

conceito jurídico

ano III | março de 2019 | nº 27



Mauro Menezes

MP nº 873/2019 e a
alteração da CLT

Pág. 8



Crimes Eleitorais e os crimes conexos



VISÃO JURÍDICA

Enéias Xavier Gomes

Reforma da Previdência:
ao servidor público,
ódio ou compaixão, ao
governo, as batatas



TENDÊNCIAS

Sérgio Henrique Salvador

A iminente extinção do auxílio-
reclusão e a necessidade de
sua defesa



DOCTRINA

Felipe Deiab

Um convite aos corruptos: a
abrangência da sanção prevista
no art. 87, inciso III, da Lei
de Licitações e Contratos
Administrativos

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

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

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.


zakarewicz
editora

José Maria Alves da Silva



Reforma política Mudança deve começar por uma nova Constituição

Se há uma coisa sobre a qual parece haver razoável consenso na intelectualidade brasileira atual é sobre a necessidade de reforma política. No entanto, a discussão sobre o tema tem se concentrado apenas num aspecto de um problema maior.

Na língua portuguesa, a palavra política admite vários significados, os quais, em língua inglesa, estão distribuídos em três conceitos distintos: “polity”, “policy” e “politic”.

O primeiro refere-se à configuração institucional do Estado, envolvendo aspectos relativos à forma de governo e a distribuição das competências e responsabilidades das autoridades públicas. O conceito “policy” diz respeito à ação governamental e ao funcionamento da máquina estatal, enquanto o conceito “politic” tem a ver com as disputas partidárias e a administração civilizada de conflitos sociais, nacionais e ideológicos.



A “polity” é uma ciência lógica dedutiva que Thomas Hobbes considerava tão exata quanto a geometria. A “policy” tem uma base essencialmente técnica, enquanto a “politic” está mais para a arte e o jogo do que para a ciência ou para a técnica.

No entanto, curiosamente, hoje a maioria dos profissionais que se apresentam na mídia como “cientistas políticos” são requisitados para trabalhos de natureza muito semelhantes aos de comentaristas de futebol.

Não é de estranhar, portanto, que, quando se fala em reforma política, o assunto acabe girando em torno de coisas como sistema eleitoral, regras plebiscitárias, financiamento de campanhas, regulamentação partidária e tudo o mais que tem a ver exclusivamente com o conceito “politic”.

Não há dúvida sobre a importância de aperfeiçoamentos nessa área, mas, antes disso, é preciso repensar o sistema político como um todo, pois, sem reformas estruturais nos domínios da “polity” e da “policy”, visando ao aperfeiçoamento das tão decantadas quanto menosprezadas instituições republicanas, democráticas e do Estado de Direito, a possibilidade de um Estado absolutista não pode ser descartada.

Infelizmente, nossa história tem mostrado que a República Federativa do Brasil não é, de fato, nem república nem federativa. Para que se possa fazer jus a esse nome, é preciso que as instâncias regionais e locais de poder público (estados e municípios) sejam dotadas de autonomia executiva suficiente para o exercício das funções logicamente cabíveis a cada uma delas, sujeitas a mecanismos de avaliação e cobrança de resultados pelos cidadãos.

Quanto à distribuição tripartite do poder, segundo o princípio de Montesquieu, em vez da propalada independência harmônica entre as esferas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, o que na verdade temos visto está mais para uma “relação de troca” de prerrogativas entre essas três esferas.

A reforma política que o Brasil precisa deve começar por uma nova Constituição, a qual, para ser verdadeiramente democrática e invulnerável aos assaltos de interesses particulares, grupais e corporativistas, deve ser amplamente discutida e referendada pelos cidadãos. As necessárias mudanças nos âmbitos da “politic” e “policy” devem ser precedidas e legitimadas por uma reconstrução da “polity”. 

JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA é Doutor em economia e professor titular aposentado da Universidade Federal de Viçosa.

Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência Familiar

**Tatiana de Freitas Giovanini Mochi
Valéria Silva Galdino Cardin**



R\$ 58,00
Frete incluso



Tel.: (61) 3263-1362
comercial@zkeditora.com.br

“A obra que ora apresenta-se ao público versa de forma profunda e original sobre as distintas formas de violência que atingem crianças e adolescentes, seja ela física, psíquica, sexual ou moral, desvelando paulatinamente como as mesmas se desenham no íntimo da convivência familiar, com particular destaque para o abandono afetivo e a alienação parental, que lesionam gravemente a integridade psíquica e moral dos menores de dezoito anos, e que lhes são muitas vezes impostas pelos seus próprios genitores.”

