

# conceito jurídico

ano II | setembro de 2018 | nº 21



**Morvan Meirelles Costa Junior**

Reforma tributária e as propostas dos  
candidatos à Presidência:  
confronto de ideologias econômicas **Pág. 7**



## Políticas públicas e o combate ao crime organizado



### TENDÊNCIAS

**Aline Cruvinel**

STF afasta penhora de bem de família do fiador em contrato de locação comercial



### OBSERVATÓRIO JURÍDICO

**Eduardo Luiz Santos Cabette**

Atentado contra Bolsonaro: tipificação penal, atribuição de Polícia Judiciária e competência para processo e julgamento



### DOCTRINA

**Marinês Restelatto**

Profissionalização da administração pública

# 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 Janguié 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

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**Comercial:** André Luis Marques Viana

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3225-6419

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeditora.com.br

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

**ANÚNCIOS**

publicidade@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

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

## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

  
zakarewicz  
editora



ARQUIVO PESSOAL

*Almir Pazzianotto Pinto*

## Desenvolvimento com democracia, o legado de JK

**O** que os candidatos à Presidência pretendem fazer concretamente a respeito do desemprego? É assustadora a facilidade dos candidatos à Presidência da República de formularem promessas, na espinhosa tarefa de angariar votos. São cinco pretendentes a duas vagas que darão o direito de passagem ao segundo turno. O desencanto geral dos eleitores, aliado ao desprestígio dos partidos, indica que nenhum deles conseguirá alcançar, em 7 de outubro, a maioria absoluta exigida pela Constituição.

O panorama é trágico. Com o Tesouro Nacional exaurido, a saúde, a educação, a segurança, a infraestrutura, o mercado de trabalho em frangalhos, o próximo presidente receberá um país necessitado de reconstrução desde os alicerces, com o exíguo prazo de quatro anos para entregá-lo em razoáveis condições ao sucessor.

O Brasil já foi melhor. Embora na condição de subdesenvolvido, com extensas regiões de miséria, em determinados períodos deu demonstrações de força e conseguiu crescer entre 6% a 10% ao ano. Alcançou a posição de 6ª potência econômica graças, sobretudo, à vitalidade do parque industrial, cuja expansão teve início no governo de Juscelino Kubitschek (1956-1960) com o plano de desenvolvimento conhecido como “50 anos em 5”, em que a construção de Brasília, no remoto planalto central, apresentava-se como objetivo mais arrojado.

Folheando velhas revistas da década de 1970, lembro-me do mercado de trabalho superaquecido, no qual escasseava mão de obra qualificada e não qualificada, necessária às indústrias automotivas, de autopeças, de máquinas e ferramentas, de fiação e tecelagem, da construção civil. São Paulo havia se transformado em vibrante canteiro de obras. Eram comuns as tabuletas com o título “procuram-se” e as ofertas de emprego em volumosos cadernos de anúncios classificados do *Estadão* aos domingos. Datilógrafos, arquivistas, ajudantes gerais, torneiros mecânicos, ferramenteiros, tipógrafos, desenhistas industriais, soldadores, ajustadores, mecânicos de manutenção,

encanadores, carpinteiros, pedreiros, motoristas, eram algumas das categorias profissionais disputadas no mercado. Na próspera região do ABCD, um novo modelo de sindicalismo demonstrava a força da classe trabalhadora. No Estado de São Paulo, cidades do interior até então pacatas, como Campinas, Osasco, Guarulhos, Jundiaí, Americana, Santa Bárbara, Limeira, Sertãozinho e Piracicaba, convertiam-se em polos de desenvolvimento.

Recuso-me a discutir o problema da inflação no governo JK, por ser assunto alheio à minha seara de conhecimentos, adquiridos em longos anos de contato com problemas relacionados ao trabalho. Trata-se de matéria reservada a economistas habituados à arte da persuasão. Limito-me à discussão do grave problema do desemprego. Em menos de 50 anos, a curva de crescimento deu lugar ao rápido esfacelamento da economia. O País represou a inflação e a moeda aparentemente se estabilizou a partir do Plano Real, mas é inegável a extrema debilidade do mercado de trabalho.

Quais seriam as propostas objetivas, e não meramente retóricas, dos candidatos à Presidência da República para a reabsorção de 13 milhões de desempregados, valorização dos salários e recuperação da renda de outros tantos milhões de subocupados, ou contratados para trabalho intermitente, eufemismo para o desemprego?

Entre as chagas sociais, a falta de trabalho é a mais dolorosa e grave. A ociosidade condena à perda da dignidade, da autoestima, dos amigos, da família, pela incapacidade de provê-la do necessário para a subsistência. A procura de colocação leva o trabalhador às ruas ao amanhecer, de onde retorna desesperançado à noite. Conseguir emprego pode demandar meses de peregrinação. Quando o encontrar, mesmo distante da residência ou em outra cidade, aceitará qualquer ocupação e rebaixamento do salário. O desempregado não goza da proteção dos direitos fundamentais prescritos na Constituição e na legislação trabalhista. Deixará de recolher a contribuição devida à Previdência Social e consumirá rapidamente parcas economias do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

No século 21 a falta de trabalho não é fruto apenas da crise econômica. Resulta, também, da globalização, da feroz concorrência e dos avanços da tecnologia. Ofícios e profissões desaparecem para sempre. São os trabalhadores redundantes referidos por Zygmunt Bauman no livro *Europa*, frutos da “decomposição do Estado social”. Não ter emprego, escreveu o filósofo polonês, “implica ser descartável, talvez até já ter sido excluído para sempre, destinado ao lixo ‘do progresso econômico’, aquela mudança que no final se resume em fazer o mesmo trabalho e atingir os mesmos resultados econômicos, porém com uma força de trabalho reduzida e com menor ‘custo de mão de obra’ do que antes” (Ed. Jorge Zahar, 2006).

Até o ano de 2030 o avanço inexorável da robótica deverá eliminar entre 600 milhões e 800 milhões de empregos em todo o mundo, advertem os institutos de pesquisas econômicas. Quantos serão suprimidos na América Latina e no Brasil? Para o empregado, o Estado oferece a proteção do art. 7º da Constituição, das disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), do FGTS, da Previdência Social. Ao desempregado, o passageiro amparo do seguro-desemprego.

A sociedade exige saber o que pretendem fazer concretamente os candidatos à Presidência a respeito do cruel problema. O eleito estará concentrado em combater a inflação ou terá a coragem necessária para envolver o Estado em audaciosos projetos de desenvolvimento? O Brasil de hoje ocupa o desonroso 81º lugar entre os países em crescimento. Fica muito atrás de Chile, Polônia, Índia, Panamá, Itália e Portugal. O que fará o próximo presidente? Terá o dinamismo de Juscelino Kubitschek ou assistirá impassível à retração do mercado de trabalho e ao martírio dos desempregados? **C**

# SUMÁRIO

3

COM A  
PALAVRA

**Desenvolvimento com  
democracia, o legado de JK**

Almir Pazzianotto Pinto

7

ENTREVISTA

**Reforma tributária e as propostas  
dos candidatos à Presidência:  
confronto de ideologias econômicas**

Morvan Meirelles Costa Junior

10

DIREITO E  
BIOÉTICA

**É possível evitar o erro  
médico?**

Sandra Franco

13

PAINEL  
ECONÔMICO

**Porque a produtividade do  
Brasil é tão baixa?**

Vladimir K. Teles

16

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**Privatização da Eletrobrás:  
o Governo deve dizer que  
desiste dessa má ideia**

Cláudio Pereira de Souza Neto

18

PAINEL DO  
LEITOR

**A responsabilidade tributária  
da empresa e o patrimônio  
dos sócios**

Sabrina Bernardi Pauli

20

DESTAQUE

**Da funcionalidade das  
democracias**

Armando Castelar Pinheiro

22

CAPA

**Criminalidade organizada e  
estado democrático de direito:  
desafios às políticas públicas  
de prevenção e repressão**

Marcus Tadeu Maciel Nahur e  
Luísa Claudia Faria dos Santos

36

CAPA

**Receita Federal e modernos  
conceitos de segurança e  
combate ao crime**

Cláudio Damasceno

39

CAPA

**Controle de fronteira e combate  
ao crime organizado se faz com  
inteligência e com o fortalecimento  
da Receita Federal**

Geraldo Seixas

# SUMÁRIO

## 42 Customer experience na área tributária é possível?

GESTÃO  
EMPRESARIAL

Jair Araújo

## 44 STF afasta penhora de bem de família do fiador em contrato de locação comercial. Uma análise da penhora do único imóvel do fiador nas relações locatícias

TENDÊNCIAS

Aline Cruvinel

## 47 REsp 1.550.166/STJ: Lei Maria da Penha autoriza suprimento de consentimento de viagem ao exterior

ENFOQUE

Carlos Eduardo Rios do Amaral

## 50 Joint Venture – Natureza e hipóteses de desfazimento

DIREITO  
EMPRESARIAL

Gabriela Ganasini

## 52 Atentado contra Bolsonaro: tipificação penal, atribuição de Polícia Judiciária e competência para processo e julgamento

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

Eduardo Luiz Santos Cabette

## 60 Registro de preços

VISÃO  
JURÍDICA

Ivan Barbosa Rigolin

## 81 ... E militares para quem precisa de militares!

CONTEXTO

Rômulo de Andrade Moreira

## 86 Uso dos espaços públicos de maneira compartilhada: regulação e controle

PORTAL  
JURÍDICO

Ana Emília Bressan Garcia

## 102 Inadimplência tributária e crime

CONJUNTURA

Heloisa Estellita

## 104 Da Paideia ao Homeschooling

IN VOGA

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

## 107 Profissionalização da administração pública

DOCTRINA

Marinês Restelatto Dotti

## 122 O SUS, a Anvisa e a judicialização dos medicamentos

PONTO DE  
VISTA

Gustavo Milaré



ARQUIVO PESSOAL

POR MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR

## Reforma tributária e as propostas dos candidatos à Presidência: confronto de ideologias econômicas

Faltam poucos dias para decidirmos os rumos dos próximos quatro anos do país. O Brasil vai às urnas para escolher o novo Presidente da República, além de governadores, senadores e deputados. Entre os temas de maior destaque na pauta dos candidatos está a questão tributária. Nesta edição, o advogado, especialista em Direito Tributário, LLM em Direito Tributário Internacional, Morvan Meirelles Costa Junior, fala sobre a Reforma tributária e as propostas dos candidatos à Presidência e o confronto de ideologias econômicas. “Um ambiente fiscal atrativo sempre foi alardeado como o grande fator determinante à tomada de decisão do empresariado em investir em um dado município, estado, região ou país, representando, portanto, instrumento eficaz de fomento do crescimento econômico.” Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que o Sr. pode nos falar sobre a experiência brasileira com a chamada “guerra fiscal”?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – A experiência brasileira com a chamada “guerra fiscal”, travada por estados e municípios via a concessão de benefícios fiscais muitas vezes à margem da Constituição Federal, é a prova empírica da fé empregada pelos governantes em um ambiente fiscal atraente como o principal indutor de investimento privado.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Eventos e fatos recentes desmistificaram em parte essa ideia?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Sim, eventos e fatos recentes desmistificaram em parte essa ideia. Como exemplo, podemos citar a denúncia, pela Alemanha, do tratado para evitar a bitributação firmado com o Brasil e a posterior estabilização ou até o aumento do nível de investimento privado alemão em nosso país. Ou a atração de



investimento privado pelo Estado de São Paulo, líder entre os entes federativos brasileiros, a despeito deste jamais conceder qualquer benefício fiscal envolvendo ICMS à revelia dos protocolos e convênios firmados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Com relação aos fatores determinantes à atração de investimentos?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Ainda que um sistema tributário adotado por um município, estado, região ou país não seja o principal elemento considerado pelo agente privado para decidir por um investimento, este não deixa de ser um dos fatores determinantes à atração desse investimento. Da mesma forma, mesmo que a solidez e a capacidade de geração de riqueza de uma economia possivelmente dependam em maior medida de outros fundamentos e fatores, um ambiente fiscal racional e eficaz ainda é um elemento indispensável para tanto.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Sob o seu ponto de vista, o Brasil não desfruta de ambiente fiscal atrativo?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Com certeza! O problema é que, comparativamente, o Brasil não desfruta de ambiente fiscal atrativo, seja pela excessiva complexidade de seu sistema, seja por sua asfixiante carga tributária. Daí porque, em ano de eleições presidenciais, um dos temas de maior atenção dos eleitores é justamente a proposta dos candidatos para a área. Em 2018 temos uma campanha presidencial extremamente estratificada, com uma multiplicidade de candidatos e programas.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que o Sr. pode nos falar sobre essas propostas?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – De modo a facilitar a análise dessas propostas e sem qualquer anseio de polarização, consideraremos, em linhas gerais, os traços comuns de cada programa conforme a segregação dos candidatos em função de sua orientação político-ideológica, destacando, com maior detalhe, as propostas dos líderes nas pesquisas de intenção de voto até o presente momento.

Nesse sentido, dentre os candidatos que se identificam como à “esquerda” do espectro político, temos como traços comuns propostas de reforma tributária centradas no aumento relativo de carga tributária sobre as pessoas e entidades de maior renda, estabilização da carga tributária total e alguma simplificação do sistema.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Nesse grupo qual o candidato que se destaca?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Destaca-se, nesse grupo, as propostas do candidato Fernando Haddad. Após a confirmação de Haddad como cabeça da chapa encabeçada pelo PT, houve considerável simplificação das propostas nessa seara, agora restritas à criação de um imposto sobre valor agregado (IVA), em substituição gradual aos tributos em âmbito federal, estadual e municipal tidos como “indiretos”; tributação na distribuição de lucros e dividendos; e rearranjo da tabela progressiva do imposto de renda das pessoas físicas, com alargamento da base de renda isenta e majoração de alíquotas para os mais ricos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Em que ideia calca-se a proposta petista?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Em suma, a proposta petista, alinhada com os programas de outros candidatos em mesmo espectro político, calca-se na ideia do sistema tributário como instrumento de justiça social; na manutenção da atual carga tributária brasileira, elemento essencial ao financiamento da política de estado “onipresente” defendida pela legenda; na relativa (e potencialmente restrita) simplificação



gradual do sistema com a criação do IVA; e na manutenção da atual centralização das receitas tributárias no governo federal.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E para os candidatos da “direita”?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Em contraposição, dentre os candidatos que se identificam como à “direita” do espectro político, temos como traços comuns, ainda que em diferentes matizes, propostas de reforma tributária centradas na simplificação do sistema tributário e na redução da carga tributária total.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual o candidato que se destaca para esse sistema tributário centrado e simplificado?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Destaca-se, as propostas do candidato Jair Bolsonaro, quem defende a radical simplificação do sistema tributário brasileiro com a uniformização das alíquotas do imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas em 20%, inclusive com tributação dos lucros e dividendos distribuídos pelas últimas em mesma alíquota, bem como a criação de um tributo, chamado de contribuição previdenciária, tendo como fato gerador a movimentação financeira dos contribuintes, o qual financiaria o regime previdenciário oficial, com extinção das atuais contribuições previdenciárias patronais incidentes sobre a folha de salários.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Essa proposta de Jair Bolsonaro também pode ser replicada nas propostas de outros candidatos?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Em suma, a proposta do candidato do PSL, de cunho absolutamente liberal, de certa forma também replicada nas propostas de outros candidatos em mesmo espectro político, centra-se na ideia de estado mínimo, com redução de carga tributária; radical simplificação do sistema, potencialmente caminhando para um único tributo de cunho federal; regime previdenciário baseado em sistema de capitalização (por exemplo como ocorre no Chile), em substituição ao atual sistema de contribuição, e equalizado entre servidores públicos e trabalhadores privados; bem como na transferência de receitas tributárias do governo central para os estados, distrito federal e municípios.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual a visão do Sr. sobre o programa do candidato do PSL com relação ao sistema tributário?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Digno de nota, o programa do candidato Jair Bolsonaro, elaborado pelo economista Paulo Guedes, Phd pela Universidade de Chicago, berço do liberalismo econômico, é comparável à recente reforma tributária promovida pela administração de Donald Trump nos EUA: fundamentalmente baseada na ideia do “dynamic scoring”, ou aumento de arrecadação via diminuição de carga tributária, ideias que estão na vanguarda do direito tributário comparado, uma vez que alinhadas com a atual conjuntura econômica e geopolítica mundial.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O que o Sr. pode nos falar sobre os programas dos dois atuais líderes das pesquisas de intenção de voto para a presidência?*

**MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR** – Na comparação específica dos programas dos dois atuais líderes das pesquisas de intenção de voto para a presidência vemos, em projeção, a confrontação de ideologias econômicas. De um lado estado forte, defendido por Fernando Haddad; de outro estado mínimo, bandeira de Paulo Guedes encampada por Jair Bolsonaro. A primeira há muito representa nossa realidade e é taxada de anacrônica justamente pela elite do pensamento liberal mundial. A segunda vem sendo a cartilha do mundo tido como livre e uma das pontas de lança da guerra comercial atualmente travada pelas maiores potências econômicas do planeta. ☐

# É possível evitar o erro médico?

■ POR SANDRA FRANCO

**“Conhecer o erro, falar sobre ele, discutir suas causas, não pode servir unicamente para a punição dos envolvidos, mas sim para que se realizem registros estatísticos sérios que permitam a adoção de mudanças para que se impeça outros de errarem.”**

**E**rros no sistema de saúde no Brasil matam cerca de 148 pessoas por dia, segundo pesquisa divulgada pelo 2º Anuário de Segurança Assistencial Hospitalar no Brasil, produzido pelo IESS (Instituto de Estudos de Saúde Suplementar) e pelo Instituto de Pesquisa Feluma, da Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais. Ao todo, 54.076 pacientes perderam a vida por essa razão em 2017. O número se compara aos de mortes violentas, cerca de 175 por dia, registradas no mesmo período.

Na esteira desses dados, o médico, pesquisador e jornalista Atul Gawande, nos EUA, aponta que 40% dos pacientes coronários recebem tratamento inadequado ou incompleto; 60% dos pacientes com asma e AVC passam pela mesma situação. Dois milhões de pessoas adquirem infecção hospitalar, porque alguém da estrutura não observou regras básicas de higiene.

Importante destacar que, de maneira equivocada, chamamos de erro médico todas as intercorrências, falhas e complicações presentes na seara da prestação de serviços médicos hospitalares. Vale ressaltar que a esmagadora doutrina pátria considera erro médico desde o erro na administração de medicamentos por equipe de enfermagem até a falha técnica em um procedimento cirúrgico ou erro de diagnóstico.

Não obstante, observando-se a amplitude semântica do termo e os fatos, constata-se que os erros médicos são normalmente



sistêmicos e não envolvem apenas o médico. Existe uma equipe de enfermeiros, auxiliares, nutricionistas, fisioterapeutas, farmacêuticos e assistentes, que atuam no sistema de saúde. Estatisticamente, as maiores complicações hospitalares ainda se relacionam a medicamentos ministrados erroneamente, alguns inclusive sem serem percebidos pelos pacientes e seus familiares e outras que levam até a morte.

Toda vez que se verifica um erro, está-se falando de algo maior que o fato em si. O erro de um médico, por exemplo, que consista na troca de um membro bilateral no momento de uma cirurgia (ao invés de ser operado o braço direito, operara-se o braço esquerdo) pode ser um indicativo de erro sistêmico, em geral. Ilustrando-se: há alguém que recepcionou esse paciente e fez a documentação na internação, alguém que verificou se havia autorização do plano de saúde, alguém que preparou o campo cirúrgico, alguém que separou todos os instrumentos, o próprio paciente enquanto acordado, o anestesiológico, o cirurgião. Será que houve um *check list* cirúrgico? Será que cada qual fez seu papel com responsabilidade, considerando que seu trabalho poderia afetar todos os outros subsequentes?

Outro problema de conjuntura que afeta a vida do profissional de saúde e, especialmente a do médico, é a rotina estressante e as jornadas exaustivas.

Existem médicos, que em decorrência dos baixos salários ou honorários que recebem, que acabam realizando sete, oito ou mais cirurgias em um dia, com o objetivo de garantir um padrão de remuneração alto. Este profissional está se expondo a um nível de estresse muito grande e a um risco de cometer algum equívoco ou deslize, que comprometa a vida do paciente. Além da sua própria carreira.


É normal que os profissionais realizem atendimentos em série de pacientes no mesmo dia, em lugares diferentes, intercalados com procedimentos cirúrgicos. E, assim, esses profissionais vivem abalos físicos, emocionais e psicológicos. Aumentando o risco de cometer um erro em procedimentos ou indicação de medicamento, por exemplo.

Há tratamentos para milhares de condições que um ser humano pode ter, mais 4 mil tipos de procedimentos cirúrgicos e em torno de 6 mil drogas que os médicos podem prescrever. Mas, um único médico não consegue ter todas essas informações para tratar seu paciente.

Hoje os médicos buscam as especializações e as hiper especializações. Para se ter uma ideia, o tratamento de um paciente hospitalizado normalmente é realizado por 10 profissionais: médicos, enfermeiros, especialistas, fisioterapeutas, nutricionistas, auxiliares de enfermagem e psicólogos. Todos esses profissionais são responsáveis pelo paciente e interferem diretamente no resultado do tratamento. Sem a menor dúvida, há médicos espetaculares, quase sobre-humanos em relação a sua expertise; mas, isso não é suficiente.

Seria possível evitar alguns erros? Sim, através de um árduo trabalho de prevenção. Os protocolos médicos são essenciais para se evitar erros médicos, são criados por juntas de profissionais especializados em determinados procedimentos – levam em consideração as evidências, artigos científicos e possuem fundamentação dentro de determinado tempo – isso porque devem ser constantemente atualizados, haja vista a frequente inserção de novas tecnologias em equipamentos e medicamentos.

Juridicamente, os protocolos são norteadores. Se observados, e em havendo uma complicação prevista em literatura, dificilmente uma ação será julgada procedente pelos magistrados. E, na hipótese de o médico não ter observado os protocolos por negligência, as chances de uma condenação aumentam diante de um dano ao paciente. A regra deve ser observar os protocolos e segui-los. A exceção precisará ser sempre justificada.

Conhecer o erro, portanto, falar sobre ele, discutir suas causas, não pode servir unicamente para a punição dos envolvidos, mas sim para que se realizem registros estatísticos sérios que permitam a adoção de mudanças para que se impeça outros de errarem. À parte as indenizações, o erro deve ser um condutor para a renovação e conseqüente reavaliação de processos internos e de formação dos profissionais de saúde. Essa é a chave para mudanças: reconhecimento das falhas e busca de soluções em conjunto. 



ARQUIVO PESSOAL

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

# Porque a produtividade do Brasil é tão baixa?

■ POR VLADIMIR K. TELES

“Cada setor tem seus lobistas, que defendem teses aparentemente virtuosas, mas que sempre acarretam em perdas ao consumidor, redução da concorrência, da produtividade e do crescimento. O Brasil precisa se conscientizar que, para crescer, o consumidor precisa ser protegido e não setores ou categorias.”

O Brasil provavelmente está na década de pior taxa de crescimento do PIB per capita de sua história, tendo apresentado uma taxa de crescimento negativa entre 2010 e 2017. Assim, se materializa a cada dia o receio que não estamos em uma crise conjuntural, mas sim que entramos em uma trajetória de baixo crescimento de longo-prazo.

Uma das causas principais do baixo crescimento brasileiro é a queda observada na produtividade da economia. A Produtividade Total dos Fatores apresentou uma queda ininterrupta desde 2008 até 2014, último ano da série.

Mas por que a produtividade caiu tanto, e mantêm-se tão baixa no país?

Estudos recentes indicam que tal queda se deve a uma piora na eficiência da alocação de recursos na economia. Uma tese de doutorado, defendida recentemente na FGV-EESP por Rafael Vasconcelos mostra que o ano de 2005 foi o que o país apresentou o seu ponto de ápice de eficiência, quando a produtividade era a de 44,7% da que teríamos se o país conseguisse realocar seus recursos de forma perfeita. Esse patamar é similar ao da Índia, mas inferior ao da China, usando outros estudos internacionais para comparação.



A partir desse ponto a eficiência foi caindo continuamente até este índice se estabelecer em apenas 30%. O principal fator causador dessa perda de eficiência é o aumento do intervencionismo governamental no direcionamento dos investimentos do país. Nesse ponto cabe destacar que quando uma firma recebe crédito subsidiado do BNDES, por exemplo, recebe vantagens em comparação a suas concorrentes, de forma que a redução dos juros a que foi exposta ajudará especificamente a esta, mas prejudicará as demais. Logo, o efeito agregado não será necessariamente positivo. O mesmo raciocínio aplica-se para o caso de desonerações fiscais direcionadas.

O caso de crédito direcionado é apenas um exemplo de como os recursos da economia são realocados de forma ineficiente. O Brasil convive há décadas com protecionismos a setores, categorias ou firmas. Foi assim com o café no início do século passado e foi assim com as campeãs nacionais eleitas para receber crédito especial do BNDES na última década. O Brasil, que já tinha instituições impregnadas com protecionismo, resolveu dobrar a aposta a partir de 2006.

Os produtos e setores podem mudar, mas a o fracasso das políticas que partem do pressuposto que devemos proteger determinado “setor estratégico” continua retumbante. Os seus frutos são redução da competição, da produtividade, punição ao consumidor, em especial o mais pobre, e travar o desenvolvimento brasileiro.

O Brasil foi capturado por interesses particulares de diferentes formas, e necessita de reformas para alavancar sua produtividade. Quais seriam então as reformas capazes de elevar a produtividade?

No primeiro semestre deste ano, pude coordenar um conjunto de eventos na FGV-EESP onde diversas propostas de reformas foram apresentadas e debatidas




por dezenas de professores, pesquisadores e profissionais das áreas relacionadas. Diversos problemas foram considerados com propostas para reformas previdenciária, política, educacional, orçamentária, de infraestrutura, dentre outras, que são fundamentais para alavancar o desenvolvimento brasileiro, das quais destaco de forma resumida quatro propostas que teriam impacto significativo na produtividade:

*Funcionalismo Público:* A partir de dados da PNAD/IBGE verifica-se que nos últimos 20 anos o salário médio do funcionário público aumentou 51,2% em termos reais, enquanto que o dos trabalhadores do setor privado com carteira assinada aumentou 10,8%. O crescimento dos salários do setor público destoa de qualquer medida de qualidade pelos serviços prestados ou condições da economia, e foge de qualquer *accountability* da população. As regras de revisão salarial, estabilidade, e avaliação dos funcionários públicos precisam ser revistas, não apenas para garantir alguma sustentabilidade fiscal, mas também para elevar a qualidade dos serviços, reduzir o viés alocativo, e elevar a produtividade do país.

*Abertura Econômica:* O Brasil é um dos países mais fechados do mundo, cuja soma de importações e exportações sobre o PIB mantêm-se em torno de 20% desde nos últimos 20 anos. No mesmo período o volume de comércio mundial aumentou significativamente para todos os grupos de países similares, especialmente nos anos 2000. Tal estagnação do comércio brasileiro pode ser explicada em parte por um aumento expressivo de medidas *antidumping* para proteção de “setores estratégicos”, mas em prejuízo do consumidor. Uma política de redução de tarifas de importação em especial para compra de bens intermediários, máquinas e equipamentos, bem como a revisão do processo para aprovação de medidas *antidumping* seria uma fonte de ganho de produtividade fundamental para a economia brasileira.

*Reforma Tributária:* O sistema tributário brasileiro é altamente complexo, burocrático, produz significativa insegurança jurídica, e é desigual sendo regressivo e privilegiando setores que têm maior capacidade de fazer *lobby*. Tal sistema gera distorções na alocação de investimentos e estimula corrupção, resultando na perda de produtividade. Assim, há a necessidade da reformulação do sistema tributário. Em especial, sobre os impostos sobre consumo, é possível a consolidação de um imposto único igual para todos os setores, que tira poder dos grupos de interesse particulares, e empodere o consumidor.

*Revisão da Rede de Proteção Social ao Trabalhador:* O Brasil possui diversos programas de proteção ao trabalhador com desenhos distintos, que movimentam um volume de recursos por ano de cerca de R\$ 200 bilhões. Porém tal rede não foi arquitetada como um sistema integrado. Como consequência temos um desenho que produz uma elevada rotatividade de emprego dos trabalhadores e informalidade. É possível unificar os programas e redesenhar, sem reduzir o montante de recursos, para passar a conferir incentivos adequados aos empregadores e trabalhadores.

Cada setor tem seus lobistas, que defendem teses aparentemente virtuosas, mas que sempre acarretam em perdas ao consumidor, redução da concorrência, da produtividade e do crescimento. O Brasil precisa se conscientizar que, para crescer, o consumidor precisa ser protegido e não setores ou categorias. 



**VLADIMIR K. TELES** é Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV) na Escola de Economia de São Paulo (EESP). Este artigo expressa opinião do autor, não representando necessariamente a opinião institucional da FGV.



# Privatização da Eletrobrás: o Governo deve dizer que desiste dessa má ideia

■ POR CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO



**“As dificuldades enfrentadas pelo Governo Temer para aprovar a MP 814 ou o PL 9463/18 fizeram com que o Presidente editasse o Decreto nº 9351, promovendo a inclusão da Eletrobrás no Plano Nacional de Desestatização. A fragilidade jurídica do Decreto chega a ser surpreendente: trata-se de regulamento, editado sem que, antes, vigore a norma legal a ser regulamentada.”**


**A** privatização da Eletrobrás, maior empresa de energia elétrica da América Latina, foi divulgada como meta do Presidente Temer pouco depois de sua posse. Desde então, o que tem se visto é uma impressionante sucessão de erros, imprevistos e atalhos. Tal é a precariedade jurídica de tudo o que se fez até o momento que surpreende que o processo esteja sendo conduzido pelo Governo de uma grande nação, provido de uma assessoria da máxima qualidade, como a da AGU.

O processo se iniciou com a tentativa de venda de 6 distribuidoras de energia elétrica. Em novembro de 2017, o Conselho do Programa de Parceria e Investimentos – CPPI – aprovou a Resolução nº 20. Previa-se que a transferência do controle acionário das distribuidoras ocorreria mediante o pagamento de valor simbólico de R\$ 50.000,00 por cada uma delas. A Eletrobrás, por seu turno, herdaria um passivo de R\$ 11.240.389.380,55. A operação sanearia as contas dessas distribuidoras de energia, tornando-as produto atrativo para a posterior alienação. A operação, patentemente lesiva ao patrimônio público, não prosperou, tendo sido objeto de múltiplas impugnações perante o Poder Judiciário e o TCU.

Em 28 de dezembro de 2017, enquanto os brasileiros se dedicavam às festas de final de ano, o Presidente Temer editou a Medida Provisória nº 814, revogando preceito legal que excluía a Eletrobrás do Plano Nacional de Desestatização. O Presidente da Câmara dos Deputados acaba de anunciar que a MP 814 não será submetida à deliberação parlamentar e irá caducar. Iguais dificuldades o Governo enfrenta para ver aprovado o PL 9463/18, que também trata da desestatização da Empresa. Com isso, cai por terra o único ativo político que o Governo ostentava: apoio parlamentar. Não surpreende: o sistema elétrico brasileiro é dotado de enorme complexidade, e não pode ser totalmente reorganizado de forma improvisada.


As dificuldades enfrentadas pelo Governo Temer para aprovar a MP 814 ou o PL 9463/18 fizeram com que o Presidente editasse o Decreto nº 9351, promovendo a inclusão da Eletrobrás no Plano Nacional de Desestatização. A fragilidade jurídica do Decreto chega a ser surpreendente: trata-se de regulamento, editado sem que, antes, vigore a norma legal a ser regulamentada. O momento não se coaduna com meias palavras: o Decreto nº 9351 revela não apenas a inviabilidade do processo de privatização. É forçoso reconhecer que o Decreto nº 9351 é elemento de descrédito do próprio Governo do Brasil, de cujos atos se exige um patamar mínimo de consistência jurídica.

Não é mais razoável supor que investidores responsáveis farão parte dessa sequência de erros, precipitações e pequenas espertezas. A participação do Estado na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades econômicas desperta desde sempre divergências ideológicas. Não é o que ora está em questão. O atual Governo não tem mais organização para conduzir a privatização de uma empresa que está no cerne de um sistema dotado de máxima complexidade, como é o sistema elétrico brasileiro.

O fornecimento seguro de energia elétrica é condição indispensável para o pleno funcionamento dos empreendimentos privados e para o bem-estar das famílias. O que o Governo ora poderia fazer para preservar nossa estabilidade econômica e social é informar que desiste da privatização da Eletrobrás. 



**CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO** é advogado especializado em Direito Constitucional e Público e sócio do escritório Souza Neto e Sena Advogados.



# A responsabilidade tributária da empresa e o patrimônio dos sócios

■ POR SABRINA BERNARDI PAULI

O empresário, na administração das atividades da sua sociedade, constantemente é informado de que as dívidas contraídas pela empresa não atingirão o patrimônio de seus sócios e/ou administradores, sendo que o limite da responsabilidade é determinado pelo patrimônio da sociedade constituída.

Ocorre que essa regra comporta algumas exceções dentre as quais estão as dívidas de natureza tributária nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. Do dispositivo, resta cristalino o ensejo da responsabilização tributária àqueles que detém a condição jurídica e/ou fática de gestores do estabelecimento comercial. Destarte, retira-se de alcance os que são meros sócios, uma vez que se persegue a administração dos negócios da empresa.

Porém, para que haja a responsabilização dos sócios ou administradores pelas dívidas da empresa deve-se observar uma série de requisitos. A principal situação em que ocorre essa responsabilização é na hipótese de dissolução irregular da sociedade, isto é, quando as atividades da empresa são encerradas sem que seja realizado o procedimento de encerramento, baixa e/ou falência desta junto aos órgãos competentes. Às vezes, contudo, o patrimônio dos sócios é atingido mesmo quando a empresa está em plena atividade.

A legislação tributária responsabiliza ainda pessoalmente os administradores (sócios ou não) pelas dívidas que decorram de atos por ele praticados com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou estatutos, ou seja, sempre que um administrador exceder os limites previstos na lei ou nos atos constitutivos da empresa e isso resultar em uma dívida tributária, a lei garante ao fisco o direito de o responsabilizar pessoalmente.

E também a inexistência de bens penhoráveis da empresa, ou seja, a impossibilidade do pagamento da dívida pela sociedade por não haver mais patrimônio suficiente, contribui para que o fisco busque saldar essas dívidas com patrimônio pessoal dos administradores/sócios da empresa.

Saliente-se, por oportuno, que, mesmo não havendo patrimônio suficiente da pessoa jurídica, não é admissível a constrição dos bens dos sócios, caso não reste provado que estes agiram com excessos de poderes, infração à lei, contrato ou estatuto, ou, ainda, tenha provocado a dissolução irregular da sociedade pois a responsabilidade dos sócios, em relação à empresa a que integram, além de subjetiva, é subsidiária. Isso significa que os bens particulares dos sócios somente poderão sofrer a execução fiscal, após a tentativa frustrada de satisfazer a dívida por meio da penhora dos bens da empresa.

A responsabilização dos administradores não ocorre de forma automática, ou seja, não basta o mero inadimplemento do tributo. Após a constatação de que há um débito em aberto por parte da empresa o fisco encaminhará esses valores para a inscrição em dívida ativa, se após o débito ainda não for regularizado, a questão será encaminhada para a propositura de execução fiscal, isto é, a dívida será cobrada judicialmente. Em regra, a responsabilização do administrador ocorre com a execução fiscal, mas em alguns casos é possível que isso ocorra antes mesmo da propositura da ação.

No curso da execução fiscal, por exemplo, se for constatado que a empresa encerrou suas atividades irregularmente, sem a formalização do processo de falência, haverá o risco de responsabilização dos sócios. Para tanto, com base em entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), basta que um oficial de justiça visite o endereço da empresa registrado na Junta Comercial e certifique que a empresa não opera mais naquele local.


A partir daí, será possível o redirecionamento da execução fiscal para os administradores (sócios ou não) da pessoa jurídica. Não são raros os casos de responsabilização do sócio de empresa que ainda esteja em atividade. Isso ocorre, por exemplo, quando a empresa muda de endereço, mas não formaliza perante a Junta Comercial e a Receita Federal.

Nesses casos, se comprovado que a sociedade permanece em atividade – mesmo que eventualmente não esteja funcionando em seu endereço registrado no órgão competente –, é possível afastar a responsabilização do sócio. Em razão destes fatos, é sempre recomendado manter atualizado o endereço de funcionamento da empresa na Junta Comercial do seu estado.

Depois de reconhecida a responsabilidade do administrador, será determinada a sua citação para efetuar o pagamento da dívida da empresa. Efetivada a citação, caso o pagamento não seja realizado, o fisco estará autorizado a requerer medidas de constrição ao patrimônio do sujeito (penhora).

A primeira diligência adotada é o bloqueio dos ativos financeiros que o administrador possua (contas correntes, depósitos em poupança, aplicações em CDB e etc.), além do bloqueio de contas bancárias, o administrador poderá ser visitado por oficial de justiça em busca de outros bens passíveis de penhora (automóveis, imóveis, etc.).

Dessa forma, é possível dizer que, salvo menção à tipo societário específico, a responsabilidade nas sociedades é ilimitada, e os sócios têm a responsabilidade subsidiária ao patrimônio social.

Enquanto não adotada medida judicial para afastar a responsabilização do administrador, esses inconvenientes permanecerão ocorrendo até que o fisco busque a satisfação total do seu crédito. 



**SABRINA BERNARDI PAULI** é advogada, colaboradora do Escritório Giovanni Duarte Oliveira Advogados Associados.



ARQUIVO PESSOAL

*Armando Castelar Pinheiro*

## Da funcionalidade das democracias

**A**s novas projeções demográficas do IBGE, divulgadas na última semana de julho, trouxeram boas notícias, como a contínua alta da esperança de vida ao nascer. Por outro lado, confirmaram o quadro desafiante para áreas como a saúde, onde as despesas continuarão subindo rápido, já que são bem maiores para os idosos, e a assistência à terceira idade, pela queda do número de familiares jovens por idoso.

A notícia mais marcante, porém, foi a antecipação em cinco anos do fim do bônus demográfico – a diferença entre as taxas de crescimento das populações em idade ativa e total. Para a previdência, será um complicador adicional, já que mostra uma queda ainda mais acelerada na razão entre o número dos que contribuem para o sistema e o daqueles que dele recebem benefícios. Também significa que, tudo o mais constante, o PIB per capita vai crescer menos no futuro. Primeiro, porque o número de pessoas em idade laboral por habitante vai cair, em vez de subir, como nas últimas décadas. Segundo, pois a taxa de poupança deve diminuir, já que idosos e crianças poupam menos do que aqueles em idades intermediárias, cuja proporção na população vai cair.

A mudança é significativa. No período pós-1980, o aumento da população ocupada por habitante respondeu por 0,5 ponto percentual (pp) da alta média de 0,7% ao ano na renda per capita, com o outro 0,2 pp vindo do aumento da produtividade do trabalho. Com o primeiro componente desaparecendo e o segundo diminuindo, daqui para a frente, na média, o PIB per capita deve ficar quase estagnado.

