviços afins e correlatos*”.

Ocorre que a Resolução foi editada antes da Lei nº 12.378/2010, que retirou do CONFEA a atribuição de regulamentar o exercício da Arquitetura e Urbanismo, ao criar o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil – CAU/BR e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal – CAU’s e disciplinar o exercício dessas profissões.

Tal Resolução, não pode ser aplicada por reduzir o exercício da profissão de arquiteto e urbanismo, cujas atribuições estão atualmente previstas em textos normativos supervenientes, acima referidos, que são regras especiais, as quais afastam qualquer restrição que fosse possível extrair, quando ao exercício da profissão, do texto da Resolução do CONFEA, por força dos §§ 4º e 5º do artigo 3º da Lei nº 12.378/2010:

“Art. 3º (...)

§ 4º Na hipótese de as normas do CAU/BR sobre o campo de atuação de arquitetos e urbanistas contradizerem normas de outro conselho profissional, a controvérsia será resolvida por meio de resolução conjunta de ambos os conselhos.

§ 5º Enquanto não editada a resolução conjunta de que trata o § 4º ou, em caso de impasse, até que seja resolvida a controvérsia, por arbitragem ou judicialmente, será aplicada a norma do conselho que garanta ao profissional a maior margem de atuação.”

Os Conselhos de Engenharia estão fiscalizando obras de clientes dos profissionais que devem ser fiscalizados pelos Conselhos de Arquitetura e Urbanismo desrespeitando o que dispõe a norma regulamentadora (Lei nº 12.378/2010) ferindo o princípio constitucional da legalidade e da segurança jurídica, assim como está incidindo em abuso de poder e autoridade.

Reconhece a lei (princípio da legalidade) que a atuação profissional não pode ser restringida senão por força de lei. Mas, também, na forma da lei, a única possibilidade de restrição profissional, quanto à atuação nas áreas compartilhadas por diversas profissões, somente pode surgir de resolução conjunta dos respectivos Conselhos Profissionais. Enquanto não editada a resolução conjunta deve prevalecer a interpretação que garanta ao profissional a maior margem de atuação, por força de lei, no caso concreto o exercício dos arquitetos e urbanistas.

Neste sentido, nos termos do art. 28, VIII, da Lei Federal nº 12.378/2010 constitui uma das competências deste CAU fiscalizar o exercício das atividades profissionais de arquitetura e urbanismo, e não o CREA.

Valemo-nos das lições de Motauri Ciocchetti de Souza sobre o assunto em foco:

“Constam do rol do art. 39, doze incisos, sendo certo que as situações neles retratadas são meramente exemplificativas, como deixa claro o *caput* do dispositivo, que utiliza a expressão “dentre outras”.

Cumpra consignar que nas hipóteses trazidas pelo art. 39 há presunção absoluta da abusividade da prática comercial.” (Interesses Difusos em Espécie. 2 ed. Editora Saraiva, 2009, pg. 291).

As práticas que buscam combater os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo, pela via judicial, é evidentemente uma forma de concorrência de desvio de finalidade por parte dos CREAs e, até mesmo abuso do poder de polícia, pois estão desrespeitando àqueles que estão regularmente inscritos nos CAUs cumprindo com suas obrigações e pagando suas anuidades e taxas inerentes ao exercício da profissão.

O poder de polícia é inerente à atividade administrativa. A administração pública exerce poder de polícia sobre todas as condutas ou situações particulares que possam, direta ou indiretamente, afetar os interesses da atividade, outrossim,, é competente para exercer o poder de polícia administrativa sobre uma determinada atividade o ente federado ao qual a Constituição da República atribui competência para legislar sobre essa mesma atividade, para regular a prática dessa atividade.

A atuação da polícia administrativa pública no exercício do poder de polícia, em regra, é discricionária. Conforme ocorre sem exceção em nosso ordenamento jurídico, a discricionariedade da atuação administrativa é restrita, está limitada pela lei e pelo direito globalmente considerado, especialmente pelos princípios constitucionais administrativos. A atuação da polícia administrativa só será legítima se realizada nos estritos termos jurídicos, respeitados os direitos dos cidadãos, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis.

Caso a administração aja além desses mandamentos, ferindo a intangibilidade do núcleo dos direitos individuais – no caso concreto o direito dos cidadãos em escolher um arquiteto para se responsabilizar por sua obra, sua atuação será arbitrária, configuradora de abuso de poder, passível de correção pelo Poder Judiciário, que é o que se busca na presente ação.

Neste sentido vejamos o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região acerca de matéria:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA. ARQUITETO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PRIVATIVAS DE ENGENHEIRO. INOCORRÊNCIA. MULTAS INDEVIDAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESCABIMENTO. JUSTIÇA GRATUITA.

1. A profissão de arquiteto e urbanista foi regulamentada pela Lei nº 12.378/2010, que também criou o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal. Assim, os profissionais da arquitetura e urbanismo deixaram de integrar o Conselho de Engenharia e Agronomia, passando a ter Conselho de fiscalização profissional específico.

2. O art. 2º da mencionada Lei assim discriminou as atividades do arquiteto e urbanista:

“Art. 2º As atividades e atribuições do arquiteto e urbanista consistem em:

I – supervisão, coordenação, gestão e orientação técnica;

II – coleta de dados, estudo, planejamento, projeto e especificação;

III – estudo de viabilidade técnica e ambiental;

IV – assistência técnica, assessoria e consultoria;

V – direção de obras e de serviço técnico;

VI – vistoria, perícia, avaliação, monitoramento, laudo, parecer técnico, auditoria e arbitragem;

VII – desempenho de cargo e função técnica;

VIII – treinamento, ensino, pesquisa e extensão universitária;

IX – desenvolvimento, análise, experimentação, ensaio, padronização, mensuração e controle de qualidade;

X – elaboração de orçamento;

XI – produção e divulgação técnica especializada e

XII – execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico.”

3. O apelante foi autuado por ter assumido a responsabilidade técnica na fabricação de trilhos para lajes e ser responsável técnico de empresas que tem por finalidade social a fabricação de pré-moldados de concreto, prestação de serviços técnicos de assistência, projetos, orientações e montagem de lajes e construção civil, serviços de manutenção e montagem de lajes, conforme narra o Conselho apelante.