Gisele Mendes de Carvalho

3

COM A
PALAVRA

Reforma política. Mudança deve começar por uma nova Constituição

José Maria Alves da Silva

8

ENTREVISTA

MP nº 873/2019 e a alteração da CLT

Mauro Menezes

10

PAINEL
ECONÔMICO

2022, Design Fiction

Márcio G. P. Garcia

12

CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

A polêmica sobre a investigação defensiva

Eduardo Luiz Santos Cabette

20

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

O Superior Tribunal de Justiça e a conflitância da decisão que resolveu o Conflito de Competência 149.018

Jorge Cesar de Assis

25

PROPOSTAS E
PROJETOS

A lei anticrime e a violação às prerrogativas da advocacia e direitos dos cidadãos

Fernando Borges Vieira

28

PAINEL DO
LEITOR

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados da MP nº 869/2018

Felipe Palhares

30

DIREITO E
BIOÉTICA

Homo chip

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

32

DESTAQUE

Crescimento sustentável ou sustentado?

Jorge Arbache

34

CAPA

O combate a corrupção e o perigoso discurso dos procuradores da Lava Jato

Marcelo Aith

37

CAPA

Justiça Eleitoral não foi programada para julgar corrupção da 1ª classe

Luiz Flávio Gomes

39

ENFOQUE

É possível patrocínio de obras públicas

Thaís Marçal e Thiago C. Araújo

42

TENDÊNCIAS

A iminente extinção do auxílio-reclusão e a necessidade de sua defesa

Sérgio Henrique Salvador

46

VISÃO JURÍDICA

Reforma da Previdência: ao servidor público, ódio ou compaixão, ao governo, as batatas

Enéias Xavier Gomes

49

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

EGIT^{3x} Q – A fórmula que transforma Escritórios de Advocacia

José Paulo Graciotti

52

DIREITO EMPRESARIAL

Alerta sobre a exclusão de minoritários

Claudio Luiz de Miranda e Nicholas Furlan Di Biase

54

CONTEXTO

Lei de Responsabilidade Fiscal: Efetivo instrumento assecuratório da democracia

Jorge Santana e Fernanda Rossi

57

IN VOGA

Muito barulho por nada? O fundo da Lava Jato

Ligia Maura Costa e Leopoldo Pagotto

60

CONJUNTURA

Incertezas sobre o tratamento contábil de tributos sobre o lucro

Plínio J. Marafon

63

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Hashtag polícia

Sérgio Ricardo do Amaral Gurgel

67

PORTAL JURÍDICO

O pregão continua sendo abusado. O péssimo pregão eletrônico

Ivan Babosa Rigolin

74

GESTÃO EMPRESARIAL

Valuation e o politicamente (in)correto

Alexandre Póvoa

77

DOCTRINA

Um convite aos corruptos: A abrangência da sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos

Felipe Deiab

83

PONTO DE VISTA

O Chefe de Estado e a Moral

Amadeu Garrido de Paula

Mauro Menezes



ARQUIVO PESSOAL

MP nº 873/2019 e a alteração da CLT

O especialista e advogado Mauro Menezes, representante de diversos sindicatos e sócio do escritório Mauro Menezes & Advogados avalia que a determinação do Governo Federal que proíbe qualquer desconto de contribuição sindical na folha de pagamento é inconstitucional. A decisão que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é resultado da Medida Provisória (MP) nº 873 publicada no Diário Oficial da União, no dia 1º de março. A norma também define que caso o empregado manifeste o interesse pelo recolhimento da contribuição, o pagamento será feito via boleto bancário ou por outro meio eletrônico que será entregue a ele na empresa ou em sua residência. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *Em sua opinião a MP nº 873 afronta à liberdade e autonomia sindicais garantidas pela Constituição Federal?*

MAURO MENEZES – A MP 873/2019 impõe formalismo excessivo, nitidamente obstativo da efetividade do recebimento de recursos financeiros pelo sindicato, caracterizando abuso de índole antissindical e inconstitucional. O objetivo manifesto de tais exigências consiste no indistigável afã de asfixiar as já combatidas finanças das entidades sindicais, hoje destituídas do recebimento incondicionado da contribuição sindical, outrora obrigatória para todos os integrantes da categoria.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o seu ponto de vista com relação a arrecadação de contribuições às entidades sindicais?*

MAURO MENEZES – Nos termos da Medida Provisória, tais verbas são essenciais ao custeio das atividades sindicais fomentadas pela Constituição, e somente poderão ser descontadas em favor dos sindicatos de trabalhadores caso precedidas de autorizações prévias, voluntárias, individuais e expressas, vedada a cobrança remanescente após franquia do direito individual de oposição.