A falta de legitimidade tira a funcionalidade da democracia e isso anima movimentos totalitários à direita e à esquerda

Obviamente, o grande “se” é se tudo mais de fato ficará constante. Afinal de contas, o que o Brasil precisa fazer para resolver o problema da previdência e crescer mais rápido é bem conhecido. E, do ponto de vista técnico, não são reformas



difíceis de implementar. A questão é que o diagnóstico e o receituário de reformas também já são conhecidos há muito tempo. E nem por isso avançamos.

Há diferentes explicações possíveis para essa inércia. Uma delas é que os não-economistas não entendem bem o porquê desses problemas e das reformas. A solução seria, portanto, insistir em divulgar diagnósticos e propostas de reformas. Eu simpatizo com essa visão, mas não creio que esteja na raiz do problema: afinal, em nenhum país do mundo o eleitor mediano entende dessas coisas e dificilmente isso ocorrerá no Brasil.


Outra possibilidade é que a maioria das pessoas não confia que as reformas serão feitas de forma a beneficiá-la e prefere não arriscar. Haveria, nesse caso, uma dissonância entre o que quer (parte do) segmento mais rico, mais influente, mais escolarizado, mais globalizado, que nos compara a outros países e pede mudanças, e o grosso da população. O problema não seria falta de conhecimento, mas de confiança.

Há também quem considere que o baixo crescimento e as crises recorrentes são um resultado inexorável da democracia. Com a redemocratização e o crescente “empoderamento” de grupos antes excluídos da cena política, os conflitos de interesse se aguçaram e teriam se tornado impossíveis de administrar. Repare, essa não é uma crítica à democracia, mas uma visão de que esta e o bom desempenho da economia são desejáveis, mas irreconciliáveis.

Eu sempre discordo dessa interpretação, pois há vários países onde democracia e crescimento convivem sem problema. No meu entender, o problema está mais na falta de funcionalidade da democracia brasileira. Esta visão foi reforçada nos últimos tempos pelo diagnóstico em torno da perda de funcionalidade da democracia em vários outros países, inclusive desenvolvidos, como exemplificariam o Brexit e as eleições de Trump, Duterte, Erdogan e outros.

Em seu livro “Ruptura” (Ed. Zahar), Manuel Castells defende que a democracia liberal está em crise, fruto da perda de legitimidade das elites políticas: “Apostase no surgimento dessa nova ordem, de uma nova política que substitua a obsoleta democracia liberal que, manifestamente, está caindo aos pedaços em todo o mundo, porque deixa de existir no único lugar em que pode perdurar: a mente dos cidadãos”. Esse também me parece ser o caso no Brasil, onde se observa enorme perda de credibilidade das instituições.

As origens dessa falta de legitimidade no Brasil diferem daquelas nos países analisados por Castells, ainda que haja paralelos, como a desigualdade de renda, os escândalos de corrupção e a percepção de captura das instituições pelas elites. Mas a conclusão de que a falta de legitimidade tira a funcionalidade da democracia vale nos dois casos, assim como a de que isso anima movimentos totalitários, à esquerda e à direita, como no passado.

Isso me parece crítico, pois, à véspera das eleições, é fundamental que as elites brasileiras – políticas, midiáticas, empresariais etc – percebam que o processo de reformas só virá se for entendido como legítimo pela população, e para isso ele precisa ser apresentado e defendido pelos candidatos. Claro, isso torna a campanha mais difícil, mas sem isso é ilusão achar que algo de significativo mudará a partir de 1º de janeiro de 2019. 

---

**ARMANDO CASTELAR PINHEIRO** é coordenador de Economia Aplicada do IBRE/FGV e professor do Instituto de Economia da UFRJ. Anteriormente, ele trabalhou como analista na Gávea Investimento, pesquisador do IPEA e chefe do Departamento Econômico do BNDES. Castelar é Ph.D em Economia pela University of California, Berkeley, Mestre em Administração pela COPPEAD/UFRJ e em Estatística pelo Instituto de Matemática Pura e Aplicada (IMPA), e engenheiro eletrônico pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA).



## Criminalidade organizada e estado democrático de direito: desafios às políticas públicas de prevenção e repressão

■ POR MARCIUS TADEU MACIEL NAHUR E LUÍSA CLAUDIA FARIA DOS SANTOS

**“Não se enfrenta nenhuma organização criminosa de forma amadora e improvisada. Prevenção e repressão de criminalidade organizada não são realizadas com posicionamentos ideológicos, embaladas por apelos sensacionalistas, mas com inteligência refinada, informação selecionada, tecnologia avançada e equipe integrada, articulando-se defesa nacional, segurança pública e justiça criminal, o máximo possível, sempre dentro dos balizamentos da força da lei.”**



**A** violência mais aguda e assustadora, nos tempos atuais, assume a feição de criminalidade organizada. A coletividade se mostra acuada e amedrontada com seu potencial maléfico de alta intensidade e em larga escala. Essa forma de prática criminosa articulada e sistêmica tem se infiltrado nos mais diversos segmentos da sociedade contemporânea. O enfrentamento dessa engenhosa atividade criminosa é um grande desafio às políticas públicas do Estado-nação. O crime organizado, bastante distinto do crime comum, não pode ser encarado de maneira desorganizada. O poder público não pode ser movido por improvisos e amadorismos para seu enfrentamento mais efetivo e eficaz.

Os muitos e variados apelos sensacionalistas, com palavras e imagens que procuram seduzir os menos avisados, não podem ser assumidos de afogadilho por políticas públicas sérias e responsáveis para a prevenção e repressão do fenômeno social real, complexo e dinâmico da criminalidade organizada. Não faltam discursos verborrágicos, por todos os lados, recheados de soluções rasas, para um problema que está muito longe de ser simplista. Mais conhecimento sobre esse “monstro inteligente e poderoso”, e menos disputas ideológicas, é um ponto de reflexão que não pode e não deve faltar a todos aqueles que, de maneira direta ou indireta, estão envolvidos com o seu enfrentamento cotidiano, desde o nível dos planejamentos e programações até as concretas ações preventivas e repressivas a serem implantadas.

Nessa linha de raciocínio, inicialmente, serão alinhavadas as estruturas funcionais da criminalidade organizada, bem como diagnosticados os seus modelos constituídos. Em seguida, as atenções serão voltadas para o “poder paralelo” ou, mais precisamente, o “contrapoder” político, econômico e cultural que as facções criminosas exercem, com espantoso dinamismo e elaborada engenhosidade, nos mais diversos segmentos sociais e institucionais da vida contemporânea. Na etapa subsequente, analisar-se-á o enorme potencial ameaçador da criminalidade organizada, a ponto de representar um ataque ao Estado-nação e um assombro à sociedade civil, fazendo ecoar uma espécie de “pedido desesperado de socorro” baseado no frágil senso comum da “lei da força”. Por último, então, discutir-se-ão os desafios ético-jurídicos colocados ao Estado Democrático de Direito, comprometido com a força da lei, e não com a “lei da força”, de enfrentar o desconcertante fenômeno da criminalidade organizada, com a máxima efetividade preventiva e repressiva, sem se desviar dos postulados republicanos da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

## **CRIMINALIDADE ORGANIZADA: ESTRUTURAS FUNCIONAIS E MODELOS CONSTITUÍDOS**

O crime organizado é um fenômeno que vem se consolidando, ao longo do tempo e espaço, enquanto expande suas dimensões. Seu domínio ultrapassa os limites do território nacional, de forma que a ampliação dos seus horizontes é perfeitamente visível também nas relações sociais, econômicas e políticas internacionais (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 52-56). Atuando como um “contrapoder”, essas organizações tornaram as instituições estatais legitimadas reféns de sua própria vontade, seja pela corrupção de agentes públicos ou pelo medo que assola a população. Antes de aprofundar o estudo do tema, é imperioso delimitar o conceito legal

de crime organizado, suas estruturas funcionais, e, posteriormente, os modelos constituídos, bem como suas diferenças.

No direito brasileiro, o conceito de organização criminosa se encontra na Lei nº 12.850/2013, que trouxe em seu artigo 1º, § 1º as seguintes características: I) associação de quatro ou mais pessoas; II) a forma estruturada e ordenada pela divisão de tarefas; III) o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, mediante prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos; IV) ou, que seu caráter seja transnacional. Outro importante diploma normativo que trata sobre o tema, é a Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil no ano de 2004 que trouxe importantes conceitos para o direito processual penal e serviu como subsídio para a elaboração da lei.

Em relação a esta definição, existe discussão doutrinária no que tange à relação entre os membros da organização, sendo de grande valia a exposição de tais posicionamentos. Deste modo, para a doutrina especializada, a associação mínima de quatro pessoas exigida pelo diploma legal, requer uma estrutura organizada e com clara divisão de tarefas, mesmo que informalmente, sem exigir, no entanto, um alto grau de sofisticação ou uma estrutura verdadeiramente empresarial (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 29).

Em sentido diverso, parte da doutrina penalista declina ser necessário algum tipo de hierarquia, existindo uma espécie de escalonamento que permite ascensão no âmbito interno, em relação à chefia e aos chefiados. Na realidade, essa possibilidade de ascendência, acarreta na prática, sérios conflitos em decorrência das tentativas de usurpação do poder neste mundo paralelo, o que causa, muitas vezes, impactos inimagináveis, principalmente, no que diz respeito à segurança pública. Com base nessa discussão, surgem os paradigmas pelos quais a criminalidade organizada se manifesta, bem como suas peculiaridades (NUCCI, 2017, p. 13-17).

Historicamente, o primeiro fenômeno que serviu como verdadeira fonte conceitual sobre o crime organizado moderno surgiu no século XIX, no momento em que se começava a falar sobre as máfias. Este modelo se caracteriza pela utilização de um sistema de poder baseado em vínculos políticos e sociais que atuam na zona fronteira entre a legalidade e a ilegalidade, com efetivo domínio territorial, dotada de hierarquia clara e sólida que exerce monopólio sobre mercados específicos. Outra vertente do mesmo paradigma aparece na versão do chamado *gangsterismo*, que é marcado pela atividade criminosa revestida do caráter violento, sempre mantendo conexões com os agentes públicos (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 75-76). O estilo mafioso exige de seus membros uma espécie de ritual, geralmente marcado por um “pacto de sangue” para o ingresso na “família”, como prova de lealdade. Valorizam o silêncio, e, sobretudo, seu código moral (FALCONE; PADOVANI, 2012, p. 85-86). Apesar de parecer estar em desuso, permanece firme em algumas regiões do globo, principalmente no Oriente<sup>2</sup>.

O segundo modelo é conhecido como “rede”, e se constitui em uma estrutura horizontal, formada por pequenos grupos que atuam em campos específicos. Seu traço característico é a cooperação entre criminosos profissionais (até mesmo intelectuais) para a prática de crimes por meio de recursos tecnológicos onde preservam o anonimato, sem exigir lealdade, visto que o seu ideal é a obtenção de lucro (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 76).

Semelhante ao paradigma da rede, destacam-se as organizações terroristas que fogem um pouco à regra. O viés desses grupos, em muitos casos, não está

relacionado estritamente à obtenção de lucro, ainda que não o descarte, mas sim à propagação de sua ideologia, nacionalismo e ou religião. Com brutalidade, são capazes de desestruturar regimes políticos, impor suas crenças, dominar povos e conquistar territórios de forma semelhante à expansão imperialista (ALMEIDA, et al., 2017, p. 19-24). Utilizam-se de recursos tecnológicos para a preservação do anonimato e de um capital intelectual sedimentado para recrutar membros por meio de um discurso eloquente, que estão dispostos a sacrificar suas vidas em prol de algo maior.

Já o terceiro paradigma é conhecido como endógeno, ou “infiltração às avessas”, pois descreve o fenômeno da inserção do crime organizado dentro da estrutura do Estado, com o escopo de garantir imunidade em relação aos delitos cometidos, facilitar atos de corrupção, e como consequência de estar bem próximo do centro de poder, manter-se “blindado” das ações repressivas e preventivas perpetradas pelo Estado (CARDOSO apud MASSON; MARÇAL, 2017, p. 42).

Em alguns casos, o crime organizado também atua como concorrente em licitações perante o Poder Público. Quando assume este aspecto, o último paradigma entra em questão e pode ser analisado sob duas percepções um pouco distintas.

A primeira, discutido pela doutrina na interpretação do próprio conceito, se refere à estruturação do crime organizado como uma verdadeira empresa, caracterizada por sua organização, hierarquia, “gestão de pessoas”, administração, etc., que tornam a atividade perfeitamente enquadrável nas disposições do Direito Empresarial brasileiro, só não sendo possível, devido à ilicitude de seu objeto (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 76-79).

O segundo plano reveste-se de atividades lícitas, porém tem a finalidade de promover a lavagem de ativos, por meio da constituição de empresas, que atuam nos mais diversos ramos, e destacam-se pela prática de crimes que manipulam diretamente o mercado financeiro, tornando-se conhecidos como os “crimes de colarinho branco”. Por meio de inteligência e utilização de alta tecnologia causam impactos significativos no plano econômico, atuando acima de qualquer suspeita (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 76-79).

De acordo com esse entendimento, pode-se até mesmo cogitar a hipótese da participação de pessoas jurídicas na constituição de organizações que criminosas, com a finalidade de criar artifícios para impedir a responsabilização de membros que permanecem ocultos (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 40). Entretanto, independente dos modelos constituídos pelas organizações contemporâneas, a macrocriminalidade pratica infrações penais que, segundo a doutrina, podem ser divididas em três níveis:

O primeiro nível engloba os crimes principais, que são aqueles que se destinam à obtenção dos proveitos em larga escala. São exemplos desses crimes: extorsões; tráfico de entorpecentes, armas e pessoas; contrabando e descaminho; jogos de azar; promoção e favorecimento à prostituição; receptações; sequestros; golpes econômicos contra o estado; cartelização de empresas e roubo de cargas (MENDRONI, 2016, p. 36-46).

Já os de segundo nível, são também chamados de crimes secundários, servem basicamente para “dar suporte” e garantir o sucesso dos crimes principais. Estes crimes, via de regra, não geram lucratividade, ao contrário, exigem muitas vezes a realização de gastos. São exemplos de crimes secundários: corrupção e concussão; ameaças e intimidações; diversos tipos de fraudes como estelionatos, falsificação

de documentos, etc.; falsificação de moedas; fraudes contábeis e financeiras; crimes de informática; tráfico de influência; homicídios e lesões corporais graves (MENDRONI, 2016, p. 36-46).

Por fim, o crime de terceiro nível será sempre a lavagem de dinheiro, pois é este que traz o efetivo aumento da lucratividade e a transforma o capital advindo da ilicitude em lícito (MENDRONI, 2016, p. 36-46). É aqui que entram as “empresas criminosas”.

O campo de atuação é bastante variado, tendo em vista que a criminalidade também é adepta à lógica do mercado, que possui, em cada país de atuação, seus vícios e suas “necessidades”. Em decorrência dessa estruturação, as facções organizam-se territorialmente para que o conflito (muitas vezes, sangrento) não atrapalhe a via negocial. É bastante comum a celebração de “parcerias” entre as organizações para dominar diferentes mercados e territórios, nos quais esse entrelaçamento é regido por restrições e delimitações que exigem total controle e disciplina.

Cabe também destacar outra faceta deste fenômeno, que se refere à incrível facilidade de adaptação, em toda e qualquer situação, configurando-se inimigo extremamente resiliente. Assim como o crime se coaduna com as inovações tecnológicas e os novos cenários do mercado financeiro, ele também se amolda ao ambiente do cárcere. É por isso que “o desafio do crime organizado nada tem a ver com o combate à criminalidade comum” (FREITAS, 2014). Desse modo, ele é considerado, então, um poder paralelo que atua onde o Estado não cumpre suas intrínsecas funções.

## **FACÇÕES CRIMINOSAS: O “CONTRAPODER” ECONÔMICO, POLÍTICO E CULTURAL**

Em um estudo aprofundado sobre o crime organizado transnacional, alguns autores apontam que o fim da guerra fria foi um fator incisivo para sua expansão. A queda do regime socialista nos países europeus teve como consequência a abertura desenfreada do mercado, em que a criminalidade encontrou o cenário perfeito para sua ascensão, agora de maneira lícita. Em países assolados pela pobreza, passaram a se estruturar como verdadeiras multinacionais. Atuavam em diversos setores essenciais como pioneiros, pois detinham dinheiro o suficiente para dar início aos investimentos na iniciativa privada, e também porque, até então, só o Estado detinha o controle de tais atividades (GLENNY, 2008, p. 10-15).

No decorrer dos anos, além dos crimes habituais já praticados, a macrocriminalidade já não se contentava em apenas lavar os ativos em suas próprias empresas, pois a tributação fazia com que “perdessem” boa parte do lucro. Assim, as técnicas foram aprimoradas, dando origem às *offshores*. Essas empresas são consideradas válvulas de escape para reduzir, ou até mesmo evitar o pagamento de altas taxas tributárias, por meio de aplicação de recursos em paraísos fiscais, que possuem uma coesa e consistente política de sigilo sobre seus investidores. Sobre tais empresas, destaca-se o seguinte conceito:

[...] uma “offshore company” é uma entidade situada no exterior, sujeita a um regime legal diferente, “extraterritorial” em relação ao país de domicílio de seus associados. Mas a expressão é aplicada mais especificamente a sociedades constituídas em “paraísos fiscais”;

onde gozam de privilégios tributários (impostos reduzidos ou até mesmo isenção de impostos). E isso só se tornou possível quando alguns países adotaram a política da isenção fiscal, para atrair investimentos e capitais estrangeiros (POLACK, 2018).

Além de conseguir as benesses dos paraísos fiscais, o crime organizado investe pesado também nos chamados “crimes de colarinho branco” que afetam diretamente a ordem econômica. Tais crimes estão relacionados à prática de fraudes, uso indevido de informações privilegiadas, corrupção e outras atividades por pessoas que detêm importantes cargos políticos ou de influência no governo (BRANCO, 2014).

Ao passo que os investimentos do mundo criminoso prosperam, os Estados passam a atuar em último plano. Enfraquecidos, tentam desesperadamente tomar medidas repressivas no combate à criminalidade. Sem sucesso, os agentes públicos que já possuem uma terrível falha ética, acabam “mudando de lado” e passam a aceitar as regalias oferecidas pelo mundo sedutor do poder paralelo.

Desse modo, o crime organizado também investe na política. O patrocínio e financiamento de campanhas eleitorais espetacularizadas é uma das causas mais preocupantes que envolvem o Estado Democrático de Direito. A fraude e a corrupção maculam o processo eleitoral já em seu nascedouro, o que por consequência, causa danos irreparáveis à democracia e ao princípio republicano. Por sua vez, o princípio fundamental republicano significa intrinsecamente ter legitimidade para o exercício dos mandatos populares com renovação periódica, bem como a igualdade de acesso aos cargos públicos eletivos ou não, como forma de extinguir as estruturas oligárquicas, mediante abolição de privilégios, o que com as campanhas milionárias, definitivamente, não é cumprido (PIZZOLATTI, 1997).

No que se refere ao controle, a Constituição Federal de 1988 e a legislação ordinária trouxeram balizas importantes para garantir a probidade nas eleições. Entretanto, é alarmante a preocupação das instituições em traçar estratégias para barrar a atuação das facções criminosas e manter a lisura do processo eleitoral<sup>3</sup>.

Além do controle econômico e político, o crime organizado é também um poder que se relaciona com a cultura. Quando analisado sob este prisma, ele possui certas peculiaridades. Muitas facções têm seu nascedouro enraizado na cultura do país e região de origem (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 64-65).

Geralmente, elas respeitam “códigos morais” sólidos e ideologias que conquistam muitos adeptos. Apesar de ter sido o principal fator de expansão do império da ilegalidade, a globalização não conseguiu dismantlar seus traços culturais como fez em diversas regiões do planeta, pelo contrário, ajudou a propagá-los e reafirmá-los como identidade da facção. Essa identidade, em muitas vezes, define seu *modus operandi*. Neste sentido, destaca-se o seguinte raciocínio:

No que pese a criminalidade moderna possuir identidade multifacetária e poder ser examinada em perspectivas e profundidades diversas, pode-se verificar certos traços que guardam relativa correspondência entre suas várias manifestações, inclusive por seus atos simbólicos e desconcertantemente reproduzidos mesmo diante de diferenças e distâncias temporais, espaciais, regimes políticos e conformações sociais (CUNHA, 2011).

Assim, o modo de agir, seja com extrema violência ou não, a forma de tratamento dos membros de sua comunidade ou de seus rivais, ou até mesmo a demanda da região de produtos ilícitos podem ser considerados um traço marcante do fator

cultural. Outro ponto interessante para se analisar no aspecto cultural são as tatuagens. Em boa parte das organizações criminosas, as tatuagens possuem significados simbólicos. Quando não fazem parte do ritual de iniciação, fazem referência à força, ao caráter ou a tenacidade do agente no seio da organização e, por outro lado, também exprimem a transgressão das regras impostas pela sociedade (MENDRONI, 2016, p. 598).

Observado sob mais um ponto diverso, o fator cultural atrapalha um pouco as tentativas do Estado em combater a macrocriminalidade. Com o amplo acesso a todo e qualquer tipo de conteúdo, a elaboração de filmes e seriados enaltecendo “figuras notórias” do mundo do crime como traficantes, *serial killers* ou ladrões<sup>4</sup>, em muitas vezes, estimulam e impulsionam a atividade criminosa. A demonstração de um estilo de vida bem-sucedido, em que o poder e o dinheiro são prioridades, somados ao *status* de celebridades, transformaram-se em ideais perseguidos pelas novas gerações (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 64-65). Assim, os criminosos passam a ser tratados como heróis e o Estado como o mais despiendo vilão.

Conjugando todos esses fatores, é possível constatar que, nos dias de hoje o que existe, é uma verdadeira “politização universal do crime” (GOMES, 2017, p. 131). A ferocidade com que o crime organizado se mistura com o mercado empresarial ao mesmo tempo em que investe seu lucro no cenário político e social, é algo emergente que precisa de resposta efetiva.

Diante do exposto, é passível de constatação que tal “assalto ao poder”, corrói o aparelho estatal, porque não consegue atender sua finalidade, visto que suas instituições são enfraquecidas gradativamente, não obtendo sucesso na instauração da ordem e aplicação da lei, em decorrência do domínio político, econômico e cultural da criminalidade organizada. Ao mesmo tempo, seu inimigo busca suprir a “carência” da presença do Estado, criando um emaranhado de regras, em que a sociedade se vê encurralada. Como resultado desse dilema, é preciso perpassar por uma análise dos desafios éticos-jurídicos enfrentados por aqueles que efetivamente desempenham sua função de forma legal e proba.

### **ESTADO ATACADO, SOCIEDADE CIVIL ASSOMBRADA: O SENSO COMUM DA REAÇÃO PELA “LEI DA FORÇA”**

A violência está em cena. Não esteve ausente ontem e continua frequente hoje. O passado-presente é uma “terra estrangeira, é terra de uma violência horripilante” (PINKER, 2013, p. 29). Esse fenômeno alveja não somente o modo como a vida é vivida, mas também como ela é entendida. Para falar dessa violência, uma narrativa literária pode ajudar na sua melhor compreensão: Há dois reinos de terror. Um deles é forjado na paixão quente; o outro, no insensível sangue frio. Os calafrios se manifestam em ambos, em função do terror, seja ele de maior ou menos intensidade. Esse cenário sombrio só leva a tremer e a lamentar (TWIN, 2006, p. 3-5).

Não faltam episódios cotidianos que permitem enxergar, por via reta ou oblíqua, o desconcertante fenômeno da violência na sociedade contemporânea. A alta potencialidade de horror dos atos violentos espetacularizados e a comovente empatia com os vitimados, no entanto, podem servir como inibidoras para o pensar desapixonado sobre esse real fenômeno da violência desestabilizadora da via social.

Essa maneira de encarar um problema de assombrosa tormenta para a coletividade pode até parecer fria e calculista, mas não significa, no fundo, falta de

sensibilidade para com esse fenômeno assustador. Trata-se apenas de uma forma de pensamento que pretende escavar e esclarecer, com a máxima sensatez possível, o sentido da violência, a partir de três noções básicas: a violência subjetiva, a violência objetiva e a violência sistêmica (ZIZEK, 2014, p. 22-23).

A primeira se apresenta como a de maior visibilidade. Ela é cometida por agentes identificáveis, capazes de aterrorizar o outro com suas ações violentas diretas e contundentes. A segunda se insinua e se consoma em ambientes de temor latente. Ela se caracteriza pela prática camuflada de comportamentos que passam despercebidos ou, quando notados por determinados grupos, acabam “normalizando” por segmentos mais influentes da sociedade. A terceira se reproduz como consequência de ações deletérias em estruturas políticas, econômicas, sociais e culturais. Ela é capaz de gerar, em efeito cascata, exclusão de muitos e injustiça social.

Ainda que se conclame uma “cruzada” para se conter a violência, uma espécie de “pedido de socorro” desesperado, não é possível decodificar esse fenômeno complexo, sem tentar entender a interação dinâmica de seus três tipos principais. As violências subjetiva, objetiva e simbólica não são ilustres desconhecidas entre si. Elas se entrecruzam na trama das ações violentas.

Todavia, não raras vezes, a violência consegue cristalizar o pensamento. Não deixa tempo para o ato reflexivo. É preciso fazer algo concreto, pois se reclama uma resposta pronta e eficaz. Se essa resposta não vem logo, costuma-se dizer que é muita falta de sensibilidade em relação aos dramas de uma sociedade acuada. Essa é uma leitura recorrente na sociedade atual. A violência não poupa a vida contemporânea de um “falso sentimento de urgência.” (ZIZEK, 2014, p. 20).

Nos tempos atuais, o pânico disseminado por todos os lados, com engenhosa facilidade e espantosa velocidade, mobiliza a inclinação para uma reação imediata vigorosa, sobretudo, quando se é bombardeado pelas imagens midiáticas da violência. Nesse cenário, não falta o discurso clichê do Estado atacado e da sociedade assombrada.

O senso comum está nas poltronas; o sensacionalismo, no palco. Nesse “teatro dos horrores”, fica fácil introduzir propostas rasas para a questão estonteante da violência. A “lei da força”, como “solução de prontidão”, ecoa por todos os segmentos sociais. “Declaração de guerra” é o que muitos querem ouvir. O “banho de imagens” sugestiona o espectador para uma entrega submissa a emoções e sensações alastradas por um bombardeio de “cenas espetacularizadas” da violência, que prendem a atenção, embotando a verdadeira sensibilidade e a ativação do intelecto (LLOSA, 2013, p. 42).

A violência é real, não ilusória, mas não adianta se iludir. Não há solução preventiva e repressiva simplista para um fenômeno social complexo, dinâmico e envolvente como a violência, notadamente, quando ela assume a face da criminalidade organizada. Ela afronta o Estado e amedronta a sociedade civil. O poder público é chamado a enfrentá-la com rigor e vigor.

As discussões sobre o Estado têm girado em torno de três visões diferentes: a institucionalista, a pluralista e a instrumentalista (CASTELLS, 1999a, p. 354). A primeira atém-se à autonomia das instituições públicas, seguindo a lógica interna de determinado Estado. A segunda descreve a necessidade de reformas constantes do Estado, de acordo com a dinâmica de uma sociedade civil multifacetária. A terceira entende o Estado como a expressão de atores sociais que, em defesa de seus interesses, conquistam o poder de dominação.



De qualquer modo, independente da posição teórica adotada, a relação indissociável entre Estado e sociedade civil está sempre imbricada no contexto da nação. Não é por outra razão que se diz que o Estado-nação é a “estrutura da referência” (CASTELLS, 1999a, p. 354).

As organizações criminosas alcançam dimensão nacional e transnacional em qualquer lugar do mundo. Há facções criminosas com enorme poder nacional. Há redes criminosas com gigantesco poder transnacional.

A partir das bases locais, nacionais e étnicas, fundadas na identidade de grupos sedimentada em relacionamentos interpessoais de confiança/desconfiança, as organizações criminosas atuam em uma vasta gama de atividades ilícitas. O tráfico de drogas é o principal negócio, mas não é o único protagonista da economia global do crime: tráfico de armas, material nuclear, imigrantes ilegais, pessoas, órgãos, produtos piratas, biodiversidade engrossam as cifras das conexões perversas dessa pujante economia do mal. Por certo, a lavagem de dinheiro dá guarida a esse engenhoso sistema criminoso. Do ponto de vista do paradigma empresarial da criminalidade organizada, a economia do crime global e toda sua maléfica engenhosidade só fazem sentido se os vultosos lucros gerados puderem ser aplicados na economia formal. A lógica maliciosa é bastante óbvia. É preciso transformar o que é “dinheiro sujo” em “ativos financeiros limpos” (CASTELLS, 1999b, p. 211-216).

Além disso, as novas e poderosas tecnologias da informação e da comunicação também passam a ser consideradas na atuação da criminalidade organizada. Parece fora de dúvida que os aparatos tecnológicos ao alcance do bem estão também à disposição indiscriminada do mal. É o paradoxo inevitável da possibilidade do uso dual das tecnologias da informação e da comunicação, que não deixa de ser uma espécie de “faca de dois gumes” (CARRAPIÇO, 2005, p. 15-17).

Ao se apropriar dessas novas tecnologias, a criminalidade organizada, como um fenômeno de enorme danosidade social, nos tempos hodiernos, tem mostrado maior capacidade de renovação de suas estratégias para a propagação de todo seu potencial malévolos. Já não surpreende dizer que essa criminalidade, com sofisticação tecnológica, se tornou um fenômeno comum. Mas, escandaliza ouvir que ela já se transformou em algo normal. Entre o comum e o normal há muita diferença. Definitivamente, ela não é normal, de modo algum.

Quando se fala em considerar o crime organizado pelo que ele realmente é, ou seja, um fenômeno violento incrustado na estrutura das sociedades contemporâneas, que se aproveita de suas fragilidades, sem quaisquer escrúpulos, então, podem ser visualizados sérios dilemas econômicos, políticos, sociais e culturais, por ele englobados, que não comportam pseudo soluções de curto, médio e longo prazo.

Já não se pode deixar de reconhecer a criminalidade organizada como uma nova realidade criminal muito desafiadora, com musculatura econômica, influência política, impacto social e presença cultural, orientando-se por logísticas empresariais, a ponto de ser uma espécie de contrapoder paralelo à ordem político-jurídica estabelecida.

A discussão sobre seu “poder de fogo” não pode ficar circunscrita, porém, à existência ou não desse “monstro tentacular”, ou mesmo sobre a urgência de se enfrentá-lo com toda a tenacidade. É necessário também tratar da forma como essa resposta será efetivada no âmbito da sociedade democrática com seus poderes constituídos (HASSEMER apud ZIEGLER, 2003, p. 69). Assim, o desafio está posto ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

## **DEMOCRÁTICO DE DIREITO: OS DESAFIOS ÉTICOS-JURÍDICOS DA PREVENÇÃO E REPRESSÃO PELA “FORÇA DA LEI”**

Antes de tudo, é preciso registrar que o Estado Democrático de Direito é mais do que apenas um Estado legislativo; ele é, sobretudo, um Estado Constitucional. Como Estado Constitucional, envolve “um dever ser que incorpora uma série de elementos, fins, valores, imperativos ou exigências que o definem de modo constitutivo” (PEÑA FREIRE, 1997, p. 38).

As normas-princípios trazem os limites que balizam as ações do Estado Constitucional Democrático de Direito, tornando-se garantias jurídicas que percorrem duas direções. De um lado, proteção da dignidade da pessoa humana e a tutela da cidadania; de outro, a institucionalização da exigência constitucional capaz de validar (validade jurídico-constitucional) a correção normativa das ações estatais.

No Estado Constitucional Democrático de Direito não cabe ignorar a necessidade de uma metodologia sincronizada com a centralidade de direitos e garantias fundamentais que não são apenas condicionantes axiológicos, mas também constituem “vínculos estruturais de toda a ulterior dinâmica política que implica o Estado democrático” (PEÑA FREIRE, 1997, p. 64).

A opção por se viver dentro da ordem político-jurídica, em conformidade com princípios democráticos constitucionais, será uma exigência e consequência da adesão a valores declarados indispensáveis à igualdade de direitos reconhecidos a todos os cidadãos. Não se pode esquecer que a legitimação e a correspondente legitimidade do Estado Constitucional se dá pela relação interna entre democracia e direitos humanos (HABERMAS, 2003, p. 67). Constituição e cidadania se tornam indissociáveis. A relação entre cidadania e direitos começou a acontecer, entre os séculos XVII e XVIII, por meio da formulação dos direitos civis (MARSHALL, 1950, p. 21-23).

Cabe à Constituição desempenhar o ponto de materialização dos valores mais elevados da cidadania tanto pela via mais aberta dos princípios, quanto pela via mais fechada das regras, concentrando em sua sistemática normativa o momento histórico-cultural vivenciado por determinada sociedade e, ainda, captando as necessidades socioculturais que reclamam a efetivação dos comandos normativo-constitucionais (DALLA-ROSA, 2002, p. 232).

A criminalidade organizada contemporânea confronta a Constituição e a cidadania. Mas, ambas constituem pilares do Estado Democrático de Direito, que se afirma pela “força da lei”, e não pela “lei da força”. Por mais severa que seja a afronta da criminalidade organizada à Constituição e à cidadania, o Estado Democrático de Direito não pode lhe dar respostas preventivas e repressivas fora dos limites ético-jurídicos que norteiam a civilidade.

Na contemporaneidade, a bandeira dos direitos humanos está hasteada no cume dos valores socioculturais, tornando-se a mais destacada referência dos direitos exponenciais para a sociedade como um todo, até mesmo uma espécie de “porto seguro para as ambições sociopolíticas e o termômetro dos regimes democráticos e antidemocráticos” (BITTAR, 2005, p. 84).

Não é demais lembrar que “o problema fundamental em relação aos direitos humanos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p. 24).

A título de ilustração, quando se discute a temática da presença de prescrições éticas no texto da Constituição Federal Brasileira (1988), há de se considerar o

“avanço jurídico-democrático perpetrado por meio da introdução desse texto no ordenamento jurídico nacional” (BITTAR, 2005, p. 136). Basta uma leitura no seu primeiro artigo para se defrontar com a exigência de respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana pela República Federativa do Brasil (art. 1º, I e III, CF/88).

A política pública criminal até agora elaborada e projetada para o enfrentamento da criminalidade organizada ainda se mostra com sérias deficiências. Proposta de “soluções mágicas” para problemas mais intrincados como este, não conseguem esconder suas fragilidades, seus engodos e suas dissimulações, notadamente, quando são questionadas em termos de efetividade preventiva e repressiva, dentro de balizamentos ético-jurídicos constitucionais.

Um problema real e complexo como o da criminalidade organizada exige diagnóstico e prognóstico, com a proposição de medidas que tenham algum impacto presente-futuro na modificação de uma realidade social subjugada por essa perversidade profissional. Não são admissíveis propostas míopes e amadoras para seu enfrentamento efetivo na sociedade contemporânea.

A criminalidade organizada já serviu para retóricas ideológicas. Mas, já passou da hora de ser menos ideológico e tratar da delicada questão das organizações criminosas com um pouco mais de racionalidade em termos de política pública.

O ponto de partida é entender que defesa nacional, segurança pública e justiça criminal não guardam, necessariamente, relações simétricas entre si. Se um alinhamento entre elas não é tão fácil, porque envolvem concepções distintas em certos aspectos, colocá-las todas dentro de um “pacote três em um” e apresentá-las como solução panacéica para o problema da criminalidade organizada é, no mínimo, amadorismo com receituário de efeito placebo.

Basta um pouco de lógica inicial para se perceber o que está em questão. Não se pode enfrentar com políticas públicas desorganizadas uma realidade muito bem estruturada como a da criminalidade organizada.

No império do fingimento, fica difícil discernir o real do ilusório, o provável do improvável, e o verossímil do inverossímil. Nem a mais brilhante luz solar tem sido capaz de derreter as tantas maquiagens feitas em torno da criminalidade organizada. Uma das passagens do Evangelho poderia ser rememorada em tempos tão difíceis de se falar com veracidade. É aquela em que Jesus disse com a notória clareza: “Tenho falado francamente ao mundo” (BIBLIA, 2006, p. 1889).

A franqueza pública precisa, com urgência, recuperar seu espaço na sociedade de “consciência plastificada”, na qual qualquer fala rasa e medíocre, mas embalada em discursos empolados e grandiloquentes, propagados por todos os lados, com retoques marqueteiros, acaba por reduzir os ouvintes e conquistar seu beneplácito. É a “turma dos falantes onipresentes”, de prontidão para conduzir os destinos de uma política pública impregnada de desatinos irracionais, que poderia dar uma pausa em sua verborragia estulta e refletir um pouco mais sobre a desumanização das relações pessoais, a degradação da vida social e da intensificação da criminalidade, especialmente, em sua vertente mais nefasta e perniciosa, vale dizer, a criminalidade organizada de paradigma empresarial, enraizada na sociedade contemporânea.

O fenômeno real das organizações criminosas, nos tempos atuais, exige profunda reflexão crítica, coerente e criteriosa sobre a articulação de políticas públicas mais efetivas para prevenção e repressão, doravante, da criminalidade organizada. Não cabem receitas pseudoresolutivas imersas na idiotice daquelas que se encontram

cristalizados no “mesmo de sempre”, tal como expressa o termo grego *idios* (CARVALHO, 2013, p. 17). Mais do mesmo para prevenir e reprimir criminalidade organizada, sem serviço de inteligência aguçada, informação qualificada, tecnologia ajustada e equipe articulada, no mínimo, é reconhecimento da própria idiotice.

Não se pode delinear uma coordenada política pública séria de prevenção e repressão à criminalidade organizada, com consistência, continuidade e credibilidade, quando se é movido pelo afogadilho e improviso.

A criminalidade organizada, a “película escura fixada no vidro” da sociedade contemporânea, com suas bases fincadas no poder econômico, político e institucional, tem dimensões locais, regionais e globais. Ela conta com a atuação de agentes dotados de grande capacidade de opressão social e cooptação de aliados exercendo todo tipo de influência perigosa e predatória nas mais diversas camadas da vida coletiva. Seus tentáculos forjam tantas alianças quanto forem necessárias para a conquista de proveitos e vantagens inimagináveis para suas redes de atividades ilícitas.


O Estado Democrático de Direito já não pode mais se equivocar nessa percepção, se pretende prevenir e reprimir a criminalidade organizada, com eficiência e eficácia, mas sem se desviar de seus postulados constitucionais ético-jurídicos tão caros à dignidade humana.

## CONCLUSÃO

A violência tem muitas e múltiplas faces. A sua face mais ameaçadora, na contemporaneidade, assume a forma de criminalidade organizada, distinta do crime comum.

Não há como entender uma organização criminosa sem se ter uma nítida noção de sua estrutura de funcionamento e sem perceber que ela se caracteriza por modelos distintos, desde o mafioso ao empresarial, este último o mais recorrente no plano nacional e transnacional.

Nesse modelo empresarial, surgem muitas facções criminosas, na sociedade contemporânea, todas dotadas de um desconcertante “poder paralelo”. Elas demonstram enorme capacidade de desestabilização da “lei e da ordem”. Não é sequer exagero dizer que algumas dessas facções, de tão bem estruturadas, se tornaram até mesmo um contrapoder, apto a realizar o “assalto ao poder” com engenhosa pujança econômica, política e cultural. Por certo, toda essa força tentacular da criminalidade organizada não deixa de representar uma ameaça ao próprio Estado, além de assombrar a sociedade civil. Esse quadro de “tremor e terror” se converte em oportunidade de ocasião para o senso comum “pedir desesperado socorro” por uma urgente e enérgica “lei da força”.