4. Ora, tais atividades podem ser reputadas previstas no art. 2º da Lei nº 12.378/2010, o que torna difícil a configuração de eventual exercício irregular da profissão de engenheiro.

5. O próprio legislador, ciente da existência de zona cinzenta ou sombria na definição do campo de atuação de cada profissão, estabeleceu no art. 3º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.378/2010:

§ 3º No exercício de atividades em áreas de atuação compartilhadas com outras áreas profissionais, o Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU do Estado ou do Distrito Federal fiscalizará o exercício profissional da Arquitetura e Urbanismo.

§ 4º Na hipótese de as normas do CAU/BR sobre o campo de atuação de arquitetos e urbanistas contradizerem normas de outro Conselho profissional, a controvérsia será resolvida por meio de resolução conjunta de ambos os conselhos.

6. Conforme ressaltou, com propriedade, o magistrado sentenciante: “No presente caso, diante da contradição legislativa, vislumbra-se que a atividade é regularmente exercida pelo autor, de modo que a atuação promovida pelo réu representa séria lesão ao seu direito constitucional de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, consagrado pelo art. 5º, inciso XIII, da CF/88”.

7. Quanto à indenização por danos materiais, entendo que as despesas decorrentes do pagamento de honorários advocatícios contratuais devem ser suportadas pela parte que celebrou o contrato com o advogado privado, pois “optando a parte Autora por contratar profissional de sua confiança a parte deve arcar com os seus custos, não sendo legítimo pleitear, posteriormente, o reembolso desse valor. E nem a lei assegura o direito buscado pela apelante” (TRF/3ª Região, rel. Desembargador Federal Antonio Cedeno, e-DJ3 Judicial 1 de 26/02/2014).

8. Além disso, “carece de amparo legal a pretensão de inclusão dos honorários advocatícios contratuais na condenação em reparar os danos materiais. Com efeito, o legislador cuidou de fixar, objetivamente, os parâmetros e limites para a condenação do vencido nos ônus da sucumbência, nos termos do art. 20 e parágrafos do Código de Processo Civil” (TRF/3ª Região, AC nº 1698601, Desembargador Federal José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 de 04/09/2012).

9. No tocante ao pedido de indenização por danos morais, deve-se observar que o exercício do poder de polícia do Conselho profissional, por si só, não tem o condão de causar dano moral. Com efeito, as atuações sofridas pelo apelante não são capazes de abalar a sua honra, imagem, vida privada ou intimidade. Nesse sentido, “não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor” (REsp 1329189/RN, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 21/11/2012).

10. Defere-se, contudo, os benefícios da Justiça gratuita ao autor, uma vez que, “de acordo com o disposto no art. 4º da Lei nº 1.060/1950, o benefício da assistência judiciária será concedido mediante simples afirmação da parte, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família” (fl. 105). (AC 2009.34.00.040089-1/DF, rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, 21/11/2014 e-DJF1 P. 271).

11. Apelo da parte ré não provido. Apelação do autor parcialmente provida.

Portanto, entendemos que tal atitude por parte dos Conselhos de Engenharia, em fiscalizar as obras sob a responsabilidade de arquitetos e urbanistas, é danosa e se dá no âmbito da atividade da arquitetura e urbanismo, afetando profissionais dessa área, bem como os consumidores/clientes desses serviços profissionais, ferindo o preceito constitucional do livre exercício profissional estampado no art. 5º, inciso XII, da Carta Magna, bem como o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF). **■**



ARQUIVO PESSOAL

ANDERSON COUTO DO AMARAL é Advogado, Procurador do CAU/AP, Sócio do Escritório Amaral & Colares Advogados, Consultor Jurídico do Escritório Fonseca Santos, ex-Procurador do CRO/AP, Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Amapá. Conselheiro de Saúde do Município de Macapá/AP. Pós-Graduado em Direito Público. Ex-Professor de Ética do curso de Odontologia da Faculdade IMMES. Professor Convidado de Ética Odontológica dos cursos de pós-graduação da Associação Brasileira de Odontologia – Seção do Amapá, Ganhador da Menção Honrosa do Prêmio Conciliar é Legal do Conselho Nacional de Justiça. Autor Colaborador do JORNAL JURID. Autor Colaborador do JusBrasil, Autor Colaborador da Editora Consulex com mais de 20 artigos jurídicos publicados e Autor Colaborador da Editora Zakarewicz.

Soluções para o *compliance* fiscal das organizações

■ POR JOHNEY LAUDELINO DA SILVA

Quando se trata de *compliance* fiscal, é fundamental atender às solicitações do Fisco por completo, assegurar a correta apuração e entrega das obrigações federais, estaduais e municipais. Além disso, o fato de estar de acordo com as normas e a legislação vigentes possibilita aos usuários das informações contábeis, fiscais e tributárias maior estabilidade para negociar ações, empréstimos, investimentos e para firmar contratos com a administração empresarial. Não basta atender de forma isolada todos os estágios do processo tributário, é necessário realizar análises prévias, com o intuito de buscar qualquer inconsistência decorrente de falhas nos processos diários.


A otimização de processos passa por requisitos básicos e mínimos que futuramente serão eficazes e modernos. Um desses requisitos é a utilização da mesma base de dados, com ganhos em tempo de execução e separação ou, em alguns casos, importação dos documentos fiscais idôneos e aptos a serem utilizados nas apurações fiscais.

Isso faz com que os usuários analistas utilizem mais tempo para operar os números, ao invés de corrigi-los. A consequência é a entrega dos dados compilados com celeridade quando a empresa estiver em fechamento – período em que as organizações fazem a apuração e o encerramento mensal das operações contábeis e fiscais.

É válido destacar que os profissionais que atuam na área contábil trabalham para gerar informações capazes de promover alternativas às políticas públicas, como a contraprestação dos tributos apurados e recolhidos pelos contribuintes.

Neste sentido, uma solução fiscal implementada nas organizações deve gerar confiabilidade nos dados e segurança na proteção às informações, uma vez que a eficiência e as várias funcionalidades do software, acopladas à realidade das empresas brasileiras, são indispensáveis diante da complexidade da legislação brasileira.

Hoje, o país vive uma crise moral, com grandes corporações envolvidas em escândalos de corrupção, estatais tomadas por partidos políticos e trabalhando pela própria sobrevivência e prosperidade. Uma afronta à ética que afeta diretamente todas as atividades empresariais.