CONCEITO JURÍDICO – *A MP nº 873 é ou não um retrocesso com relação às contribuições espontâneas ou facultativas dos empregados?*

MAURO MENEZES – A MP vai além, ao promover alteração no *caput* do art. 545 da CLT e revogação do parágrafo único do mesmo artigo, evidenciando um retrocesso brutal, em comparação à redação anterior, segundo a qual havia, em relação às contribuições espontâneas ou facultativas dos empregados, uma correspondente obrigação dos empregadores de as descontarem na folha de pagamento mensal, uma vez notificados pelo sindicato de trabalhadores. E mais, o empregador tinha o dever de transferir tais recursos à entidade destinatária das contribuições, num dado prazo, sob pena de juros de mora, multa e cominações penais decorrentes de apropriação indébita. Tudo isso desaparece.

CONCEITO JURÍDICO – *E sobre o direito adquirido?*

MAURO MENEZES – Além dos danos à liberdade e à autonomia sindicais perpetrados pela Medida Provisória, ainda cabe apontar o imperativo de conservação do direito adquirido ao desconto em folha de contribuições de todos aqueles empregados cujas autorizações já tenham sido objeto de notificação às empresas por parte dos sindicatos.

CONCEITO JURÍDICO – *E com relação a alteração do artigo 582 da CLT?*

MAURO MENEZES – Salta aos olhos a abusiva alteração do artigo 582 da CLT, para estabelecer que a cobrança das mensalidades e das contribuições sindicais devidas pelos trabalhadores que autorizaram o recolhimento deverá ser veiculada por intermédio de boleto bancário impresso ou eletrônico, a ser encaminhado, preferencialmente, para a residência do empregado. Trata-se de norma claramente antagônica ao texto constitucional, pois em vez de favorecer o engajamento dos trabalhadores na atividade sindical, na verdade os afasta, criando barreiras à defesa dos seus direitos e interesses e desequilibrando as relações coletivas de trabalho no país.

CONCEITO JURÍDICO – *O que o Sr. tem a dizer sobre o conceito de liberdade sindical. Na sua visão pode ou não ser reduzido à mera faculdade de o trabalhador filiar-se ou não a uma entidade sindical?*

MAURO MENEZES – É indispensável que estejam disponíveis aos trabalhadores e a seus sindicatos os meios necessários ao efetivo exercício da atividade sindical, sobretudo aquela voltada às reivindicações coletivas. E nada disso é possível quando são suprimidas as condições mínimas de organização política, administrativa e financeira das entidades. O custeio das entidades sindicais, por conseguinte, é elemento necessário à atuação sindical concreta e sem que haja acesso viável a recursos financeiros livremente pagos pelos integrantes da categoria, não haverá nem sombra de liberdade sindical e a nossa Constituição estará violentada no princípio que inspira o *caput* e todo o texto do seu art. 8º. 

2022, Design Fiction

■ POR MÁRCIO G. P. GARCIA



“Não custa sonhar com os limites do possível.”

Estamos em plena comemoração do bicentenário da Independência. Em meios aos festejos pátrios, as pesquisas eleitorais mostram o candidato oficial com larga dianteira. Boa parte desse sucesso pode ser creditado ao crescimento surpreendentemente pujante da economia brasileira desde 2020, que afinal vem reduzindo o desemprego e a desigualdade.

Após um início bastante preocupante, o governo conseguiu se organizar e encontrou bom rumo. Aos poucos, foi deixando de lado sua retrógrada agenda de costumes e uma política externa ideológica e desvinculada de resultados, concentrando-se no que de fato importa. A duras penas logrou aprovar uma reforma da Previdência com razoável impacto fiscal. Isso turbinou seu capital político para aprovação de sua agenda anticorrupção e anticrime organizado. Tais resultados positivos granjearam popularidade adicional, permitindo a continuidade da agenda econômica modernizadora.