No entanto, não se enfrenta nenhuma organização criminosa de forma amadora e improvisada. Prevenção e repressão de criminalidade organizada não são realizadas com posicionamentos ideológicos, embaladas por apelos sensacionalistas, mas com inteligência refinada, informação selecionada, tecnologia avançada e equipe integrada, articulando-se defesa nacional, segurança pública e justiça criminal, o máximo possível, sempre dentro dos balizamentos da força da lei. Assim, uma atividade eficiente e eficaz contra esse fenômeno perverso, complexo e dinâmico deve ser engendrada e executada nos limites ético-jurídicos do Estado Constitucional Democrático de Direito, respeitando-se os princípios fundamentais e indeclináveis da dignidade da pessoa humana e da cidadania. 

## NOTAS

- 1 Art1º [...] § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.
- 2 A título de exemplo, no mundo oriental as máfias conhecidas como as Tríades Chinesas, a Yakuza mantém suas tradições e rituais de iniciação, marcados pelo juramento de fidelidade aos membros que implica na coleta de um pouco de sangue do novato para celebrar a iniciação solene do agente.
- 3 Em algumas declarações nos anos de 2016/2017, o então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o ministro Gilmar Mendes demonstrou preocupação em promover a integração entre a Justiça Eleitoral e o Ministério da Defesa para promover investigações sobre a influência do crime organizado e das milícias nas eleições municipais nos estados do Rio de Janeiro, Amazonas, São Paulo e Maranhão.
- 4 Hoje, alguns seriados se tornaram famosos por tratar justamente de figuras notórias como Pablo Escobar (Série Narcos); Charles Manson e Ed Kemper (ambos da Série Mindhunter). Outra série famosa nos dias de hoje, é a série espanhola chamada "La casa de papel" que supostamente trata do maior roubo da história.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Débora de Souza et al. *Terrorismo: Comentários*, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e Aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodvim, 2017.
- BÍBLIA. Português. *Bíblia de Jerusalém*. Trad. de Samuel Martins Barbosa et. al. São Paulo: Paulinas, 2006.
- BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRANCO, Sérgio Zoghbi Castelo. Crime do colarinho branco. 2014. Disponível em: <<https://sergio-zoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111908115/crime-do-colarinho-branco>>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2018
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 5.015, de 12 março de 2004. *Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2018.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2018.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada*: curso completo de acordo com a lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.
- CARRAPIÇO, Helena. *O crime organizado e as novas tecnologias: uma faca de dois gumes*. São Paulo: Instituto de Defesa Nacional, 2005.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Trad. Klaus BrandiniGerhart. São Paulo: Paz e Terra, 1999a.
- \_\_\_\_\_. *Fim do Milênio*. Trad. Klaus BrandiniGerhart e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999b.

- CARVALHO, Olavo de. *O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias. 2011. Disponível em : <<http://journals.openedition.org/pontourbe/1752>>. Acesso em : 03 mar. 2018.
- DALLA-ROSA, Luiz Virgílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.
- FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle. *Coisas da Cosa Nostra: a máfia vista por seu pior inimigo*. Tradução de Luís de Paula. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- FREITAS, Vladimir Passos de. O crime organizado é pouco conhecido e estudado nas escolas de Direito brasileiras. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-08/crime-organizado-conhecido-estudo-brasil>>. Acesso em: 03 mar. 2018.
- GLENNY, Misha. *McMáfia: Crime sem fronteiras*. Trad. de Lúcia Boldrini. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. *O Jogo Sujo da Corrupção*. Bauru: Astral Cultural, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. Parte I, p. 67-82.
- LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Trad. de Ivone Beneditti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.
- MARSHALL, T.H. *Citizenship and social class and other Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- PINKER, Steven. *Os anjos bons da natureza humana: porque a violência diminuiu*. Trad. de Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- PIZZOLATTI, Rômulo. *Garantias processuais da lisura do processo eleitoral contra a influência do abuso de poder*. Resenha Eleitoral – Nova série, v. 4, n. 2, 1997. Disponível em: <[http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/garantias-processuais-da-lisura-do-processo-eleitoral-contra-a-influencia-do-abuso-de-poder/index210f.html?no\\_cache=1&Cache=3d64d1a7366a2f058b9af00369401f8b](http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/garantias-processuais-da-lisura-do-processo-eleitoral-contra-a-influencia-do-abuso-de-poder/index210f.html?no_cache=1&Cache=3d64d1a7366a2f058b9af00369401f8b)>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- POLAK, Sergio. Porque constituir Sociedades Offshore. 2018. Disponível em: <[http://polakconsult.com/polak\\_pt/porque-constituir-sociedades-offshore/](http://polakconsult.com/polak_pt/porque-constituir-sociedades-offshore/)>. Acesso em: 11 mar.2018.
- TSE pede investigação de facções e milícias infiltradas na política. Revista Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-08/tse-investigacao-faccoes-milicias-infiltradas-politica>>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- TWAIN, Mark. *Um ianque na corte do rei Arthur*. Adap. De Rodrigo Espinosa Cabral. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ZIEGLER, J. *Os senhores do Crime: as novas máfias contra a democracia*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- ZIZEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. Trad. de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

ARQUIVO PESSOAL



**MARCIUSTADEU MACIEL NAHUR** é Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal – U.E. de Lorena (SP). Delegado de Polícia da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. Professor dos Cursos de Direito, História e Psicologia do Unisal (Lorena-SP) e dos Cursos de Filosofia e Teologia da Faculdade Canção Nova (Cachoeira Paulista-SP).

ARQUIVO PESSOAL



**LUÍSA CLAUDIA FARIA DOS SANTOS** é Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal – U.E. de Lorena (SP).





# Receita Federal e modernos conceitos de segurança e combate ao crime

■ POR CLÁUDIO DAMASCENO

**“O crime organizado é um fenômeno em franco crescimento no Brasil. O perigo de sua expansão e a gravidade de seus danos o tornam uma das prioridades para a agenda de segurança pública do país.”**

**A**té agora não escutei de qualquer dos candidatos à Presidência da República um diagnóstico minimamente bem feito a respeito do papel do governo federal na promoção da segurança pública, bem como ideias claras sobre combate à criminalidade e proteção da população. Percebo que os nomes colocados para a corrida ao Planalto ou fazem tábula rasa da questão – geralmente enfatizando a repressão armada e violenta –, ou não sabem por onde começar. Como esta campanha é curta e traz componentes políticos inéditos, potencializa-se o risco de irmos às urnas sem realmente saber o que pensamos, queremos e sugerem sobre o tema.

Em segurança o que não existe é solução fácil. Especialistas, em cujas experiências e conhecimento me baseio, habitualmente dizem que a força bruta é o último recurso. E que a eficiência no combate às causas da violência se mede pela integração de todos os agentes de Estado.

A criação do Ministério da Segurança Pública, no atual governo, foi o reconhecimento de que a questão é de alta importância para a manutenção do estado de direito – e que também agora existe a percepção de que é um assunto da Federação. Mas tal avanço quase foi embargado pela chocante falta de senso de urgência:



criado em fevereiro por medida provisória, a lei que consolidou a Pasta foi sancionada pelo presidente Michel Temer somente em 10 de julho! Todo esse tempo funcionou sem uma estrutura formal que lhe confirmassem ações e iniciativas devido aos meses de tramitação no Congresso.

Ao ler a lei que institui o Ministério, está que suas atribuições são “Coordenar e promover a integração da segurança pública em todo país, com a cooperação de estados, municípios e do Distrito Federal; Promover a defesa dos bens da União e, ainda, planejar, coordenar e administrar a política penitenciária nacional”. Descontada a superficialidade do texto, dá a entender que novamente a multidisciplinaridade será relegada a segundo plano, ou seja, que criminalidade nada tem a ver com investigação de movimentações financeiras, construção de patrimônio incompatível com rendimentos e lavagem de dinheiro.

Hoje é pacífico que um dos pilares da segurança pública é o combate severo à corrupção, bactéria que contamina o tecido social de alto a baixo, das fronteiras do País às metrópoles. Várias conexões estão identificadas. Dentre muitas, hoje é sabido que as milícias cariocas se servem do contrabando de cigarro e de outras bugigangas, irmãos-siameses do tráfico de armas, primo próximo da corrupção de policiais, associada ao financiamento de campanhas políticas, favorecidas por grandes somas de dinheiro transitando em casas de câmbio, cujas operações multiplicam bens móveis e imóveis.

Enfeixou-se todas essas pontas soltas, mas ainda não estão ligadas. São precários os instrumentos de compartilhamento de dados. Falta muito para que as instituições toquem pela mesma partitura, preservados os espaços e atuações de cada um. Aquilo que o serviço de inteligência da Receita Federal (RFB) levanta, deve estar à disposição da Polícia Federal, do Ministério Público, do Poder Judiciário, e a tudo isso se soma o que for reunido pelas polícias civis e militares, departamentos de trânsito, além das administrações municipais e estaduais. Com absoluta reciprocidade. Um alimenta o outro e todos se integram.

Mas, ao analisar a Lei nº 13.675, de 11 de junho, que institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp), grita o fato de a RFB estar ausente desse aparato. Não consta da lista de organismos estatais (definidos como “integrantes estratégicos”) que o compõem, conforme estabelecido na Seção I, art. 9º, § 1º. Isso se torna ainda mais ilógico quando se lê, na Seção II, art. 16, que: “Os órgãos integrantes do Susp poderão atuar em (...) portos e aeroportos, no âmbito das respectivas competências, em efetiva integração como órgão cujo local de atuação esteja sob sua circunscrição (...)”.

Relembro trecho do discurso de posse do senador José Serra (PSDB-SP), quando, em 18 de maio de 2016, assumiu o comando do Ministério das Relações Exteriores. Ao apresentar as novas diretrizes do Itamaraty, foi explícito: “Se eu tivesse que acrescentar uma [diretriz] a mais (...), eu citaria uma que temos que cumprir, colaborando com os ministérios da Justiça, da Defesa e da Fazenda, no que se refere à Receita Federal: a proteção das fronteiras, hoje o lugar geométrico do desenvolvimento do crime organizado no Brasil (...) que se alimenta do contrabando de armas, contrabando de mercadorias (...) e do tráfico de drogas”.

Dois anos depois, as palavras do ex-chanceler não constam das premissas que formulam o Ministério da Segurança, nem o Susp ou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), estabelecida na mesma Lei 13.675/18. E pensar que nas fronteiras dos Estados Unidos, nosso eterno paradigma, atuam várias agências governamentais, como a DEA, ICE, FDA, ATF e IRS, a Receita Federal

de lá (<https://www.irs.gov/about-irs> e <https://www.irs.gov/compliance/criminal-investigation/identity-theft-criminal-investigation>). Sem contar que, para eles, o conceito de “fronteira” inclui portos e aeroportos que recebem o fluxo do exterior.

A cultura do isolamento e da exclusividade emperra o combate à criminalidade, seja violenta ou letrada. Os avanços são lentos, embora existam. Em 11 de julho, o juiz Sérgio Moro garantiu à RFB a utilização de provas obtidas na Operação Lava Jato para cobrar tributos devidos pelos delatores. Porém, foi preciso que o Fisco pedisse esclarecimento ao magistrado sobre o despacho, de fins de junho, que impedia o uso dessas provas contra os colaboradores. Desnecessária barreira à atuação dos Auditores-Fiscais, sobretudo porque foi a ação integrada dos órgãos da força-tarefa da Lava Jato – na qual a Receita se inclui – que permitiu construir o mosaico de processos que colocou muitos ex-intocáveis na cadeia.

Quando existe compartilhamento de informações, o resultado vem. Em 9 de julho, uma operação levantada pela RFB desbaratou uma quadrilha que arrombava contêineres, falsificava lacres e embarcava cocaína para o exterior, saía pelos portos do Rio de Janeiro, do Espírito Santo e de São Paulo. Em quase um ano e meio, foram apreendidos 13 compartimentos de carga com aproximadamente quatro toneladas de droga. Membros da gangue foram presos em condomínios de luxo da orla carioca.

Antes, em 24 de março, no porto de Santos, Auditores-fiscais impediram que duas toneladas de cocaína seguissem para Espanha, França e Alemanha. Em 1º de março, também em Santos, as equipes já haviam travado 355 quilos da droga, que iriam para Hamburgo (Alemanha). Em 28 e 29 de fevereiro, outras 1,3 toneladas do pó também foi impedida de ser remetida para o porto de Tema (Gana), com escala na Europa, saindo do porto do Rio.

Os candidatos não podem apelar à tergiversação quando indagados sobre o assunto. Nada disso é novidade e são inúmeras as indicações de especialistas em segurança que colocam o compartilhamento de informações na base de uma política eficiente de combate ao crime. Lançada dia 2 de agosto, a agenda “Segurança Pública é Solução 2018”, elaborada pelos institutos Sou da Paz, Igarapé e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, salienta na Prioridade 2 – Enfraquecimento das estruturas do crime organizado:

“O crime organizado é um fenômeno em franco crescimento no Brasil. O perigo de sua expansão e a gravidade de seus danos o tornam uma das prioridades para a agenda de segurança pública do país. Os prejuízos econômicos do crime organizado decorrem de diferentes atividades criminais como roubos de carga, extorsão e tráfico de drogas, passando por monopólio de mercados (...)” (<https://igarape.org.br/agenda-seguranca-publica-e-solucao/>).

“Conhecimento é poder”, ensinou o filósofo inglês Thomas Hobbes, pouco mais de 300 anos atrás. Uma base de dados, comum e nacional, é fundamental para combater o crime inteligentemente, diminuindo gastos, riscos e preservando vidas. E finalmente reconhecendo que a lavagem de dinheiro e as fraudes financeiras estão na raiz da insegurança que a todos infelicitam. **C**



**CLÁUDIO DAMASCENO** é presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal (Sindifisco Nacional).

# Controle de fronteira e combate ao crime organizado se faz com inteligência e com o fortalecimento da Receita Federal

■ POR GERALDO SEIXAS

“Vivemos um período de extrema dificuldade. As crises política, econômica e fiscal impõem uma série de obstáculos ao debate, mas não podemos em um momento como que vivemos agora, seguir negligenciando as discussões sobre a segurança de nossa sociedade e a soberania de nosso país. É preciso que nesta hora em que se discute o futuro do Brasil as grandes questões possam ser analisadas e propostas e projetos efetivos possam ser avaliados de forma democrática e transparente.”

## COMBATE AO CRIME ORGANIZADO



**E**m debates, entrevistas e em discursos por todo país, os candidatos a presidente da República se esforçam para mostrar à sociedade que possuem planos e estratégias para conter a onda de violência nas cidades brasileiras. A todo momento são apresentadas propostas voltadas ao enfrentamento do tráfico de drogas, do contrabando e outros crimes transfronteiriços praticados pelo crime organizado, que se aproveita da fragilidade do controle de fronteiras para trazer ao território brasileiro armas, munições e drogas ilegais. Entre as propostas já apresentadas figura a criação de estruturas focadas na vigilância ostensiva das fronteiras brasileiras.

A medida tem sua importância e pode contribuir para ampliar o controle de pessoas, mercadorias e veículos que entram e saem do País, mas não atende à necessidade brasileira. Por dia, apenas para citar um exemplo, mais de 40 mil pessoas e veículos cruzam a Ponte Internacional da Amizade, em Foz do Iguaçu/PR, na fronteira do Brasil com o Paraguai. Esse é apenas um dos pontos de passagem da fronteira terrestre brasileira que tem 16,8 mil quilômetros com dez países: Guiana Francesa (655 km de fronteira), Suriname (593 km), Guiana (1.606 km), Venezuela (1.492 km), Colômbia (644 km), Peru (2.995), Bolívia (3.126 km), Paraguai (1.339 km), Argentina (1.263 km) e Uruguai (1.003 km).

No Brasil, é a Receita Federal que tem a precedência constitucional nas ações de fiscalização e controle aduaneiro e, portanto, a ausência do órgão em propostas e projetos que visam ao fortalecimento do controle de nossas fronteiras impossibilita qualquer política pública que tenha por objetivo ampliar o combate ao tráfico internacional de drogas, ao contrabando e ao descaminho.

Não há como tratar de controle de fronteiras no País excluindo-se desse debate, justamente a Instituição que tem constitucionalmente a precedência nas ações de controle, vigilância e repressão aduaneira nos portos, aeroportos e postos de fronteira terrestre.

É preciso que o debate sobre o enfrentamento à violência seja ampliado e que contemple as ações da Receita Federal. É nesse sentido que o consideramos fundamental inserir nessas discussões propostas que visem assegurar maior efetividade nas ações de controle de pessoas, mercadorias e veículos que entram e saem do País. Entre as propostas, os Analistas-Tributários da Receita Federal defendem a adoção de tecnologias de vigilância e monitoramento a distância nos principais pontos de fronteira terrestre do Brasil.

A adoção desses sistemas já é realidade em diversas Aduanas do Mundo. Os Estados Unidos, por exemplo, utilizam em larga escala sistemas de monitoramento eletrônico para controlar grande extensão de sua fronteira com o México. No caso do Brasil não há como pensar no controle de mais de 16,8 mil quilômetros de fronteira terrestre sem a utilização desses sistemas administrados pela Receita Federal do Brasil.

Também é preciso investir e fortalecer a capacidade de análise de risco da Receita Federal, que consiste no emprego de técnicas e instrumentos que permitem determinar e quantificar o nível de risco representado por um passageiro, uma carga, uma empresa ou um transportador nas mais diversas operações de

comércio exterior. Com esses recursos é possível analisar, identificar e selecionar operações que ofereçam riscos reais à segurança do comércio entre as nações e que necessitam de uma conferência mais apurada.


É importante ressaltar que o transporte das grandes remessas de drogas, armas e munições envolve elevado nível de sofisticação para burlar os sistemas de controle do comércio internacional, cadeias logísticas complexas, sistemas eletrônicos de transferência de renda, a ocultação de bens e patrimônio dos envolvidos e outras práticas, como a evasão de divisas que exigem, da mesma maneira, capacidade dos órgãos de controle para atuar de forma integrada no enfrentamento dessas organizações criminosas que possuem conexões internacionais.

Além da tecnologia e de investimentos permanentes, a ampliação da presença fiscal da Receita Federal nas nossas fronteiras é outro elemento essencial. Nesse sentido, somada às propostas anteriores, é fundamental a recomposição do quadro de servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal. Hoje, para realizar todas as ações de fiscalização e controle aduaneira, a Receita Federal conta com apenas 2.601 servidores.

Decididamente, o controle nas fronteiras, nos portos e aeroportos no País só será mais efetivo se houver o fortalecimento das ações de fiscalização, vigilância, repressão e controle aduaneiro realizados pela Receita Federal. O órgão tem um efetivo reduzido atuando no controle aduaneiro realizado em portos, aeroportos e postos de fronteira, quantitativo que representa somente 50% do necessário para se ter uma presença fiscal minimamente aceitável.

Em vários países, como os Estados Unidos (60.000 servidores), China (60.000 servidores), Holanda (4.900 servidores), Alemanha (39.000 servidores), Itália (9.000 servidores) e México (8.200 servidores), o quantitativo de servidores é muito maior que o do Brasil (2.600 servidores). Mesmo em países da América do Sul, como Chile (1.420 servidores), Bolívia (1.597 servidores) e Argentina (5.758 servidores) mantêm efetivos muito superiores ao número de servidores da Aduana brasileira, especialmente quando se considera as dimensões econômicas, da balança comercial, das fronteiras e o número de habitantes.

Vivemos um período de extrema dificuldade. As crises política, econômica e fiscal impõem uma série de obstáculos ao debate, mas não podemos em um momento como que vivemos agora seguir negligenciando as discussões sobre a segurança de nossa sociedade e a soberania de nosso país. É preciso que nesta hora em que se discute o futuro do Brasil as grandes questões possam ser analisadas e propostas e projetos efetivos possam ser avaliados de forma democrática e transparente. Esse é o objetivo dos Analistas-Tributários da Receita Federal ao apresentar esse conjunto de medidas que visam fortalecer o controle de nossas fronteiras.

Melhor e mais efetivo que a criação de novos órgãos de controle de fronteira e de segurança é fortalecer os órgãos de Estado que já atuam no País. 



**GERALDO SEIXAS** é Presidente do Sindicato Nacional dos Analistas-Tributários da Receita Federal do Brasil (Sindicereita).





■ POR JAIR ARAÚJO

## Customer experience na área tributária é possível?

“Depois de escolher o parceiro ideal, o segundo passo é investir em inteligência tributária, que vai trazer vantagens para operação por meio de automação de processos, validação e apuração de documentos em tempo real, armazenamento de informações na nuvem, entre outros recursos.”

Falar de *customer experience* é falar da jornada do cliente e de como ele se interage com uma marca, ou seja, como ele se relaciona com a empresa desde o momento em que a conhece, efetua uma compra, utiliza seus serviços, aciona o suporte ou pós-venda. Todas essas etapas geram pontos de contato e, para que o índice de satisfação seja positivo, é necessário que cada um desses pontos ofereça a melhor experiência. Vamos para um exemplo prático. O Varejo tem investido em tecnologias digitais para melhorar a experiência do consumidor. Uma das melhores ações dentro desse cenário é a integração de compras online e off-line. O consumidor pode encontrar uma peça em uma gôndola de um supermercado e checar se existe outras cores ou tamanhos, por meio de um scanner, que lê as informações do produto que estão registradas em etiquetas eletrônicas.

Mas consegue imaginar a aplicação desse conceito na área fiscal das empresas? No primeiro momento, parece ser impossível. Mas antes de chegar a qualquer conclusão sobre esse tema, é importante entender a complexidade tributária brasileira, dividida sobre dois aspectos. O primeiro é o maior controle do Fisco sobre os contribuintes, que só foi possível graças ao investimento maciço em tecnologia, o que


tem permitido aumentar sua arrecadação de tributos, mesmo com um déficit de servidores na casa de 5 mil vagas. Mesmo assim, 2017 foi o melhor ano da Receita em termos de fiscalização e registrou um recorde de créditos de tributos com 204,9 bilhões, e dois fatores foram essenciais para chegar nesse montante: regulamentação do bônus de produtividade e contribuição de grandes empresas. Esse número representa um crescimento de 68% na comparação com ano anterior.

O segundo aspecto a ser analisado é que as empresas têm lançado mão, cada vez mais, de investimento em inovação para acompanhar o avanço tecnológico da Receita. Mas em alguns casos, incrementar o parque tecnológico não resolve o problema por completo das organizações. Por um motivo que parece ser simples, mas não é: muitas empresas oferecem tecnologias que não estão de acordo com nível de maturação exigida pelo mercado e utilizada pelo Fisco. A intenção pode ser a melhor, mas o resultado final pode ser desastroso com gastos desnecessários em soluções que não atendam a demanda, pelo contrário, perpetuam os processos manuais.

Para se ter uma ideia, de acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), toda estrutura criada pelas companhias para atender a burocracia do Fisco, consome em média 1958 horas por ano, e para piorar, no Brasil, 1 a cada 200 colaboradores trabalham na área fiscal. Agregado a esses números, está o fato que o setor responsável pela gestão dos impostos precisa lidar com processos manuais, exaustivos e que requer muito esforço e tempo de seus colaboradores. Mas voltemos a pergunta inicial: como aplicar *Customer Experience* nesse contexto?

O primeiro passo é contar com parceiros que tem no seu DNA a expertise necessária na área tributária, aliada à inovação. Essas empresas possuem *know how* suficiente para oferecer soluções completas para atingir a conformidade total. A área fiscal necessita de sistemas funcionais, porque aqueles que não são, expõe as empresas ao risco de serem autuadas pela Administração Pública. E multas quer dizer prejuízos financeiros. De acordo com o IBPT, impostos e taxas podem representar 68,4% da lucratividade da companhia. Já pensou o que representa para sua empresa eliminar esses custos? Por isso, depois de escolher o parceiro ideal, o segundo passo é investir em inteligência tributária, que vai trazer vantagens para operação por meio de automação de processos, validação e apuração de documentos em tempo real, armazenamento de informações na nuvem, entre outros recursos.

A implementação dessas tecnologias na área contábil é tão relevante que deve mudar a concepção do profissional que trabalha nessa área. O surgimento desse novo profissional trará maior domínio do uso de tecnologia, maximizando a produtividade e a eficiência tributária.

Todos esses benefícios permitirá a empresa aumentar sua competitividade no mercado, gerar novos negócios, sem correr riscos por conta de processos ultrapassados e que não fazem mais parte da realidade de quem se dedica a gestão de tributos no Brasil. Também será a grande chance de mudar a imagem da área fiscal, que se é chamada hoje, injustamente, de “Centro de Custos”, mas que poderá receber o nome de área estratégica. 



JAIR ARAÚJO é Product Owner da Synchro.

## STF afasta penhora de bem de família do fiador em contrato de locação comercial.

### Uma análise da penhora do único imóvel do fiador nas relações locatícias

■ POR ALINE CRUVINEL

“**Numa reviravolta, nossa Suprema Corte novamente alterou as regras em seu julgamento de 12 de julho de 2018<sup>7</sup>. Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impenhorabilidade do único imóvel de um fiador de contrato locatício de imóvel comercial, alterando novamente o panorama jurídico.**”

O presente artigo tem por objeto fazer uma breve análise acerca da evolução do entendimento das cortes superiores sobre a possibilidade de penhora do único imóvel oferecido em garantia por fiadores em contratos de locação sob a ótica da Lei do Bem de Família e o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema emanado no Recurso Extraordinário nº 605709 de relatoria do Ministro CEZAR PELUSO julgado em 12/06/2018.

Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo<sup>1</sup> pode-se dizer, seguramente, que o bem de família nasceu, com tratamento jurídico específico, na República do Texas, sendo certo que, no Direito americano, desponta ele como sendo uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta.

A possibilidade de penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação têm sido objeto de análise dos tribunais superiores ao longo dos últimos anos. Na parte especial da Lei de Locações há uma divisão entre locação residencial (seção I), locação para temporada (seção II) e locação não residencial (seção III). A locação não residencial tem natureza comercial e aspectos que visam proteger o fundo de comércio.

Em 2005, por meio do RE 352.940-4/SP<sup>2</sup> o Ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal emanou decisão impedindo a penhora do imóvel de um casal fiador em um determinado contrato de locação de imóvel residencial. O ministro à época entendeu que a obrigação decorrente de fiança prevista na Lei de Locações era contrária ao art. 6º da Constituição Federal que garantia o direito social à moradia, incluído pela Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000:



“EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 352.940-4 SÃO PAULO RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO”

Já em 2006, diante de uma enxurrada de ações, o STF reanalisou o tema<sup>3</sup>, entendendo por sua vez que a vedação de penhora do único imóvel do fiador nos contratos locatícios desaceleraria o mercado imobiliário. Diante da insegurança e dificuldade de garantir o contrato, as imobiliárias dificultariam a disponibilização de imóveis para locação, desprestigiando pela via oblíqua o direito de moradia garantido e protegido pela Constituição Federal:

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147)

Sob esse fundamento, modificou seu precedente permitindo que penhoras recaíssem sobre bens de família de fiadores que voluntariamente oferecessem em garantia seus únicos imóveis residenciais em contratos de locação também residencial em perfeita consonância com a exceção prevista na Lei do Bem de Família que vale a pena mencionar:

“Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”<sup>4</sup>

Adiante na linha cronológica da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou quanto ao tema, fixando entendimento semelhante através da súmula 549:

“Súmula 549-STJ: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.STJ. 2ª Seção. Aprovada em 14/10/2015, DJe 19/10/2015.”<sup>5</sup>

Súmula semelhante também foi consolidada pelo nosso egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Súmula 8: É penhorável o único imóvel do fiador em contrato locatício, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009, de 29.03.1990, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14.02.2000.”<sup>6</sup>


Ocorre que, numa reviravolta, nossa Suprema Corte novamente alterou as regras em seu julgamento de 12 de julho de 2018<sup>7</sup>. Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impenhorabilidade do único imóvel de um fiador de contrato locatício de imóvel comercial, alterando novamente o panorama jurídico.

De acordo com o ministro Barroso, o Supremo já tem entendimento pacífico reconhecendo a penhora do bem de família do fiador por débitos decorrentes do contrato de locação residencial.

Nas palavras do ministro, a possibilidade de atingir o patrimônio do fiador que, voluntariamente, oferece o bem como garantia do débito, impulsiona o empreendedorismo ao viabilizar contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis.

Tal entendimento foi aplicado em relação de locação comercial. Contudo, é possível que alguns juízes estendam esse entendimento para os contratos de locação residencial. Diante deste cenário é possível que o proprietário do imóvel locado, seja residencial ou comercial, se veja diante de uma garantia fidejussória sem exequibilidade na prática.

A medida que se faz coerente para este locador extraída da Lei de Locações é que o mesmo exija do locatário o complemento da fiança apresentada, hipótese prevista no parágrafo único do art. 40: “O locador poderá notificar o locatário para apresentar nova garantia locatícia no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de desfazimento da locação” combinado com o inciso VIII do § 1º do art. 59: “Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária: (...) o término do prazo notificador previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato”.

Sem dúvida o intuito do locatário não é desfazer uma locação que nasceu saudável a qualquer custo de forma que a análise de toda a evolução jurisprudencial antes de iniciada a relação locatícia se faz necessária para adequar a situação ao melhor tipo de fiança previsto para o caso objeto do contrato. 

## NOTAS

- 1 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: Com Comentários à Lei nº 8.009/90*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- 2 STF. RE 352.940-4 . Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ em 09/05/2005.
- 3 STF RE 407688, Relator: Min Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006.
- 4 Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.
- 5 STJ. Informativo nº 057. Período: 15 a 27 de outubro de 2015. Disponível em [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0571.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0571.rtf) . Acesso em 14/set/2018.
- 6 Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf> . Acesso em 14/set/2018.
- 7 STF RE 605709, Relator: Min, Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2018, DJE nº 123, divulgado em 20/06/2018.



**ALINE CRUVINEL** é Advogada em São Paulo. Advogada Associada de Cruz & Creuz Advogados

# REsp nº 1.550.166/STJ: Lei Maria da Penha autoriza suprimento de consentimento de viagem ao exterior

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

**N**ão é nada raro no dia-a-dia dos Juizados de Violência Doméstica no País a mulher vítima de violência doméstica e seus filhos menores terem domicílio no exterior ou, ainda, como forma de promover a subsistência familiar essa mulher deva se mudar para o exterior, geralmente Europa ou América do Norte, onde já possui proposta de emprego em condições de dignidade.

Sabedora dessa situação, a Lei Maria da Penha em seu Art. 14 esclarece que não tutela a mulher vítima de violência doméstica apenas pelo prisma penal: “Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Destarte, todas as demandas da mulher decorrentes da prática de violência doméstica e familiar devem ser solucionadas pelos Juizados de Violência Doméstica, sem qualquer exceção.

Nem se alegue que essa competência cível seria apenas para o caso das medidas protetivas de urgência. O Art. 14 da Lei Maria da Penha não cria essa limitação. Mesmo porque as necessidades da mulher vítima de violência doméstica vão muito além do veredicto condenatório na esfera penal. Ainda mais quando se soma ao pesadelo familiar vivenciado pela vítima a situação dos filhos menores.

Daí que nas causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, competirá aos Juizados de Violência Doméstica o processamento e julgamento dos pedidos de suprimento de consentimento paterno de viagem ao exterior.

Restará aos Juizados da Infância e da Juventude a apreciação dos pedidos de suprimento de consentimento de viagem ao exterior nos casos em que ausente o elemento violência doméstica e familiar contra a mulher.

Essa amplitude conferida pelo Art. 14 da Lei Maria da Penha tem um propósito por excelência: aqui no Brasil, total e financeiramente dependente de seu agressor, não restaria outra alternativa para a mulher senão a integral subserviência e cooperação processual ao seu carrasco, eternizando-se o seu martírio e dos filhos menores.

É justamente nessa parcela da competência cível pensada pelo legislador, no Art. 14 da Lei Maria da Penha, que reside precisamente a alforria da mulher de seu cativo familiar. Os experientes sabem muito bem, é o Direito Civil que liberta. A condenação ao regime aberto prometido pelo Direito Penal ao agressor doméstico no Brasil é mais um estímulo do que uma punição, um prêmio à misoginia e à intolerância.

Cabe também registrar que nenhuma criança ou adolescente deve ser espectador da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, e quiçá, contra a própria mãe. A competência cível da Lei Maria da Penha também socorre com muita habilidade crianças e adolescentes vedando sua exposição a situação de crueldade, constrangimento e opressão.

A falta de recursos orçamentários que possibilitem uma melhor estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não possui o condão de derogar o disposto no art. 14 da Lei Maria da Penha no que diz respeito à parcela de competência cível desses órgãos da Justiça.

Quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.550.166, o Superior Tribunal de Justiça deu a palavra final a respeito da exata interpretação do Art. 14 da Lei Maria da Penha, nos casos de suprimento de consentimento paterno de viagem ao exterior:

“RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SUPRIMENTO JUDICIAL DE AUTORIZAÇÃO PATERNA PARA QUE A MÃE POSSA RETORNAR AO SEU PAÍS DE ORIGEM (BOLÍVIA) COM O SEU FILHO, REALIZADO NO BOJO DE MEDIDA PROTETIVA PREVISTA NA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). 1. COMPETÊNCIA HÍBRIDA E CUMULATIVA (CRIMINAL E CIVIL) DO JUIZADO ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AÇÃO CIVIL ADVINDA DO CONSTRANGIMENTO FÍSICO E MORAL SUPOSTADO PELA MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR E DOMÉSTICO. 2. DISCUSSÃO QUANTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. CAUSA DE PEDIR FUNDADA, NO CASO, DIRETAMENTE, NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOFRIDA PELA GENITORA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER 3.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preconiza a competência cumulativa (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar. 1.1 A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

1.2. Para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, assim, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontra submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas.

2. Em atenção à funcionalidade do sistema jurisdicional, a lei tem por propósito centralizar no Juízo Especializado de Violência Doméstica Contra a Mulher todas as ações criminais e civis que tenham por fundamento a violência doméstica contra a mulher, a fim de lhe conferir as melhores condições cognitivas para deliberar sobre todas as situações jurídicas daí decorrentes, inclusive, eventualmente, a dos filhos menores do casal, com esteio, nesse caso, nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e demais regras protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1 É direito da criança e do adolescente desenvolver-se em um ambiente familiar saudável e de respeito mútuo de todos os seus integrantes. A não observância desse direito, em tese, a coloca em risco, se não físico, psicológico, apto a comprometer, sensivelmente, seu desenvolvimento. Eventual exposição da criança à situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe é circunstância de suma importância que deve, necessariamente, ser levada em consideração para nortear as decisões que digam respeito aos interesses desse infante. No contexto de violência doméstica contra a mulher, é o juízo da correlata Vara Especializada que detém, inarredavelmente, os melhores subsídios cognitivos para preservar e garantir os prevalentes interesses da criança, em meio à relação conflituosa de seus pais.

3. Na espécie, a pretensão da genitora de retornar ao seu país de origem, com o filho – que pressupõe suprimento judicial da autorização paterna e a concessão de guarda unilateral à genitora, segundo o Juízo a quo – deu-se em plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1550166/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 18/12/2017)”

Importante consignar que o Juiz de Direito dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, na apreciação dos pedidos liminares de suprimento de consentimento de viagem ao exterior poderá, conforme (e quando for) o caso, fixar o regime de visitação paterna, a ocorrer na época de férias escolares ou de verão do hemisfério onde residir a criança, advertindo a genitora da possibilidade de repatriação do menor com aplicação da Convenção de Haia nos casos de descumprimento da decisão judicial. **C**



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

# Joint Venture – Natureza e hipóteses de desfazimento

■ POR GABRIELA GANASINI

**“Se a parceria não estiver atingindo os objetivos a qual foi idealizado ou se mostrar inviável, há razoável segurança jurídica para requerer judicialmente a sua dissolução.”**

Quando duas empresas possuem um interesse em comum e desejam unir forças para atingi-lo, poderão formar uma parceria comercial conjugando esforços e recursos. Esta aliança é conhecida pelo termo *Joint Venture*. As *joint ventures* podem ser feitas por meio da admissão em sociedade existente ou criação de uma nova (*equity joint venture*) ou a celebração de um contrato que regule essa colaboração (*non-equity joint venture*). As formas também podem ser variadas, como, por exemplo, a criação de uma SPE (sociedade com propósito específico), com caráter temporário ou permanente, havendo a junção de capitais ou não, entre outras.

As vantagens deste tipo de associação são muitas. Juntas as empresas expandem a atividade fim, dividem o investimento inicial, superam as barreiras impostas pelo mercado, beneficiam-se do know-how uma da outra, ampliam o público-alvo, aumentam a eficiência dos serviços, compartilham os riscos e prejuízos entre outras. Esta troca de experiências e união de forças faz com que as *joint-ventures* sejam mais competitivas e eficientes. Se bem formadas, esta modalidade pode ser vantajosa para as empresas formadoras.

Superada a definição do molde de parceria, os sócios irão traçar o planejamento estrutural do negócio, determinando regras de funcionamento e direitos em que a *joint venture* deverá funcionar. Em especial na *non-equity joint venture* há certa diversidade e liberdade de formas e estruturas e, conseqüentemente, para seu regramento. Existem, entretanto, alguns textos normativos que dispõem diretrizes para o funcionamento de *joint ventures*, por exemplo, a Instrução Normativa nº 76 do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC que trata de casos em que participem estrangeiros.

Entretanto, na mesma proporção em que a associação comercial pode crescer e prosperar, pode ter seus fracassos potencializados, pois, apesar de bem estruturada,

*joint ventures* são apostas sem garantias. Nos casos em que se evidencia o fracasso operacional e o desfazimento do negócio é necessário, e possível haver a resolução contratual nos termos estipulados em contrato – para *asnon-equity joint ventures* – ou sua dissolução total – para as *equity joint ventures*. Para o segundo tipo de formação (que será tratado mais especificamente daqui em diante), nos casos em que o negócio se desenvolve dentro do esperado, portanto, satisfatório, mas uma das partes se sente prejudicada dentro do negócio, é possível haver a dissolução antecipada unilateral.


A discussão reside na medida em que a *joint venture*, ao permitir a liberdade na sua contratação e formatação, pode, exatamente por isto gerar dúvidas e discussões no momento de seu encerramento. Quando um dos sócios decide unilateralmente dissolver a parceria devido ao inadimplemento contratual da outra é cabível à parte lesada buscar na justiça o direito de fazê-lo. Importante ressaltar que a dissolução antecipada unilateral decorre da autonomia da vontade, mas pode também decorrer de um ato ilícito do sócio contrário. O pedido jurídico neste cenário pode ser de dissolução total ou parcial.

Nos casos de decisão judicial para a dissolução total da *joint venture*, a associação será desfeita e ocorrerá a liquidação dos haveres, pagamento de débitos e distribuição de lucros remanescentes. No caso de decisão de dissolução parcial, que acontece quando um dos sócios irá se retirar da associação, mas ela continuará operando pelo sócio remanescente, haverá a apuração dos haveres e o sócio retirante será restituído na proporção da sua quota.