Diante deste círculo vicioso, influenciado pelas más condutas e práticas na administração de muitas companhias, a aplicação de ferramentas voltadas ao *compliance* fiscal torna-se fundamental. Quando aplicadas com o intuito de dar mais transparência às ações, elas geram confiabilidade aos negócios feitos entre as empresas privadas e os órgãos da administração pública. 

ARQUIVO PESSOAL



JOHNEY LAUDELINO DA SILVA é especialista em Gestão Tributária e na Solução Fiscal GUEPARDO da FH. É formado em Ciências Contábeis e possui MBA em Gerência Contábil pelo IBPEX.



STJ estabelece os parâmetros para definição de insumos, para fins de apropriação de créditos de PIS e COFINS

■ POR LAFAYETE G. VIEIRA NETO

“É imperioso que as empresas revejam a forma como está parametrizada a apuração dos seus créditos de PIS e COFINS, de maneira que os produtos e/ou serviços considerados como insumos estejam delineados pelos critérios da essencialidade ou relevância.”

No dia 22 de fevereiro deste ano, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) retomou o julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.221.170/PR, que tem como objeto a análise acerca da legalidade das Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal nº 247/02 e 404/04, que limitam a definição de insumos, para fins de creditamento de PIS e COFINS no regime não cumulativo, previsto, respectivamente, nas Leis nº 10.637/02 e 10.833/03.

No referido caso, discutia-se pleito de uma empresa produtora de ração animal para tomar créditos de PIS e COFINS decorrentes das despesas com água, combustíveis, lubrificantes, veículos, exames de laboratório, equipamentos de proteção individual (EPI), materiais de limpeza, seguros, fretes, propaganda, despesas com vendas e outros.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por sua vez, buscava convalidar a interpretação restritiva do conceito de insumo, na qual só gerariam créditos de PIS e COFINS as despesas com matéria-prima, produtos intermediários e material de embalagem e outros bens que venham a sofrer alterações no processo produtivo, conforme previsto nas Instruções Normativas nºs 247/02 e 404/04.

Na ocasião, o entendimento vencedor foi o constante no voto da Ministra Regina Helena Costa, qual seja, de que para aferir o conceito de insumo, para fins de apropriação de créditos de PIS e COFINS, devem ser adotados os critérios da essencialidade e da relevância, sob o viés do objeto social da Empresa, não podendo ser considerados como insumos as despesas normais que não se incorporam aos bens produzidos ou não incorridas na prestação de serviços.


Nesse sentido, ficaram assentadas, no referido julgamento, as seguintes teses:

I – É ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas nºs 247/2002 e 404/2004 porque comprometem a eficácia do sistema não cumulativo de recolhimento das contribuições tais como definido nas legislações do PIS e COFINS não cumulativo, como definidas nas Leis nºs 10.637 e 10.833;

II – O conceito de insumo deve ser aferido a luz dos critérios da essencialidade ou relevância, considerando-se a importância de determinado item, bem ou serviço para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

Importante destacar que nesse julgamento, o STJ se limitou a definir os critérios pelos quais determinada despesa será ou não considerada como insumo – ser essencial ou relevante na atividade produtiva desenvolvida pela Empresa, ou seja, haverá a necessidade de analisar, caso a caso, se o que se pretende considerar como insumo é essencial ou relevante para o processo produtivo ou atividade desenvolvida pela Empresa.

Como o julgamento deste Recurso Especial foi realizado sob o rito de recursos repetitivos, embora o Acórdão ainda não tenha sido publicado, esse entendimento produzirá efeito vinculante em todos os processos que tratam desta questão, tanto no âmbito do Judiciário como também no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Diante desse posicionamento do STJ, é imperioso que as empresas revejam a forma como está parametrizada a apuração dos seus créditos de PIS e COFINS, de maneira que os produtos e/ou serviços considerados como insumos estejam delineados pelos critérios da essencialidade ou relevância. No mesmo sentido, torna-se oportuno avaliar a possibilidade de aproveitamento extemporâneo de créditos de PIS e COFINS, decorrentes da aquisição de produtos ou serviços que, conforme a sua essencialidade e relevância no processo produtivo da Empresa, possam se enquadrar na definição de insumos dada pelo STJ. 



A Lei nº 12.830/2013 e fundamentos de sua constitucionalidade.

Inteligência dos arts. 144 § 4º e 129 da Constituição Federal e do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/2013.

Funções distintas do ‘parquet’ e da Polícia Judiciária dirigida por delegados. Investigação criminal e a competência exclusiva dos delegados para dirigi-la.

PARECER

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

CONSULTA

Formula-me a ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ADPESP, por intermédio de seu eminente Presidente Delegado Gustavo Mesquita Galvão Bueno, a seguinte consulta:

- “1 – A Lei Federal nº 12.830/2013 é constitucional em seus aspectos formal e material?
2 – O art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 12.830/2013 atribui a função exclusiva de “investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em Lei” ao Delegado de Polícia?
3 – Há leis que permitem outras formas de investigação a outros órgãos ou entes públicos?
4 – A Lei Federal nº 12.830/2013, mormente em seu § 1º, no art. 2º, veda outras formas de investigação porventura iniciadas por outros entes e/ou órgãos públicos?
5 – Qual o sentido da expressão “carreira jurídica”? Ela se aplica ao Delegado de Polícia?
6 – O controle externo da atividade policial, previsto no inciso VII, do art. 129, da Constituição Federal está de alguma maneira prejudicado pela Lei nº 12.830/2013?
7 – O § 1º, do art. 2º, da Lei nº 12.830/2013 padece de algum vício de inconstitucionalidade?”¹

RESPOSTA

Já examinara a referida ação direta em parecer que elaborara para a Associação dos Delegados da Polícia Federal – ADPF em 15/04/2014. Nela, o Ministério Público procura estender o direito constitucional dos delegados de polícia de presidir o inquérito policial, para os membros do “parquet”², a partir de princípios que estariam implícitos³.

Não pretendo, neste parecer, debruçar-me sobre os diversos aspectos infra-constitucionais levantados pela PGR para justificar ou não o direito pretendido, à luz de princípios implícitos. Pretendo tão somente examinar o texto constitucional (arts. 129 e 144 § 4º) que, de rigor, é aquele que rege, no inquérito policial e nas diversas funções do delegado de polícia, sua ação.