O prolongamento da mais longa expansão econômica dos EUA, evitando riscos de uma escalada na guerra comercial com a China, cenário que chegou a criar grande preocupação, permitiu que nossas contas externas permanecessem saudáveis mesmo com a substancial redução das barreiras comerciais em curso. A abertura comercial permitiu que a tão esperada recuperação do investimento tivesse impacto amplificado sobre a produtividade e o crescimento do PIB. Mesmo a indústria nacional, de início contrariada com a perda da proteção artificial, vem obtendo resultados crescentemente positivos,

concentrando-se em nichos nos quais têm de fato vantagens comparativas e pode se integrar nas cadeias internacionais de valor.

O círculo virtuoso vem sendo também estimulado pelos efeitos da reforma tributária que facilitou a vida das empresas e arrefeceu a guerra fiscal entre os estados. A maioria dos estados tem aproveitado o ganho de arrecadação tributária para melhorar as desastrosas situações fiscais com que os atuais governadores se depararam no início de 2019. Com as novas regras da Previdência e a reestruturação das carreiras públicas, os estados estão recobrando condições de investir, o que vem melhorando a avaliação dos atuais governadores.

No plano federal, a reforma tributária, aliada ao aumento das receitas fiscais por conta do crescimento econômico, também trouxe notável alívio. A razão dívida/PIB, cujo crescimento espantoso colocava em risco a solvência do Estado brasileiro em 2019, já parece mostrar tendência de declínio, ainda que a partir de patamar bastante elevado, se comparado com os demais mercados emergentes. As privatizações permitiram não só alívio fiscal momentâneo, mas têm também repercutido muito favoravelmente no aumento da produtividade.

A reestruturação das carreiras públicas, em nível federal, tem enfrentado muitas dificuldades, advindas sobretudo das categorias mais organizadas e privilegiadas de servidores. Mas há razões para se acreditar que as distorções salariais do setor público federal estão sendo afinal atenuadas. São também alvissareiras iniciativas de aferição de desempenho dos agentes públicos, em prol de melhores serviços para os cidadãos.

Infelizmente, os progressos na educação e saúde, áreas tão fundamentais, continuam aquém do desejável. Na educação, em especial, a falta de foco nos meses iniciais do governo, nos quais o MEC se envolveu em inúteis polêmicas envolvendo doutrinação ideológica em todos os níveis de ensino, prejudicou bastante o desempenho. Vale ressaltar, contudo, uma mudança bastante relevante, não só para o financiamento das universidades públicas, mas sobretudo para a diminuição da desigualdade, que é a introdução do princípio de ensino universitário gratuito apenas para quem não tem condições de pagar.

Tendo herdado inflação sob controle, a nova diretoria do Banco Central manteve a inflação na meta. As críticas usuais sobrevieram quando foi preciso elevar os juros, mas o sistema de metas para a inflação parece bem sedimentado, sobretudo depois da aprovação da autonomia do BC. Já no barateamento do crédito, um dos pilares da agenda BC+, também vêm sendo obtidos resultados cada vez mais convincentes, embora ainda haja muito a progredir.

A entrada de novas empresas com tecnologias que ameaçam os atores que pareciam confortavelmente instalados, aliada aos avanços institucionais que aumentaram a transparência do mercado de crédito, tem se revelado importante para transformar o Brasil num país “normal” também na área do crédito bancário. Nota especial para a significativa expansão do mercado de capitais, com grande entrada de novas empresas na bolsa de valores.

Quem diria, no início de 2019, que o Brasil chegaria em condições tão favoráveis a 2022? 



MÁRCIO G. P. GARCIA é Ph.D. por Stanford, Professor Titular do Departamento de Economia da PUC-Rio, Cátedra Vinci.

A polêmica sobre a investigação defensiva

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“O Provimento 188/18 CFOAB constitui mais uma aberração a exemplo da Resolução 182/17 CNMP, mas as chances de sua corroboração pelo STF são, infelizmente, enormes, tendo exatamente como precedente a ousadia ministerial que resultou numa chancela da Suprema Corte Brasileira à violação da legalidade e da constitucionalidade.”