Há precedentes no judiciário brasileiro de que, apesar do pedido processual ter sido de dissolução total, houve oposição da parte contrária no sentido de converter o pedido e dissolver apenas parcialmente a *joint venture*, já que a sua manutenção era viável e desejável. A decisão final foi pela manutenção do negócio sob a justificativa da preservação da empresa, visando a função social que ela desempenhava.

Ademais, além de pedido de dissolução, é possível que o sócio prejudicado requeira indenização por perdas e danos, já que o pedido é amparado pelo Código Civil Brasileiro (art. 475). Havendo provas para fundamentar o descumprimento contratual, é possível requerer judicialmente indenização por perdas e danos, danos emergentes, lucros cessantes e até mesmo danos morais.

De qualquer sorte, não é porque há certa informalidade na formação da *joint venture* que uma das partes ficará obrigado a sua contratação. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que é facultado à parte lesada pelo inadimplemento contratual requerer a dissolução do negócio e indenização por perdas e danos (que deverá ser devidamente motivada e comprovada para que se obtenha o êxito final). No entendimento do STJ não seria razoável impor a uma das partes manter-se subordinado ao contrato se não lhe trouxer mais vantagens.

Conclui-se, portanto, que se a parceria não estiver atingindo os objetivos a qual foi idealizado ou se mostrar inviável, há razoável segurança jurídica para requerer judicialmente a sua dissolução. De modo geral não há, portanto, impedimentos em rescindir o acordo comercial de forma unilateral. 



ARQUIVO PESSOAL

**GABRIELA GANASINI** é internacionalista e advogada do Departamento Contencioso da Andersen Ballão Advocacia.



## Atentado contra Bolsonaro: tipificação penal, atribuição de Polícia Judiciária e competência para processo e julgamento

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“Não somente neste caso, mas em qualquer outro de violência perpetrada com fins de perturbação do processo eleitoral, a Justiça deve agir com o máximo rigor e, inclusive, decretar sempre as prisões cautelares desses indivíduos que pretendem transformar o palco da democracia em patíbulo de sangue de acordo com suas ideologias, sejam elas quais forem.”

**A**ntes de iniciar esta singela análise, em primeiro lugar, toma-se a liberdade de indicar o esclarecedor texto sobre o tema da lavra de Márcio André Lopes Cavalcante, eis que o autor mencionado leva a efeito, com esmero, excelente estudo sobre a temática.<sup>1</sup>

Confessa-se que, num primeiro momento, este subscritor vislumbrou no ato perpetrado com nítido “animus necandi”, a configuração de um crime comum de tentativa de homicídio qualificado por motivo torpe (ódio político) e dissimulação (uma vez que o autor se aproxima simulando admiração pelo político vitimado e o golpeia com a faca de forma absolutamente inesperada e covarde). Portanto, a meu ver inicial, a conduta seria tipificada no art. 121, § 2º, I (torpe) e IV (dissimulação) c/c 14, II, CP.

Foi com o acesso ao texto de Cavalcante supra mencionado que se abriu a perspectiva para a possibilidade de tipificação na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), mais precisamente em seu art. 20, Parágrafo Único, pois que houve um “atentado pessoal” com resultado lesão corporal grave, ensejando um aumento de pena que pode chegar ao dobro (a pena original é de reclusão de 3 a 10 anos, com o resultado mais grave pode chegar a reclusão de 6 a 20 anos).

Ainda, num segundo momento, após o contato com o texto de Cavalcanti, cogitou-se da possibilidade de concurso de crimes entre o homicídio qualificado tentado e o crime contra a segurança nacional. O fundamento para tanto, seria o de que o conflito aparente de normas a ser solvido pelo Princípio da Especialidade, não se justificaria no caso concreto, tendo em vista a convivência possível de proteção de bens jurídicos diversos, um individual (vida da vítima) e outro coletivo (segurança nacional). Pensava-se no concurso formal impróprio, considerando haver desígnios diversos, quais sejam, a morte do candidato e a ofensa ao sistema democrático.

De sua banda, Cavalcante defende que existe sim o conflito aparente de normas a ser resolvido pelo Princípio da Especialidade. A tentativa de homicídio qualificado seria afastada, tendo em vista o caráter especial da norma da Lei de Segurança Nacional.<sup>2</sup>

Fato é que, após a devida reflexão, entende-se que efetivamente razão assiste a Cavalcante. O crime perpetrado contra Jair Messias Bolsonaro foi claramente político e a norma especial deve preponderar sobre a geral.

Dessa maneira, a atribuição para apuração do caso na fase de investigação será da Polícia Federal e a competência para processo e julgamento da Justiça Federal Comum. Observe-se que a competência da Justiça Militar Federal, estabelecida pelo art. 30 da Lei nº 7.170/83 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme bem salienta Cavalcante.<sup>3</sup> O art. 124, CF limita a Justiça Militar ao julgamento dos Crimes Militares. Mesmo com o advento da Lei nº 13.491/17 e a nova redação do art. 9º, II, do Código Penal Militar, a situação não muda. A lei ordinária apenas aumenta o rol do que se possa designar como “crime militar”, quando praticado por militar em serviço ou em razão da função, o que certamente nada tem a ver com o caso em estudo. Ademais, a lei ordinária não poderia infringir o determinado pela Constituição Federal. Por outro lado, à Justiça Federal Comum cabe, conforme art. 109, IV, processar e julgar os “crimes políticos” e as “infrações penais praticadas em detrimento de interesse da União”. Ora, o crime político se define exatamente pelo preenchimento dos requisitos do art. 2º c/c 1º e incisos, da Lei nº 7.170/83.<sup>4</sup> Não resta a menor dúvida de que a conduta do criminoso foi

voltada à burla do regime “representativo e democrático”, pois que visava claramente influir na eleição pela eliminação física de um oponente (art. 1º, II, da Lei nº 7.170/83), de forma que sua motivação e objetivos, bem como a lesão aos bens jurídicos indicados no art. 1º, da Lei de Segurança Nacional estão plenamente satisfeitos, de acordo com o art. 2º, I e II do mesmo diploma. Ademais, há claro interesse da União em jogo. A própria Justiça Eleitoral, cuja atuação dentro das normas respectivas foi alvo do atentado, é uma Justiça Federal Especial. Fato é ainda que o candidato atingido concorre ao cargo de Presidente da República, o que intensifica o claro e evidente interesse da União na retidão do processo democrático eleitoral. Além disso, como bem demonstra Cavalcante, o Decreto 6.381/08, em seu art. 10, garante aos candidatos à Presidência segurança pela Polícia Federal a partir da homologação da candidatura, o que torna ainda mais nítido que interesse e serviço da União foram aviltados pela prática delituosa.<sup>5</sup> Finalmente, em se tratando de crime de competência da Justiça Federal, nada mais óbvio do que a atribuição investigativa da Polícia Federal, na condição de Polícia Judiciária da União (artigo 144, I e § 1º, I e IV, CF). À Polícia Federal, igualmente, cabe a apuração dos “crimes contra a ordem política e social”, bem como “em detrimento de serviços e interesses da União”, o que certamente abarca o caso concreto e em geral os crimes da Lei de Segurança Nacional.

Quanto à tipificação no art. 20, Parágrafo Único, da Lei nº 7.170/83, poder-se-ia objetar que, de acordo com a sua redação, tratar-se-ia de um crime qualificado pelo resultado na modalidade preterdolosa, sendo fato que o agente atuou, em verdade, com dolo direto de matar o candidato Jair Messias Bolsonaro, o que teria o condão de afastar a legislação especial e apontar para o crime comum de tentativa de homicídio qualificado do Código Penal.

Novamente deve-se confessar que esse questionamento e dúvida surgiram a este subscritor. Mas, ele não se sustenta, de modo que a conclusão de Cavalcante no trabalho já indicado é irrefutável.

Realmente a qualificação do crime de atentado pessoal da Lei de Segurança Nacional, se dá pelos resultados lesão grave ou morte da vítima. Isso leva à falsa impressão de que as condutas deveriam ser informadas somente pelo preterdolo. Mas, na verdade, elas podem ser dirigidas por dolo ou preterdolo. Não se trata de crime necessariamente preterdoloso, mas sim qualificado pelo resultado. O crime preterdoloso é apenas uma das modalidades dos crimes qualificados pelo resultado.

Um dos fatores geradores de certa insegurança no trato com o dispositivo em análise é a pobreza franciscana no que diz respeito a estudos doutrinários e abordagens jurisprudenciais dos crimes previstos na Lei nº 7.170/83. No entanto, a interpretação é viável por meio da análise de outros casos previstos e bem assentados na doutrina e jurisprudência pátrias.

Como já mencionado, os crimes qualificados pelo resultado admitem a modalidade dolosa e é o que ocorre com o art. 20, Parágrafo Único, da Lei nº 7.170/83, seja para o resultado exasperador lesões graves ou para o resultado morte.

É escólio corrente da doutrina penal:

*“Crime qualificado pelo resultado: é aquele em que o legislador, após descrever uma conduta típica, com todos os seus elementos, acrescenta-lhe um resultado, cuja ocorrência acarreta um agravamento da sanção penal. O crime qualificado pelo resultado possui duas*

etapas: 1ª) prática de um crime completo, com todos os seus elementos (fato antecedente); 2ª) produção de um resultado agravador, além daquele que seria necessário para a consumação (fato consequente). Na primeira parte, há um crime perfeito e acabado, praticado a título de dolo ou culpa, ao passo que na segunda, um resultado agravador produzido dolosa ou culposamente acaba por tipificar um delito mais grave. Exemplo: a ofensa à integridade corporal de outrem, por si só, já configura crime previsto no art. 129, 'caput', do Código Penal, mas, se o resultado final caracterizar uma lesão grave ou gravíssima, essa consequência servirá para agravar a sanção penal, fazendo com que o agente responda por delito mais intenso" (grifos no original).<sup>6</sup>

Sabe-se perfeitamente que dentre as qualificadoras do crime de lesão corporal há figuras dolosas ou preterdolosas e figuras somente preterdolosas. É exemplo das primeiras a incapacitação para atividades habituais por mais de 30 dias (artigo 129, § 1º, I, CP) e exemplo das segundas a lesão gravíssima pelo resultado aborto (art. 129, §2º., V, CP). Portanto, comprova-se facilmente que dentre os crimes qualificados pelo resultado pode haver casos em que esse resultado exasperante pode derivar também de dolo do agente. Trata-se exatamente do caso que Capez indica como de "dolo no antecedente e dolo no consequente", ocorrendo "uma conduta dolosa e um resultado agravador também doloso. O agente quer produzir tanto a conduta como o resultado agravador" (grifos no original). E autor exemplifica com a lesão gravíssima de "deformidade permanente", em que o agente pode querer agredir e lesionar a vítima, bem como também desejar o resultado exasperador da deformidade.<sup>7</sup>

Na mesma senda encontra-se o ensinamento de Fragoso ao afirmar que "o resultado mais grave dos crimes qualificados pelo resultado pode ser também causado dolosamente". E confirma a assertiva feita neste trabalho quanto aos exemplos do crime de lesões corporais, acrescentando o caso do roubo qualificado:

"(...), alguns dos resultados que qualificam o crime de lesões corporais (art. 129, CP) podem ser, indiferentemente, dolosos ou culposos. O mesmo ocorre com o resultado morte ou lesões corporais do dispositivo extremamente defeituoso do art. 157, § 3º, CP".<sup>8</sup>

O exemplo do latrocínio é bastante clássico, retornando a Capez:

"Tratando-se de crime qualificado pelo resultado, a morte da vítima ou de terceiro tanto pode resultar do dolo (o assaltante atira na cabeça da vítima e a mata) quanto de culpa (o agente desfere um golpe contra o rosto do ofendido para feri-lo, vindo, no entanto, a matá-lo). Não se trata, portanto, de infração necessariamente preterdolosa".<sup>9</sup>

Sobre o mesmo delito, Mirabete e Fabbrini lembram que Fragoso, com esteio em Bohemero e Carrara, na verdade, "reserva para o tipo penal a denominação de latrocínio somente aos casos em que a morte da vítima é *querida* pelo agente" (grifo no original).<sup>10</sup>

Não diverge, finalmente, Greco:

"A morte, que qualifica o roubo, faz surgir aquilo que doutrinariamente é reconhecido por *latrocínio*, embora o Código Penal não utilize essa rubrica. Assim, se durante a prática do roubo, em virtude da violência empreendida pelo agente, advier a morte – dolosa ou

mesmo culposa - da vítima, poderemos iniciar o raciocínio correspondente ao crime de latrocínio, consumado ou tentado (...).<sup>11</sup>

A questão do roubo qualificado, tendo como possibilidade o resultado exasperador a título de dolo é deveras importante como parâmetro de interpretação do art. 20, Parágrafo Único da Lei nº 7.170/83, pelo fato de que ali se faz menção aos verbos “saquear, extorquir e roubar”, o que indica uma mesma linha interpretativa por questão de sistemática. Ora, se no roubo e na extorsão os resultados mais graves de lesões graves e morte podem ser dolosos, o mesmo deve ocorrer com o crime contra a segurança nacional que menciona igualmente os atos de roubar e extorquir, afora saquear. Se para roubar, extorquir ou saquear o agente mata ou causa lesões graves, não importa se o faz dolosa ou preterdolosamente, o crime e a majorante estão configurados.

No caso do candidato atacado houve a figura do “atentado pessoal”, o que indica ainda mais intensamente que a figura dolosa é plenamente cabível. Dificilmente se pode imaginar um “atentado pessoal” sem que o agente, no mínimo, queira, dolosamente, lesionar ou mesmo matar a vítima. Podem até ocorrer situações de preterdolo, mas arrisca-se afirmar que serão excepcionais.

Novamente, uma interpretação sistemática está a indicar que o dolo é totalmente admissível. Na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4898/65), é previsto o crime de atentado à incolumidade física do indivíduo (artigo 3º, alínea “i”), sendo fato que predomina a tese na doutrina e na jurisprudência, de que em havendo lesão corporal, que será dolosa, aplica-se o concurso material de crimes. Ademais, todos os crimes de abuso de autoridade são de natureza dolosa. Usando o art. 3º, da Lei nº 4898/65 a palavra “atentado”, tal como o faz a Lei nº 7.170/83, somente é de se considerar condutas dolosas, pois é inconcebível um “atentado culposo”.<sup>12</sup> Tanto é fato que não existe tentativa de crime culposos.

Assim sendo, não parece restar dúvida de que o art. 20, Parágrafo Único, da Lei nº 7.170/83 configura um “crime qualificado pelo resultado”, mas não necessariamente um crime preterdoloso. Podem os resultados exasperadores lesões graves ou morte derivar tanto do dolo como do preterdolo. E no caso concreto havia, com toda certeza, dolo direto do agente.

Uma questão que pode ser vista na ata da audiência de custódia do agressor, deve ser abordada. Fato é que a sua prisão em flagrante e conversão em preventiva se deram por uma tipificação inicial no crime acima mencionado na forma supostamente tentada.<sup>13</sup> Isso é um erro.

O crime perpetrado pelo agressor foi consumado e não tentado. Fato é que o art. 20 da Lei de Segurança Nacional usa a palavra “atentado” para designar a conduta, de modo que se trata de infração de consumação antecipada. Quando o “atentado” é erigido na conduta principal do tipo, aquilo que, porventura, em outros casos, seria considerada uma tentativa, se torna crime consumado.

Novamente é interessante trazer à baila a doutrina já existente sobre o Abuso de Autoridade na absoluta carência de maior dedicação dogmática à Lei de Segurança Nacional. O art. 3º, da Lei nº 4898/65 também prevê como crime “qualquer atentado” a diversos direitos fundamentais. Nesse passo, a doutrina aponta inexistir tentativa dessas figuras delituais, pois que já se conformam pela modalidade “tentada”. Ou seja, “atentar (tentar, importunar, pôr em prática)”, já configura a consumação (grifos no original).<sup>14</sup>

É claro e evidente que o agressor pretendia matar o candidato Jair Messias Bolsonaro, mas é fato que a lei em comento prevê como crime consumado já o próprio “atentado pessoal”, estabelecendo penas aumentadas com os resultados lesão grave ou morte. O resultado obtido, lesão grave, é uma das modalidades de crime consumado, ainda que tenha o agente o intento de matar. O que ocorre, novamente na lacuna dogmática da Lei de Segurança Nacional, é similar ao caso do crime de Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio (art. 122, CP). A doutrina aponta em geral inexistir modalidade tentada, pois se ocorre o resultado lesão grave há previsão de uma pena mínima e máxima (crime consumado) e se ocorre morte (também há igualmente uma pena mínima e máxima no preceito secundário). Em um ou outro caso, ocorrem crimes consumados e se não houver lesão grave ou morte, o que acontece é o reconhecimento de atipicidade da conduta.<sup>15</sup> A única diferença é que no caso do crime contra a segurança nacional, tratando-se de “atentado pessoal”, a ocorrência de resultados de lesões graves ou morte são majorantes e em não ocorrendo tais resultados o fato não será atípico, mas a figura simples consumada. Com a ocorrência dos resultados, seja dolosa ou preterdolosa, também haverá, nas lesões ou na morte, crime consumado, mas agora com o respectivo aumento de pena. Nos crimes qualificados pelo resultado, independentemente do elemento subjetivo do agente, o especial resultado exasperador da reação penal dá o tom da tipificação da conduta. No crime de induzimento ao suicídio, por exemplo, não importa se o agente, ao convencer a vítima a matar-se queria a sua morte. Se ocorre lesão grave, responderá pelas penas do crime de que resultam lesões graves e não por tentativa do crime de que resulta morte.


Poderia haver questionamento quanto ao caso do crime de latrocínio, neste texto também apresentado como um dos parâmetros interpretativos do crime contra a segurança nacional enquanto qualificado pelo resultado doloso ou preterdoloso. Isso porque é reconhecida a possibilidade de tentativa de latrocínio. Por que então não aplicar o mesmo critério ao crime contra a segurança nacional, apontando a possibilidade de tentativa? Acontece que o latrocínio ou o roubo qualificado por lesões graves somente tem serventia de parâmetro no que diz respeito à possibilidade de que a qualificação pelo resultado se dê também na forma dolosa. No mais não há similaridade porque o crime contra a segurança nacional não pode admitir forma tentada, considerando sua natureza de crime de consumação antecipada. Quando a lei menciona a palavra “atentado”, “ipso facto” está afastada a tentativa, o que não ocorre nas figuras do roubo qualificado. Neste ponto o crime da Lei de Segurança Nacional somente se aproxima dos modelos semelhantes de interpretação e aplicação do art. 3º, da Lei de Abuso de Autoridade e do art. 122, CP, conforme antes demonstrado.

Enfim, o crime é mesmo aquele tipificado no art. 20, Parágrafo Único, da Lei nº 7.170/83, em sua forma consumada com resultado exasperador das lesões corporais graves (houve certamente perigo de vida e a vítima ficará impossibilitada para ocupações habituais por mais de 30 dias), sendo a atribuição da investigação da Polícia Federal e a competência da Justiça Federal Comum.

Vale ainda destacar que, como não se configura o homicídio qualificado tentado, não há impedimento para o reconhecimento das agravantes genéricas do “motivo torpe” e da “dissimulação” (inteligência do art. 61, II, “a” e “c”, CP). Também ao que se sabe, a vítima, Jair Messias Bolsonaro conta com 63 anos de idade, o que enseja a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, “h” (crime praticado contra maior de 60 anos). Finalmente, ao que consta, o autor do atentado já ostenta



condenações anteriores, o que, se confirmado, dará azo à aplicação também da agravante genérica preponderante da reincidência, prevista no art. 61, I, CP e art. 4º, I da Lei nº 7.170/83. Neste caso, entende-se que a norma especial (artigo 4º., I, da Lei de Segurança Nacional) deverá ser aplicada, afastando-se, para evitar “bis in idem”, a norma geral do Código Penal. Há ainda que investigar a questão de todo o planejamento que parece ter ocorrido para o acontecimento final, de modo que poderão ainda haver as agravantes do art. 4º II, “a” (envolvimento de auxílio de governo, organização internacional ou grupos estrangeiros) e/ou “b” (para aquele que tenha promovido, organizado ou dirigido as atividades dos demais envolvidos). A probabilidade de macrocriminalidade, inclusive de caráter internacional, não é nem um pouco afastável de plano, mormente quando se observa na ata da audiência de custódia que um simples pedagogo, ao que consta desprovido de maiores recursos financeiros, teve nada menos que 4 (quatro) advogados de altos honorários em sua assistência, havendo notícia de que um deles foi para o local em aeronave particular somente para atender ao cliente.<sup>16</sup> A questão não diz respeito a negar a ampla defesa do implicado, mas ao inusitado da situação em relação às condições financeiras do envolvido, o que é, no mínimo, indício de que o atentado parece não ter sido um ato isolado de um simples desequilibrado, dando a entender, ao menos aparentemente, que algo maior se pode encontrar por trás ou na estrutura do lamentável atentado.

A conversão da prisão em flagrante em preventiva do autor do atentado foi medida escorreita do Juízo, pois há indícios veementes de autoria e prova da materialidade. Além disso, há fundamento na ordem pública devido à perturbação em ato e potencial das eleições, bem como grande possibilidade de reiteração criminosa, eis que se trata de indivíduo engajado politicamente de forma claramente fanática e sem capacidade crítica de seus atos devido a essa ideologização. O crime perpetrado é doloso e de suma gravidade e tem pena máxima superior a 4 anos (inteligência dos arts. 311, 312 e 313, I, CPP). Da mesma forma deverão ser tratados e submetidos à prisão cautelar os demais participantes do atentado que vão surgindo em filmagens e investigações. Não somente neste caso, mas em qualquer outro de violência perpetrada com fins de perturbação do processo eleitoral, a Justiça deve agir com o máximo rigor e, inclusive, decretar sempre as prisões cautelares desses indivíduos que pretendem transformar o palco da democracia em patíbulo de sangue de acordo com suas ideologias, sejam elas quais forem. 

## NOTAS

- 1 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Caso Bolsonaro: Qual foi o crime cometido e de quem é a competência para julgá-lo? Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/caso-bolsonaro-qual-foi-o-crime.html?m=1>, acesso em 07.09.2018.
- 2 Op. Cit.
- 3 Op. Cit. O art. 124, CF limita a Justiça Militar ao julgamento dos Crimes Militares. Mesmo com o advento da Lei
- 4 BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 315.
- 5 CAVALCANTE, Márcio André Lopes, Op. Cit.
- 6 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234.
- 7 Op. Cit., p. 235.
- 8 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216.
- 9 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 480.



- 10 MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 228.
- 11 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 589.
- 12 Neste sentido: FREITAS, Gilberto Passos de, FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 53 – 54. MORAES, Alexandre de, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.
- 13 INQUÉRITO Policial 0475/2018 – 4. Termo de Audiência. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/09/termoaudiencia.pdf>, acesso em 08.09.2018.
- 14 Ver por todos: NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006, p. 34.
- 15 Cf. por todos: JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 2. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 133. Somente destoa isoladamente Bitencourt, afirmando que no caso de lesões graves tratar-se-ia de uma espécie de “tentativa qualificada”. Entretanto, pode-se dizer que a opinião do autor, além de isolada é equivocada, na medida em que confunde a “tentativa de suicídio”, obviamente possível, mas fato atípico no ordenamento pátrio, com a “tentativa do crime do art. 122, CP”. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334 – 335.
- 16 WERNECK, Gustavo, MARQUES, João Vitor. Advogado viajou em avião próprio para defender esfaqueador de Bolsonaro. Disponível em [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/09/08/interna\\_politica,987218/advogado-viajou-em-aviao-proprio-para-defender-esfaqueador-de-bolsonar.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/09/08/interna_politica,987218/advogado-viajou-em-aviao-proprio-para-defender-esfaqueador-de-bolsonar.shtml), acesso em 08.09.2018.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Caso Bolsonaro: Qual foi o crime cometido e de quem é a competência para julgá-lo? Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/caso-bolsonaro-qual-foi-o-crime.html?m=1>, acesso em 07.09.2018.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FREITAS, Gilberto Passos de, FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7. ed. São Paulo: RT, 1997.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- INQUÉRITO Policial 0475/2018 – 4. Termo de Audiência. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2018/09/termoaudiencia.pdf>, acesso em 08.09.2018.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 2. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Alexandre de, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
- WERNECK, Gustavo, MARQUES, João Vitor. Advogado viajou em avião próprio para defender esfaqueador de Bolsonaro. Disponível em [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/09/08/interna\\_politica,987218/advogado-viajou-em-aviao-proprio-para-defender-esfaqueador-de-bolsonar.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/09/08/interna_politica,987218/advogado-viajou-em-aviao-proprio-para-defender-esfaqueador-de-bolsonar.shtml), acesso em 08.09.2018.



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, Medicina Legal 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.



# Registro de preços

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

**“No afã de prevenir os efeitos da entronização do império da grossura que a cada dia mais se assenhora do serviço público, e ante a dificuldade intrínseca em se saber em bom critério quais serviços poderiam razoavelmente admitir SRP, somos visceralmente contra o SRP aplicado a quaisquer serviços existentes no mercado.”**

**P**oucos assuntos em matéria de licitação e de contratos mantêm a atualidade deste tradicional instituto do registro de preços. E desde logo o sistema do registro de preços passou a ser designado pela sigla SRP.

Esta excelente idéia remonta a um passado consideravelmente remoto, já existindo – para não exagerar no retrospecto – no art. 13 da Lei paulista nº 89, de 27 de dezembro de 1972, muito importante norma licitatória de autoria intelectual de Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> e que, confessadamente na exposição de motivos, deu a base material para a elaboração do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, diploma esse que praticamente codificou as licitações no Brasil, antes da lei atual.

Nunca é tarde para se falar do registro de preços. Daqui a dez anos o tema por certo continuará palpitante, e deverá sê-lo enquanto o instituto existir.

Por mais praticado que seja, e por mais que o utilizem dia após dia todos os entes públicos brasileiros, e por mais contratos que gere a todo tempo entre a Administração e fornecedores particulares, o seu intrínseco dinamismo, e as facetas operacionais que muita vez esconde, engendram surpresas procedimentais de toda ordem a quem processe aquele sistema. Por mais pisado que seja o terreno nem todos os seus escaninhos já foram trilhados, e muitos efeitos do sistema parecem ainda desconhecidos.

E aquelas mesmas inéditas constatações, geralmente auspiciosas, que casualmente espoucam cá e lá, justificam novos estudos e novas reflexões sobre o contraste entre os mecanismos do registro de preços e os das licitações usuais para aquisições.

De toda certeza sobre registro de preços, entretanto, a primeira que vem à mente é a de que se trata de um imenso trabalho que se realiza uma só vez, repleto de percalços e armadilhas, para poupar a realização, por vezes, de incontáveis trabalhos

menores, parciais e especializados em um só objeto por vez, mas cujo conjunto resulta num esforço muito maior e muito mais penoso que a realização de um só registro de preços.

Sofre-se uma vez à grande para se evitar o sofrimento interminável das licitações sem fim, cada qual delas com seu sinistro cofre de surpresas, de amargores e de desilusões... atuando-se à maneira de quem prefere um fim horroroso a um horror sem fim. Com efeito, apenas a economia de tempo que um só registro de preços proporciona ante um vasto conjunto de licitações com o mesmo objeto final já recomenda amplamente o primeiro.

Ainda que existam hoje diversos mundos em matéria de licitações – como o da lei nacional das licitações; o das concessões de serviço; o das parcerias público-privadas; o dos pregões presenciais e o dos pregões eletrônicos; o dos consórcios públicos; o do regime diferenciado de contratações; o das empresas estatais, e outros ainda nesta irrefreável mixórdia de baixo nível que é a atual e descartável produção legislativa do Brasil –, cada qual desses mundos com particularidades licitatórias e variações operacionais com relação ao padrão referencial da Lei nº 8.666/93, ainda assim o instituto do registro de preços é todo calcado, em qualquer desses âmbitos, nas regras da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Por mais que se espezinhe e se crucifique a lei nacional de licitações, o fato é que ela resulta absolutamente indispensável para instruir e orientar a maioria das mais diversas licitações que se realizam em nosso país, na espera que for e seja o assunto qual for, cada qual a serviço do respectivo mundo.

Nós mesmos nunca poupamos execrações e imprecações as mais acerbadas e variadas à lei de licitações, porém a esta altura dos acontecimentos, passadas duas e meia décadas do seu advento, somos forçados a confessar que, em matéria de licitação, o que veio após aquela lei é ainda muito pior.

E obrigados a admitir: sem a lei de licitações, nas quais todas as demais se apóiam completamente, quando o assunto é licitação lei alguma disciplinadora ou organizadora dos objetos acima elencados pararia de pé, nem daria um só passo firme na matéria. Ao lembrar como era o direito em 1993 e nos anos imediatos, e ao observar como é hoje, dá-se conta o profissional de que era feliz e não sabia.

Por pior e mais combatida que seja a lei de licitações, repita-se, constitui o roteiro de todas as demais nesse tema, e neste momento jamais poderia ser revogada ou alterada em profundidade na parte operacional de licitações, ou de outro modo toda uma aquela vasta e essencial legislação acima citada – ainda que seja ruim de doer – ruiria de chofre num só golpe, como um prédio cujos alicerces estourassem.

O legislador deve imaginar que licitação é a Lei nº 8.666/93 por desígnio da natureza, como a fonte de energia do planeta é o sol, ou como não se negocia com a substituição do ar e da água. O legislador não parece vislumbrar nada além da lei de licitações como apto a disciplinar esse assunto para todo o sempre, e para informar a parte de licitações de toda e qualquer outra lei que se possa produzir.

E por mais que se anuncie de tempo em tempo a iminente alteração da Lei nº 8.666/93, nada acontece nunca. Produz-se bazófia em cima de bazófia, fofoca atrás de fofoca, e o tema já se tornou piada.

Consolida-se cada dia mais, desse modo, o império da lei nacional de licitações e contratos, tornada mais sagrada e intocável a cada evento de lei que nela encosta qual parasita. Já é talvez de aguardar que a próxima Constituição tente se acomodar e se ajeitar entre os espaços da lei de licitações – pois imagine-se contrariá-la!...

E o registro de preços, no contexto de uma tal lei ditada aos homens pela vontade divina, figura como peça bastante importante<sup>2</sup>.

## PREVISÃO LEGAL

Está previsto o sistema do registro de preços na Lei nº 8.666/93, com singeleza absoluta para um tema dessa magnitude, no art. 15, que reza apenas que:

Art. 15 As compras, sempre que possível, deverão: (...)

II – ser processadas através de sistema de registro de preços (...)

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente, para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I – seleção feita mediante concorrência;

II – estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III – validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Mas a lei menciona o SRP, tremendamente *en passant* ou *au vol d'oiseau* como apraz aos galicistas, também, ao final do inciso VII do seu art. 24, assim:

VII – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do *registro de preços, ou dos serviços*. (destaque nosso).

São apenas essas as referências ao SRP na lei de licitações – mas os seus efeitos são inimagináveis na vida prática dos entes públicos.

De outra parte, e quanto a *regulamentos*, na forma do § 3º do art. 15, visto acima, apenas em 2.001 o Executivo expediu o regulamento do SRP, o Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001 – *oito anos* portanto após o advento da lei e mais ou menos *para cumprir a tabela*, com muito pouco a dizer.

Atualmente aquele decreto foi substituído pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, bastante mais detalhado e minucioso que o primeiro, que revogou. Muito se falará desse regulamento.

Ainda de extrema relevância na vida diária da Administração é a presença do SRP no caso de licitações realizadas por *pregões*, quer presenciais, quer eletrônicos. Um tal racionalíssimo instituto jamais ficaria de fora da modalidade de licitação

que foi criada em 2000 por medida provisória para a União, e depois se consagrou nacionalmente na Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2.002<sup>3</sup>.

Passemos a comentar, assim, o SRP na lei, depois no regulamento e por fim quando realizado por pregões.

Pelo *caput* do art. 15, e seu inciso II, desde logo se observa que licitar pelo SRP não é obrigação, mas faculdade dada pela lei ao ente licitador, que o utiliza se quiser. sem justificar nem dever satisfação a ninguém. Trata-se de uma excelente providência que a lei recomenda, porém de nenhuma obrigação.

O § 2º, além de dar uma ordem bastante subjetiva e que em 1993 podia ser atual, mas que hoje está francamente defasada pelo advento da *internet* e do universo de informações sobre tudo que todos facilmente obtêm com rapidez assombrosa, e até por isso mesmo, não vem merecendo muito rigor fiscalizatório.

Ampla pesquisa de preços é algo que para cada pessoa significa uma coisa, e a própria idéia, como se disse, perdeu relevância na medida em que qualquer pessoa obtêm as informações que quiser bastando consultar *sites* de pesquisa como, por excelência antes de qualquer outro, o *google*. São virtualmente infinito o número e a variedade de informações que dali brotam num jorro até então inacreditável – e nós mesmos por vezes costumamos a crer no que os olhos veem...

O que não mais podem os entes de fiscalização das contas públicas, portanto, neste estágio da evolução tecnológica dos meios de informação, é ater-se a dizeres da lei que há duas décadas e meia podiam ter significado, mas que hoje em dia o perderam por completo.

Assim, pesquisas muito mais amplas e abrangentes que aquelas viáveis em 1993 são realizadas diariamente neste 2018, com muito mais informações disponíveis, que todos podem comprovar e afiançar em poucos minutos se tanto, e o resultado impresso dessas investigações pode e deve ser anexado aos expedientes da licitação como prova do cuidado precificador pela autoridade.

E constituem o demonstrativo de uma pesquisa muito mais idônea, transparente, confiável e insuspeita que aquelas d'antanho, que apenas a fórceps e na unha eram obtidas nos proterozóicos idos de 1993.

O § 2º do art. 15 não está propriamente desatualizado, mas sempre foi ligeiramente patético, anacrônico, antieconômico, e (I) aparentemente contrário ao interesse público, e (II) alienado da realidade.

É, com todo motivo do mundo, muito pouco cumprido pela Administração, sem que fiscalização alguma de órgão nenhum jamais se preocupe com comprovar a sua aplicação – a uma porque tem mais o que fazer, e aduas porque não se deve estimular que os entes públicos joguem dinheiro fora. O dispositivo nos parece conter desvio de finalidade, algo que se não fosse lei mereceria o popularíssimo epíteto de sem-vergonha. Dispositivo safado, dir-se-ia.

Com todo efeito, por que motivo algum ente público deveria gastar sua sempre curta verba orçamentária para indicar a quem quer que fosse quais foram os preços que conseguiu registrar? A quem interessa semelhante dispêndio de verba pública? “Orientar a Administração:” – ora, mas que conversa...

Se não já tinha razão de ser no ano de 1993, atualmente muito menos tem se os preços podem figurar na *internet*, no *site* do respectivo ente público, sem gasto algum. A lei, que ao seu tempo era apenas ruim, nos dias que passam se torna patética.

Observa-se por tudo isso que a lei de licitações *está velha*, carcomida, enrugada como certas pessoas que insistem em negar a natureza, algo como pêssegos de

gaveta. E se torna bastante difícil ao fiscal público ter de prestigiar uma lei assim, que antes fala a múmias que a agentes atuantes.

Resulta efetivamente muito difícil que leis rígidas, produzidas num ordenamento pouco flexível como o nosso, mantenham-se aplicáveis e significativas por muito tempo. O desgaste das instituições ensejado pela evolução tecnológica é uma prova a que poucas na prática resistem...

Com isso o § 2º do art. 15 se afigura como uma pobre peça de museu – porém que mesmo quando foi engendrada já não ostentava muita utilidade. Tem na prática tanta serventia quanto uma faca sem lâmina da qual alguém extraiu o cabo, e parece um daqueles dispositivos que, em resumo, já nascem mortos. O legislador atual, bem se percebe, precisa ser um homem diferente dos tradicionais, pois o mundo em que vivemos pouco tem com o que existia há duas décadas...

O § 3º remete o SRP ao decreto regulamentador. Como se disse, o governo federal estava em 1.993 tão interessado nesse decreto quanto devia estar na cotação da soja na Tailândia em 1830. E o primeiro decreto que publicou, oito anos após a lei, o Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, traduziu esse desinteresse, e o regulamento resultou como a pedra na sopa da narrativa popular, com a qual ou sem a qual a sopa resta tal e qual. O diploma era absolutamente desprezível.

Apenas em 2013, doze anos após aquele evento, o mesmo Executivo federal parece ter acordado para o problema, ao editar o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, muito mais atento ao papel de regulamento do que quer que fosse, e que merece considerações.

E de todo o episódio resulta somente uma certeza: se muitas vezes em nosso país a própria lei pouco serve e de pouco vale, os decretos costumam ser a quinta-essência, da inutilidade e da superfluidade. O registro de preços é praticado vigorosamente – para não ir muito longe – desde 1.972, com a lei estadual (SP) nº 89, sem decreto, com este decreto, com aquele decreto ou apesar de qualquer decreto. Em nosso país alguém de vez em quando se recorda de que existem decretos, e razão assistia ao finado Geraldo Ataliba ao asseverar que decreto só obriga funcionário<sup>4</sup>.

Mas o atual regulamento do SRP, que absolutamente não é inútil como a maioria dos regulamentos brasileiros é, será comentado adiante.

O que não é muito possível compreender, ainda do § 3º, é a ordem para que o decreto atenda às peculiaridades regionais. Que pretende a lei com essa ordem? Que a União para si mesma, que cada Estado e cada Município para si mesmos, cada um edite um decreto, no qual possam ser obedecidas as peculiaridades a cada caso? Ou que só um decreto federal deve obedecer às peculiaridades regionais?

Nada disso faz sentido algum. Nenhum Estado editará decreto sobre esse assunto se a União já o fez, nem Município algum o fará. Então um tema como registro de preços permite “peculiaridades locais”? Como? Em quê? O legislador perde excelentes oportunidades de não dizer nada.

Seguindo, o § 3º tem três incisos, o primeiro dos quais indicando que o registro de preços se dê em concorrências e não em outras modalidades. Esta regra foi observada até o advento do pregão, ocasião em que passou a ser descaradamente descumprida pela realização de registros de preços por pregões presenciais e eletrônicos, na mais absoluta *cara de pau*. A lei, ora, a lei... A lei no Brasil é cumprida até quando convém; deixando de convir é deixada de lado sem a menor cerimônia, neste país que juridicamente é um teatro de comédia.

O inciso II do § 3º manda que o futuro decreto estabeleça regras de estipulação prévia do sistema de controle e atualização s dos preços registrados. Faz todo



sentido, porque esse assunto não pode ficar à margem do edital da licitação para SRP, uma vez que tanto a inflação quanto a variação sazonal de preços, devida a inumeráveis fatores, são bastante importantes na aferição do preço justo para o fornecedor e adequado para o poder público.

O inciso III do § 3º fixa uma regra que jamais foi contestada ou questionada: uma vez homologado o resultado da licitação para SRP, a partir desse dia o documento que daí resultar, que atribui ao vencedor de cada item de preço registrado o direito de fornecer esse item antes que ninguém mais ao ente que licitou, terá validade de até um ano, não mais, o que o edital deverá ter estabelecido. Pode ser menos, porém seria muito pouco inteligente ao ente licitador, podendo ter por um ano essa possibilidade, reduzir esse tempo.