É de se lembrar que o art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 12.830/2013 assim redigido:

“Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”,reproduz, rigorosamente, o princípio estatuído no § 4º do art. 144 da CF, que comentarei neste parecer.

De certa forma, venho reiterar, portanto, nesta opinião doutrinária “pro bono” para a ADPESP, o que já escrevi no volume 5º, dos 15 que, com o saudoso constitucionalista e amigo Celso Bastos, dedicamos aos comentários da lei suprema, veiculados pela Editora Saraiva. Reitero, inclusive, o que também já escrevi em diversos pareceres, alguns publicados, sobre a matéria⁴.

De início, é importante frisar um aspecto. Não há princípios implícitos que possam prevalecer sobre princípios expressos. Os princípios implícitos decorrem da inexistência de princípios expressos. Existindo estes, não há que se falar em princípios implícitos conflitantes, para fazer prevalecer aquilo que o constituinte não escreveu sobre o que o constituinte determinou⁵.

“A maior independência que se outorgue à Polícia Federal não será para outorgar-lhe um poder arbitrário, mas exclusivamente um poder maior, sob o duplo controle do Poder Judiciário, capaz de estancar qualquer arbitrariedade e do Ministério Público. Este, pode exercer um controle externo, embora, a meu ver, como já defendi em outros escritos, SEM PODER ATUAR EM LUGAR DO DELEGADO nas investigações, inquéritos policiais. Isto porque lhe falta a imparcialidade que tem o delegado, visto que é parte e não juiz.”

Ora, nas competências do Ministério Público, expostas no art. 129, em nenhum momento foi declarado que o “parquet” teria atribuições de polícia judiciária e que, nesta condição, deveria ter o direito de presidir os inquéritos policiais, como se delegados fossem, com o direito de substituir “agente neutro”, por “agente parte”, capaz de eliminar o direito de defesa do acusado.

Reza o art. 5º, inciso LV, da CF que:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”⁶.

Ao contrário, o art. 144 § 4º, em clara e expressa dicção, determina que a polícia judiciária será exercida por delegados e por eles dirigida. Fala em delegado de polícia de carreira. Vale dizer, nem o “parquet”, nem qualquer outro agente pode dirigir os inquéritos policiais que são o vestíbulo do processo penal. É que, por mais relevante que seja a função do “parquet”, ele é parte nas relações que se estabelecem e que são objeto de inquérito. Por esta razão, não lhe outorga a Lei Suprema o direito de ser “polícia judiciária”, ou seja, de ter presença neutra na investigação, na busca da verdade material⁷.

Examinemos os dois artigos.

O art. 129 tem a seguinte dicção:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

O inciso I é claro ao outorgar ao MP (parte, sempre) a competência para dar início à ação penal, na sua atuação como acusador (repito, parte) no processo criminal judiciário⁸.

O inciso II outorga-lhe a obrigação NÃO EXCLUSIVA de exigir respeito aos Poderes Públicos e aos serviços que presta, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Não há exclusividade porque o cidadão também pode assim atuar, através de ações populares ou, em organizações não governamentais, pelas ações civis públicas⁹.

O inciso III dá-lhe o direito de promover o inquérito civil e ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, meio ambiente e outros direitos individuais e difusos. Cuida, exclusivamente, de questões civis – NÃO CRIMINAIS. Por que razão não colocou, o constituinte, neste inciso, também o direito de promover os inquéritos penais? Por que o silêncio constitucional? Nitidamente, porque esta matéria teria expressa previsão no § 4º, do art. 144, que NÃO DECLARA SER O MINISTÉRIO PÚBLICO polícia judiciária¹⁰.

É de se lembrar que esta sua atividade também não é exclusiva, podendo, o cidadão comum, individualmente, mediante ações populares, e em organismos sociais, valendo-se de ação civil pública, promover tal proteção.

O controle concentrado de constitucionalidade é objeto do quarto inciso, também sem exclusividade, o mesmo ocorrendo com as representações para fins de intervenção¹¹.

O inciso V está vinculado à defesa dos direitos e interesses das populações indígenas, vinculando-se, pois, aos artigos 231 “caput” e 232:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

.....

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

O inciso VI diz respeito a procedimentos administrativos, que não são objeto das ações diretas referidas pela Consulente. São processos administrativos e não penais.

O inciso VII não pressupõe nenhum poder investigatório, mas apenas de controle da atividade policial. Vale dizer, de verificar se a autoridade policial está agindo DENTRO DA LEI. A lei complementar, que apenas explicita a lei suprema, não poderia ofertar poderes maiores que aqueles outorgados pela lei suprema, que, no caso, consiste no MERO CONTROLE EXTERNO, vale dizer, cuidar para que tais autoridades ajam dentro dos limites legais¹².

Também não é uma competência exclusiva, visto que tal controle pode ser exercido por qualquer cidadão, através de ações populares ou, em organizações, através de ações civis públicas. Apenas a ação penal é de competência exclusiva do MP. O controle externo diz respeito a verificar se os delegados ou policiais estão ou não exercendo suas funções nos termos da lei, mas jamais substituí-los no exercício dessas funções¹³.

No inciso VIII, é a clara afirmação de que o Ministério Público não pode presidir o inquérito policial, mas apenas requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial. Se pudesse presidir o inquérito, ser a autoridade a DIRIGI-LO, o constituinte TERIA EXPRESSAMENTE DADO AO MP TODOS OS PODERES. E o constituinte apenas deu-lhe o poder de

requisitar
o que?
diligências investigatórias
e
instauração de inquérito policial.
NADA MAIS.

Assim se refere José Afonso da Silva aos poderes do MP:

“Esse dispositivo configura os limites investigatórios dos membros do Ministério Público, que não podem fazer mais do que requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”¹⁴.

E a quem teria que requisitar?

À polícia judicial, que tem nos delegados o seu condutor, por ser polícia judiciária nos termos do art. 144 § 4º.

Não se pode ler mais do que a Constituição diz, no inciso VIII, principalmente quando, no § 4º do art. 144, declara a quem cabe a condução, como polícia judiciária, do inquérito policial, ou seja, o Delegado¹⁵.

O inciso IX, de caráter geral, permite ao MP atuar em outras funções não colidentes com aquelas definidas na Constituição.