DIVULGAÇÃO

Com a edição do Provimento 188/18 do Conselho Federal da OAB, versando sobre a chamada “Investigação Defensiva”, foi acesa uma polêmica na doutrina acerca da validade das normativas ali insculpidas, bem como a respeito da possibilidade ou não do exercício de uma atividade investigatória por parte do advogado.

Uma das primeiras manifestações foi a dos autores Henrique Hoffmann e Eduardo Fontes, apontando inviabilidades sob o aspecto formal e material quanto à chamada “Investigação Defensiva” no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos de acordo com a sua atual conformação sob os aspectos constitucional e ordinário.¹

No seguimento, embora sem mencionarem o trabalho acima, mas abordando pontos claramente ali presentes, escreveram sobre o tema Aury Lopes Júnior, Alexandre Morais da Rosa e Gabriel Bulhões. Defenderam a tese diametralmente oposta, ou seja, a validade formal e material da “Investigação Defensiva”, conforme disposta no Provimento 188/18, bem como de acordo com o que já permitiria a ordem constitucional e ordinária vigentes.²

Finalmente, vem à baila novo trabalho de Henrique Hoffman, desta feita em conjunto com André Nicolitt, destacando um aspecto em especial das argumentações de Lopes Júnior, Rosa e Bulhões, qual seja, a questão da negação da imparcialidade da investigação criminal conduzida pela Polícia Judiciária e presidida pelo Delegado de Polícia.³

Neste trabalho o intento é examinar o confronto dessas teses, demonstrando alguns equívocos nascidos do desconhecimento generalizado no mundo jurídico acerca da natureza e dos procedimentos de uma investigação criminal, assim como da falta de instrumentos do pensamento que não se limitem ao estrito âmbito jurídico – normativo e poético. Nesse passo, aconselha-se o leitor a consultar anteriormente os textos acima referidos para uma melhor compreensão do desenvolvimento deste breve artigo. Serão ainda analisadas algumas lacunas e impropriedades da pretensa regulamentação da chamada “Investigação Defensiva” no Brasil.

OS “JURISTAS” QUE SABEM “O QUE” E “COMO” FAZEM, MAS NÃO SABEM BEM E NEM SE INTERESSAM SOBRE “POR QUE” O FAZEM

Há algum tempo escrevi, despretensiosamente, um pequeno texto intitulado “O Burro Metido a Besta”, acerca de um acontecimento alardeado com certo injustificado entusiasmo na onda cientificista que domina alguns setores intelectuais.

Considerando ser bastante oportuno nessa discussão, ao menos de acordo com minha visão do “status quo”, tomo a liberdade de transcrevê-lo:

Depois de uma palestra um cientista afamado (Peter Atkins - Lincoln College University of Oxford – Inglaterra) é interpelado por uma modesta senhora que lhe diz que toda sua exposição é meramente e sempre descritiva, trata somente do “como” das coisas, não adentrando jamais na questão dos fins das coisas, do porquê. Então o técnico limitado que se julga um sábio afirma que indagar o porquê das coisas é apenas tolice sem sentido. E muitos alardeiam essa história como se fosse uma maravilhosa tirada, um “insight” brilhante. Digo o que é: estupidez em seu mais puro estado, além de irresponsabilidade, leviandade e arrogância

burra. Jamais indagar por que pode ser sem sentido simplesmente porque é exata e unicamente nessa pergunta que se pode encontrar a busca de sentido que marca o humano do homem. O resto é degradação. É recusa de humanidade e animalização. Quando buscar sentido não tiver sentido a única atitude coerente para o ser humano será o suicídio. Aliás, como morto não fala, se nosso “sábio” fosse um pouco mais coerente com suas ideias escassas e confusas, quanta besteira nos seria poupada! Quanto perigo político seria evitado com sua alusão acatada como sapiência sob as vestes do cientificismo materialista, pois que na seara política uma afirmação como essa feita por um indivíduo endeusado num mundo que não percebe que o especialista grita de dentro de um buraquinho do saber onde se enfiou, pode levar toda uma geração a achar que perguntar por que é coisa de tolo. Mas, é aí que se tornam tolos, marionetes em mãos alheias. Até uma criança sabe que perguntar por que é importante. Elas fazem isso constantemente e só assim é que crescem, só assim é que aprendem e sobrevivem. Quando um mentecapto como este se arvora em sábio e, do fundo do buraco de sua ciência compartimentada, se propõe arrogantemente e do alto de sua ignorância a dispor regras como a de que perguntar por que é tolice, ao invés de confessar naturalmente a limitação de seu campo de estudo que realmente não tem alcance e nem tem por objeto o porquê das coisas, mas somente o “como”. Especialmente num mundo que supervaloriza figuras como essas, pode ser um instrumento de proliferação de imbecilidade, de fatalismo, de inação. E quando tudo isso acontecer, idiotas como ele nem saberão por que aconteceu. Afinal, indagar isso não passa de tolice, não é mesmo?⁴