Ver-se-á adiante como são ao menos dois os documentos que podem advir do SRP, e seja ele qual for sua validade máxima é de um ano, improrrogável.

Não se confunde a validade do documento (ata de registro de preço ou contrato de expectativa de fornecimento) com a duração do contrato que desse documento pode advir, a qual pode ultrapassar em muito aquele ano, como adiante se examinará.

Antes de ingressar no regulamento do SRP uma palavra deve ser proferida sobre a finalidade do SRP, na sua origem e na imediata evolução que teve.

O art. 15 da lei de licitações está inserido na Seção V – Das compras –, do Capítulo I da lei de licitações. Essa Seção relativa às compras, separada daquela relativa a obras e serviços porque compras são contratos civis e não administrativos (como administrativos são os contratos de obras e de serviços, objetos esses que mereceram a Seção IV), tem apenas três artigos, do 14 ao 16, sendo que o art. 15 é diversas vezes mais importante do que a soma dos outros dois.

Se o SRP visa facilitar apenas compras, então como se fala, como a todo tempo se fala e se pratica, em registro de preços *de serviços*? Na sequência, outra indagação: serviços se prestam a ter seus preços registrados, como se fossem resmas de papel sulfite ou barris de óleo cru?

Respondendo a primeira pergunta, deve-se a “instituição” – meio *no tapa*, no puro entusiasmo interpretativo – a uma menção da lei, art. 24, inciso VII, *in fine*, a

“valor não superior ao registro de preços, ou dos serviços”.

Ter-se-ia referido a lei a registro de preços de serviços? Se sim, de onde tirou isso? O art. 15, repete-se, se refere apenas a compras.

Ou se teria referido a lei a registro de preços de itens de compras, e a preços de serviços? Não está clara a redação da lei, porém o que todos os aplicadores desde logo e imediatamente entenderam é que a lei mencionava, sim, registro de preços de serviços. Bastou aquela dúbia menção, e a nação brasileira considerou instituído o SRP de serviços.

E, vinte e cinco anos após a edição da lei, o registro de preços de serviços é uma realidade absoluta, tão utilizada e exercitada quanto o de compras. Estas observações acima, aliás, devem provocar riso à maioria dos aplicadores e dos operadores de licitação no Brasil, que supostamente hesitariam em crer que alguém ainda hoje externe esta inquietação, tão superado está na prática o problema – e seja qual tenha sido a real intenção do legislador.

Mas não é apenas histórica a preocupação, e sim também técnica. Não hesitamos em manifestar que detestamos a idéia de registrar preços de serviços. Parece-nos

uma péssima idéia, que deve favorecer o indolente, o preguiçoso, o improdutivo, ou o profissional que, como se só afirmar, gostaria que o mundo acabasse num barranco, para morrer encostado.

É a típica idéia do generalizador que quer poupar-se de trabalho, pouco importando se o resultado dessa economia será antitécnico ao extremo, infame ou indigno, e que ao invés de ajudar atrapalhe o ente público a que serve.

Registrar preços de serviços lembra algo como tentar generalizar o individual, estandardizar o particular, renegar o peculiar, igualar o pessoal – ou mesmo até o personalíssimo -, tudo que a técnica mais primitiva de trabalho repugna com toda razão.

Parece francamente indigno alinhar ou padronizar prestadores de serviços em trilhas uniformes de produção, como se os serviços de todos fossem iguais e se distinguíssem entre si apenas pelo preço. O trabalho e o esforço pessoal de cada prestador seria ignorado na sua particularidade e tratado como produtos saídos de fábrica em grandes quantidades, em prol do comodismo de alguns agentes públicos a quem o trabalho civilizado e racional, e que separa o joio do trigo, provoca intenso mal-estar.

Assim, manter juntos no mesmo balaio o pior e o mais ordinário serviço ao lado do mais distinto e apurado – em nome de um princípio da economicidade levado aos mais ruinosos extremos e que sempre desconsidera que o barato sai caro -, deve ser o propósito basilar do SRP aplicado a serviços.

E não deixa de ser curioso, porque a generalidade das pessoas – agentes públicos de qualquer nível ou particulares – evitam ao máximo comprar para si mesmos e utilizar os artigos mais baratos existentes no mercado, porque bem sabem o desastre que virá; mas para a Administração pública parecem ver as coisas diferentemente, e só o preço importa, seja do produto parisiense da melhor qualidade, seja do lixo asiático de qualidade inexistente<sup>5</sup>.

É bem certo, entretanto, que não é qualquer serviço que tem sido licitado por SRP.

O sistema tem servido quase que inteiramente para alinhar preços de serviços tidos como de pouca indagação intelectual, algo mais mecânico ou uniforme, e menos individualizado. Ocorre, porém, que uma tal classificação é muito subjetiva e com isso perigosa, e os seus limites “tácitos” se vêm ampliando dia a dia, sem nenhuma resistência eficaz pelos interessados – a quem, em verdade, somente interessa *abocanhar* os contratos, sem muita teorização.

Muitos licitantes, efetivamente, apenas pensam em questionar as regras do jogo após entrar no jogo e esse, na sequência, não os favorecer. Nesse caso as regras eram péssimas, mas, se tivessem vencido o certame, então as mesmas regras seriam as melhores do planeta....

Por essas razões, e no afã de prevenir os efeitos da entronização do império da grossura que a cada dia mais se assenhora do serviço público, e ante a dificuldade intrínseca em se saber em bom critério quais serviços poderiam razoavelmente admitir SRP, somos visceralmente contra o SRP aplicado a quaisquer serviços existentes no mercado.

Registro de preços não foi ideado nem concebido para precificar serviços. Utilizar esse sistema para serviços implica desqualificar o serviço público, o agente que o conduz e a própria Administração pública brasileira amplamente considerada.

Os serviços que o poder público contrata não merecem ser *vulgarizados* nem *banalizados* a ponto de figurarem em tabelas de preços por ora, por dia ou por mês, o melhor ao lado do pior como se fossem uma só coisa, tal qual mercadorias

de variável qualidade numa tenda de feira. Uma tal grosseria somente se concebe em estados semicivilizados, em que os valores são baralhados a ponto de favorecer o menos qualificado, o mais indigente, o menos desejável.

O § 4º do art. 15 consigna um direito do ente promotor do SRP, o de não se obrigar a comprar coisa alguma do vencedor do certame. Caso o preço do vencedor, quando a Administração precisar do item, não esteja tão vantajoso quanto esteve quando da proclamação do resultado, ou ainda se o vencedor, convidado a baixar seu preço até o corrente do mercado no momento segundo a pesquisa, não o fizer, então o ente público poderá licitar esse item em separado, ignorando seu registro de preços.

O SRP não implica no compromisso de comprar coisa alguma, mas apenas confere ao ente público o direito de adquirir do detentor da ata respectiva o item que aquele venceu na licitação. A quantidade mínima a ser adquirida pelo ente é sempre, portanto, zero.

O § 5º é dessas coisas tornadas patéticas na lei de licitações, ao recomendar a informatização do SRP, quando possível. Hoje em dia é impossível, isto sim, que algum sistema de alguma coisa *não seja informatizado*. O dispositivo, como se afirma, *dá dó*.

E o § 6º é ainda pior, não por desatualidade como no § 5º mas por um misto de *burrice* simples com irrealismo quixotesco.

Compreende-se que todo cidadão pode impugnar preço constante do SRP de qualquer ente público – e a lei não precisaria dizê-lo ante o mesmo direito que a Constituição, no art. 5º, inciso XXXIV confere muito mais amplamente ao cidadão, e aí a *burrice* -, porém como a lei não assegura ao impugnante direito sequer a ver processada = sua impugnação, então essa omissão da lei só por si já confere ao ente público impugnado o equivalente direito de enrolar a impugnação e treinar arremesso junto ao cesto de lixo mais próximo, sem que nada possa objetar o cidadão impugnante – e aí o *quixotismo infantil*.

Quanto tempo se desperdiça lendo inúmeros trechos da lei nacional das licitações e dos contratos administrativos...

Agora se examinará o regulamento do SRP, racional e nacionalmente concentrado no Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Far-se-o-á com bom humor, eis que *ridendo castigat mores*, e que *mieux est de rire que de larmes écrire*<sup>7</sup>.

Mas outra razão do necessário bom humor é que positivamente não é possível tratar este decreto como se se estivesse diante de um primor jurídico, ou mesmo um diploma originário de elevada consciência profissional, porque ao fim e ao cabo não é. Contém bons e necessários momentos que esclarecem e bem orientam, mas esses excertos muito bem se acomodariam em muito menos espaço, e com muito menos pompa.

Consta da primeira parte deste artigo que jamais atinamos com por quê a lei das licitações, art. 15, § 3º, nos proto-históricos idos de 1993, manda que o decreto regulamentador do SRP *obedeça às peculiaridades regionais* – simplesmente porque tal idéia num assunto como este não faz nenhum sentido –, e agora se o reitera.

Por que motivo se descabelaria o Estado ou o Município em tentar disciplinar um assunto que o decreto federal já disciplinou de modo omniabarcante e que aparentemente a todos atende? Por que o fariam, se em tema como o SRP resulta mais do que suficiente *encostar* no regulamento federal, que já estabeleceu muito mais que o necessário?

Aliás e com efeito, o decreto federal é abundante e excessivo para Municípios e certamente mesmo para muitos Estados, com seus institutos *hipertrofiados* e francamente pretensiosos para este tema que, também francamente, não parece merecer tamanha pompa.

Nada ou quase nada de regional ou de local parece existir no assunto SRP, que ensejasse uma regulamentação local, senão, repita-se, para filtrar e simplificar a regra federal. A matéria não é do *peculiar interesse* dos Municípios a que aludia a Carta de 1969, nem de *interesse local* como reza a atual Constituição, porque o assunto é tão particular dos Estados e dos Municípios quanto a própria licitação: nada.

Insista-se, porém: um decreto local pode vantajosamente existir, sim, para *cortar matéria* daquele regulamento federal, como numa suposta *lipoaspiração legislativa*, o que de resto tanto bem faria à própria lei das licitações, obesa mórbida que quase sucumbe mergulhada no seu excesso de matéria enxundiosa, rebarbativa, inútil e prejudicial em todo sentido<sup>7</sup>.

## O SRP NO DECRETO FEDERAL

O Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que “regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666. de 21 de junho de 1993”, contém 29 artigos divididos em 10 Capítulos. O Executivo federal devia sentir-se o supremo organizador do planeta à ocasião, eis que mal caberia denominar *seção* a cada capítulo, cujo conjunto final vantajosamente deveria ser menor.

Foi recentemente alterado pelo Decreto nº 9.488, de 30 de agosto de 2018, com disposições cuja importância para o direito, à semelhança do decreto-mãe, é quase nenhuma.

O Cap. I, de disposições gerais, no art. 1º circunscreve o âmbito do diploma à administração federal, ou seja o Executivo, as autarquias, as fundações e as estatais federais, não incluindo os demais Poderes de União, o que está formalmente correto porém que não impede que aqueles Poderes e as entidades federativas não vinculadas ao Executivo, bem como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se valham do decreto para realizar seus registros de preços.

Isso não significa, repita-se, aderir a todos os termos federais, podendo e, entendemos, devendo existir franca simplificação de institutos e de procedimentos nos Estados e nos Municípios, e para tanto cada edital de RP dará as regras aplicáveis; a inspiração no decreto federal, e a sua utilização seletiva, são boas idéias, de modo que cada edital local de RP deve explicitar e indicar às claras quais são as regras válidas, e por oposição, as que a regra local omitir do decreto federal simplesmente não valerão.

O mecanismo é similar ao que vale para as concessões de serviço, cuja Lei nº 8.987/95 vale para a União e não se impõe a Estados e Municípios, que podem e devem ter suas leis próprias sobre o tema, as quais, se o legislador local for inteligente, haurirão inspiração na lei federal, mas que jamais precisarão observá-la à risca.

Não precisarão com efeito, porque não existe na Constituição previsão de “normas gerais de concessão de serviço”, e com isso remanesce competência aos entes federados para legislar para seu âmbito sobre o tema, sem necessária observação de lei *nacional* alguma. O modelo federal pode ser *ocasional e topicamente bom*, mas nunca obrigatório.

O art. 2º contém 7 definições, em geral tão necessárias quanto o ofício do soprador de verrumas de Monteiro Lobato, do seu conto A vingança da peroba. Assim são as

definições de sistema de registro de preços (inciso I) e de ata de registro de preços (inciso II), autênticas invenções da roda, e como se pudesse um decreto instituir algo assim, e como se essas realidades já não existissem exatamente assim há duas décadas.

As definições seguintes, entretanto, obviam que o decreto serve tão-só à União, e que sua adoção incondicionada por Estados e Municípios é virtualmente impossível.

São definidos (inc. III a VII do art. 2º) órgão gerenciador, órgão participante, órgão não participante (que fantástica engenhosidade! Esta idéia talvez tenha concorrido ao Prêmio Nobel de física), compra nacional e órgão participante de compra nacional.

O art. 3º, ao indicar para quem serve o SRP, é outro compêndio de obviedades tal qual seria o de tentar ensinar a ave-maria ao padre, e que, para manter os chavões, chove no molhado. Tudo o que estabelece já era praticado, exatamente igual, há vinte anos, desde a edição da lei de licitações. Contém uma norma que, com a qual ou sem a qual, o registro de preços segue tal e qual.

E o inciso II menciona registro de preços *de serviços*, o que auxilia a consolidar esse mal-ajambrado e canhestro instituto, grande grosseria jurídica que somente atende à preguiça e à indolência da Administração.

Parece não ter começado muito bem o regulamento do sistema de registro de preços...

Muda-se de capítulo com o art. 4º, e fica reafirmado o âmbito exclusivo para o Executivo federal do decreto. A denominação do capítulo já enseja ao leitor a mesma reação de uma criança à qual é apresentado seu novo remédio, o óleo de rícino. Desanima: Da intenção para registro de preços, que não bastasse a inutilidade essencial da idéia ainda vem com a sigla IRP. Mas em definitivo nem Estados nem, sobretudo, Municípios têm nada com o assunto.

O art. 4º se atém aos sistemas de administração federais SIASG e SISG, e desde logo se observa que

a) a redação do artigo deve ter preenchido o tempo de alguém desesperado para fazer alguma coisa, para trabalhar, porque a idéia toda é mais rasa que uma poça d'água e dá impressão de que nada mais havia a fazer no momento, porém de outro lado quer parecer evoluída, complexa e eficiente, e

b) o Executivo federal atua para que o SRP seja o mais abrangente possível para o seu âmbito institucional e organizacional, abarcando todo bem e todo serviço que material e juridicamente seja viável licitar por esse sistema.

Foi com isso instituído aquele procedimento, IRP, que permite a todo ente ou órgão do Executivo federal, ou a ele institucionalmente vinculado, manifestar suas necessidades de bens e de serviços que, em seu ver, possam ser licitados pelo SRP, de modo a engrossar o bloco dos participantes do certame, quando for realizado.

Já se pode observar um acentuado burocratismo, bem próprio dos governantes em 2013, tremendamente intervencionistas não apenas na iniciativa privada como também em seus próprios entes integrantes, similarmente ao grande-irmão supervisor que tudo sabe e tudo vê, e que em tudo se intromete para em geral, quase sempre, obter os piores e os mais constrangedores resultados, muito inferiores aos pré-intervenção.

O serviço público federal evidentemente demanda complexa organização em cada uma de suas estruturas, porém o que se combate é o *exagero* nas regras de procedimentos e de registros; a proliferação de institutos artificiais de fiscalização que nenhuma falta faziam, fazem ou farão; o apetite do controle pelo controle, tudo

a conduzir a autoridade, a essa altura julgando-se poderosíssima, à doce ilusão de eficiência – que somente ela enxerga. Criam-se do nada problemas e dificuldades os mais variados – chifres em cabeça de cavalo –, para a seguir perseguir-se o remédio, a vacina ou o antídoto...

Assim parece ser com relação a esta IRB no SRP do SIASG e do SISG. Não serve para rigorosamente nada, porém como soam bem as siglas!...

Foi acrescido àquela insignificância geral e quase absoluta o alfanumérico § 1º-A, dando continuidade à praga legislativa alfanumérica, que permite ao legislador *enfiar* qualquer coisa em qualquer lugar de qualquer diploma legal. Neste caso, sendo decreto o ato, nem o legislador é necessário. Fixa o prazo máximo de 8 dias úteis para que outros órgãos e entidades, não integrantes dos sistemas daquelas siglas acima, manifestem interesse em participar do IRP.

O capítulo anterior, integrado apenas pelo art. 4º, dá lugar a outro que contém um único artigo. Pelo menos o autor não dividiu o decreto em livros e títulos, como ocorre no Código Civil, mas apenas em capítulos, sendo cada um dos quais, porventura e conforme já se observa, mais desprezível que um capítulo de novela de televisão.

Este uniaarticulado Capítulo III fixa as competências do *órgão gerenciador*, que só em si já constitui uma invenção do decreto.

Nenhuma surpresa na descrição: registrar a intenção de RP por parte de quem a tiver; estimar quantidades previstas para os itens; instruir o expediente; realizar pesquisas de mercado; entender-se com os órgãos solicitantes; realizar o certame; gerenciar a ata; eventualmente renegociar preços vencedores; aplicar penalidades com garantia de ampla defesa (art. 5º, incisos I a X).

Não seria diferente – apenas não se sabendo por quê existe o órgão gerenciador, que sob essa feição lembra uma mãe responsável por todas as crianças de seu bairro. Será acaso que cada órgão federal não saberia administrar seu SRP sem a asa protetora de um órgão externo? O intervencionismo exacerbado do governo que editou o decreto menospreza a inteligência de seus próprios componentes.

O inciso XI desse art. 5º, e os dois parágrafos que o encerram, de tão desprezíveis não merecem qualquer comentário, mera parolagem flácida para dormir bovinamente em que se constituem.

O art. 6º mantém o penoso clima, verdadeiro tormento para o leitor e o aplicador. Descreve as atribuições do órgão participante, em três incisos e seis parágrafos. Ressalta nítida a impressão de que o autor deve ter imaginado que fazia algo de útil ao redigir tais platitudes. Trata-se de obviedade em cima de obviedade, sendo que a própria idéia de disciplinar o órgão participante já não tem explicação.

O que mais incomoda é o excessivo detalhismo burocrático que o decreto impõe ao ente que simplesmente quer manter um registro de preços, como sempre fez, com relação ao órgão gerenciador, como se devesse obediência e subordinação àquele no simples ato de licitar bens para um dia comprar. Transparece a idéia de que se o órgão gerenciador não autorizar, então ente nenhum da Administração federal realiza registro de preços... algo rematadamente absurdo!

São felizes Estados e Municípios por não integrar esse manicômio regulamentar, como felizes serão mesmo os órgãos federais que dele puderem escapar. A regra simplesmente não faz sentido nenhum, e o e. Tribunal de Contas da União, respeitosamente, precisa atentar para isso.

O Executivo atual deveria, aliás, modificar o decreto para eliminar estas inutilidades que custam e que emperram o trabalho dos entes públicos – os quais



durante vinte anos mantiveram seus registros de preços sem órgão gerenciador, intenção de registro de preços e órgãos participantes, O governo federal em 2013 inventou a roda, porém quadrada.

Com todo efeito, espera-se que os entes federais não estejam sendo presentemente submetidos a semelhante humilhação, que os degrada e lhes desestimula qualquer anseio de eficácia.

A partir do art. 7º o decreto cai em seu papel regulador, e sai de fantasmagorias como as de até este ponto – o que não quer dizer que acerte, pois a ruindade essencial das regras se mantém por alguns artigos.

O *caput* retrata o que hoje acontece, SRP por concorrência ou por pregão, diga o que disser a lei de licitações. A lei, ora a lei...

A regra do SRP em concorrências é naturalmente a de menor preço, e a regra de todo e qualquer pregão é obrigatoriamente a do menor preço. Mas o *caput* admite SRP por pregão, e o § 1º admite SRP excepcionalmente por técnica e preço. Será que o autor não sabe fazer contas? Não se apercebe da extraordinária burrice do texto? Como pode existir um pregão de técnica e preço?

A lei, ora a lei, outra vez, e a inteligência vai também de roldão. Ora, se um SRP for para adquirir bens, então como admitir técnica e preço? E se são serviços o que se licita, se estes não forem absolutamente simples também não poderão ser licitados num SRP.

E se não são simples, mas complexos e exigidores de critérios mais requintados de julgamento, como o da técnica e preço, então como poderão submeter-se a um mecanismo absolutamente automático e em linha de produção como é o do SRP?

Desobediência civil é algo muito feio. Mas como o funcionário federal poderá cumprir uma alevosia sem pé nem cabeça como este decreto, até este momento?

Recomenda-se à autoridade ordenadora do certame ignorar essas inviáveis admissibilidades, e realizar apenas SRP para bens, por menor preço – nem para serviços, sejam quais forem, nem para coisa alguma por técnica a preço. Se um decreto autorizar o suicídio, nem por isso deve ser exercitado.

O art. 8º “autoriza” o que a lei de licitações já autoriza há vinte anos, desde a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1.998, ou seja que o SRP para compras admita propostas em quantidades menores, dentro de cada item, que a total anunciada pelo ente licitador para o respectivo item. Em isso sendo autorizado, e em ocorrendo, o ente somará os vários quantitativos vencedores, pela ordem de classificação, se quiser obter aquele total (máximo) anunciado.

Os preços podem nesse caso ser diversos, o primeiro vencendo com um, o segundo com outro, e assim por diante. Nem a lei nem o decreto obrigam que o edital informe que para poder fornecer os colocados seguintes ao primeiro terão de baixar seus preços até o daquele – o que seria muito curial, e que é quase uniformemente praticado.

O art. 10, entretanto e curiosamente, informa que após encerrada a etapa competitiva os licitantes *poderão* baixar seus preços até o do vencedor. Ora, pergunta-se por que motivo alguém, classificado com um preço maior, voluntariamente quereria baixá-lo? E também se pergunta: por quê aqueles licitantes já não os baixaram durante a etapa competitiva? Esperaram a etapa acabar para só então ofertar proposta mais vantajosa ao licitador? Que raio de raciocínio é esse? Observa-se a essencial confusão mental que devia atormentar o autor do decreto anos atrás. Auguramos que a tenha superado com galhardia.

O fato é que, juridicamente podendo ou não, e de um modo ou de outro, essa redução de preço, para quem quer se manter classificado, é sempre exigida nos registros de preços, e com essa regra *quase de direito natural* licitante algum se rebela.

Por razão didática pulamos o art. 9º, formalmente importante, mas impreciso como os artigos anteriores, e que agora será visto. Cuida dos conteúdos obrigatórios do edital para o SRP, e parece que seria exigir demais do autor que sua técnica fosse mais apurada.

Inicia (*caput*) por recordar que o edital para SRP obedecerá a lei de licitações e a dos pregões, e então enumera uma série de conteúdos mínimos obrigatórios, com 11 (onze) incisos. Ora, se for para atender somente a lei de licitações, só ali já existem muito mais que onze conteúdos obrigatórios nos editais de licitação... e como resultado o aplicador do decreto, que deve redigir o edital, acaba com três roteiros obrigatórios, um a *atravessar* o outro. Grande técnica!..

Já a esta altura, a orientação é a de seguir antes a lei e depois, se sobrar tempo e nada mais houver a fazer, então ver o que diz o decreto. Referimo-nos à de licitações, pois que a do pregão é um zero à esquerda de tudo, não dizendo absolutamente nada sobre esse assunto.

Os onze incisos deste art. 9º ou repetem a lei ou dizem obviedades variadas, uma após a outra. O que o edital precisa efetivamente é:

a) fixar a quantidade *máxima* de cada item, para orientar o licitante sobre o máximo que durante a vigência da ata poder-lhe-á ser exigido. A quantidade mínima é sempre zero em registro de preços;

b) se o edital admitir cotação de parte da quantidade máxima estimada para cada item, informar qual é esse mínimo, abaixo do qual qualquer proposta será *ipso facto* desclassificada;

c) o prazo de validade do registro de preços, que, se não for de um ano, constituirá um exercício da pouca inteligência da autoridade, algo como a atitude do cidadão que bate continuamente uma porta em sua cabeça, e indagado por que o faz responde: – é tão agradável quando eu paro! Poder fazer valer a ata por um ano e fazê-la valer menos é abstruso, ou *sesquipedal* como para Monteiro Lobato no seu *O colocador de pronomes*;

d) planilhas de custos e minutas de contratos – e por essa última locução o autor do decreto deve estar se referindo a modelos de atas. Melhor não contrariá-lo. As planilhas servem para orientar os interessados sobre as expectativas de preços do ente licitador, e as minutas de atas para informá-lo sobre o barco em que pisará se vencer algum item do certame. E já nesse passo não se imagina para quê foi escrito o inciso X;

e) penalidades. Por mais claro que isso possa parecer nas leis, de fato não é tão clara a previsão, e faz bem o edital em esclarecer, dentro dos máximos legais, as penas a que se sujeita o detentor de atas por qualquer espécie de inadimplemento.

A restante matéria desses onze incisos são mais gratuitas que o sorriso de uma criança, ou que o vôo do colibri na manhã radiante. De nada servem nem nada dizem, exceto, talvez, para o indecifrável autor. Só para exemplificar veja-se o inciso X, que manda ao edital obrigar a “realização periódica de pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade”.

Quem deve realizar pesquisa, o licitante, detentor da ata? Será que isso realmente está escrito? Custa crer, e mais ainda custa crer que um dia o governo federal brasileiro imaginou poder submeter o funcionário federal a uma bestialidade desse porte. O dispositivo é asinino, e envergonha a nacionalidade.

Os quatro parágrafos deste art. 9º e não se lamentem, eis que poderiam ser em maior número – de relevante contêm tão-só: a) o menor preço de critério pode referir-se a maior desconto sobre tabelas adotadas pelo edital, e b) poderá haver cotações diferentes, pelo mesmo proponente, para locais diferentes de entrega ou de prestação, tanto para bens quanto para serviços. Ambas as regras são lógicas e razoáveis, mas nada mais nos parágrafos merece mínima atenção.

O art. 11 abre o Capítulo VI, relativo ao registro e à validade da ata.

Filtrando-se a sua redação, prescreve que após a homologação do certame serão registrados na ata os preços do vencedor (inciso I); que se registrarão também os licitantes que aceitarem cotar ao mesmo preço do vencedor, pela ordem de classificação, para formar o cadastro de reserva (inciso II e § 1º); que os preços s registrados serão divulgados no portal de compras do governo federal (III), e que a ordem de classificação será observada nas contratações (IV), como se pudesse ser diferente.

Seguem quatro parágrafos, o primeiro já mencionado e que serve para convocar classificados que não o vencedor, em caso de algum impedimento deste, ou escusa em fornecer. O § 2º indica o critério desempate em caso de haver mais de um proponente naquela situação, e é em favor de quem apresentou a última proposta na fase competitiva.

O § 3º repete o óbvio apenas para confundir, e é conveniente esquecer que está escrito. O § 4º, c que como os demais foram acrescentados ao decreto do SRP por força do Decreto nº 8.250, de 23 de maio de 2014, enseja aprofundadas lucubrações metafísicas sobre a inutilidade humana: será que com efeito alguém do governo federal de então, 2.014, imaginava realizar algum trabalho em prol do seu semelhante? Em que planeta vivia?

O art. 12, que fecha o capítulo, no *caput* apenas repete a lei de licitações ao informar o prazo máximo de validade máximo de um ano para a ata do SRP, inclusas eventuais prorrogações caso a validade tenha sido menor – e já dissemos que fixar em menos de um ano a validade equivale a se bater repetidamente uma porta na cabeça, pensando-se na deliciosa sensação de alívio que a cessação dessa atividade propicia. Quem fixa a ata do SRP em menos de um ano é provido dessa mesma escassa inteligência.

O § 1º impede aos funcionários sujeitos a este decreto exercer um direito que a lei de licitação, art. 65, § 1º, dá à Administração, que é o de exigir até 25% a mais ou a menos dos quantitativos licitados, aos respectivos detentores das atas. É que, sendo o registro de preços não um contrato de compra, mas um pré-compromisso de eventual fornecimento, o Executivo federal visou permitir ao detentor de cada ata ter segurança quanto às quantidades máximas que lhe poderão ser exigidas.

Compreende-se, portanto, a regra, e neste caso o decreto funciona como mera ordem hierárquica, como no dizer do mestre Geraldo Ataliba ao ensinar que *decreto somente obriga funcionário*.

O § 2º é de excelente qualidade, por interpretar corretamente a lei de licitações no estabelecimento da regra para a duração do contrato decorrente de uma ata de registro de preços.

Não se confunda o prazo máximo de validade *da ata*, com o prazo máximo de validade *do contrato proveniente da ata*. São tão iguais quanto marmelada e amortecedor de colheitadeira. Uma bobagem como esta deve ter sido produzida pela pressa em compreender a lei, e o aqodamento em aplicá-la como à primeira vista pareceu necessário.

Nada disso. Muito corretamente este § 2º remete a duração do contrato aos dispositivos da lei de licitações que regem essa matéria, que são o art. 57 e suas subunidades, e não ao dispositivo da mesma lei relativo à validade máxima da ata, que é o art. 15, § 3º, inciso I. Esse último só se aplica à duração da ata, jamais à do contrato que dela se origina.

Assim, pode perfeitamente ser extraído um contrato de fornecimento com duração de cinco anos, diretamente da ata do SRP, como o pode ser um contrato de serviços contínuos que estejam registrados em alguma ata. A validade daquela ata pode já haver expirado há anos, porém o contrato que dela se originou continua em vigor até seu termo final, porque a manutenção desse contrato não depende da validade da ata – desde que o contrato tenha sido assinado durante a validade da ata, como informa o § 4º deste art. 12, e como de resto manda a mais primária lógica. Não se concebe assinar um contrato derivado de uma ata de SR que esteja vencida.

Os contratos derivados do SRP têm duração regida pelo art. 57 da lei de licitações, sem qualquer alteração ou diferença apenas porque derivaram do SRP. E o § 3º manda aplicar a esses contratos também o art. 65 da lei de licitações, que se refere, entre mais disposições, à alterabilidade unilateral pela Administração.

Curioso, porque então se aplica apenas o restante do art. 65, sem o § 1º, de acordo com o que reza o § 1º deste art. 12. Ou seja: alterações do contrato são aceitas, mas não aquelas devidas a acréscimos ou reduções do objeto (Lei nº 8.666, art. 65, § 1º).

Desse modo, se a Administração aumentar os quantitativos contratados com base no art. 65, I, *b*, o que a teor do § 3º deste art. 12 pode fazer, como se explica a situação? Pode aumentar quantidades e valor com base num dispositivo do art. 65 (inc. I, al. *b*), mas não pode aumentar com base em outro (art. 65, § 1º)?

Ora, mas que tremenda incongruência do decreto, porque aumentar quantitativo é aumentar quantitativo... não importa com base em que dispositivo!

O excelente § 2º deste art. 12 vem em seguida ao *péssimo* § 1º, e com isso o § 3º, sem saber para que lado olhar, resta sem muita lógica.

Diante disso, o que se recomenda é, sempre que for preciso aumentar o quantitativo contratado, fazê-lo cinicamente com base no inciso I, al. *b*, da lei de licitações, e nesse dispositivo fundamentar formalmente a alteração do contrato. Não se recomenda ao aplicador adotar espertezas na sua profissão, porém quando o texto é excessivamente burro devem ser aceitas para se evitar prejuízo maior. É questão de sobrevivência...

O art. 13 manda que o ente público convoque o vencedor para assinar a ata, após sua homologação, no prazo que assinala, prorrogável uma vez a critério do mesmo ente. Caso ele não compareça pode a Administração convocar apenas o segundo classificado, ou já diretamente todos os demais classificados e sempre pela ordem de classificação, para que, se quiserem e *nas condições do vencedor* que não compareceu, assinar a ata, e se comprometerem nos seus termos.

O art. 14 reafirma o compromisso que a assinatura da ata implica, e determina a aplicação de penalidades ao *vencedor* que se recuse a assinar a ata – assim é que se deve ler a pouco clara redação de algo aparentemente tão simples. Sim, porque não é admissível aplicar penalidade a quem se recuse a reduzir seus valores propostos no certame até os do vencedor, já que licitante algum é obrigado a isso.

O art. 15 manda a que a contratação derivada do SRP seja formalizada por instrumento contratual específico, dentre aqueles constantes da lei de licitações, art. 62, ou mesmo outros que acaso existam em cada ente público. Vale dizer: por

essa técnica *a ata não é contrato algum*, mas compromisso de contratar se o ente licitador demandar o fornecimento. O contrato tem de ser específico, ainda que por instrumento simplificado.

O art. 16 repete o § 4º do art. 15 da lei de licitações, sendo, portanto, tão útil ao direito como o é a pedra na sopa da fábula popular, ou como, voltamos a citá-lo, o soprador de verrumas do conto A vingança da peroba, do inigualável gênio da literatura brasileira, José Bento de Monteiro Lobato.

O direito brasileiro há de melhorar no dia em que o Executivo finalmente aceitar a regra de que regulamentos *não devem repetir as leis a que servem*, tanto porque a lei não precisa de regulamento que a repita para valer, quanto porque mesmo sem decreto a lei precisa ser cumprida como está escrita, nada representando para o direito o decreto repetidor.

Os arts. 17 a 21 constituem o Capítulo VIII, sobre revisão e cancelamento dos preços registrados.

O art. 17 apenas informa genericamente que os preços registrados poderão ser revistos, em função de variação dos preços praticados no mercado, e somente esse artigo, isoladamente considerado, pouco diz ao direito.

O art. 18 operacionaliza a hipótese do artigo anterior, informando que se os preços do mercado caírem abaixo dos preços registrados, o órgão gerenciados na União – ou, dizemos nós, quem lhes faça as vezes como gerenciador do RP nos entes locais – convidará os detentores das atas, tanto os vencedores quanto os demais classificados se o ente quiser, a reduzirem seus preços de modo equivalente; em caso de recusa serão liberados de seus compromissos, e a ata *cancelada* como adiante prevê o art. 20, inciso III.

Não entendemos inteligente esse convite genérico e antecipado à redução de preços, porque nada assegura que os mesmos preços se manterão reduzidos no mercado, e com isso um grande esforço de parte a parte pode ver-se frustrado pelas oscilações do mercado. Parece muito mais razoável, em o ente observando que no mercado os preços ficaram menores que os seus registrados, convidar o detentor da ata para reduzir seus preços especificamente para a ocasião, e então contratar sob essa nova condição. A bola de cristal e os jogos de adivinhação não devem orientar os procedimentos negociais da Administração.

O art. 19 de certo modo repete o art. 18, neste confuso capítulo que parece repetir os artigos, sem qualquer motivo plausível. E o seu parágrafo único contém a estranha ordem de *revogar a ata* caso o ente não obtenha as reduções pretendidas, o que é uma rematada insânia na medida em que a revogação é sempre um direito, ainda que condicionado à existência de motivo, mas nunca uma obrigação.

É o dedo intervencionista e tutelador do governo central, fracassado miseravelmente em todos os lugares do mundo e que tanto atrasou e atrasa os países, o mesmo que trata as autoridades como incapazes que brincam de administrar.

O art. 20 informa que o RP será cancelado nas quatro hipóteses que enuncia – e não escapa de conter impropriedades, como é a sina deste regulamento.

A primeira hipótese (inc. I) é a de descumprimento das regras da ata pelo detentor, o que, assim enunciado, é natural; apenas se atente para que o gerenciador deve aplicar seu tirocínio a cada caso, e apurar se o descumprimento é tão grave que enseje o cancelamento ou se não chega a tanto, hipótese em que a ata não deve ser cancelada, sem embargo da aplicação de alguma penalidade.

O inciso II prevê – com redação deplorável, que neste momento *higienizamos* – que será cancelado o RP do detentor da ata que, injustificadamente, se recusar

a contratar quando convocado dentro das condições do mesmo RP. Será justo o motivo que simplesmente seja aceito pelo ente, e injusto aquele que não o seja, inexistindo parâmetro mais objetivo para conduzir esta questão.

O inciso III apenas complementa o sentido do § 1º do art. 18, como já se viu.

O inciso IV engrossa o caldo ao estabelecer que será cancelada a ata do detentor que sofra suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração (lei de licitações, art. 87, inciso III), ou seja declarado inidôneo (idem, inciso IV). Quanto ao inciso IV está correta a previsão, mas absolutamente errada quanto ao inciso III, porque jamais a suspensão do licitante poderá implicar o cancelamento de uma ata que, imagina-se, vale por um ano, já que apenas impede que o ente público o convoque, dentro do prazo da suspensão, para fornecer.

Nem mesmo no caso de a suspensão ser superior à validade da ata se justifica o cancelamento, porque é sempre possível ao suspenso obter judicialmente a suspensão ou mesmo o cancelamento da penalidade, e não é inteligente mover todo um processo contraditório de cancelamento da ata com um fundamento que pode ser anulado em juízo. Basta não convocar o suspenso para fornecer durante a suspensão, sem necessidade de se anular sua ata.

E durante a suspensão pode o ente convidar o segundo colocado, nas condições do primeiro que está suspenso, a fornecer. porque a suspensão de um fornecedor não pode paralisar o ente público.

O parágrafo único informa que o órgão gerenciador – para quem tem o azar de se submeter a esse *politburo* – será o responsável pela formalização do cancelamento, como se um decreto federal precisasse dispor sobre isso.

O art. 21, fechando o capítulo, anuncia que o RP poderá também ser cancelado por caso fortuito ou força maior, justificados e prejudiciais ao cumprimento da ata, nas hipóteses de haver interesse público ou a pedido do fornecedor. Ocorrendo caso fortuito ou força maior, de suficiente impacto na ata, evidencia-se desde logo a razoabilidade do dispositivo, eis que em tais condições poderia resultar até mesmo impossível a manutenção da ata.

Agora, com o art. 22, o nível técnico do regulamento atinge o fundo do poço. E a tragédia piorou recentemente, com grandes acréscimos alfanuméricos a este *pavoroso* art. 22, pelo Decreto nº 9.488, de 30 de agosto de 2.018, como se o artigo inteiro merecesse o mínimo respeito, como não merece. O novo decreto espalhou-se sobre matéria juridicamente putrefata, como se tivesse condão de melhorar aquela calamidade que é o *carona*.

Trata-se, enfim, do *carona*, infelicíssima idéia do Executivo federal em um estertor de mandato, que se reveste de toda ilegalidade que se possa reunir em pouco espaço, e que de nós merece o desprezo mais sincero e espontâneo de que somos capazes.

Outra dessas idéias que têm em vista somente a praticidade – e a lei, ora, a lei... –, o *carona* vem e sendo proscrito, rejeitado e estigmatizado por entes como o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, e muitos conhecidos Tribunais de Contas estaduais, de modo enfático e decidido, no que merecem elogio incondicional.

Sem base nenhuma na lei de licitações, cuja sistemática é inconciliável com essa sinistra instituição porque se trata de invenção extraída de cartola de mágico para quebrar o galho de órgãos públicos federais – em geral não muito afeitos ao trabalho –, o que se recomenda a Municípios (já que falar aos Estados ou à União é como falar às paredes), e até em seu proveito com vista à futura fiscalização pelos



TCs, é jamais utilizarem o carona, em hipótese alguma, para o objeto que for, sob nenhuma alegação, pretexto ou evasiva.