Por outro lado, o § 4º do art. 144, clara, nítida, inequivocamente, declara que a polícia judiciária, aquela a quem cabe conduzir o inquérito policial, deve ser exercida por Delegados de Polícia. Repito “de carreira”, a demonstrar que o § 1º do art. 144, ao falar em estruturação da polícia federal em carreira de forma genérica preservou a carreira específica do delegado, que só por ele pode ser exercida. Por isto, o discurso da Lei Suprema menciona “delegado de polícia de carreira”.

Em outras palavras, o constituinte impõe ao delegado o mesmo nível de imparcialidade que exige do magistrado, visto que o inquérito policial, como vestíbulo do processo penal, busca aferir a verdade material dos acontecimentos, que é fundamental para que se faça a justiça e não se promova a injustiça¹⁶.

É de se lembrar que, na dúvida, deve o MP acusar, a fim de que não corra o risco da omissão, enquanto que, na dúvida, deve o magistrado absolver, nas ações penais.

Compreende-se, pois, que, por mais relevante que seja – e o é – a função do Ministério Público, seu perfil acusatório é o carisma maior da instituição, que se opõe ao carisma próprio da Advocacia que é a defesa do acusado.

Não sem razão, diz-se que o direito de defesa é o maior símbolo da democracia, pois, nas ditaduras, não há direito de defesa.

O próprio processo penal é voltado para a proteção do acusado contra a sociedade, a fim de que ela não faça justiça com as próprias mãos, como ocorria no “far West” americano, com os enforcamentos, sem julgamento, ou, no início da mais longeva ditadura latino-americana, em que Fidel Castro fuzilou milhares de cidadãos cubanos, sem julgamento, por serem pretensamente adeptos do regime anterior, nos trágicos “paredons”. Tal ditadura que inspirou a venezuelana ainda perdura, apesar da morte do ditador que a instalou.

Nas democracias, o processo penal é voltado a garantir a defesa do acusado, que goza de presunção de inocência até ser condenado, não podendo, pois, o inquérito policial ser presidido, senão pela polícia judiciária, cujo dirigente é o Delegado de Polícia¹⁷.

E o Delegado de Polícia – exatamente por ser polícia judiciária – só pode ser o encarregado de presidir um inquérito em que, potencialmente, está em jogo a violação do direito individual, em matéria penal. Esta é a razão pela qual se exige do Delegado ser bacharel em direito, sendo, pois, sua carreira uma autêntica carreira jurídica. Negar tal nítida e evidente verdade é inaceitável preconceito aristocrático de quem se sente superior por pertencer a outra carreira jurídica pública. Tal negativa não tem qualquer fundamento lógico ou legal¹⁸.

Exerce o Delegado, portanto, uma carreira jurídica, sendo polícia judiciária, no vestíbulo da ação penal, como “longa manus” do Poder Judiciário, para garantir a imparcialidade do inquérito, ofertando idênticas possibilidades de atuação ao Ministério Público e à Advocacia, NA BUSCA DA VERDADE MATERIAL DOS FATOS PRESUMIVELMENTE DELITUOSOS.

Uma última observação. O título III da Constituição Federal cuida do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário e das funções essenciais à administração da Justiça (MP e Advocacia). O Título V, que é o verdadeiro regime constitucional das crises e da segurança das instituições, cuida do Estado de Defesa, de Sítio, das Forças Armadas e da Segurança Pública, vale dizer, é um título de especial relevância, ao ponto de, pelo art. 142, se houver conflito entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o poder maior para restabelecer a ordem é exercido pelas Forças Armadas, como se lê na dicção do referido dispositivo:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à *garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem*” (grifos meus)¹⁹.

Exatamente, por ser o título V assim enunciado: “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas” é que a relevância das Forças Armadas e de segurança

é de ser realçada, compreendendo-se que, numa estrutura democrática, no que diz respeito à violação criminal, seja o Delegado de Polícia aquele que, por sua formação jurídica, deve preservá-la, com a imparcialidade, atributos que o MP e a Advocacia não têm, por serem partes, a fim de que os direitos individuais sejam preservados.

E, sendo o Delegado a única autoridade policial mencionada no § 4º do art. 4º, à evidência, detém a direção hierárquica funcional, pois o dispositivo torna-o dirigente dos policiais subordinados, que devem acatar suas ordens. Repito, por esta razão o constituinte declara que a polícia judiciária é dirigida por delegados de polícia de carreira.

Isto posto, passo a responder brevemente às questões formuladas.

1– A Lei Federal nº 12.830/2013 é constitucional em seus aspectos formal e material?

1) A resposta é afirmativa. Trata-se de lei formal e materialmente constitucional, que cuida de processo penal, na competência privativa de deflagrar o processo legislativo, sendo de iniciativa de qualquer membro do Congresso sua proposição. Regula o § 4º do art. 144, de forma irreprochável, valendo EXCLUSIVAMENTE PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. Não há qualquer vício formal. Sendo de processo penal, tal lei é de veiculação ordinária e não complementar, como seria, por exemplo, a lei sobre normas gerais tributárias ou de organização da Magistratura ou do Ministério Público²⁰.

A resposta é, portanto, afirmativa.

2 – O art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 12.830/2013 atribui a função exclusiva de “investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em Lei” ao Delegado de Polícia?

2) Sim. É função exclusiva do delegado de carreira. Reproduz, rigorosamente, o princípio constitucional. Transcrevo, uma vez mais, os dois dispositivos para mostrar a absoluta conformação da regra infraconstitucional ao princípio da lei suprema:

Lei nº 12.830/2013 – Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”;

CF – Art. 144 – Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal;
- III – polícia ferroviária federal;
- IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

.....

§ 4º: § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

3 – Há leis que permitem outras formas de investigação a outros órgãos ou entes públicos?

3) Em relação ao inquérito policial, apenas o Delegado de carreira tem competência de dirigi-lo, pois é o único que se reveste das vestes de polícia judiciária. À evidência, outras formas de investigação pública que não a de inquérito policial, podem ser realizados como pela Receita Federal.

4 – A Lei Federal nº 12.830/2013, mormente em seu § 1º, no art. 2º, veda outras formas de investigação porventura iniciadas por outros entes e/ou órgãos públicos?