A lembrança desse velho texto é relevante, tendo em vista que esse pretendo abandono por inutilidade da busca de sentido afeta não somente as pessoas que labutam nas chamadas “ciências duras ou da natureza”, mas também nas ciências sociais, sociais aplicadas e normativas.

No Direito, o que tenho testemunhado, seja no exercício da função de Delegado de Polícia, seja na de Professor Universitário em 3 décadas, é uma decadência cultural que se iniciou pela formação daquilo que correntemente se usa para designar os profissionais dessa área, os tais “Operadores do Direito”, similares a “operadores de máquinas”, “operários” ou uma espécie de “proletariado jurídico”. Rábulas que buscam e recebem informações sobre o que e como fazer, mas muito pouco ou nada sobre as razões de sua atuação. Com o tempo, esses rábulas, esses meros “Operadores do Direito”, vão ocupando espaços e se tornando inclusive “mestres”, de maneira que o que outrora se chamava de “juristas” são em grande parte (há, obviamente exceções), espécies de “Mestres – Escola”, descritores do que fazer e do como fazer, sem maiores preocupações ou ambições intelectuais.

Isso não significa que as pessoas envolvidas nesse processo não sejam dotadas de capacidade para transpor essa limitação. Não significa que sejam incapazes ou tenham passado por um processo de emburrecimento. Significa apenas que o quadro geral em que estão mergulhadas lhes confere satisfação e conforto ao ponto de sequer notarem o embotamento intelectual de que são vítimas. Ademais, certas limitações acabam se impondo a indivíduos de mediana ou mesmo de alta capacidade intelectual por uma espécie de contaminação e aquisição de cacoetes mentais.

Algo extremamente comum nas análises políticas e também no mundo jurídico é a tremenda confusão entre entes abstratos e agentes reais. É recorrente atribuir certos fenômenos ou acontecimentos ao “Estado”, à “Sociedade”, ao “Governo” etc. Ora, esses são entes abstratos que não são capazes de qualquer ação efetiva. Por trás ou à frente desses entes abstratos há os verdadeiros agentes que precisam ser identificados para uma correta análise dos mais diversos fenômenos. No mundo jurídico, também há os entes abstratos, como o “Judiciário”, a “Polícia”, a “Sociedade”, o “Ministério Público”, a “OAB”. Novamente, nenhum desses entes, embora existentes num plano abstrato, são capazes, por si mesmos, de qualquer ação efetiva. Mas, é bastante recorrente atribuir a tais entes a responsabilidade pelas mais diversas ações e consequências.

No texto de Lopes Júnior, Rosa e Bulhões é possível entrever essa generalização ou abstração que dificulta sobremaneira a correta compreensão daquilo que realmente ocorre.

Isso nada mais é do que o reflexo do grande contraste que se dá na história da filosofia entre o “racionalismo” e o “empirismo”. “O empirista se caracteriza por ser o adepto dos fatos em toda sua crua variedade, enquanto o racionalista pode ser compreendido como um devoto dos princípios eternos e abstratos”.⁵

O racionalismo conduz o sujeito pensante à formulação de tipos ideais, abstrações, pré-concepções, generalizações e à busca ou crença em soluções totais. Ocorre que o racionalista acredita no poder praticamente ilimitado da razão humana e pensa em termos totais, o que é uma experiência impossível para qualquer ser humano, a não ser que seja proposta num plano abstrato, imaterial.

Por meios racionalistas é que se chega a conclusões como a de que a Polícia Judiciária é parcial, atua em prol exclusivo da acusação. Por mais que se pretenda dar ares de praticidade a essa conclusão, a verdade é que se está trabalhando com a racionalização de um ente abstrato, a “Polícia Judiciária”, que jamais pode ser sujeito de qualquer ação que se lhe pretenda imputar. O mesmo se refere à OAB, ao Ministério Público, ao Judiciário, ao Estado, à Sociedade etc. Os verdadeiros agentes são os policiais civis e federais, os Delegados de Polícia, os advogados e defensores públicos, os Promotores de Justiça e os magistrados que atuam na “variedade crua dos fatos”, na dimensão real e palpável do Direito em ação.