Nada justifica *revogar* a lei de licitações e o mandamento constitucional que manda aos entes públicos licitar, apenas porque um dia o sr. presidente da República, por seguro pessimamente assessorado, inventou um atalho operacional que atropela a lei. Deve ter agradado alguns servidores, mas desagradou profundamente os cultores do direito e o próprio direito.

O carona merece todo rigor reprobatório do Tribunal de Contas da União com relação aos entes que fiscaliza. Contas oriundas do carona merecem reprovação sempre.

Tão irresponsável e leviana é a instituição que logo ao eclodir na União ensejou aos espertalhões de plantão, desses que vendem terrenos na lua ou loteiam o vale do Anhangabaú ou o parque do Ibirapuera em São Paulo, ou a esplanada dos Ministérios em Brasília, simplesmente passaram a *vender* autorizações a alguns Prefeitos, simplórios até o imperdoável, para que adotassem ou aderissem a registros de preços de outros Municípios, com ou sem o conhecimento desses últimos. Um trabalho exemplar de civilidade e evolução institucional, como se percebe.

E não se estranhe tanto: uma *picaretagem* como o *carona* ensaja picaretagens semelhantes.

Todo o art. 22 parte do pressuposto da legalidade e da legitimidade do carona, e assim todo ele se revela rigorosamente imprestável para quaisquer fins de direito.

O Executivo federal precisa revogar essa infâmia antijurídica com urgência, pois que o estrago que provocou já foi grande o suficiente até este momento. O melhor destino dos rejeitos e das escórias, sejam do que forem, ainda é... o fogo. Não é sem razão que os prudentes *nunca dão carona a seres estranhos*.

O decreto de 2018 acresceu os §§ 1º-A até 4º-A, e depois disso os §§ 9º-A até 11 ao art. 22. Não os comentaremos porque todo o artigo não vale o papel em que foi escrito, e se tivesse 100 parágrafos continuaria não valendo, pois que cria um mundo à parte do direito que não resiste a qualquer análise de legalidade. Comentar algo assim significaria no mínimo dar um passo no sentido de coonestar esta infâmia antijurídica, que deveria ser raspada com estilete do decreto e não incrementada como foi pelo decreto de 2.018.

Somente o que humildemente se volta a recomendar a todas as autoridades, inclusive federais, é que não se utilizem do carona nem deste nauseabundo art. 22, nem nele se inspirem se em seus entes locais, por tudo o que acima se disse.

E fazemos votos de que os Tribunais de Contas, todos no Brasil, continuem julgando irregulares os contratos celebrados com base no *carona*, e prossiga declarando-os nulos e aplicando penas aos responsáveis até o dia em que o último deles se convença de que não deve pedir carona licitatória a outros entes. Carona serve para saltimbancos de beira de estrada.

Superado o baixíssimo território do *carona*, entra o decreto em disposições finais e transitórias.

O art. 23 custa crer que possa ter sido escrito em 2014, pois que informa que os SRP poderá ser informatizado. Dever-se-ia talvez informar o autor que o homem já foi à lua.

O art. 24 é transitório e já perdeu sua função até no máximo 2015.

O art. 25 e o art. 26 são também transitórios e já devem ter esgotado sua função. Referem-se ao portal de compras do governo federal, que cinco anos após editado

**“A duração do contrato não precisa coincidir ou se encerrar com o fim da validade da ata do registro de preços, podendo superá-la em muito, conforme autoriza o art. 12, § 2º, do decreto, que nada faz senão ler corretamente a lei de licitações.”**

o decreto já deve ter se adequado ao SRP – até porque se não o fez até agora deve revestir-se da mais rematada inutilidade.

O art. 27 informa que o Ministério do Planejamento poderá editar normas complementares a este decreto, (I) o que sempre faz, (II) o que não precisaria propriamente de autorização governamental e (III) o que somente reafirma que o governo central se achava indispensável para fiscalizar cada passo até de seus escalões superiores, inspirado como estava na KGB, no *kuomintang*, no comitê central ou no *politburo* orientais, tão caros àqueles governantes.

O art. 29 revogou expressamente os dois decretos anteriores sobre o SRP, nºs 3.391, de 2001, e 4.342, de 2002.

Esse, em resumo, é o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que disciplina o SRP no plano do Executivo federal. Não representa evolução alguma na técnica regulamentar, revelando-se intervencionista ao extremo, burocratizante até mais não poder e, com essas características, provavelmente prejudicial ao ritmo do serviço no escalão federal.

Algo como uma corrida de obstáculos ou de barreiras, institui organismos e instâncias artificiais, como quem inventa a roda, tão desnecessárias que o SRP existe e funciona perfeitamente no país ao menos desde 1.972, sem nada semelhante a este decreto.

A Estados e a Municípios se recomenda por isso a mais segura distância deste regulamento, cuja inquestionável virtude é ter dado a correta interpretação da lei quanto a duração de contratos oriundos de registro de preços, no art. 12, § 2º, e pouco mais que isso.

O SRP pode ser exercitado através de pregões, tanto o presencial quanto o eletrônico, e o é com avassaladora frequência, quase mesmo se podendo afirmar que *essa é regra*.

A exigência, do art. 15, § 3º, inciso I, da lei de licitações, de que o SRP se dê apenas por concorrências, como se disse *retro*, hoje é tida como piada nos círculos do serviço público. mesmo que a lei de licitações continue hígida e plenamente em vigor. É que o Brasil, ante a lentidão do processo legislativo, instituiu a modalidade de *revogação tácita por desuso* de leis que se tornem inconvenientes ou obsoletas. É o país do futuro.

Não existem maiores inconveniências no pregão para realizar licitações para registro de preços, senão as próprias do pregão, vale dizer: não é por ser SRP que o pregão é inconveniente: o pregão é conveniente ou inconveniente pelas suas características próprias, independentemente do objeto em jogo, seja um registro de preços, uma compra de beterraba triangular ou um serviço qualquer. Não é o registro de preços que implicará conveniência ou inconveniência ao pregão.

O que se recomenda até com ênfase sempre que existe a contingência de se realizar um pregão, é que se o prefira *preferencial* e não eletrônico.

O eletrônico, em virtude da impessoalidade dos licitantes atrás de uma tela de computador e que não se sabe sequer se existem, ou quando se sabe que existem não se sabe se de fato são eles que estão ali participando ou fantasmagorias as mais variadas, está sujeito a tantas e tão diversas vicissitudes como fraudes, falsidades, mentiras, golpes, e tudo mais que a criminalidade humana possa conceber.

Neste país de saqueadores de cargas, que falsifica até o produto com que se adultera a gasolina, que em uma semana falsifica o selo holográfico que os cartórios instituíram para evitar falsificação de atos cartoriais, ou ainda que institui uma delegacia de polícia-pirata em pleno centro de São Paulo nos idos de 2007; neste nosso país dotado de altíssimo índice de criminosos de toda espécie, se numa própria licitação presencial toda sorte de golpes já acontecem com espantosa freqüência, que então dizer de raposas escondidas atrás de aparatos eletrônicos?

Repita-se: não é por licitar registro de preços que o pregão eletrônico é ruim, mas porque não presta mesmo, nunca, para nenhum objeto. Se um dia servir aos bons propósitos de quem o concebeu, ótimo, é o que se anseia. Mas neste momento o acampamento de ciganos que ainda é nosso país não o recomenda.

Para concluir formulemos algumas breves recomendações à autoridade que manda licitar.

É sempre uma boa idéia verificar, a cada registro de preços que se pretenda realizar, se é caso de o edital permitir a cotação de quantitativos menores que o total anunciado pela Administração como o máximo que poderá exigir do vencedor de cada item, ao longo da validade da ata ou do contrato que dela resulte.


Tal medida sempre aumenta a competitividade, pois que muitos fornecedores podem temer propor em uma licitação que lhe possa exigir quantidades para ele imensas de algum item, que ele prudentemente não está certo de que poderá obter se demandado.

Se puder esse licitante propor até uma quantidade menor que aquele total, sentir-se-á por certo mais seguro, e com isso mais participantes é o que se espera em um tal certame. A competitividade aumenta naturalmente, fácil é concluir. E se ao invés de um só contrato resultarem vários, a gestão também terá de dividir-se, mas esse incremento de trabalho possivelmente compensa em termos operacionais para o ente licitador, ante preços melhores que poderá registrar se as quantidades não forem disponíveis apenas por poucos, ou por muito poucos, fornecedores.

Outra recomendação é a de que, ainda que se licitem numerosos lotes, o ideal é que cada um deles seja integrado por apenas um ou poucos itens, já que quanto maior for o conjunto de itens diferentes, mais difícil será obter fornecedores que disponham de todos para fornecer. Outra vez a questão é de tentar aumentar a competitividade, além de se racionalizar ou simplificar o exame de cada lote oferecido.

Por fim, indica-se à autoridade a vantagem de se celebrarem contratos os mais longos que a lei de licitações permite, no art. 57, relativamente a fornecimentos ou serviços licitados por registro de preços.

Se a regra legal permite contratos como por exemplo de cinco anos (serviços contínuos), e se porventura o ente licitador conhece o prestador e a qualidade do seu trabalho, e se sabe que ele serve perfeitamente o interesse do mesmo ente, então não se imagina por que motivo o contrato seria menor que o máximo permitido.

Tenha-se sempre presente que a duração do contrato não precisa coincidir ou se encerrar com o fim da validade da ata do registro de preços, podendo superá-la em muito, conforme autoriza o art. 12, § 2º, do decreto, que nada faz senão ler corretamente a lei de licitações. 

## NOTAS

- 1 De quem se dizia em tempos idos que era o autor da lei, da doutrina e da jurisprudência de direito administrativo...
- 2 Apenas para se recordar a realidade disso afirmado, um só exemplo do que vem ocorrendo. A lei de licitações preconiza antes a habilitação, e apenas depois o julgamento das propostas dos habilitados. Como essa fórmula é sabidamente ruim e inconveniente para todos, então primeiro um Estado, depois outro, e a seguir mais um, depois uma capital, seguida logo por outra, e enfim praticamente todos os entes integrantes da federação como em tácito acordo, editaram leis que, *sic et simpliciter*, inverteram aquelas fases do procedimento, de forma que hoje praticamente *não mais se pratica* aquela ordem tradicional das fases do certame. A lei de licitações, que é o conjunto de normas gerais de licitação e sujeita quanto a isso o país inteiro, não foi alterada para contemplar aquela inversão, de modo que todas as leis locais, friamente, são ilegais. Ora, não seria mais lógico mudar a lei de normas gerais, para abrir ensanchas aos entes federados de inverter as fases sem tais macaquices e malabarismos circenses – ao arripio da lei maior de licitação e do ordenamento jurídico brasileiro? Por quê não se altera a lei de licitações? Isso dá choque? Entendadeia a cólera dos deuses e dizima o planeta? As autoridades de todos os Poderes, entretanto, fingem que o assunto não é com elas, e que nada de anormal está acontecendo. A lei nacional de licitações é o bíblico deus Moloch dos amonitas de Canaã, colérico intocável e inatingível, ainda que sabotado a mancheias.
- 3 O pregão eclodiu em nosso direito para, gradativamente e pelo que se percebe, *varrer do mapa e acabar com todas as demais modalidades de licitação*, sendo lícito imaginar que em futuro não muito afastado grandes obras e complexíssimos serviços serão objeto de pregões. O que hoje parece configurar um *pesadelo técnico* – uma grande obra por pregão – vem paulatinamente perdendo essa feia catadupa, para gozar de favor e simpatia cada vez maior por parte de licitantes, licitadores, fiscais, autoridades de todos os Poderes, acadêmicos, estudiosos, e quantos mais se relacionem com o tema.
- 4 Decretos a nós parecem, como no dizer dos maldosos, a filosofia, com a qual ou sem a qual o mundo resta tal e qual. E assim permanecerá, enquanto os chefes de Executivo não se derem conta de que o decreto *não deve repetir a lei*, mas apenas preencher os seus espaços e responder as perguntas que a lei incita.
- 5 E nem todo produto asiático é assim porque os há *excelentes* em todos os setores do mercado, bastando ao interessado pagar um pouco mais...
- 6 Um dos segredos da longevidade sadia, informa a imemorial sabedoria das gentes – e sobretudo em um lugar como o Brasil -, é não levar exageradamente a sério *nada*, coisa nenhuma, nem nós e nem mesmo os deuses. Levar as coisas e a vida a sério é indispensável; exageradamente a sério, por favor não, pois que é um erro sempre.
- 7 A Lei nº 8.666/93 em sua origem era apenas muito ruim. Continha tópicos excelentes, porém em seu conjunto abarcava duas vezes mais matéria do que deveria, no afã de ser completa e exaustiva. Com o passar do tempo, a desatualização crescente e o anacronismo insuperável que hoje a fulmina, e sendo desrespeitada a torto e a direito e somente observada quando e no quê convém diferentemente a cada momento por cada ente público, é penoso constatar que, a despeito de tudo isso, ainda constitui a base absoluta de toda uma vasta legislação na parte de licitação e de contratos. Quem negar isso afirmado, e ainda vislumbrar grandes virtudes na lei de licitações, provavelmente estacionou na década de 90, e se recusa a enxergar a realidade de cada dia. O pior cego...



IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo.



## ... E militares para quem precisa de militares!

“Dizem que ela existe pra ajudar  
Dizem que ela existe pra proteger  
Eu sei que ela pode te parar  
Eu sei que ela pode te prender

Polícia! Para quem precisa!  
Polícia! Para quem precisa de polícia!

Dizem pra você obedecer  
Dizem pra você responder  
Dizem pra você cooperar  
Dizem pra você respeitar

Polícia! Para quem precisa!  
Polícia! Para quem precisa de polícia!”

(Polícia!, Compositor: Tony Belotto)

“O crescimento do número de operações espetaculares, que empregam milhares de agentes para apreender poucas armas e raramente desarticular quadrilhas, é a grande marca da segurança no Rio nos últimos meses” e que “cargas não podem ser mais importantes do que vidas”, razão pela qual “em qualquer plano de segurança pública, os crimes contra a vida precisam ser a primeira e indiscutível prioridade.”

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Pelo Decreto nº. 9288/2018, publicado no Diário Oficial da União, na edição extra do dia 16 de fevereiro, o Presidente da República decidiu pela intervenção federal no Rio de Janeiro. Foi a primeira vez, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que se aplicou o seu art.34.<sup>1</sup> Nos termos do decreto presidencial, a intervenção federal estender-se-á até o dia 31 de dezembro de 2018, limitando-se à área de segurança pública e com o objetivo de “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro.” Nomeou-se para o cargo de Interventor o General de Exército Walter Souza Braga Netto, comandante do Comando Militar do Leste, que tem seu quartel-general localizado na cidade do Rio de Janeiro, cargo de natureza militar, como assinala o decreto.

O General Interventor terá “as atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro necessárias às ações de segurança pública, previstas no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.”<sup>2</sup> Segundo o decreto, “o Interventor fica subordinado ao Presidente da República e não está sujeito às normas estaduais que conflitam com as medidas necessárias à execução da intervenção”, podendo “requisitar, se necessário, os recursos financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos do Estado do Rio de Janeiro afetos ao objeto e necessários à consecução do objetivo da intervenção”, além de “a quaisquer órgãos, civis e militares, da administração pública federal, os meios necessários para consecução do objetivo da intervenção.” Também, “exercerá o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.”

No período da intervenção, poderão ser requisitados “os bens, serviços e servidores afetos às áreas da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, para emprego nas ações de segurança pública determinadas pelo Interventor.”

Pois bem.

Passados agora mais de seis meses desde a intervenção, os resultados esperados não vieram e as questões da violência urbana e da segurança pública no Rio de



Janeiro estão muito longe de serem resolvidas ou mesmo melhoradas, inclusive porque deita raízes em décadas de uma brutal desigualdade social, especialmente entre o povo do morro e o das comunidades – alijados desde e para sempre – e a elite moradora da casa-grande.<sup>3</sup>

Dias depois da intervenção, foi criado no Rio de Janeiro o Observatório da Intervenção, com o “objetivo de monitorar o impacto da intervenção, difundir informações sobre suas ações, propostas e resultados e incentivar o debate sobre segurança pública.” É coordenado pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) da Universidade Cândido Mendes que, por sua vez, tem como uma de suas coordenadoras a Professora Julita Lemgruber.

Após este primeiro semestre da medida extrema, o Observatório da Intervenção publicou um documento denominado VOZES SOBRE A INTERVENÇÃO<sup>4</sup> que pretendeu “fazer um balanço dos seis meses de intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro”, reunindo, “além de números e fatos, textos e depoimentos de 46 pesquisadores, empresários, jornalistas, artistas, gestores públicos, ativistas, religiosos, policiais e militares.” Trata-se, sem dúvidas, de um documento histórico “que captura as contradições deste momento no Rio de Janeiro”, a partir da análise “de dados gerados por diferentes fontes, produzindo avaliações fundamentadas” e também desde “as opiniões e relatos de moradores da metrópole.”<sup>5</sup>

Neste documento, de forma plural, há “textos representativos dos que acreditam que a intervenção trará resultados positivos”, além de “um conjunto de depoimentos de militares e policiais, atores centrais da intervenção que até agora não haviam se manifestado abertamente. Na maioria, eles expressaram frustrações e dúvidas sobre o projeto.” Também foi escutada uma parcela importante da comunidade do Rio de Janeiro formada por ativistas e lideranças que compõem o Conselho do Observatório da Intervenção, cujos “relatos trazem a perspectiva de quem vive nos territórios onde os conflitos armados e violações de direitos são rotina. Vida, morte, possibilidades, esperanças e raiva marcam os textos dos conselheiros.”

No texto de apresentação da pesquisa, Silvia Ramos, uma das coordenadoras do Observatório da Intervenção, afirma que, passados seis meses, “olhando os números, vemos um quadro desalentador”, pois “os índices mais sensíveis permanecem altos, como mortes violentas, tiroteios e chacinas”, além de ter havido “um crescimento preocupante de ocorrências que denotam descontrole no sistema de segurança pública, como mortes decorrentes de intervenção militar ou policial. A vitimização dos próprios agentes de segurança continua alta.”

Os custos da intervenção também são postos em destaque, sendo “difícil entender os caminhos dos recursos prometidos pelo Governo Federal, e se esse montante será usado, ou não, durante a intervenção.” Nada obstante os milhões e milhões de reais gastos com as operações militares – que o próprio Exército chama de “faraônicas” e que custam mais de um milhão de reais cada –, os resultados são pífios, pois “arrecadaram poucas armas e tiveram efeito reduzido na desarticulação de quadrilhas até agora.”<sup>6</sup>

O Gabinete da Intervenção “não deu respostas sobre as mais de 600 mortes decorrentes de ações policiais ocorridas sob sua gestão. E qual a taxa de elucidação dos mais de dois mil homicídios ocorridos no estado durante o mesmo período? Ninguém sabe.” A impressão a que chega o Observatório da Intervenção é “que a intervenção federal está testando um modelo de segurança pública baseado em


uma concepção militar, que pensa desafios de violência e criminalidade como problemas de guerra, a ser enfrentados por generais e batalhas, e não a partir de mudanças na gestão, fortalecimento da integração, inteligência e foco na redução dos crimes contra a vida.”

Desde este ponto de vista – militarizado e bélico -, ainda que sigam “ganhando batalhas e mobilizando milhares de agentes em operações”, os militares da intervenção não entendem que estão “perdendo a guerra” e, com eles, “toda a sociedade do Rio de Janeiro. Estamos perdendo vidas preciosas. Estamos perdendo a disputa moral contra o crime. E estamos perdendo o ânimo com a violência.”

Ao final, conclui-se, dentre outras coisas, que a intervenção federal foi motivada por “interesses políticos do Planalto” e que “os recursos federais destinados à intervenção ainda não foram empregados.” Por outro lado, não tendo sido criado “um modelo coordenado de governança”, os “homicídios e chacinas continuam extremamente altos; mortes decorrentes de intervenção policial e tiroteios aumentaram. As disputas entre quadrilhas, incluindo milicianos, fugiram ao controle em diversas áreas.”

Ademais, “o crescimento do número de operações espetaculares, que empregam milhares de agentes para apreender poucas armas e raramente desarticular quadrilhas, é a grande marca da segurança no Rio nos últimos meses” e que “cargas não podem ser mais importantes do que vidas”, razão pela qual “em qualquer plano de segurança pública, os crimes contra a vida precisam ser a primeira e indiscutível prioridade.”

Ao final e ao cabo, entendem os coordenadores do ótimo vozes sobre a intervenção que “os riscos de desgaste da imagem das Forças Armadas ao final da experiência da intervenção é real.”

Também acredito nisso, tanto quanto desacredito na eficácia de combater a violência com violência e, ainda mais, com forças militares federais. Tampouco creio que, seja por sua destinação constitucional, seja pela natureza de sua formação, as Forças Armadas darão cabo de questões tão sensíveis, especialmente nos países periféricos, como é a violência urbana e a segurança pública. Uma pena que os militares das Forças Armadas estejam sendo usados politicamente como instrumentos – especialmente os soldados, óbvio! – pelo Governo Federal, como se vê nas conhecidas e reiteradas “Garantia da Lei e da Ordem”, e agora na intervenção federal no Rio de Janeiro.<sup>7</sup> 

### NOTAS

- 1 “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I – manter a integridade nacional; II – repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V – reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resul-

tante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

- 2 “Art. 145. Compete privativamente ao Governador do Estado: I – nomear e exonerar os Secretários de Estado; II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual; III – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente; VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual, na forma da lei; VII – decretar e executar a intervenção nos Municípios, nomeando o Interventor, nos casos previstos nesta Constituição; VIII – remeter mensagens e plano de governo à Assembleia Legislativa por ocasião da abertura da Sessão Legislativa, expondo a situação do Estado e solicitando as providências que julgar necessárias; IX – nomear o Procurador-Geral da Justiça, dentre os indicados em lista tríplice composta, na forma da lei, por integrantes da carreira do Ministério Público; X- nomear os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado; XI – nomear magistrado, no caso previsto no parágrafo único do artigo 157 desta Constituição, bem como o Procurador-Geral do Estado e o Procurador-Geral da Defensoria Pública, estes observados os artigos 176, § 1º e 180, parágrafo único, respectivamente; XII – enviar à Assembleia Legislativa o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstas nesta Constituição; XIII – prestar, anualmente, à Assembleia Legislativa, dentro de sessenta dias após a abertura da Sessão Legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; XIV – prover e extinguir os cargos públicos estaduais, na forma da lei; XV – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição. Parágrafo único – O Governador do Estado poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI e XIV, primeira parte, aos Secretários de Estado, ao Procurador-Geral da Justiça ou ao Procurador-Geral do Estado, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.” Pelo decreto, “as atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que não tiverem relação direta ou indireta com a segurança pública permanecerão sob a titularidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro.”
- 3 Sempre importante lembrar Gilberto Freyre: “*considerada de modo geral, a formação brasileira tem sido, na verdade, como já salientamos às primeiras páginas deste ensaio, um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismos de economia e de cultura. A cultura europeia e a indígena. A europeia e a africana. A africana e a indígena. A economia agrária e a pastoril. A agrária e a mineira. O católico e o herege. O jesuíta e o fazendeiro. O bandeirante e o senhor de engenho. O paulista e o emboaba. O pernambucano e o mascate. O grande proprietário e o pária. O bacharel e o analfabeto. Mas predominando sobre todos os antagonismos, o mais geral e o mais profundo: o senhor e o escravo.*” (Casa-Grande e Senzala, São Paulo: Global Editora, 2006, 51ª. edição, 9ª. Reimpressão, p. 116). Grifei.
- 4 AMOS, Silvia (coord.). Vozes sobre a intervenção. Rio de Janeiro: CESeC, agosto de 2018.
- 5 O texto completo do documento encontra-se disponível em: [https://drive.google.com/file/d/1L6\\_9vhLymIFY-PMExwQZxw0qf3LT9VNg/view](https://drive.google.com/file/d/1L6_9vhLymIFY-PMExwQZxw0qf3LT9VNg/view)
- 6 Segundo consta do documento, o Governo Federal abriu um crédito extraordinário de R\$ 1,2 bilhão para a intervenção federal.
- 7 Agora mesmo, no final do mês passado, foi publicado o Decreto nº 9.483/18, autorizando o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem nas áreas especificadas, no Estado de Roraima.



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

# Uso dos espaços públicos de maneira compartilhada: regulação e controle

■ POR ANA EMÍLIA BRESSAN GARCIA

**O**s espaços públicos sofreram muitas transformações com o passar do tempo, refletindo o comportamento e as mudanças da sociedade como um todo.

Quando se pensa no assunto, certamente os itens mais comuns e lembrados são as praças e ruas, porém os espaços públicos são muito mais do que isso.

O Texto Maior trouxe a delimitação dos bens considerados públicos, dentre os quais rios, praças, ruas, recursos minerais e tantos outros.





Espaços públicos representam locais nos quais as pessoas podem se encontrar, desenvolver atividades e interagir, posto que a convivência humana é um dos requisitos fundamentais para a socialização.

Praças e ruas podem significar espaços públicos ou privados, dependendo do contexto que envolve a questão, como por exemplo, locais de lazer que estão dentro de condomínios fechados, que acabam sendo privatizados e servem de espaço de recreação para as pessoas que moram no local.

Espaços públicos podem representar características de seus frequentadores, do lugar no qual se encontra, em especial quando estão localizadas na área central da cidade.

Uma das principais características dos locais públicos é a possibilidade de acesso para todos, contudo, a lei possibilita que seja cobrado, por exemplo, ingresso para visita em um parque controlado pelo Poder Público, controlar o acesso a determinadas ruas e outros locais que se façam necessários.

Hoje os conceitos de locais públicos e privados se confundem, uma vez que tem acontecido com grande frequência a privatização total ou parcial de locais antes tidos como públicos, como é o caso de ruas e praças, que se localizam dentro de condomínios.

Nesse contexto, o acesso fica bem mais limitado; restrito às pessoas que residem no local e pagam para a manutenção do ambiente.

A violência que ocorre em maior grau nos locais públicos acaba amedrontando muitas pessoas, que preferem frequentar locais que ofereçam maior sensação de segurança, como os condomínios, shoppings e outros.



“A construção de cidades planejadas, em que se valorize os ambientes, sejam estes naturais, artificiais, culturais ou do trabalho são algumas medidas que podem ser adotadas pelo Município, em especial no plano diretor, a fim de propiciar maior qualidade de vida e menos segregação entre os moradores, garantindo locais saudáveis para que as pessoas possam não apenas passar por eles, mas tenham interesse em interagir, trocar experiências, ter lazer, entre outros, de forma a ocorrer socialização.”

## BENS PÚBLICOS NO BRASIL

A sociedade tem passado por inegável transformação em todas as áreas do conhecimento, e os impactos tecnológicos são inevitáveis, provocando mudança de conduta, atitudes, costumes e outros. (DARODA, 2012, p. 12)

É certo que o ser humano tem buscado novas formas de interação, em especial possibilitadas pelos avanços tecnológicos.

De acordo com Farias Neto (2011, p. 50) o objetivo principal do Estado é o bem comum, o bem público,

Os espaços públicos no Brasil podem ser traduzidos nas praças, ruas e locais em que as pessoas se encontram de forma livre e desimpedida, desde que respeitada a ordem, contudo, embora muitas cidades tenham belos locais, como pistas de caminhada e aparelhos para exercícios físicos, está cada dia mais difícil manter o costume de frequentar ambientes públicos, em especial devido aos grandes índices de violência que assolam as cidades.

As cidades e os locais públicos mudaram consideravelmente ao longo do tempo, sendo que desde épocas antigas era comum que as pessoas se reunissem em praças e outros locais tidos como de uso público para discutirem temas comuns e decidir sobre melhorias para a coletividade.

Cerqueira (2013, p. 10) comenta sobre a questão:

As cidades e as relações que nelas se estabelecem, com toda a complexidade que lhes são peculiares, surgiram através de um longo e gradual processo de transformação; os espaços públicos acompanharam e refletiram as mudanças na ordem política, econômica e social ocorridas ao longo do processo de transformação das cidades. O espaço público na Grécia era resultado direto do nível de sociabilidade e convivência de sua população, se a pólis grega extrapola o nível físico em seu conceito, a ágora é o centro de sustentação desse modo de vida e essa vivência e apropriação se estendia a outras construções e espaços como as ruas, o Lar Comum e os Templos.

É através dos espaços públicos que as pessoas interagem, e a diminuição da interação faz com que os indivíduos sejam restritos a pequenos grupos, limitando a troca de ideias e experiências.



Mas o que de fato são espaços públicos?

Os espaços públicos podem ser os locais que as pessoas podem ir livremente ou ao cumprir determinado requisito.

Desde épocas antigas, como na cidade de Roma, já se tinha uma idéia de bem público e bem particular, desde Caio e Justiniano, já que mares, ruas, praças públicas eram bens públicos. Sendo que a *res publicae* pertencia às pessoas. (DI PIETRO, 2008, p. 630)

Posteriormente, já na Idade Média, os bens públicos eram de propriedade do rei e não mais do povo, como ocorreu no direito romano, contudo, com o passar do tempo, o povo foi novamente reconhecido como titular dos bens públicos, porém o rei poderia exercer o poder de polícia sobre tais propriedades. (DI PIETRO, 2008, p. 630).

Mais adiante, no século XVIII, havia duas divisões de bens públicos, quais sejam, as coisas públicas, como os rios, estradas e outros e os bens integrados ao domínio da coroa, que eram de propriedade do monarca. (DI PIETRO, 2008, p. 631).

De acordo com Di Pietro (2008, p. 631):

Deve-se, no entanto, a Pardessus a primeira classificação: para ele, existe, de um lado, o domínio nacional, suscetível de apropriação privada e produtor de renda; e, de outro, o domínio público, consagrado, por natureza, ao uso de todos e ao serviço geral, sendo inalienável, imprescritível e insuscetível de servidão.

Distinção semelhante foi adotada por Proudhon, que divide os bens em duas categorias, que ainda hoje se adotam no direito francês: os bens de domínio público e os bens do domínio privado do Estado.

No que diz respeito ao Direito brasileiro atual, temos que, conforme o Código Civil: “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Nessa mesma seara, diz o artigo 99 do referido dispositivo legal:

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

O regulamento cível ainda traz que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, ou seja, não podem ser vendidos, muito menos serem objeto de usucapião.

Quanto aos bens dominicais, por sua vez, podem ser alienados, desde que respeitadas os ditames legais.

Lembra Alexandre (2015, p. 759) que os bens dominicais podem ser alienados livremente, porém, as demais categorias de bens públicos podem ser desafetados e transformados em dominicais e, portanto, virem a ser alienados.

A impossibilidade de alienação para algumas espécies de bens públicos é, portanto, relativa.

Outra questão que merece ser destacada é a impossibilidade de se penhorar os bens públicos, assim, estes são impenhoráveis, desta forma,

A penhora é medida judicial, de natureza constritiva, que recai sobre o patrimônio do devedor, cujo objetivo é possibilitar a satisfação do credor quando a obrigação não for honrada pelo devedor. O procedimento judicial de penhora não se aplica aos bens públicos de qualquer espécie, pois na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública o pagamento dos credores deve ser feito por meio do regime de precatórios, conforme previsto no art. 100 da Constituição Federal. (ALEXANDRE, 2015, p. 761)

Dessa forma, se almejou proteger os bens públicos, seja de excessos, ou mesmo visando garantir que a Administração Pública não possa ter suas funções suspensas em razão de penhora, comprometendo a qualidade de vida e os serviços da população em geral.

A classificação trazida pelo Código Civil Brasileiro analisa a questão da destinação do bem público ou afetação, sendo que os bens de uso comum são destinados ao uso da coletividade, os bens de uso especial devem ser destinados ao uso da Administração Pública e os bens dominicais não possuem destinação pública específica, sendo que podem ser usados pelo Poder Público para aferir renda. (DI PIETRO, 2008, p. 632).

Nessa mesma seara, aponta Mazza (2013, p. 453) que:

A citada norma permite concluir que os bens de uso comum do povo e os de uso especial não podem ser alienados, exceto se houver uma alteração de sua qualificação na forma que a lei determinar. Isso porque os bens de uso comum e os de uso especial, em princípio, são passíveis de conversão em bens dominicais, por meio da desafetação, e, uma vez desafetados, é permitida sua alienação, nos termos definidos pela legislação.

Ressaltando que a utilização dos bens públicos pode ser de forma gratuita ou mediante retribuição, cabendo a cada entidade da Administração Pública ao qual pertence determinar tais regras.

Os bens públicos pertencem ao Poder Público, enquanto que os bens privados são regulados por leis estatais, mas pertencem aos particulares. (MAZZA, 2013, p. 494).

A Constituição Federal, por sua vez, traz os bens da União, no seu artigo 20, dentre os quais temos: rios, lagos, terras devolutas, ilhas fluviais, mar territorial, recursos minerais, entre outras.

Os bens públicos dos estados-membros são trazidos pelo artigo 26 da Constituição Federal.

Quanto aos bens públicos municipais, o Texto Maior não é específico, sendo que Mazza (2013, p. 497) expõe que:

A Constituição Federal de 1988 não faz referência aos bens públicos dos Municípios, devendo ser assim considerados todos aqueles onde se encontram instalados repartições

públicas municipais, bem como os equipamentos destinados à prestação dos serviços públicos de competência municipal. Pertencem aos Municípios, ainda, as estradas municipais, ruas, parques, praças, logradouros públicos e outros bens da mesma espécie.

Nessa seara, os municípios, os estados-membros e a União devem zelar para que os bens públicos sejam úteis e conservados, de forma que possam ser usados, seja de forma livre ou com restrições.

Insta salientar, conforme preceitua Alexandre (2015, p. 748):

Para a perfeita conceituação de “bens públicos”, devemos partir inicialmente da noção de “domínio público”, expressão mais abrangente e que envolve não só o “domínio patrimonial”, relativo ao direito de propriedade que o Estado exerce sobre os bens que compõem o seu patrimônio, como também o “domínio eminente”, de natureza política, que o Estado tem sobre todos os bens existentes no seu território, com o poder de regulamentar ou restringir o seu uso ou até de transferi-los compulsoriamente para o patrimônio estatal (passando a exercer, também, o “domínio patrimonial”) mediante a desapropriação.

Em termos mais simples, tudo o que se encontra no território do ente político está, de certa forma, sujeito a sua disciplina, respeitadas as competências dos demais entes políticos. Assim, o Estado da Paraíba detém o poder político de estabelecer regras referentes a tudo o que se encontra sobre o seu território, respeitadas as competências federais e municipais (domínio eminente, porém alguns desses bens pertencem ao próprio Estado. No tocante a estes, a Paraíba também exerce o “domínio patrimonial”. Em certas hipóteses, utilizando o domínio eminente, o Estado pode desapropriar um bem que se encontra no seu território e, como legítimo proprietário, passar a exercer sobre tal bem o domínio patrimonial.

Ressalte-se que os bens públicos são bens pertencentes à Administração Direta ou Indireta, recebendo a mesma proteção e devendo cumprir regras específicas.

Portanto, os bens públicos podem ter características específicas, inviabilizando ou não a sua alienação ou mesmo limitando ou controlando acesso.

## **SOCIALIDADE NOS ESPAÇOS PÚBLICOS**

Desde a Antiguidade é comum que as pessoas se socializem, ou seja, interajam em locais públicos, seja num evento, como uma festa ou protesto, ou ainda para decidir assuntos de interesse comum.

A Grécia é um exemplo bastante presente, até os dias de hoje, quando o assunto é socialidade, uma vez que aqueles que eram considerados cidadãos se reuniam nas praças para decidirem, em conjunto, assuntos de interesse geral.

Essas reuniões representaram o início do que hoje conhecemos como sistema democrático, pois as decisões eram tomadas a partir do voto da maioria dos presentes.

Decidir sobre os contornos da *polis* era de extrema relevância e os envolvidos sabiam disso.

Para os gregos, um Estado se referia ao território de uma cidade-estado, que eles chamavam de *polis*, sendo que a partir do referido termo surgiu a expressão política, que significa o ato de governar. Por sua vez, o termo Estado foi usado pela

primeira vez, se referindo a um país, na obra “O Príncipe” de Maquiavel. (FARIAS NETO, 2011, p. 48).

Um Estado significa um local que possui alguns requisitos, quais sejam: povo, território e poder soberano e, a partir disso, possui autonomia para decidir o melhor para sua população.

Segundo Souza (2008, p. 14), sobre a vida nos ambientes públicos na Antiguidade, relata que:

Nesse sentido, cabe ressaltar o papel que o espaço público teve na Grécia Antiga, talvez o exemplo mais forte encontrado na história com relação à participação de indivíduos de uma sociedade dentro de uma esfera política, embora possamos destacar que a sociedade grega tinha uma contradição inerente, pois ao mesmo tempo em que todos os cidadãos tinham os mesmos direitos na democracia, nem todos os que viviam nesta sociedade eram considerados cidadãos – excluindo-se dessa condição as mulheres, os estrangeiros e os escravos.

Embora nessa época nem todas as pessoas eram consideradas cidadãs e, portanto, não eram detentoras de direitos e deveres, representou, sem dúvida avanços na forma de se governar, pois havia a participação de parcela da sociedade.

Nessa seara, os espaços públicos foram decisivos para que fosse possíveis a reunião de pessoas e a administração democrática do local em que viviam.

Por certo que, atualmente realizar uma democracia direta, como ocorreu na Grécia Antiga seria impossível, mas temos adaptações do sistema, que possibilitam um exercício do poder de forma indireta pelo povo.

Na Europa, a difusão das praças aconteceu em especial após a Revolução Industrial, no século XVIII, pois com a acelerada urbanização das cidades, as praças foram criadas como um espaço para que os trabalhadores das indústrias exercessem o ócio. (SOUZA, 2008, p. 19).

No Brasil, porém, a industrialização veio tardia, apenas no século XX, e as praças foram sendo criadas antes da implantação de fábricas.

Ambiente público possui diversas definições, e iremos analisar algumas delas.

É relevante que tenhamos uma noção do que é ambiente público, e nos familiarizemos com o que é trazido por Daroda (2012, p. 17):

O espaço público é um elemento indissociável do espaço urbano. Em conjunto com a arquitetura e a natureza, as ruas, praças, parques, etc. formam uma parte real da imagem da cidade. O ambiente construído público no espaço urbano é um elemento representativo da cultura, economia e dos valores de um lugar; é parte da identidade e da imagem urbana.

O espaço público representa o envolvimento do indivíduo com a cidade em que vive. No entanto, com as mudanças estruturais na sociedade, ocorridas desde a Era Clássica até os dias atuais, existem situações em que se torna impossível a reunião de pessoa em locais públicos, seja em razão do aumento exponencial da população mundial ou mesmo a existência de conflitos de interesses.

É imprescindível que os espaços públicos sejam adaptados para as novas necessidades sociais, uma vez que as pessoas estão mais ocupadas, dinâmicas e buscam por qualidade, conforto e segurança, a fim de realizarem suas atividades de lazer, socialização, prática de esportes e outros.