4) É de se lembrar que o inquérito policial, sendo uma lei exclusivamente de natureza processual penal, qualquer outra investigação administrativa ou diligência realizada pela Receita Federal, CGV, COAF ou órgãos próprios, além do MP não são reguladas pela Lei nº 12.830/13. Continuam, pois, como sempre o foram, antes e depois da lei, realizadas por estas instituições ou departamentos públicos, com a mesma competência que sempre tiveram de promover e presidir as investigações ou diligências administrativas²¹. Até por que – à luz do § 4º do art. 144 da CF, só cabe às polícias civis dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

5 – Qual o sentido da expressão “carreira jurídica”? Ela se aplica ao Delegado de Polícia?

5) A resposta é afirmativa. Já o disse, em diversas oportunidades e pareceres. O simples fato de não poder o delegado ser nomeado, sem prestar concurso público, cujo requisito primeiro é ser bacharel em Direito, está a demonstrar que a carreira é manifestamente jurídica²².

6 – O controle externo da atividade policial, previsto no inciso VII, do art. 129, da Constituição Federal está de alguma maneira prejudicado pela Lei nº 12.830/2013?

6) Como esclareci no bojo deste parecer, o controle externo da atividade policial não se confunde com o exercício de função de polícia judiciária, como o controle externo da magistratura não se confunde com o de representantes de outros poderes e daqueles de funções essenciais à administração de Justiça (CNJ) e não se confunde com o exercício da magistratura.

Reitero que, se a CF apenas ao delegado atribui a responsabilidade para DIRIGIR a polícia judiciária, com clareza a ele, exclusivamente, cabe presidir os inquéritos policiais.

Lembro que o MP tem a função constitucional também de controle de outros poderes para saber se estão ou não cumprindo a lei, como fazem-no os membros do “parquet” dos Tribunais de Contas da União e Estados que, detectadas inobservância na administração de contas públicas, podem deflagrar o processo naquelas contas²³.

7 – O § 1º, do art. 2º, da Lei nº 12.830/2013 padece de algum vício de inconstitucionalidade?”

A resposta é manifestamente, não²⁴.

S.M.J.

São Paulo, 02 de Abril de 2018.

Ives Gandra da Silva Martins

NOTAS

- 1 “ADIN 5043: De iniciativa do MPF, sustenta que a Lei nº 12.830/13 poderia impedir investigações do “Parquet” (requer, cautelarmente, a suspensão da eficácia do §1º do art. 2º da Lei nº 12.830/13; e requer a declaração da nulidade, sem redução do texto, do § 1º do art. 2º)”.
- 2 Pedido da PGR na ADIN 5043:
“48. Em conclusão, o poder de investigação pelo MP resulta de (i) ausência de atribuição exclusiva à Polícia, pelo art. 144 da CF; (ii) literalidade do inciso VI do art. 129 da CF; (iii) unidade ontológica do fato ilícito; (iv) teoria dos poderes implícitos; e (v) direito da vítima a uma investigação pronta, completa e imparcial.
49. E, se a Constituição não atribui exclusivamente à Polícia o poder de investigar, não é compatível com seus preceitos norma que permita interpretação no sentido de caber apenas aos delegados a condução de qualquer procedimento investigatório criminal.
50. Nesse contexto, deve ser declarada a nulidade, sem redução de texto, desse comando contido no § 1º do art. 2º da Lei nº 12.830/2013, de modo a preservar a atribuição de realização de investigação criminal conferida ao Ministério Público pela Constituição”.
- 3 O parecer foi publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ano 10, nº 59, abr/maio 2014, p. 11-25.
- 4 Comentei o § 4º como se segue: “O texto constitucional faz clara alusão de que os delegados de carreira são aqueles que a dirigem, pressupondo-se que a chefia da polícia, quando não exercida pelo Secretário de Segurança, homem de confiança, só pode ser exercida por delegados de carreira escolhidos entre aqueles que estão no mais alto do escalão de sua carreira. Há, portanto, nítida sinalização do texto constitucional para uma burocracia profissionalizada na carreira de delegados, que não pode ser desconhecida pelo estatuto dos servidores públicos civis dos Estados. Ainda aqui faz menção, o constituinte, a uma carreira, discurso que poderia ter sido simplificado no início da dicção do art. 144 dizendo que todos os órgãos nele mencionados, são estruturados em carreira. O § 4º cuida das polícias civis e não das polícias militares, tornando evidente que a estas e não às polícias militares cabe a apuração das infrações mais comuns. A direção da polícia por delegados de carreira é acompanhada, pela Constituição, de um corpo de policiais subordinados, que não têm o bacharelado em direito, requisito para ser delegado, recebem instrução suficiente nas Academias e Escolas da Polícia Civil para a execução de trabalhos determinados pelos delegados” (grifos não constantes do texto) (Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000, p. 280/1).
- 5 Escrevi:
“A Constituição de 1988, todavia, com meridiana clareza, em seu art. 144, § 4º, definiu que:
“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Não só torna de particular nitidez ser o delegado o dirigente das polícias civis (carreira manifestamente jurídica), como lhe cabe presidir a apuração de infrações penais e atuar como polícia judiciária nos inquéritos policiais.

Desta forma, a Constituição brasileira, no título destinado ao regime constitucional das leis e da segurança, ofertou o desenho jurídico da função do delegado, ou seja:

a) dirigir as polícias civis;

b) agir como polícia judiciária, presidindo investigações e inquéritos;

c) apuração das infrações penais” (RSDA n. 81, Setembro 2012, Ed. Especial, p. 208/9).

- 6 Celso Ribeiro Bastos assim o comenta: “O presente dispositivo confere aos acusados em geral a proteção da ampla defesa e do contraditório. No direito anterior, ambos estavam separados em preceptivos diferentes. A união que ora se faz parece de boa técnica, dada a íntima imbricação existente entre eles.

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções: ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. Basta salientar, por enquanto, o direito em pauta como instrumento assegurador de que o processo não se converterá em luta desigual em que ao autor caiba a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só caiba timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão.

É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá exurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente. Ligados historicamente ao direito penal, hoje, por força do novo Texto, trata-se de uma garantia aos acusados em geral” (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, 2004, p. 286/7).

- 7 No RE 215.301/CE o Ministro do STF, Carlos Mário Velloso, explica:

“Todavia, deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem status constitucional, *a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade*. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. *O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição?*” (grifos meus) (DJ 28/05/99).