Para Daroda (2012, p. 22) a sociedade contemporânea apresenta novas necessidades e os órgãos públicos precisam se adaptar e oferecer espaços que possam atender a tais demandas:

A sociedade contemporânea, a partir do surgimento das novas tecnologias, da evolução dos meios de transporte e de comunicação de massa, vive constantemente alterações na sua dinâmica, as quais transformam seus espaços e as suas dinâmicas sociais. A cidade contemporânea, densa e mutante por definição, expressa a necessidade de ter espaços capazes de serem praticados e experienciados ao mesmo tempo em que sejam capazes de traduzir o comportamento e desejo dos seus usuários, reconhecendo a necessidade de inserção de novos conceitos e de uma realidade por vezes virtual.

As reuniões públicas visando discutir temas de cunho comum se tornam cada dia menos viáveis.

O aumento do número de pessoas que reside nas cidades ao longo dos séculos favoreceu ao aumento da necessidade de locais próprios para lazer, prática de esportes e recreação de modo geral.

Os espaços públicos sofreram mudanças e são diferentes em cada localidade, pois depende dos interesses e vontade política para que existam e recebam a devida manutenção.

Definir espaço público não é uma tarefa fácil, mas resumidamente é o local em que as pessoas interagem, convivem.

Para Souza (2008, p. 14):

Nosso conceito de espaço público poderia ser resumido da seguinte forma, é aquele tipo de espaço que se constrói pela diferença entre os membros de uma sociedade, projetando a partir de então relações que envolvem a igualdade de direitos, através de leis e normas de conduta. Dentro deste contexto, podemos dizer que o espaço público possui uma íntima relação com a política vivida dentro da cidade.

A política de urbanização tem cada vez mais valorizado os espaços públicos, pois é através destes que ocorre a troca de ideias, convivência, e interação entre as pessoas, que dotadas da liberdade de locomoção e expressão, podem, dentro dos limites da lei, fazer o que bem entenderem.

Porém, tem sido comum que os locais públicos tenham cada vez mais características de locais privados, com a concessão ou permissão de uso concedida pelo Estado aos particulares, a fim de que estes usem, gozem e propiciem a devida manutenção de tais locais.

Parques e praças são ainda os locais mais aptos a propiciarem a integração entre as pessoas quando se fala em ambientes públicos, pois podem renovar energias e trazer o contato com a natureza sem que os indivíduos deixem os grandes centros.

Para Souza (2008, p. 20):

Do processo de tornar raro o espaço livre e de contato com a natureza, o parque se torna um elemento que assume importante valor de troca. A manutenção deste tipo de situação só se consolida através dos mecanismos promovidos dentro do Estado, que são cada vez mais intensos e segregadores na medida em que se acentua a Reforma do Estado, ou seja, na sua transformação de Estado de Bem Estar (se bem que no Brasil este pata-

mar nunca foi atingido de forma plena) para Estado Neoliberal (mínimo). O enxugamento da máquina pública característico do Estado Neoliberal resulta na passagem de parte de seus serviços e de suas estruturas à iniciativa privada, mais precisamente a empresas que buscam reproduzir seu capital através do uso privado da coisa pública. Este uso privado da coisa pública produz dinâmicas que atingem os parques urbanos de modo que a sociabilidade faz par com a segregação. Por isso, ao nos referirmos sobre a capacidade que um parque tem de gerar a sociabilidade preferimos o termo (não) produção, que admite a afirmação e negação desse processo de forma concomitante.

Os locais públicos ou privados devem oferecer o mínimo de proteção e segurança para os seus frequentadores, como uma medida democrática de acesso e convívio social.

A liberdade de locomoção e expressão são direitos fundamentais, devidamente previstos no Texto Maior:

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

(...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...) XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Nessa seara, as pessoas têm o direito de andar livremente pelos locais públicos, desde que não haja previsão legal limitando o acesso.

Tais liberdades, por certo, podem entrar em colisão com outros direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, porém, antes de aplicar imediatamente um preceito fundamental, é essencial se analisar o caso concreto, verificando, por exemplo, se tal liberdade não viola, por exemplo, o direito à propriedade privada, caso isso ocorra, poderá ser limitada. (SARLET, 2012, p. 368).

Assim, as pessoas possuem liberdade de se manifestar, organizando reuniões em locais públicos como praças e ruas, para tanto, porém, a manifestação não pode ser usada para estragar bens, por exemplo, sejam estes públicos ou privados.

Os direitos fundamentais possuem um extenso rol exemplificativo no Texto Constitucional, contudo, não quer dizer que sejam ilimitados e que autorizem barbáries.

Salienta Sarlet (2012, p. 37) a respeito dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988:

As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições. Além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de



agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.

Os indivíduos possuem direito de escolher o local que irão e como se comportarão, e os excessos poderão ser punidos, já que as liberdades de uma pessoa não podem comprometer a de outras.

Quando se analisa a sociabilidade, para que as pessoas consigam interagir, mister se faz que existam locais com o mínimo de condições, a fim de que exerçam tais direitos.

Insta salientar que nem todos os espaços que são usados para integração e encontro de pessoas podem ser considerados públicos, pois há, por exemplo, espaços como encontros familiares, condomínios e shoppings, que não podem ser classificados como locais totalmente públicos, uma vez que há limites previstos em lei, a fim de se garantir a vida privada dos indivíduos.

Dessa forma, nem toda reunião de pessoas pode ser considerada pública e, portanto, podem existir regras para se ter acesso ao local, de cunho mais rígido, visando a privacidade e proteção dos frequentadores.

Assim, pode-se entender que a interação social acontece a todo o momento, e não necessariamente apenas em locais públicos, até mesmo porque existem diversas instituições de controle social e a família é a principal delas, pois é no seio familiar que o indivíduo aprende questões básicas de convivência, costumes e, aos poucos passa a interagir em outros locais, sejam públicos ou privados.

## **SOCIALIDADE E URBANIZAÇÃO**

As cidades mudaram consideravelmente nos últimos anos, em especial após a industrialização do país e a maior concentração da população vivendo nos centros urbanos.

Essa urbanização, ao menos no Brasil, se intensificou a partir da industrialização e da adoção do sistema capitalista, em especial após a segunda metade do século XX. (XAVIER, 2017, p. 16).

O capitalismo se configura como um meio de produção em que há relações sociais a partir da lógica do capital e da acumulação oriunda deste. (SANTOS, 2008).

A expressão “sociabilidade” foi usada pela primeira vez no século XIX, por Georg Simmel, sociólogo alemão, sendo que o estudioso realizou pesquisas sobre interação social, como surgiam e quais seus reflexos. (CERQUEIRA, 2011, p. 59).

É inevitável não analisar a oferta de ambientes públicos para a convivência em geral e a desigualdade social, uma vez que bairros destinados a pessoas mais abastadas possuem, em regra, mais recursos e oferta de ambientes saudáveis do que bairros menos favorecidos, como as favelas.

Sobre a questão, comenta Cerqueira (2011, p. 73):

O processo de “auto segregação” espacial vivenciado pela classe média é ainda mais acentuado nas classes urbanas mais abastadas. A hesitação ao “outro” e a busca pela sensação de segurança, aliados a um alto poder aquisitivo chega, atualmente, a definir bairros nas grandes cidades. Se, para a classe média, a estratégia de marketing imobiliário ex-

plora os condomínios fechados, para as classes mais altas explora-se o “bairro” fechado e planejado para prover segurança não só na moradia. O controle não se restringe mais ao “habitar”. Esses empreendimentos incluem unidades comerciais, escritórios, shoppings e escolas. Pode-se “viver com segurança” todos os aspectos do cotidiano urbano como a moradia, o trabalho, a educação, o lazer.

Atualmente se questiona qual o papel dos locais públicos para a convivência humana, já que estes estão sendo substituídos por locais privados.

Atualmente o Brasil conta com mais de 11 milhões de pessoas morando em favelas, sendo que esse número mais que dobrou em vinte anos, existindo mais de 15 mil favelas em todo o país. (BRASIL 247, 2018, p. 01).

É evidente que pessoas menos favorecidas, em especial aquelas que residem em locais sem estrutura estão alheias às questões de padrões razoáveis de qualidade de vida.

Há, certamente, uma mudança na forma como são vistos os locais públicos, possibilitando uma reestruturação da definição de sociabilidade e espaços públicos.

Para Cerqueira (2013, p. 55) “as pessoas tem deixado o espaço público; seja por temerem a violência; ou por uma substituição dos espaços de convívio trazida pela lógica capitalista – porque as crianças já não querem brincar na pracinha, querem ir ao shopping”.

No entanto, Souza (2008, p. 18) entende que, embora estejam acontecendo a privatização de muitos lugares públicos, estes não irão desaparecer, pois contribuem de diversas formas não apenas para a interação, mas também para outras questões, como a internet e a possibilidade de interagir com outras pessoas sem contato físico, bem como tecnologias que oferecem jogos e diversas distrações também contribui para que as pessoas permaneçam mais em casa e não frequentem ambientes públicos.

E, por consequente, as interações sociais estão sofrendo grandes mudanças, pois as pessoas não mais convivem em praças e outros locais que alguns anos atrás eram tidos como pontos de encontro. Atualmente boa parte das relações nem acontecem fisicamente, pois em razão das redes sociais, muitas pessoas preferem a internet a sair de casa com parentes e amigos.

As pessoas interagem menos, embora a vida atual tenha se tornado mais fácil, há um grande dinamismo e necessidade de rapidez e agilidade para suprir as necessidades. Essas facilidades estão criando massas de indivíduos que sofrem com a solidão, pois em razão do medo, falta de tempo, entre outras questões, deixam de interagir e frequentar locais públicos.

Muitos indivíduos cresceram nas grandes cidades e nunca foram incentivados a interagir e frequentar parques e praças. (Ecker, 2016, p. 47).

Sem dúvida a internet é de suma importância para a vida cotidiana, contudo, será que as relações sociais advindas das redes sociais não estão ficando cada dia mais superficiais e as pessoas não estão ainda mais sozinhas?

Ensina Cerqueira (2013, p. 33-34):

Ainda que com um enfoque diferente das narrativas anteriores, em “A casa e a rua”, DaMatta aborda a relação entre os espaços público e privado e a dialética entre essa relação e a formação da sociedade brasileira. Aborda a casa e a rua, espaço público por ex-

celência, como duas entidades relacionando-se continuamente – que são opostas, mas se complementam. A casa como manifestação de individualidade, de espaço pessoal e a rua como representação da coletividade. Uma relação complexa, contínua e dinâmica que reflete a cultura social brasileira. Quando se trata da disputa de poder, enfatizada através dos dois autores anteriores, DaMatta apresenta outra possibilidade de análise – dos espaços públicos como mediadores da relação de poder, da temporalidade e dos códigos de conduta.

Além disso, há novas concepções de locais de convivência, como a privatização de ruas e praças, que é o que acontece em condomínios fechados ou a privatização relativa de locais como os shoppings. (ANDRADE, 2009, p. 132).

Cada vez mais o público e o privado se confundem, pois em razão da falta de segurança, cada vez mais pessoas optam por espaços privados que são usados como públicos.

De acordo com Andrade (2009, p. 132):

Além disso, a apropriação desses espaços difere conforme os grupos sociais. Os estratos mais altos optaram pela vigilância constante dos espaços públicos próximos às suas residências, por meio da contratação de segurança privada e de pressão sobre o executivo municipal para a tomada de medidas destinadas a dificultar a presença dos mais pobres e a desvalorização imobiliária do local. Também adotaram comportamentos mais vigilantes nos espaços públicos e privilegiaram os semipúblicos. Os grupos de menor poder aquisitivo continuam freqüentando os espaços públicos tradicionais, como os do centro da cidade, e os espaços próximos às suas residências, em geral mal cuidados pelo poder público e abandonados até mesmo pela polícia, fato que muitas vezes os transforma em ponto de consumo e tráfico de drogas, especialmente à noite. Durante o dia, continuam a abrigar uma sociabilidade típica dos bairros populares, como o encontro entre vizinhos, sejam jovens, crianças ou adultos.

Diante disso, é importante analisar questões de conflito incluindo espaços públicos inseridos próximos a residências e outros locais particulares.

É inevitável ainda que ocorram desentendimentos quando há a segregação em bairros ou em suas proximidades, limitando o acesso de determinadas pessoas em praças, parques e outros.

Dessa forma, portanto, tendo a construção histórica e social urbana do Brasil como plano de fundo, pode-se inferir que as conseqüências da relação frágil entre o público e o privado, bem como as condicionantes que a permeiam e determinam, são inúmeras, mas não definem a não existência desses espaços. Os espaços públicos brasileiros têm inquestionáveis especificidades, o que lhes confere dinâmica diferenciada, cenário que precisa ser observado e resguardado quando se intenta estudar esses espaços. Porém, essa discussão leva a outro questionamento de fundamental importância que é a relação entre a construção do espaço público e a construção da esfera pública. Entender o processo de construção da esfera pública e sua “separação” da esfera privada permite clarear as implicações que as suas características podem ter no espaço público, desde a sua configuração formal até as formas mais subjetivas da apropriação. (CERQUEIRA, 2013, p. 35-36)

Existem diversas leis que tratam da questão do desenvolvimento das cidades, bem como normas relacionadas à melhoria da qualidade de vida dentro dos entes federados.

Os municípios estão ligados aos cidadãos de forma mais íntima, cabendo a estes garantir maior utilização do espaço em favor da coletividade, proporcionando maiores garantias de qualidade de vida e interação social.

Diz a Lei nº 10.257/01 que:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

- I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
- II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
- III – planejamento municipal, em especial:
  - a) plano diretor;
  - b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
  - c) zoneamento ambiental;
  - d) plano plurianual;
  - e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
  - f) gestão orçamentária participativa;
  - g) planos, programas e projetos setoriais;
  - h) planos de desenvolvimento econômico e social.

Incluído no dever de proporcionar uma boa qualidade de vida para os indivíduos, está a obrigação do município de oferecer programas e projetos de lazer, que propiciem ambientes saudáveis para a convivência, prática de esportes, atividades recreativas, dentre outras.

Os municípios devem elaborar planos diretores, que serão normas que orientarão o desenvolvimento do local, de forma ordenada e sem trazer danos excessivos e desnecessários ao meio ambiente.

A Lei 10.257/01 afirma que além do plano diretor, o município poderá ter outros dispositivos legais a respeito de edificação e parcelamento do solo, entre tantos outros temas.

Os municípios devem adotar políticas públicas que visem o incentivo ao lazer e ao esporte, propiciando locais adequados e ações que visem a qualidade de vida e socialização geral, conforme ensina Conceição Rocha (2011, p. 03) “Nas políticas sociais do município, há necessidade de entender o esporte e o lazer como direitos integrados as demais políticas sociais, sem, contudo, serem subordinados a elas e ancorados nelas para receber atenção do poder público”.

É comum que a gestão municipal possua muita demanda para locais públicos de socialização, sejam novos ou revitalização de antigos, contudo, a falta de recursos ou a má administração destes coloca em risco a execução de obras e, consequentemente de políticas públicas voltadas para o tema.

Outra questão que dificulta o acesso aos locais adequados para a socialização é o fato de que, boa parte das obras acontecem em regiões centrais ou de comércio, sendo que muitas são, inclusive, financiadas pela iniciativa privada, a fim de atrair consumidores, fazendo com que as regiões mais periféricas estejam sempre carentes de ações voltadas para a valorização de espaços públicos de convivência.

Para Conceição Rocha (2011, p. 04):

Isso justifica o fato dos equipamentos específicos de lazer e esporte estarem concentrados nas áreas centrais da cidade, pois a maioria dos investimentos que são feitos, esses os são, pela iniciativa privada, que os vêem como uma mercadoria a mais para atrair o consumidor, conseqüentemente favorecendo àqueles que residem nessas áreas, dificultando-se assim o acesso de quem mora na periferia, os quais dependem de transporte, preços mais acessíveis para usufruir desses equipamentos, sem falar no tempo gasto para o deslocamento até essas áreas centrais.

Isso se dá ao fato de que os equipamentos que são dispostos, de certa forma escassos, para a população periférica são de péssima qualidade, retrato da negligência do poder público para essa questão social

Propiciar locais dignos para que as pessoas possam se reunir, encontrar amigos e interagir é dever do Poder Público, como uma ferramenta de propagação da dignidade humana.

Quanto maior a variedade de opções presentes no local público, maior será o número de pessoas que poderão se sentir atraídas e incentivadas a freqüentá-lo.

Ocupações desordenadas, principalmente por pessoas de baixa renda trazem ainda mais problemas para a cidade e aos seus moradores, pois irá refletir diretamente na qualidade de vida dessas pessoas, uma vez que bairros clandestinos recebem pouco ou nenhum investimento por parte do Poder Público, fazendo com que falte o básico, como escolas, creches, praças e locais de convivência.

Outra questão que merece ser lembrada é o fato de que os espaços públicos hoje não são apenas os locais físicos, como também os virtuais como as redes sociais, devendo ser fiscalizadas pelo Poder Público, que deve ter meios para tornar esses locais seguros, possibilitando a interação social.

Atos ilícitos praticados em redes sociais na internet podem expor infinitamente o indivíduo, trazendo danos de difícil reparação, muito mais do que crimes praticados em ruas ou praças, havendo ainda mais perigo, já que o mundo todo se conecta e nem todas as pessoas estão de boa-fé.

## PARKLETS

Os *parklets* são extensões provisórias da calçada, que promovem o uso do espaço público de forma compartilhada e totalmente democrática a partir da alteração estrutural de uma vaga para estacionamento de veículos na via pública, que passa a ser um espaço para permanência e socialização de pessoas.

Independentemente do responsável pela criação e manutenção do espaço, que pode ser tanto de iniciativa pública como de iniciativa privada, são plenamente acessíveis ao público, ficando disponível para a sociedade, não podendo haver qualquer restrição para o seu uso.

O objetivo é substituir o uso exclusivo pelos proprietários de veículos que ali estacionam e ocupam o espaço durante várias horas, proporcionando que várias pessoas, inclusive aquelas que sequer possuem automóvel, utilize o espaço antes destinado exclusivamente para parcela da sociedade, equilibrando a distribuição

e uso dos espaços, provocando, assim, uma reflexão sobre a cidade, a distribuição dos espaços e a cidade ideal.

Surgido em 2012 e implantado pela primeira vez no ano de 2013, tem por objetivo ser uma alternativa rápida e eficaz para áreas desprovidas de espaços públicos, servindo, ainda, como ponto de encontro.

## CONCLUSÃO

A socialização é de suma importância, tendo em vista que o ser humano é um ser social por natureza, dependendo do convívio com seus semelhantes para poder avançar pessoal, científica e tecnologicamente.

É através da interação que ocorrem a troca de experiências, conversas, prática de esportes, entre outros.

Porém, com as mudanças ocorridas na sociedade nos últimos anos, a socialização em locais públicos tem se tornado cada dia mais difícil, em especial nas grandes cidades, principalmente pela violência e a falta de tempo das pessoas.

Muitos cidadãos estão preferindo socializar em locais privados, como clubes, condomínios ou locais semiprivados, como shopping centers.

Tais locais propiciam aos frequentadores maior segurança e a oportunidade de encontrar cada vez mais serviços em um único local, facilitando a vida agitada que afeta a maioria das pessoas dos centros urbanos atuais.

Contudo, é dever do Poder Público oferecer locais adequados para que seja possível incentivar a socialização, incentivando políticas públicas que visem, por exemplo, lazer e esporte, pois além de ser questão de saúde, traz interação e convivência com pessoas diferentes, propiciando oportunidade de aprendizado e interação.


Nesse sentido, é possível entender que os espaços públicos são essenciais para a convivência e a manutenção da sociedade, sendo responsabilidade do Poder Público tornar tais locais aptos ao lazer, esporte e socialização de forma geral.

A sociedade está mudando e cada vez mais precisa de ambientes e espaços públicos de qualidade, ou mesmo privados, mas que tenham o acesso facilitado.

Quando o Poder Público não for capaz de propiciar ambientes públicos saudáveis, é inevitável a concessão ou a permissão para a iniciativa privada, uma vez que tais ambientes precisam existir e com qualidade dentro das cidades.

A convivência com outras pessoas é fundamental para o desenvolvimento e manutenção das sociedades, embora com as mudanças sociais os contornos dessa interação mudem drasticamente e com frequência.

Os *parklets* podem ser uma boa alternativa para a criação de espaços públicos de forma rápida, especialmente em locais desprovidos de áreas destinadas à socialização.

A construção de cidades planejadas, em que se valorize os ambientes, sejam estes naturais, artificiais, culturais ou do trabalho são algumas medidas que podem ser adotadas pelo Município, em especial no plano diretor, a fim de propiciar maior qualidade de vida e menos segregação entre os moradores, garantindo locais saudáveis para que as pessoas possam não apenas passar por eles, mas tenham interesse em interagir, trocar experiências, ter lazer, entre outros, de forma a ocorrer socialização. 



## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito administrativo esquematizado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- ANDRADE, Luciana Teixeira de. *Espaços públicos: novas sociabilidades, novos controles*. Cadernos metrópole 21 pp. 131-153 1 0 sem. 2009. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/download/5959/4313>. Acesso 20 mar. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso 20 mar. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso 20 mar. 2018.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm). Acesso 20 mar. 2018.
- BRASIL 247. IBGE. *Brasil dobra número de moradores de favelas em 20 anos*. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/247/brasil/31334/IBGE-Brasil-dobra-n%C3%BAmero-de-moradores-de-favelas-em-20-anos.htm>. Acesso 20 mar. 2018.
- CERQUEIRA, YasminieMidlej Silva Farias. *Espaço público e sociabilidade urbana: apropriações e significados dos espaços públicos na cidade contemporânea*. Natal, RN, 2013. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/12402/1/YasminieMSFC\\_DISSERT.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/12402/1/YasminieMSFC_DISSERT.pdf). Acesso 20 mar. 2018.
- CONCEIÇÃO, Narla Caroline de Araújo. ROCHA, Luiz Carlos. *Espaço público, lazer e sociabilidade: desafios das políticas públicas na cidade de Catu-BA*. XVII CONBRACE. IV CONICE. 11 a 16 setembro de 2011. Disponível em: [congressos.cbce.org.br/index.php/conbrace2011/2011/paper/download/3305/1566](http://congressos.cbce.org.br/index.php/conbrace2011/2011/paper/download/3305/1566). Acesso 20 mar. 2018.
- DARODA, Raquel Ferreira. *As novas tecnologias e o espaço público da cidade contemporânea*. Dissertação apresentada como requisito parcial a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional. Porto Alegre: UFRGS, 2012. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/propur/teses\\_dissertacoes/Raquel\\_daroda.pdf](http://www.ufrgs.br/propur/teses_dissertacoes/Raquel_daroda.pdf). Acesso 20 mar. 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ECKER, Vivian Dall'Igna. *A praça como locus da sociabilidade: estudo de caso da Praça da Cidadania, no Campus da UFSC*. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade (PGAU-Cidade), da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/167780/341231.pdf?sequence=1>. Acesso 28 mar.2018.
- FARIAS NETO, Pedro Sabino de. *Ciência política: enfoque integral avançado*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Invasões urbanas: conflito de direito de propriedade*. Joaquim de Arruda Falcão (organizador). 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SOUZA, Felipe Silveira De. *O espaço público contemporâneo: a complexidade vista a partir de parques urbanos de Porto Alegre*. Dissertação Apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia. Porto Alegre: UFRGS, 2008. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13539/000633919.pdf?...> 1. Acesso 28 mar.2018.
- XAVIER, Flávia Vieira. *Sociabilidade urbana na cidade dual: o uso do espaço público em dois bairros de Belo Horizonte, MG*. Dissertação apresentada à Universidade Federal de Viçosa, como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo. Viçosa: UFV, 2017.



**ANA EMÍLIA BRESSAN GARCIA** é Advogada e professora universitária. Mestranda em Direito pela Universidade de Marília/SP. Pós graduada em Direito Processual, Docência no Ensino Superior e Direito do Trabalho pela Universidade de Araçatuba/SP.

# Inadimplência tributária e crime

■ POR HELOISA ESTELLITA

**E**m 22 de agosto de 2018, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, por maioria, uniformizar o entendimento das 5ª e 6ª Turmas acerca da interpretação da aplicabilidade do disposto no art. 2º, II, segunda figura, da Lei nº 8.137/90, aos casos de ICMS declarado e não pago (HC 399.109).

Trata-se de casos nos quais o contribuinte de ICMS declara ao Fisco a ocorrência do fato imponible em todos os seus elementos, efetua regularmente o autolancamento, e deixa, contudo, de pagar o tributo apurado na data estabelecida em lei. A questão central é a de que, como o custo do tributo pode ser embutido no preço da mercadoria (ou do serviço, já que o ICMS não se limita apenas à venda de mercadorias), recebido o pagamento da mercadoria, o não recolhimento posterior do valor apurado no autolancamento configuraria a prática do crime de “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

Essa não é uma questão nova e já tinha sido devidamente examinada quando da promulgação da Lei nº 8.137/90, com importantes manifestações contra o caráter criminoso da mera inadimplência, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Nova – e surpreendente – foi sua ressurreição em anos recentes pelas mãos de órgãos de persecução penal estaduais, o que culmina, agora, com uma tomada de postura da Corte Superior diametralmente oposta ao entendimento majoritário antes consolidado.

O acórdão ainda não foi publicado, mas o voto do relator, seguido pela maioria da 3ª Seção, já circulou e, dentre os diversos argumentos empregados na fundamentação, destaco, por questão de espaço, o da fusão entre o tipo penal do art. 2º, II, Lei nº 8.137/90 e o do art. 168, CP (apropriação indébita).


O argumento é o de que parte da jurisprudência e da doutrina teriam “atribuído” uma rubrica de “apropriação indébita tributária” ao crime do art. 2º, II, “assemelhando-o” ao crime do art. 168, CP, do que decorreria a “imposição” de incluir naquele elementares típicos deste. Além de a criação doutrinária e jurisprudencial de uma nova figura penal a partir da fusão de elementares de normas incriminadoras em vigor ser de duvidosa constitucionalidade (princípio da legalidade), a situação daquele que deve tributo como contribuinte e que se apropria de coisa alheia móvel de que tem a posse são essencialmente diversas.

A ocorrência do fato imponible (venda da mercadoria, prestação do serviço etc.) cria uma obrigação jurídica pecuniária para o contribuinte, que é a obrigação de entregar ao Fisco determinada quantia em dinheiro, obrigação de dar, portanto. Não há uma imediata “perda” da quantia correspondente do patrimônio do contribuinte em benefício do Fisco. Por essa razão, a ocorrência do fato imponible não

**“A ocorrência do fato imponible não torna automaticamente “alheia” a quantia devida pelo contribuinte, apenas cria para ele a obrigação de entregar ao Fisco uma quantia que é sua. A ocorrência de um fato gerador não tem por efeito expropriar o contribuinte da quantia devida a título de tributo.”**

torna automaticamente “alheia” a quantia devida pelo contribuinte, apenas cria para ele a obrigação de entregar ao Fisco uma quantia que é sua. A ocorrência de um fato gerador não tem por efeito expropriar o contribuinte da quantia devida a título de tributo. As consequências do entendimento contrário, aliás, se aplicariam a quaisquer tributos e não creio que a Corte esteja disposta a levar um tal entendimento às suas últimas consequências. Pois bem, se esse valor não é alheio, mas próprio, como assemelhar o não pagamento à apropriação de coisa alheia?

O voto condutor sugere que essa assimilação se daria não na relação do contribuinte de ICMS com o Fisco, mas, sim, naquela estabelecida pelo contrato de compra e venda entre o contribuinte do ICMS e o consumidor final. Como o custo econômico do ICMS pode ser embutido no preço da mercadoria vendida – tanto quanto podem o ser o custo de outros tantos tributos e despesas operacionais de qualquer atividade econômica -, quando o consumidor paga efetivamente pela mercadoria, a parcela correspondente ao tributo embutido no preço não pertenceria ao vendedor: seria “alheia”, apesar de o pagamento da mercadoria, com a tradição do dinheiro (bem fungível), ter transferido a propriedade do valor correspondente ao tributo ao vendedor.

Agravam-se os problemas porque ou a parcela que representa o custo do tributo e que é dada pelo consumidor em pagamento pelo bem não pertence ao vendedor, mas ao comprador, caso em que a vítima da apropriação indébita seria o consumidor e não o Fisco; ou a quantia é devida pelo consumidor ao Fisco e sua entrega ao vendedor é feita apenas para que a transmita a terceiro (o Fisco) por ordem do consumidor (*dominus*), caso em que seria necessário não só apontar que tributo é este devido pelo consumidor pela compra de mercadorias, como, ainda, superar o óbice acima exposto de que a ocorrência do fato gerador cria uma obrigação de dar dinheiro, não a perda de parcela do patrimônio do contribuinte em benefício do Fisco. 



ARQUIVO PESSOAL

**HELOISA ESTELLITA** é professora de Direito Penal da FGV DIREITO SP e consultora.



## *Da Paideia ao Homeschooling*

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“O espaço no Poder Legislativo é mais amplo e aderente ao tema. Várias discussões poderão ser travadas e conciliadas com a feitura de uma lei que possa atender aos anseios daqueles que cultivam o ensino doméstico, vinculando-o à escola convencional.”

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 888815, com repercussão geral reconhecida, considerou inconstitucional o ensino doméstico ou familiar, prática pela qual, segundo a Associação Nacional de Ensino Domiciliar (Aned), cerca de 7.500 famílias, no Brasil, fizeram a opção no sentido de que os filhos sejam educados em casa (*homeschooling*), desvinculados da escola tradicional. Somente o relator, Min. Luís Roberto Barroso votou pela legalidade da proposta, desde que algumas condições fossem observadas. Os demais, a uma só voz, entenderam que não cabe ao Poder Judiciário autorizar e regulamentar a matéria e sim ao Legislativo.

Vencida a fase do julgamento, abre-se a possibilidade de discutir a pretensão perante o Congresso Nacional. Alguns óbices, no entanto, agora apontados, devem ser observados.

O artigo 205 da Constituição Federal proclama a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, aqui num verdadeiro espírito de coautoria, visando atingir as melhores condições para o desenvolvimento da pessoa e para o exercício pleno da cidadania. Já adiante, no artigo 208, disciplina que é dever do Estado a educação obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos, preceito reiterado no art. 4º, I, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). O art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente sinaliza que incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e o artigo 55 do mesmo Estatuto estabelece a obrigatoriedade dos pais de matricular os filhos na rede regular de ensino. Assim não procedendo, incidem na regra punitiva do art. 246 do Código Penal, que prevê o crime de abandono intelectual, consistente em deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária do filho em idade escolar.

A nova proposta traz inovações que rompem com uma estrutura tradicional e comporta um breve retorno às fontes originárias do saber humano, aquelas que, pela importância e significativas conquistas para a humanidade, pavimentaram e construíram a narrativa pedagógica em busca do devir de uma educação de referência.

Os gregos, influenciados diretamente pelo pensamento filosófico, entendiam que a formação do homem resumia-se na *Paideia*, que compreendia uma visão completa da educação, envolvendo a poesia, a música, a eloquência e o pensamento político, tudo com a finalidade de proporcionar um modelo de formação ideal. Basta ver pelas obras *A República*, de Platão, e *A Política*, de Aristóteles, que a relação educativa é moldada no pensamento clássico com fronteiras abertas para buscar o homem na sua essência genuína e perfeita.

Ocorreu neste período o surgimento do *dikos*, espaço familiar em que o pai projetava o modelo que pretendia seguir para a educação do filho e atingir sua projeção na vida social, independentemente dos valores sinalizados pela *pólis*.

“Esparta e Atenas, esclarece Cambi, deram vida a dois ideais de educação: um baseado no conformismo e no estatismo, outro na concepção de *paideia*, de formação humana livre e nutrida de experiências diversas, sociais, mas também culturais e antropológicas. Os dois ideais, depois, alimentaram durante séculos




o debate pedagógico, sublimando a riqueza e fecundidade ora de um, ora de outro modelo.”<sup>1</sup>

O tema, que já tem vida própria em muitos países, recentemente veio à tona no Brasil e reveste-se de interessante proposta, pois, acima de tudo, vem calcado na maturidade dos seus seguidores que elegeram a educação como prioridade fundamental. Não se trata de buscar uma abordagem restritiva, concorrendo com o pacto educacional estabelecido, e nem mesmo de se proclamar uma ruptura com a continuidade do ensino e sim de ampliar os espaços com a introdução de novas práticas metodológicas seguindo sempre os parâmetros do informar e do interpretar para a construção do caráter da criança e do adolescente.

Por outro lado, em se considerando a sofrida qualidade do ensino fundamental, em que o sistema educacional ocupa os últimos lugares no *ranking* mundial, a educação domiciliar passa a ser considerada uma opção para os pais proverem a educação dos filhos, levando em consideração também as convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e religiosas, tendo como suporte legal a autonomia familiar contida nos art. 206, incisos II e III, da Constituição Federal.

É até interessante observar, a título de exemplo, que o próprio Estado se encarrega de promover e realizar o Exame Supletivo, iniciativa que busca jovens e adultos que estão fora da escola ou da idade regular de ensino, para conferir a eles a certificação dos Ensinos Fundamental e Médio. Ora, guardadas as devidas proporções, os pais têm o direito de protestar contra a política educacional do país e, pela proposta do ensino domiciliar, poderão oferecer aos filhos um ensino de melhor qualidade com a certeza de que colherão dividendos para toda a vida.

Por isso que o espaço no Poder Legislativo é mais amplo e aderente ao tema. Várias discussões poderão ser travadas e conciliadas com a feitura de uma lei que possa atender aos anseios daqueles que cultivam o ensino doméstico, vinculando-o à escola convencional. Assim, seria de bom alvitre a regulamentação do *homeschooling*, cabendo ao Estado estabelecer os padrões curriculares adequados e compatíveis, assim como realizar a avaliação periódica dos alunos que fizeram a opção por esta nova proposta de ensino. “Nos dias de hoje, adverte cautelarmente Russell, um pai sábio provavelmente escolherá, se puder, um método de educação para seus filhos que não seja de fato universal, e, para o bem da experiência, é desejável que esses pais tenham oportunidade de tentar métodos novos.”<sup>2</sup> 

## NOTAS

- 1 Cambi, Franco. *História da pedagogia*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Fundação Editora da UNESP (FEU), 1999, p. 82.
- 2 RUSSELL, Bertrand. *Sobre a educação*. Tradução de Renato Prelorentzou. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 15.



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





# Profissionalização da administração pública

■ POR MARINÊS RESTELATTO DOTTI

**“Tornou-se necessário, no entanto, revisar o significado de profissionalismo no setor público, com a reformulação de ações que avaliem se o indicado para um cargo ou uma função de responsabilidade realmente saberá conduzir suas atividades com zelo, dedicação, presteza, rendimento funcional e conduta ética, elegendo o caminho da honestidade e da integridade.”**

**N**o Brasil, o caráter particularista do processo colonizador pelos europeus absorveu o modelo de administração pública portuguesa na forma de ver o Estado como extensão das famílias dominantes. Poderes locais se sobressaíam pulverizando as funções administrativas entre parentes e apadrinhados que viviam ao redor dos senhores proprietários de terra.

A Constituição Imperial (1824) em seu art. 179, XIV, limita-se a orientar que todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos e virtudes, sem qualquer pensamento fomentador de desenvolvimento de um corpo político organizado e burocratizado, com interesses nacionais.

A Constituição Republicana de 1934 (art. 170, § 2º) determinava a realização de concurso público em caráter específico para situações especiais. O concurso não tinha um caráter geral, antes era uma exceção. A lei determinaria para quais cargos deveriam ser observadas as exigências de concurso público.

As sucessivas Constituições de 1937 e 1946 repetiram a fórmula da Carta de 1934. Foi na Carta de 1967 que surgiu a exigência do concurso público para o acesso a

todos os cargos e empregos públicos mediante concurso público. Não logrou êxito, no entanto, este impulso moralizador, tendo a Carta de 1969 (art. 97) retomado a questão aos moldes anteriores.

Com a redemocratização do país e com a exigência precípua de atingir a qualidade esperada pela sociedade como prestador de serviços e empregador, percebeu-se que era preciso dotar o Estado de um quadro permanente de servidores concursados, não sujeitos às ingerências políticas, cujo princípio do mérito fosse o critério basilar para que os cidadãos fossem investidos em cargos públicos. Estabeleceu, assim, o constituinte de 1988, o ingresso em cargo público por meio de concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, incisos I e II). O concurso público, dessa forma, materializa, em contraponto a farta distribuição de cargos de confiança a parentes e apadrinhados, um fundamento básico de nossa República assentada no art. 1º da nossa Constituição de 1988: a cidadania. O servidor concursado, como se espera, mantém a continuidade administrativa necessária aos serviços públicos, como, também, democratiza o acesso do cidadão às funções públicas através dos princípios da meritocracia, impessoalidade e igualdade.

O fenômeno do nepotismo tal qual como inclinação de nossa herança colonial, contrapõe-se, assim, à formalização de um modelo de gestão racional, baseado nos princípios da moralidade, impessoalidade e interesse público, além de ser uma prática de exclusão social que torna tais princípios constitucionais, garantias do cidadão, um discurso vazio frente à necessidade de democratizar a administração pública.

Leciona Oliveira<sup>1</sup> que:

Compreender o nepotismo requer uma análise da origem da cultura e das relações familiares brasileiras, pois, se essa prática ainda é corriqueira é porque, mesmo no Brasil contemporâneo, as relações patrimonialistas não foram completamente superadas. As origens da tradição de favorecimento de amigos ou parentes no processo de seleção para cargos públicos são encontradas no decurso de formação do Estado brasileiro. A primazia do modelo patriarcal de família e a manutenção das relações patrimonialistas na gestão da coisa pública explicam a perpetuação desse comportamento, que viola o postulado republicano e a democracia.

Na Administração Pública, a sobreposição das relações pessoais, em detrimento da impessoalidade cria grandes entraves ao desenvolvimento econômico, pois a livre iniciativa e a isonomia entre os cidadãos, características essenciais à existência da livre concorrência, sucumbe frente à concessão de favores e privilégios a determinados grupos sociais. A presença desse tipo de relação pessoal e familiar evidencia que, em um Estado com traços patrimonialistas, o aparelho de estado se volta para a satisfação das vontades dos governantes que, por sua vez, preocupados em se perpetuar em seus cargos, empregam parentes, fazendo do Estado uma extensão familiar.

A realização de concurso público é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, por meio do qual: (a) aferem-se aptidões necessárias aos ocupantes de cargos e empregos públicos na administração pública; (b) privilegia-se o sistema de mérito; (c) proporciona-se aos interessados participarem do certame em igualdade de condições; (d) selecionam-se os candidatos mais aptos a firmarem a relação jurídica estatutária ou laboral conforme o vínculo a ser encetado; e (e) afasta-se a prática ilegítima do nepotismo.

Como assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a

diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CR/88, art. 5º, *caput*). (RE nº 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/04/2016).

Segundo Meirelles<sup>2</sup>, o concurso público é instrumento técnico de promoção dos princípios constitucionais, principalmente do postulado da isonomia, firmando-se como um meio de se obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

A realização de concurso público parte da presunção de que o servidor de carreira preenche, pela independência e profissionalismo na defesa do interesse público, a necessidade do administrador de encontrar proficiência na realização de seus fins, sendo despiendo a procura de terceiros fora do quadro dos servidores efetivados por concurso quando o princípio republicano requer a participação ativa e engajada de todos os cidadãos nos assuntos públicos.