- 8 Pinto Ferreira comenta:

“Compete ao MP promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei.

Desde longa data a história do MP se identifica com a titularidade da iniciativa da ação penal pública com uma representação dos interesses do rei nos tribunais” (Comentários à Constituição Brasileira, 5º volume, Ed. Saraiva, São Paulo, 1992, p. 134).

- 9 O art. 5º, inciso LXXIII e o § 1º do art. 129 da CF estão assim redigidos:

“LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

“Art. 129. ...

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”

- 10 Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que: “Como é óbvio, o inquérito civil não serve senão à obtenção de elementos para a (eventual) propositura de ação civil pública. Não é ‘ersatz’ de medida cautelar preparatória. Para prevenir danos ao patrimônio público e social, não basta, portanto, ao Ministério Público iniciar o inquérito civil público: é necessário que peça ao Judiciário as medidas cautelares adequadas” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 2, Ed. Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1999, p. 48).
- 11 O art. 103 da CF elenca as pessoas e entidades com legitimidade ativa para exercer o controle concentrado. Está assim versado:
“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
I – o Presidente da República;
II – a Mesa do Senado Federal;
III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI – o Procurador-Geral da República;
VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.
- 12 Escrevi sobre as funções da lei complementar explicitadora dos princípios constitucionais:
“Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.
É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação – no que têm razão –, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental” (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 6, tomo I, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 79/80).
- 13 José Cretella Jr., ao comentar tal inciso em nenhum momento atribui ao MP o direito de substituir o delegado, mas no máximo acompanhá-lo para ver se está agindo corretamente. De rigor, o advogado também poderá exercer a mesma função, podendo inclusive recorrer ao Judiciário se a autoridade policial descumprir suas funções. Escreve Cretella:
“Com efeito, incumbe aos promotores de justiça acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais, diligenciando a volta de inquérito à autoridade policial, enquanto não oferecida a denúncia, para que se efetuem novas diligências e investigações imprescindíveis a seu oferecimento. Se, no exercício da atividade policial, a autoridade competente tiver esquecido alguma formalidade, como, por exemplo, a qualificação precisa do acusado, o controle externo determina a volta do processo ao distrito policial para que se corrija a omissão. O controle externo pode ainda consistir no acompanhamento dos atos policiais, quando isso for considerado conveniente para a apuração de infrações penais, dentro da área de suas atribuições, ou se designado pelo Procurador-Geral de Justiça” (grifos meus) (Comentários à Constituição de 1988, volume VI, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 3330).
- 14 “Comentário contextual à Constituição”, 7. ed., Malheiros, 2010, p. 615.
- 15 José Afonso da Silva esclarece:
“Requisitar a que órgãos? Àqueles a que a Constituição deu competência para a apuração de infrações penais, que são a Polícia Federal e a Polícia Civil (art. 144, 99 1º, I e IV, e 4º). As requisições têm que estar devidamente respaldadas por fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Nisso se resume a função investigativa do Ministério Público” (Comentário contextual à Constituição, 7ª ed., Malheiros Editores, 2010, p. 615).

16 Nelson e Rosa Nery lembram que:

“Se o ilícito penal não for militar nem de competência da Justiça Federal, a incumbência para atuar nesses casos será da polícia civil (CF art. 144 § 4º)” (Constituição Federal comentada e legislação constitucional, 4ª. Ed., Revista dos Tribunais, 2012, p. 809).

17 O inciso LVII do art. 5º da CF tem a seguinte dicção:

“LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Não entro a discutir a polêmica que ainda permanece se seria ou não constitucional a prisão após condenação em 2ª. Instância em face da Suprema Corte ainda manter posições definidas pelos 11 Ministros a favor de uma ou outra tese, com HCs concedidos ou não, conforme o caso.

18 O Ministro José Celso de Mello, na ADIN 171, embora à luz do texto anterior, insiste que a equiparação com membros do Poder Judiciário e Ministério Público, nos subsídios, era uma imposição constitucional: “Ao pronunciar-se, agora, sobre o mérito da causa, sustento, Senhor Presidente, que as normas inscritas nos arts. 135 e 241 da Constituição Federal efetivamente consagraram, de modo concreto, a isonomia de tratamento remuneratório entre os membros integrantes das categorias funcionais a que tais preceitos se referem.

Trata-se de isonomia especial --inscrita no texto da Carta Política por consciente opção do legislador constituinte --, *que assegura aos magistrados, membros do Ministério Público e da Advocacia do Estado, Defensores Públicos e Delegados de Polícia de carreira o direito a vencimentos iguais.*

A esse direito corresponde a indeclinável obrigação jurídica do Poder Público de implementar --sem que se lhe ofereça a possibilidade de questionar o juízo de assemelhação formulado pelo constituinte-- a garantia concernente à isonomia de vencimentos. As regras constitucionais em questão refletem, na concreção do seu alcance e do seu próprio conteúdo, clara derrogação ao postulado inscrito na Carta da República que veda, de modo geral, a equiparação e a vinculação de vencimentos, para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (CF, art. 37, XIII).

Os preceitos consubstanciais nos arts. 135 e 241 da Carta Federal positivaram, de maneira extremamente significativa, para fins de isonomia remuneratória, a direta e recíproca assemelhação dos cargos públicos a que se referem.

Cuida-se, pois, de assemelhação constitucional, com que a Assembléia Nacional Constituinte --em caráter impositivo e cogente -- fixou parâmetros subordinantes e diretrizes condicionantes da própria atuação normativa do Estado no plano legislativo” (grifos meus).

19 Escrevi:

“Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamadas a intervir.

Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e a ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado” (Comentários à Constituição do Brasil, 5º volume, Ed. Saraiva, p. 166/167).

20 Escrevi:

“O texto constitucional faz clara alusão de que os delegados de carreira são aqueles que a dirigem, pressupondo-se que a chefia da polícia, quando não exercida pelo Secretário de Segurança, homem de confiança, só pode ser exercida por delegados de carreira escolhidos entre aqueles que estão no mais alto do escalão de sua carreira. Há, portanto, nítida sinalização do texto constitucional para uma burocracia profissionalizada na carreira de delegados, que não pode ser desconhecida pelo estatuto dos servidores públicos civis dos Estados” (Comentários à Constituição do Brasil, 5º volume, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2000, São Paulo, p. 280/281) (grifos não constantes do texto).