## DESVIO DE FUNÇÃO

Peculiaridade nociva relacionada ao exercício de atribuições no âmbito da administração pública refere-se ao desvio de função. O edital de abertura do concurso público, que é considerado a lei do certame, descreve a habilitação exigida para o exercício dos cargos e as atribuições correspondentes. Contudo, nem sempre o aprovado é designado para exercer as atividades legalmente previstas para o cargo que assume. Nessa hipótese, configura-se o desvio de função.

O Superior Tribunal de Justiça tem rejeitado a alegação de insuficiência de quadros na unidade administrativa como justificativa para a designação de servidor para o exercício de atribuições diversas daquelas referentes ao cargo para o qual foi nomeado. Assim:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DISTINTAS DO CARGO DE ESCRIVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. ILEGALIDADE. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO.

1. O administrador deve agir de acordo com o que estiver expresso em lei, devendo designar cada servidor para exercer as atividades que correspondam àquelas legalmente previstas.

2. Apenas em circunstâncias excepcionais previstas em lei poderá o servidor público desempenhar atividade diversa daquela pertinente ao seu cargo.

3. Apesar da alegação do recorrido, referente ao número insuficiente de servidores na Contadoria Judicial, não é admissível que o recorrente exerça atribuições de um cargo tendo sido nomeado para outro, para o qual fora aprovado por meio de concurso público.

4. Recurso em mandado de segurança provido (RMS nº 37.248/SP, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 04/09/2013).

O desvio de função produz efeitos jurídicos e ônus para o Estado. Apesar de o agente público não poder ser promovido ou reenquadrado no cargo que ocupa em desvio de função, tem ele direito a receber diferença salarial pelo desempenho

das funções exercidas. É o que estabelece a Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor reproduz-se: “*Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes*”.

## Usurpação do exercício de função pública

O Código Penal, em seu art. 328, tipifica a conduta de usurpar o exercício de função pública com a sanção de detenção, de três meses a dois anos, e multa. Se do fato o agente auferir vantagem a sanção é de reclusão, de dois a cinco anos, cumulada com multa a ser arbitrada pelo juiz.

De acordo com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o entendimento jurisprudencial mais recente é o de que a usurpação de função pública, prevista no art. 328 do Código Penal, também pode ser praticada por servidor público que assume, indevidamente, as funções de outro.

A relatora do caso, a juíza federal convocada Maria Lúcia Gomes de Souza, assentou, no caso concreto, que “apesar de funcionária pública, assumiu e realizou atos que não eram inerentes às atribuições do cargo que na realidade ocupava, sendo certo que a ré agiu com a vontade livre e consciente, com vistas a usurpar a função pública” (Processo nº 0040026-78.2014.4.01.3300/BA)<sup>3</sup>.

Embora a movimentação de servidor esteja inserida no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade da administração pública, é certo que os direitos e deveres são aqueles inerentes ao cargo para o qual foi investido. Apenas em circunstâncias excepcionais previstas em lei (como, por exemplo, o exercício de função de confiança ou cargo em comissão) poderá o servidor desempenhar atividade diversa daquela pertinente ao seu cargo. O servidor público deve exercer somente a função para a qual prestou o concurso, não sendo permitido, portanto, nem que exerça a função de um cargo inferior e nem o contrário, quando o servidor é encaminhado para exercer a função de um cargo superior, sob pena de responder por desvio de função ou, até, pelo crime de usurpação de função pública.

## PREENCHIMENTO DE FUNÇÕES DE CONFIANÇA E DE CARGOS COMISSIIONADOS SELECIONADOS EXCLUSIVAMENTE DA ORGANIZAÇÃO PÚBLICA

A indisponibilidade do interesse público significa que, sendo interesse qualificado como próprio da coletividade, não se encontra à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriável. O administrador que os representa não tem disponibilidade sobre ele, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-lo – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a lei. Sua atuação deve ser sempre voltada ao atendimento de um interesse da coletividade, pressupondo que possui certa especialidade dentro da sua área de atuação, conhecendo com certo grau de profundidade as atribuições que lhes são conferidas.

É necessário revisar o significado de profissionalismo no setor público por meio da reformulação de ações que avaliem se o indicado para um cargo ou uma função de responsabilidade<sup>4</sup> realmente saberá conduzir suas atividades com zelo, dedicação, presteza, rendimento funcional e conduta ética, elegendo o caminho da honestidade e da integridade.

Uma das formas para alcançar o ideal de gestão pública, íntegra e eficiente, é a implementação de políticas voltadas para o desenvolvimento de atividade administrativa dotada de um alto nível de profissionalismo de seus agentes, liderada

por dirigentes conscientes de suas metas, dos resultados a serem alcançados, das responsabilidades funcionais e da efetiva aplicação de penalidades no âmbito de sua atuação e de seus subordinados quando em desacordo com ordenamento jurídico regente.

Com efeito, alguns diplomas foram editados com o propósito de tratar do tema “conduta ética no setor público”. Ao Decreto nº 6.029/2007 coube instituir o sistema de gestão da ética, com a finalidade de promover atividades que dispunham sobre a conduta ética no âmbito do Poder Executivo federal, objetivando: a) integrar os órgãos, programas e ações relacionadas com a ética pública; b) contribuir para a implementação de políticas públicas tendo a transparência e o acesso à informação como instrumentos fundamentais para o exercício de gestão da ética pública; c) promover, com apoio dos segmentos pertinentes, a compatibilização e interação de normas, procedimentos técnicos e de gestão relativos à ética pública e d) articular ações com vistas a estabelecer e efetivar procedimentos de incentivo e incremento ao desempenho institucional na gestão da ética pública do Estado.

Os atos (ações e omissões) de gestão pública afetam muitos aspectos da vida das pessoas. Felizmente há uma maior conscientização da sociedade em relação à indisponibilidade do interesse público por parte de seus agentes, das responsabilidades e da necessária eficiência dos serviços públicos. Isso se deve em razão da maior transparência e controle da atividade administrativa e da ampliação do acesso à informação; mais indivíduos estão em contato com a governança e conscientes dos efeitos que têm sobre suas vidas. O controle pressupõe supervisão, fiscalização e revisão das atividades controladas. O descontrole inviabiliza a gestão, torna ineficaz o direito à boa administração e não se compadece com o ideário do Estado de Direito.

No âmbito das organizações públicas existem as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo (art. 37, V, da Constituição Federal) e os cargos em comissão, os quais podem ser preenchidos por servidores que já detenham cargos efetivos de carreira, de acordo com percentuais estabelecidos na respectiva lei de criação (art. 37, II e V, da Constituição Federal). Significa, pois, que os cargos em comissão devem ser ocupados por um percentual mínimo legal de servidores de carreira, podendo-se preencher as vagas restantes por pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública.

No âmbito da administração pública federal, o Decreto nº 5.497/2005, alterado pelo Decreto nº 9.021/2017, dispõe sobre o provimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, por servidores de carreira.

Assim:

Art. 1º Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

- I – cinquenta por cento do total de cargos em comissão DAS, níveis 1, 2, 3 e 4; e
- II – sessenta por cento do total de cargos em comissão DAS, níveis 5 e 6.

As funções de confiança e os cargos em comissão devem ser criados por lei e se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento<sup>5</sup> na administração pública e são, respectivamente, preenchidos ou exercidos mediante livre nomeação pela autoridade competente, na contrapartida das respectivas livres exoneração e dispensa, a qualquer tempo (*ad nutum*), seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que nomeou.

**“As funções de confiança e os cargos em comissão devem ser criados por lei e se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento na administração pública e são, respectivamente, preenchidos ou exercidos mediante livre nomeação pela autoridade competente, na contrapartida das respectivas livres exoneração e dispensa, a qualquer tempo (*ad nutum*), seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que nomeou.”**

Funções de confiança e cargos em comissão, ao lado de servidores e empregados públicos, integram o capital humano de toda organização pública, constituindo o seu principal ativo. É ele (o capital humano) que detém o conhecimento institucional e determina a qualidade dos serviços prestados.

## **Mapeamento de riscos na contratação de funções de confiança e de cargos em comissão**

O Tribunal de Contas da União – TCU<sup>6</sup> realizou mapeamento de riscos na contratação de funções de confiança e de cargos em comissão no âmbito dos três Poderes. De acordo com a Corte de Contas Federal, enquanto o Poder Legislativo tem 97% de servidores sem vínculo com a administração pública, o Judiciário e o Executivo têm a maioria dos cargos ocupados por servidores do próprio quadro. O TCU identificou e avaliou os riscos relativos à escolha e à investidura em funções de confiança e cargos em comissão no âmbito da administração pública federal. A auditoria realizada também objetivou obter informações sobre quantitativos, atribuições, requisitos de acesso e outros dados relevantes relacionados a esses cargos/funções.

Foi realizada amostra em 278 (duzentos e setenta e oito) unidades jurisdicionadas, nas quais 25% dos servidores ocupantes de funções de confiança e 5% ocupantes de cargos em comissão. Quando foi realizada a análise por Poder, observou-se que os Poderes Legislativo e Judiciário, assim como o Ministério Público da União (MPU), possuíam, respectivamente, 79%, 56% e 44% de servidores ocupando funções de confiança e cargos em comissão, valores superiores à média geral, que é de 31%, e à média do Poder Executivo, de 26%.

Em relação à origem do vínculo de pessoas com cargos em comissão, 60% dessas funções são ocupadas por servidores efetivos, enquanto os demais são ocupados por pessoas sem vínculo com a administração. Segundo a Corte de Contas Federal, o Poder Legislativo possui 97% de servidores sem vínculo com a administração e o Judiciário e o Executivo apresentam a maioria dos cargos em comissão ocupados por servidores do próprio quadro, nos percentuais de 83% e 64%, respectivamente.

Também foram observadas discrepâncias entre os 30 (trinta) Ministérios participantes, das 278 (duzentas e setenta e oito) organizações verificadas. A título de exemplo, o Ministério das Cidades possui percentual de funções de confiança



e cargos em comissão de 40%, menos da metade do observado no Ministério da Pesca e Aquicultura, de 85%.

A auditoria também avaliou os riscos inerentes aos processos de escolha e indicação de ocupantes de cargos comissionados, entre os quais investidura em funções de confiança e cargos em comissão de pessoa que não possui os requisitos e as competências necessários e conflito entre interesses públicos e privados das pessoas com essas funções. Também foram observados casos de funções de confiança e cargos em comissão de pessoa enquadrada nas hipóteses de nepotismo<sup>7</sup> ou com impedimentos legais e existência de comissionados cujas atribuições não eram de direção, chefia ou assessoramento.

Preleciona Faoro<sup>8</sup> que a presença do nepotismo no Brasil contemporâneo pode ser explicada pela persistência, nos dias atuais, de resquícios de um Estado patrimonialista, no qual um grupo de pessoas influentes junto ao governo, o estamento burocrático, comanda a administração e, dessa base, com aparelhamento próprio, invade e dirige a esfera econômica, política e financeira. Ainda que essa classe dirigente não esteja necessariamente unida por laços familiares, é razoável concluir que utiliza o setor público em benefício próprio, de forma que não lhe é contrária a ideia de nomeação de parentes para o exercício de atividades públicas.

Uma das dificuldades que levam ao risco de investidura em funções de confiança e cargos em comissão de pessoa enquadrada nas hipóteses de nepotismo refere-se aos normativos que regem a proibição de tal prática. Na avaliação do TCU, essas normas são de difícil implementação, em face tanto da dependência de declaração própria daquele que incide na proibição, quanto da apresentação de eventual denúncia.

O TCU constatou que, em regra, estruturas mais enxutas, com menor quantidade de servidores alocados em cargos de chefia, direção e assessoramento tendem a ser menos burocráticas e mais efetivas, além de possuírem um custo menor. Não foi afastada, no entanto, a interferência de outros fatores interferidores na produtividade com custo menor, como, por exemplo, gestão mais eficiente e adoção de processos de trabalho menos redundantes.

Exemplo de diferença de produtividade foi observado entre dois Tribunais Regionais do Trabalho (TRT). O TRT-20 possui 37 magistrados e baixou de seu estoque, no ano de 2014, 34.320 processos. Já o TRT-22, que possui 38 magistrados, baixou 42.380 processos no mesmo período. No TRT-20, que tem percentual de comissionados de 60%, a produtividade de cada magistrado foi de 928 processos no ano. No TRT-22, que tem 38% de comissionados, essa produtividade foi de 1.115 processos. Em julho de 2015, o gasto total de pessoal do TRT-22 foi de R\$ 5,45 milhões, contra R\$ 6,79 milhões do TRT-20.

Nota-se, diante dos dados coletados pelo TCU, órgão de controle externo, que é imprescindível o enxugamento de funções e cargos de direção, chefia e assessoramento e a busca incessante de um ideal de profissionalização dessas funções e cargos, descomprometida de acomodações partidárias e de escolhas baseadas em reciprocidade, amizade ou relações de parentesco.

Barroso<sup>9</sup>, em artigo intitulado *Ética e jeitinho brasileiro*, anota que:

Como consequência, as pessoas no Brasil se surpreendem com o que já sabiam. Ou alguém imaginava que partidos políticos se engalfinhavam para indicar diretores de empresas estatais para fazerem coisas boas, para melhor servirem ao interesse público? Essa era uma tragédia previsível. Ainda assim, o país se deu conta, horrorizado, que quase todo

o espaço público estava tomado pela corrupção: Petrobras, Caixa Econômica Federal, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Fundos de Pensão. A corrupção virou meio de vida para alguns e modo de fazer negócios para outros. Não se trata de fenômeno de um governo específico, mas que vem acumulando desde muito longe. A corrupção favorece os piores. É a prevalência dos espertos e a derrota dos bons.

Quanto menor o quadro de funções e cargos de direção e chefia na estrutura da organização, maior a chance de encontrarem-se servidores e empregados públicos dotados de *expertises* e habilidades necessárias para o exercício de tais atribuições. Enquanto a oferta dessas funções e cargos de direção e chefia for abundante qualquer critério ou até mesmo nenhum critério possibilitará preenchê-los.

## **MODELO DE RECRUTAMENTO DE CARGOS DE LIVRE PROVIMENTO DE NATUREZA GERENCIAL, SELECIONADOS EXCLUSIVAMENTE DA ORGANIZAÇÃO PÚBLICA E QUE PRIVILEGIE A MERITOCRACIA**

O ideário da gestão pública eficiente, eficaz e democrática inclui políticas voltadas para o desenvolvimento de alto grau de profissionalismo de seus agentes, que se espera conscientes dos objetivos, metas e resultados a alcançar e com eles comprometidos.

Nenhuma organização pública pode dar-se ao luxo de dispensar administradores que sejam, ao mesmo tempo, engajados na missão e conhecedores das atividades a que se propõe a organização, planejadores de seu desenvolvimento, hábeis na prática de sistemas de aferição de desempenho e de construção de indicadores gerenciais, a par de zelosos gestores financeiros. Nenhuma razão política ou administrativa autoriza que se exclua a administração pública desse modelo.

Emendas constitucionais e legislação ordinária se vêm ocupando da profissionalização de agentes públicos, traduzindo o reconhecimento de que: (a) se faz necessária uma nova moldura administrativa para o País; (b) há graves deficiências na prestação dos serviços públicos, gerando insatisfação entre os usuários; (c) o limite ético dos gestores apresenta-se não raro enevoadado.

Um processo consequente de profissionalização e reforma deve reduzir, mais e mais, o espaço para improvisações, seja na escolha de agentes despreparados, seja na gestão de políticas públicas, seja na administração do cotidiano do serviço público.

Algumas organizações públicas não executam processo formal sucessório baseado em competências internas, experiência, conhecimento técnico, cultura orientada para resultados, gestão de talentos e transparência para selecionar suas funções de confiança e cargos comissionados. Outras, para dar aparência de alternância, apenas realizam o revezamento desses cargos e funções.

A escolha de funções de chefia e direção baseada em apadrinhamento político, relações de amizade, de parentesco ou de reciprocidade, sem apreço à meritocracia, produz riscos para a produtividade e qualidade do serviço público e, ao fim, para o alcance do princípio constitucional da eficiência.

O juiz federal Sérgio Moro<sup>10</sup>, prefaciando a obra “48 visões sobre a corrupção”, anota que:

De forma semelhante, se cargos e postos são utilizados como moeda de troca em transações políticas não exatamente republicanas, faz-se necessário reduzir as posições

de livre nomeação e incrementar o acesso e a ascensão a elas por critérios de mérito na Administração Pública.

O modelo de recrutamento de cargos de livre provimento de natureza gerencial, selecionados exclusivamente da organização pública, em perfis de competências essenciais<sup>11</sup> tais como: qualificação técnica, experiência<sup>12</sup>, memória institucional, comprometimento, habilidade para motivar, integridade, disposição para compartilhar e iniciativa, afirma a boa governança, desenvolve e retém profissionais com as competências desejadas, cria um esforço laborativo para a melhor alocação de lideranças, produz a motivação de agentes subordinados e induz melhorias à produção de resultados para a sociedade.

Oliveira<sup>13</sup>, procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, anota que:

A administração pública brasileira precisa urgentemente de um choque de profissionalização. Há muito amadorismo em todos os níveis da gestão pública e em áreas sensíveis e estratégicas para o país.

Isso decorre fundamentalmente do absurdo número de cargos comissionados na administração pública brasileira, o que provoca elevada rotatividade nos escalões decisórios, descontinuidade administrativa, perda de memória institucional e perda de capacidade de resposta da máquina administrativa às demandas que a sociedade justamente lhe apresenta.

Temos, apenas na esfera federal, mais de 20 mil cargos comissionados, enquanto países como a Alemanha, também de estrutura federal, têm menos de mil.

Evidentemente que, em órgãos de forte orientação política, uma pequena margem de cargos comissionados se faz necessária para que o titular do órgão (ministro de Estado, secretário de Estado, prefeito, parlamentar etc.) possa contar com um pequeno grupo de sua confiança técnica para implementar as opções políticas que ele representa. Assim, em um ministério, é razoável que o secretário-executivo, o chefe de Gabinete e alguns assessores próximos sejam cargos de livre nomeação e demissão.

Fora isso, todos os demais cargos de chefia e de assessoria devem ser ocupados por servidores públicos concursados, experientes, capacitados ao longo dos anos, com a memória institucional, com o saber fazer adquirido na vivência da carreira e, ponto fundamental, com a motivação que a expectativa de carreira proporciona e que a falta de expectativa destrói.

Aliás, esse é um argumento usualmente invocado pelos defensores da elevada quantidade de cargos comissionados. Dizem que os servidores públicos são desmotivados e pouco operosos e que os comissionados trazem energia nova e compromisso. Em verdade, a perspectiva de “carregar o piano” para o júbilo e gáudio do comissionado recém-chegado e que, via de regra, pouco conhece da rotina do trabalho que lhe cabe chefiar, constitui um dos principais fatores de desmotivação dos servidores públicos concursados. Expectativa real de carreira é fundamental tanto em organizações privadas como em públicas. A possibilidade de promoções, de ser reconhecido pelo mérito é fator importantíssimo para motivação de qualquer trabalhador.

Mello<sup>14</sup> afirma que a remuneração conferida aos ocupantes de cargos em comissão, elevada em relação aos padrões correntes no Estado, desperta no indivíduo um grande interesse em conservar o seu cargo, a qualquer preço. Os nomeados sem vínculo estão permanentemente preocupados em se evadir da livre

exoneração a que estão sujeitos. Essa preocupação (ou medo) constante pode ser a razão pela qual se tornam manipuláveis à vontade de seus superiores, agentes políticos, de cuja boa vontade depende sua permanência, pelo que geralmente são proclives a satisfazer-lhes os propósitos, ainda quando incorretos. Para diminuir os constantes escândalos na administração, resultantes da instrumentalização da máquina pública direcionada para servir a interesses oportunistas, esses cargos deveriam ser reduzidos a um mínimo possível e, sobretudo, deveria ser vedada a possibilidade do exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham. Quanto maior o número de cargos comissionados, maior a chance de trocas de favores entre os Poderes Executivo e Legislativo, com objetivos escusos. Além disso, há a possibilidade, não desprezível, dos partidos políticos ameaçarem perturbar, na esfera do Parlamento, o normal desempenho da atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo, aquinhoando seus próceres ou apaniguados com cargos e funções comissionadas no Executivo.

O ideal de profissionalização da administração pública deve encontrar suporte na prestação de atividades finalísticas exclusivamente por pessoas selecionadas por meio de concurso público e no afastamento da deletéria prática do desvio de função. Eleva-se o grau de profissionalização e, por conseguinte, de governança pública, por meio do preenchimento de funções de confiança e de cargos comissionados selecionados exclusivamente da organização pública, ou seja, preenchidos exclusivamente por agentes ocupantes de cargos efetivos, escolhidos por meio de um processo seletivo que avalie *expertises*, habilidades, comprometimento, liderança e rotatividade (alternância).

A liderança, segundo o Decreto Federal nº 9.203/2017, compreende um conjunto de práticas de natureza humana ou comportamental exercida nos principais cargos das organizações, visando assegurar a existência de condições mínimas para o exercício da boa governança, quais sejam: a) integridade; b) competência; c) responsabilidade; e d) motivação;

O preenchimento de funções e cargos por meio de acomodações partidárias compromete a segurança jurídica, cria lideranças vocacionadas a agirem com o raciocínio meramente político e o costume de amarrarem-se a políticos para preencherem quadros na administração pública. Com efeito, pela adoção de um modelo que elege os ocupantes de funções de confiança e de cargos comissionados exclusivamente da organização pública, baseado em um processo seletivo objetivo que privilegie a meritocracia, troca-se o líder arrivista pelo realista, o alienado pelo mais preparado.

Otero<sup>15</sup>, administrativista português, anota que:

Não se encontra isenta uma Administração Pública legitimada democraticamente, todavia, de um fenômeno de politização ou colonização administrativa pelos partidos políticos: a intervenção dos partidos políticos fazendo de quase toda a máquina administrativa um palco da luta hegemónica do "Estado do partido governamental" (v. *supra*, nº 6.1.2), além de gerar um domínio informal das estruturas administrativas (v. *supra*, nº 6.5.2), determina também uma infiltração no próprio aparelho administrativo de *boys ou fidèles du gouvernement* que, alimentando nomeações políticas quase sempre sem especiais habilitações científicas ou qualificações técnicas, tendem a valorizar um vínculo político em detrimento do relacionamento jurídico-institucional e a provocar uma transferência do centro decisório dos gabinetes administrativos para as salas dos directórios partidários.

A ideia da meritocracia trazida pela administração pública burocrática<sup>16</sup> e que permaneceu como característica da administração pública gerencial<sup>17</sup> contrapõe-se ao fisiologismo, ao clientelismo, à patronagem e ao nepotismo, pois afirma que as pessoas devem ocupar os cargos de chefia e direção em decorrência de características racionais tais como, minimamente: conhecimento técnico e habilidades.

Mello<sup>18</sup> faz ver que os cargos em comissão são uma fonte de escândalos no serviço público justamente porque, quando seus ocupantes não provêm de carreiras públicas, são indivíduos alheios aos freios que resultam do compromisso com sua carreira.

A busca por direções e chefias aptas a garantir resultados eficazes e eficientes enquanto encarregadas do poder de gerir recursos públicos observa, pois, os seguintes passos:

a) preenchimento de todos os cargos comissionados exclusivamente da organização pública, sublinhando-se, no tocante às funções de confiança, que estas, por força constitucional, são exercidas exclusivamente por servidores públicos;

b) realização de ações para identificar potenciais agentes vocacionados ao exercício de liderança (funções de confiança e cargos em comissão), orientadas pelo mapeamento das competências existentes e desejadas;

c) criação de banco de talentos que facilite a identificação desses candidatos; e

d) implementação de processo de seleção para as funções e cargos de direção e chefia com base no princípio da impessoalidade, que assegure a avaliação dos perfis de competência dos candidatos, a transparência, a concorrência e a rotatividade.

## GESTÃO COMPARTILHADA

Selecionados os perfis de competência para o exercício de funções e cargos de direção e chefia, por meio de processo seletivo que privilegie a meritocracia, adota-se um modelo de gestão compartilhada, por meio da formação de grupos setorializados, capacitados e coordenados por tais funções e cargos, em que as atribuições, responsabilidades e metas são definidas para o grupo, em interação com as atribuições e responsabilidades de outros grupos afins. Em outras palavras, substitui-se o modelo verticalizado de chefia por um modelo de responsabilidades e metas compartilhadas.

Se o interesse público é a finalidade que move a atividade administrativa, indiferenciado, portanto, entre os agentes públicos, por que não juntarem suas forças para o alcance do que é comum?

A quebra da eficiência também é fruto do fisiologismo no serviço público, não raro voltada para armar escadas para grupos determinados, em detrimento do alcance de um ideal comum, do salutar compartilhamento de soluções e, ao fim, do fortalecimento da própria organização.

Ferreira<sup>19</sup> ensina que o clientelismo é o tipo de relação política em que uma pessoa dá proteção a outra em troca de apoio, estabelecendo um laço de submissão pessoal; a patronagem é a proteção, amparo, auxílio oferecido por alguém ou por uma organização: patrocínio; o fisiologismo é a atitude ou prática de agentes, públicos e políticos, caracterizada pela busca de ganhos ou vantagens pessoais, em lugar de ter em vista o interesse público.

Fazer incorporar padrões elevados de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, em consonância com as funções e as atribuições de seus órgãos e de suas entidades constitui diretriz de governança

pública segundo o disposto no art. 4º, V, do Decreto Federal nº 9.203/2017. As tarefas administrativas devem girar em torno da colaboração simultânea dos indivíduos em prol do interesse público. Isso só acontecerá se todos estiverem engajados no desenvolvimento da organização. Neste caso, ninguém melhor que o líder para personificar os valores da organização e inspirar a equipe. Os benefícios imediatos traduzem-se em considerável otimização de tempo e racionalização de atividades. Além disso, na colaboração simultânea o produto final será potencialmente melhor que aquele realizado individualmente, pois será resultante do encontro de *expertises*, minimizando, ainda, potenciais equívocos.

O desempenho desses grupos de gestão compartilhada exigirá avaliação periódica, por meio de indicadores de avaliação do cumprimento de metas individuais, associadas a metas institucionais, de modo a desenvolver cultura orientada a resultados. Indicadores de desempenho devem ser utilizados para inspirar os agentes públicos a serem eficientes com a coisa pública e não para, de algum modo, beneficiarem-se.

Uma das diretrizes da governança pública, instituída pelo Decreto federal nº 9.203/2017, consiste, exatamente, no monitoramento do desempenho e avaliação da concepção, da implementação e dos resultados das políticas e das ações prioritárias, visando assegurar que as diretrizes estratégicas sejam observadas pela organização.

A existência de indicadores objetivos de desempenho, obtidos mediante o uso de tecnologia, sobretudo informatizada, almeja, destarte, a introdução de melhorias contínuas nos processos de trabalho comprometidos com resultados pertinentes, adequados, eficazes e eficientes, daí ser instrumento de gestão tanto nas organizações privadas, destinadas ou não ao lucro empresarial, quanto na gestão de órgãos e entidades da administração pública, estes voltados à satisfação do interesse público, cujo alcance, ou não, também é mensurável por indicadores objetivos.

A administração pública brasileira tem incorporado, no século corrente, inovações tecnológicas nos processos de trabalho concernentes à atividade contratual do Estado, mas nem sempre tais inovações, nada obstante o avanço que possam representar, se ocupam das melhorias contínuas que sua gestão e operação deveriam conhecer.

## CONCLUSÃO

Com a redemocratização do país e com a exigência precípua de atingir a qualidade esperada pela sociedade como prestador de serviços e empregador, percebeu-se que era preciso dotar o Estado de um quadro permanente de servidores concursados, não sujeitos às ingerências políticas, cujo princípio do mérito fosse o critério basilar para que os cidadãos fossem investidos em cargos públicos. Estabeleceu, assim, o constituinte de 1988, o ingresso em cargo público por meio de concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, incisos I e II).

No âmbito das organizações públicas existem as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo (art. 37, V, da Constituição Federal) e os cargos em comissão, os quais podem ser preenchidos por servidores que já detenham cargos efetivos de carreira, de acordo com percentuais estabelecidos na respectiva lei de criação (art. 37, II e V, da Constituição Federal). Significa que, os cargos em comissão devem ser ocupados por um percentual mínimo legal de servidores de carreira, podendo-se preencher as vagas restantes por pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública.



As funções de confiança e os cargos em comissão devem ser criados por lei e se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento na administração pública e são, respectivamente, preenchidos ou exercidos mediante livre nomeação pela autoridade competente, na contrapartida das respectivas livres exoneração e dispensa, a qualquer tempo (*ad nutum*), seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que nomeou.

Tornou-se necessário, no entanto, revisar o significado de profissionalismo no setor público, com a reformulação de ações que avaliem se o indicado para um cargo ou uma função de responsabilidade realmente saberá conduzir suas atividades com zelo, dedicação, presteza, rendimento funcional e conduta ética, elegendo o caminho da honestidade e da integridade.

O modelo de recrutamento de cargos de livre provimento de natureza gerencial, selecionados exclusivamente da organização pública, em perfis de competências essenciais tais como: qualificação técnica, experiência, memória institucional, comprometimento, habilidade para motivar, integridade, disposição para compartilhar e iniciativa, afirma a boa governança, desenvolve e retém profissionais com as competências desejadas, cria um esforço laborativo para a melhor alocação de lideranças, produz a motivação de agentes subordinados e induz melhorias à produção de resultados para a sociedade.

## NOTAS

- 1 OLIVEIRA, Armerinda Alves de. *Nepotismo na administração pública brasileira: panorama histórico e associação à corrupção*. Rev. da CGU - Brasília 9(14): jan/jul. 2017. p. 530.
- 2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 413.
- 3 <http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/comunicacao-social/imprensa/noticias/decisao-usurpacao-da-funcao-publica-pode-ser-cometida-por-funcionario-publico-que-assume-funcoes-de-outro.htm>
- 4 Adilson Abreu Dallari preleciona: “O absurdo maior, todavia, está no disposto do artigo 56 da CF, que permite a um membro do Legislativo exercer funções no Executivo, o que é totalmente incompatível com o princípio da separação de Poderes. Nas candentes e vigorosas palavras do ministro Flavio Beirrenbach, trata-se de mais uma jabuticaba, de um estelionato institucional, uma charlatanice bem-sucedida, “feita por um Congresso travestido em constituinte”. O texto precisa ser lido na íntegra, mas, aqui, cabe apenas uma pequena transcrição: “É um espetáculo deprimente. Proclamado o resultado de um pleito, senadores, deputados e vereadores, recém eleitos, acotovelam-se na disputa por uma fatia do farnel do poder. De outro poder. Para os derrotados, sempre sobrarão migalhas. Ou alguma suplência. De tal forma essa prática vicia o sistema, que esses suplentes investidos por via oblíqua perdem qualquer vestígio de independência, caso contrário perderão os mandatos. Tornam-se reféns do poder Executivo” (*Separação de poderes e efetividade democrática*, Revista do Advogado, nº 135, AASP, out. 2017, p. 17 e seguintes).“. Artigo intitulado: “*Renovação na composição do Congresso Nacional nas eleições de 2018*”. [https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/interesse-publico-renovacao-composicao-congresso-eleicoes-2018?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/interesse-publico-renovacao-composicao-congresso-eleicoes-2018?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Acesso em 25.01.18.
- 5 Cargos comissionados no serviço público destinam-se apenas às funções de chefia e assessoramento. Assim, todas as demais atividades de órgãos estatais devem ser exercidas por servidores concursados. Com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal validou decisão do Conselho Nacional de Justiça que considerou irregular a contratação, por parte do Tribunal de Justiça da Paraíba, de 100 assistentes de administração nomeados sem concurso público (Pet 4656, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 19.12.16).
- 6 Acesso em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-realiza-mapeamento-de-riscos-na-contratacao-de-funcoes-de-confianca-e-de-cargos-em-comissao.htm>

- 7 De acordo com jurisprudência do STF (Rcl 27605, DJe 06.09.2017), cargos de natureza política, como o de Secretário de Estado ou Secretário Municipal, não se submetem às hipóteses da Súmula Vinculante 13, que veda a prática do nepotismo na administração pública. Assim entendeu o Ministro Gilmar Mendes, relator do Acórdão, ao suspender efeitos de decisão que determinou o afastamento de Secretário de Comunicação do município de Canoas (RS), nomeado pelo pai, o prefeito do município. De acordo com o relator, a Corte possui decisões que fixam o entendimento segundo o qual os cargos de natureza política, como o de Secretário de Estado ou Secretário Municipal, não se submetem às hipóteses da Súmula Vinculante 13 do STF (RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008; Rcl 6650 MC-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21.11.2008).
- 8 FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 12.
- 9 BARROSO, Luís Roberto. <https://jota.info/especiais/etica-e-jeitinho-brasileiro-10042017>. Acesso em 13.04.17.
- 10 Coord.: Instituto não aceito corrupção. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- 11 No âmbito das empresas estatais (sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias), a Lei nº 13.303/2016 deu um importante passo ao afastar a influência política e o aparelhamento partidário nas estatais, com a exigência de pré-requisitos técnicos, de formação acadêmica e de experiência profissional para os ocupantes de cargos de direção e membros dos Conselhos Administrativos.
- 12 De acordo com o art. 17, § 5º, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), no caso de indicação de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, deverão ser atendidos os seguintes quesitos mínimos: a) o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos; b) o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista; c) o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos junto ao Conselho de Administração e a Diretoria.
- 13 OLIVEIRA, Júlio Marcelo. A profissionalização da administração pública e dos órgãos de controle externo. <http://www.conjur.com.br/2017-fev-14/contas-vista-profissionalizacao-administracao-orgaos-controle-externo> Acesso em 14.02.2017.
- 14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 312-313.
- 15 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 3 ed., 2011, p. 294.
- 16 A administração pública burocrática surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal.
- 17 Na administração pública gerencial a reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.
- 18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015, 413.
- 19 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Alberto. A Cabeça do Brasileiro. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Ética e jeitinho brasileiro. <https://jota.info/especiais/etica-e-jeitinho-brasileiro-10042017>.
- BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: a república que ainda não foi. [https://www.conjur.com.br/2018-jan-08/artigo-exclusivo-barroso-analisa-papel-supremo-pais?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2018-jan-08/artigo-exclusivo-barroso-analisa-papel-supremo-pais?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook).

- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública/Tribunal de Contas da União. Versão 2 – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial de combate à fraude e à corrupção aplicável a órgãos e entidades da administração pública/Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2017.
- BREIER, Ricardo. Implementação de Programas de Compliance na Administração Pública é um desafio. *Conjur*, 2016. <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Terceirização no setor público: encontros e desencontros*. Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, n. 89, 2009.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012. E-book
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- GAETANI, Francisco. Funcionalismo Público. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *Corrupção: Ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. <http://www.direitodoestado.com.br>.
- LUIZ, Diogo. *Raízes do Brasil e Supremo Tribunal Federal: breves notas sobre nepotismo e súmula vinculante*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, out. 2017.
- MARANHÃO, Mauriti; MACIEIRA, Maria Elisa. *Os indicadores nossos de cada dia: avaliação quantitativa do desempenho organizacional*. São Paulo: Baraúna, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. *Controle democrático da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- OLIVEIRA, Armerinda Alves de. *Nepotismo na administração pública brasileira: panorama histórico e associação à corrupção*. *Rev. da CGU – Brasília* 9(14): 511-533, jan/jul. 2017.
- OLIVEIRA, Júlio Marcelo. *A profissionalização da administração pública e dos órgãos de controle externo*. <http://www.conjur.com.br/2017-fev-14/contas-vista-profissionalizacao-administracao-orgaos-controle-externo>.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 3 ed., 2011.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Mil perguntas e respostas necessárias sobre licitações e contratos na ordem jurídica brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2014.
- RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Caracterização da configuração do ato de improbidade por violação aos princípios da administração pública: o princípio da moralidade e o agir probo do agente público*. São Paulo: *Revista Síntese Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, Set/2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *A criação de uma instância administrativa nacional*. <https://www.jota.info/colunas/controle-publico/criacao-de-uma-instancia-administrativa-nacional-10012018>.



**MARINÊS RESTELATTO DOTTI** é Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia (UFRGS). Professora no curso de especialização em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da Uniritter – Laureate International Universities, em Porto Alegre, RS.



*Gustavo Milaré*

---

ARQUIVO PESSOAL

## O SUS, a Anvisa e a judicialização dos medicamentos

**O**s ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram no último dia 12 de setembro que o Sistema Único de Saúde (SUS) não possui a obrigação de oferecer gratuitamente medicamentos “off label”, aqueles não regulamentados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

A Corte Superior avaliou embargos de declaração do Estado do Rio de Janeiro e alterou decisão relacionada ao tema, em que o trecho “existência de registro

na Anvisa” acabou por ser substituído por “existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência”.

Muitas dúvidas podem ser geradas em torno dessa decisão. Afinal, haverá a partir de agora uma limitação ao fornecimento de medicamentos gratuito pelo sistema de saúde? Como ficam as ações na Justiça relacionadas a esse direito no caso dos remédios em questão?

Como destacou o próprio relator do recurso, ministro Benedito Gonçalves, é importante entender que o fornecimento gratuito desses medicamentos não autorizados pela agência não foi proibido. O STJ decidiu apenas que ele não é obrigatório. Contudo, dificuldades para o alcance do fornecimento aos interessados foram colocadas.

Os enfermos que desejarem obter tais remédios ainda podem buscar os tribunais, como segue ocorrendo também mesmo após outra decisão recente da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Corte Superior já havia determinado orientações para a obtenção de medicamentos gratuitos pelo SUS, entre elas, o registro na Anvisa. O que ocorre é que os juízes não são obrigados a seguirem a decisão do STJ, embora a lei processual civil em vigor determine que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente.

De acordo com a legislação vigente, pessoas portadoras de doença grave comprovada em juízo possuem prioridade na tramitação de sua ação judicial, ou seja, têm preferência na apreciação do seu pedido para ter acesso a tais medicamentos. Essas pessoas poderão seguir recorrendo a possíveis soluções medicinais não aprovadas ainda pela Anvisa.

Entretanto, as últimas decisões do STJ representam, sim, uma mudança. É notório que deve haver uma redução das decisões judiciais autorizando a distribuição gratuita de medicamentos “off label”, ainda que isso não signifique que os pedidos na Justiça devem diminuir.

O direito a esses medicamentos não regulamentados pela Anvisa segue garantido, mas, agora, há mais critérios para o recebimento de decisões judiciais favoráveis a esse fornecimento.

A Anvisa seguirá firme ao não permitir a utilização de medicamentos em que não há eficácia comprovada por meio de estudos e os enfermos, apesar desta falta de comprovação, seguirão tentando soluções que possam beneficiar as suas vidas. Na falta de uma jurisprudência que encerre essa questão, por sua vez, seguirá cabendo ao Judiciário decidir se o acesso a esses medicamentos específicos prevalecerá. **c**





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

Tel. (61)

**3225-6419**

[www.zkeditora.com/pratica](http://www.zkeditora.com/pratica)

  
zakarewicz  
editora