21 Jurandir I. Moisés fez especial apelo para adequar a polícia civil à sua relevante função: “É de antever, pois, em nível nacional, reorientar a Polícia Civil sua metodologia procedimental, direcionando-a para o aprimoramento de suas funções repressivo- investigatórias, com ênfase no fortalecimento da prova técnico-pericial, na qualificação dos seus recursos humanos, num sistema condizente de remuneração, no aporte das tecnologias disponíveis, na planificação adequada e em métodos modernos de organização e investigação criminal, que se coadunem

com sua destinação institucional de força de vanguarda no combate e repressão à violência e à criminalidade, por ser a Polícia Civil, como polícia judiciária, 'uma das pedras basilares do respeito à Ordem Jurídica e da aplicação das normas tendentes a tutelar os bens e interesses fundamentais que devem ser protegidos e garantidos na vida em comunhão'" (Revista Ciência Jurídica, ano 3, n. 21. jun. 1996. p. 5).

22 Já escrevi em parecer publicado que:

"1) A carreira de delegado de polícia federal é carreira jurídica?

– À evidência, é incontestavelmente carreira jurídica como afirma a doutrina, confirma a jurisprudência e define a lei.

Se, para a participação em concursos de ingresso na carreira de delegado ser bacharel em direito é "conditio sine qua non", não se pode negar sua conformação de carreira jurídica. O fato de dar início ao processo vestibular de ação penal (investigatório e o próprio inquérito, que é presidido pelo delegado) já demonstra que um processo que pode desaguar em ação penal, envolvendo princípios, normas e regras próprios da ciência do Direito, só pode ser dirigido por aqueles que têm formação jurídica" (RSDA n. 81, Set/2012, p. 216).

23 Em nível de interpretação do direito constitucional não se pode esquecer as lições sempre atuais de Carlos Maximiliano ao dizer:

"O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais freqüente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à idéia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais" (grifos nossos) (Hermenêutica e aplicação do Direito, Ed. Forense, 9. ed., 1979, p. 304).

24 No referido parecer já citado concluí:

"Tenho para mim inclusive que, nos sistemas de freios e contrafreios e na harmonia e independência dos Poderes, o constituinte outorgou à Federação brasileira mecanismos para seu permanente equilíbrio e coerente solução de conflitos. Tal independência funcional fortaleceria o Estado Democrático, visto que sempre haverá o controle, de um lado, do Poder Judiciário com força para anular qualquer arbítrio e, de outro lado, do próprio Ministério Público, no exercício de sua função supervisionadora (art. 129, inciso VII).

Em outras palavras, a maior independência que se outorgue à Polícia Federal não será para outorgar-lhe um poder arbitrário, mas exclusivamente um poder maior, sob o duplo controle do Poder Judiciário, capaz de estancar qualquer arbitrariedade e do Ministério Público. Este, pode exercer um controle externo, embora, a meu ver, como já defendi em outros escritos, SEM PODER ATUAR EM LUGAR DO DELEGADO nas investigações, inquéritos policiais. Isto porque lhe falta a imparcialidade que tem o delegado, visto que é parte e não juiz. Assim já decidi o STF, na quebra de sigilo bancário, ao negar-lhe o direito de promovê-la indiscriminada, sem autorização judicial.

Desta forma, minha resposta é que fortalece o Estado Democrático de Direito tal independência funcional" (RSDA nº 81, Set/2012, p. 222).

ARQUIVO PESSOAL



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 Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-PR e RS, 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.

O TCU e a ampla defesa a servidor estável durante análise de admissão

■ POR ADOVALDO MEDEIROS FILHO

Em recente decisão do Tribunal de Contas da União (TCU), a Segunda Câmara da Corte, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, decidiu pela necessidade de assegurar a ampla defesa e contraditório ao servidor estável, quando a análise do ato de admissão constatar a possibilidade de negativa de registro.


Têm-se na ementa extraída do Acórdão 1456/2018: diante de constatação que possa levar à negativa de registro de ato de admissão, caso o interessado já tenha adquirido estabilidade no serviço público, o TCU deve assegurar-lhe a oportunidade do contraditório e da ampla defesa. A ampla defesa e o contraditório, vale ressaltar, como garantias constitucionais fundamentais, à luz do art. 5º, LV, da Carta de 1988, deveriam ser regras em todo o processo judicial e administrativo.

No entanto, no caso em questão, a oitiva de interessados se deu tão somente pela constatação de que o registro poderia ser negado, a ensejar, imediatamente, a anulação/revogação do ato administrativo, de ato de admissão de servidor estável.

Não nos parece ser a melhor interpretação da norma constitucional. Veja-se que o art. 5º, LV, da Constituição garante a ampla defesa e o contraditório aos litigantes em geral, sem qualquer menção, no processo administrativo, à existência ou não de estabilidade ou de qualquer outro requisito. Sendo assim, toda e qualquer constatação de eventual vício em atos que importem a sua desconstituição e, por consequência, afetem o patrimônio jurídico de algum servidor/cidadão, impõe a conclusão de que a decisão administrativa deve ser precedida da ampla defesa.

E mais, em qualquer fase do processo, inclusive em atos de registro inicial de aposentadoria, pensão e reforma, ao contrário do que disciplina a Súmula Vinculante nº 3/STF. Tal Súmula indica que nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

É hora de repensar o texto da Súmula para dar efetiva validade aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sem limites e amarras interpretativas que não são verificadas na Constituição. Não existe fundamento de validade para que o jurisdicionado não tenha defesa em processos de registro de atos de admissão, de aposentadoria, pensão e reforma.

Para tanto, é necessário que os tribunais passem a dar guarida aos princípios constitucionais de forma efetiva, sem obstáculos interpretativos ou jurisprudenciais, para que os cidadãos possam, antes da decisão administrativa, lançar mão de sua defesa com todos os meios possíveis, sob pena de nulidade de tais decisões. 



ADOVALDO MEDEIROS FILHO é advogado, sócio integrante do Grupo de Pesquisa de Servidores Públicos do escritório Roberto Caldas, Mauro Menezes & Advogados.

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



Tel. (61)
3225-6419
www.zkeditora.com

conceito
jurídico

prática
poreense

trabalhista, sindical
& previdenciário

administrativo
& político