Constantin Noica, expõe as “seis doenças do espírito contemporâneo”, demonstrando a dificuldade das pessoas em compreender a correlação entre o individual, o geral e a determinação ou sentido.⁶

Quando se tem a devida noção de quais são os verdadeiros agentes, aqueles que praticam atos concretos que conduzem a resultados e consequências na vida real, já se está melhor orientado para partir em busca da determinação ou sentido a ser atribuído a cada um desses atores e seus atos concretos. Esse é o movimento necessário do homem em direção à teleologia, ao sentido, à determinação ou, mais simplesmente, ao porquê das coisas.

Já Aristóteles dava extrema importância a essa teleologia dos seres, afirmando que “aquilo que é próprio de cada coisa lhe é, por natureza, o que há de melhor e de agradável”.⁷

Num sistema acusatório que se pretenda elevado ao máximo de sua perfeição, não se podem confundir as figuras do investigador, do acusador, do defensor e do julgador.

A imparcialidade, como característica mais relevante do julgador, somente lhe é conferida por meio exatamente da parcialidade dos sujeitos processuais antagônicos (acusador e defensor). Como ensina Carnelutti:

“E porque não é imparcial o defensor, não pode e não deve ser imparcial nem o seu adversário. A parcialidade deles é o preço que se deve pagar para obter a imparcialidade do juiz, que é, pois, o milagre do homem, enquanto, conseguindo não ser parte, supera a si mesmo”⁸

Já a Polícia Judiciária, incumbida de investigar, ou seja, partir de uma “*notitia criminis*” nua e crua e chegar à autoria e materialidade, não tem outro meio, não lhe é reservada outra teleologia ou fim natural, que não seja a imparcialidade. Isso decorre da própria natureza da atividade que, como já dito neste texto, é frequentemente uma ilustre desconhecida de muitos denominados “juristas”. Esse desconhecimento é preocupante porque é notável a relevância da investigação preliminar na persecução penal. Aliás, ainda que divergentes, todos os textos em análise neste trabalho chamam, com razão, a atenção para a importância da investigação criminal. A verdade é que, como aponta Bismael Batista Moraes, o estudo do Inquérito Policial ou da Investigação Criminal Preliminar, tem sido relegado a um segundo plano na academia, senão ao puro desprezo, o que manietta o conhecimento, o horizonte informativo de muitos profissionais e estudiosos.⁹

Daí para a afirmação de que acenar com a característica da imparcialidade da investigação seria algo de uma “*inocência angelical*”¹⁰, basta um passo torto no caminho sinuoso de um racionalismo equivocado e poluído por estereótipos e generalizações.

O empirista não abre mão da racionalidade, mas não se entrega ao vício do racionalismo. Ele estuda as questões com base em “juízos de fato” para só então formar “juízos de valor” bem assentados. Nesse diapasão é preciso destacar que quem conhece um mínimo de Investigação Criminal sabe que, ao partir da mera “*notitia criminis*”, o bom investigador se depara com diversas linhas de investigação e não pode escolher uma delas, mas deve trilhar por todas as hipóteses até chegar a uma conclusão faticamente sustentável. O profissional investigador que se apega a uma linha e pretende se atrelar a todo custo a uma espécie de profecia que se autorealiza, não é um bom investigador, é incompetente e não vocacionado. Não pode, portanto, ser racionalizado como “modelo abstrato” estereotipado, sob pena de desvirtuamento da figura real em nome de uma figura “ideal” (no sentido negativo). O mesmo ocorre com as figuras do advogado, do promotor e do magistrado. Devem ser estudados e descritos de acordo com os seus fins, sua teleologia na prática processual penal e não de acordo com racionalizações, preconceitos e estereótipos, os quais, inclusive, não se sustentam na realidade empírica.

A investigação, como visto, é necessariamente imparcial, por isso não se adequa nem ao Ministério Público nem à advocacia, ao menos não com tais instituições, por meio de seus agentes, na condução direta. A figura do Delegado de Polícia e demais agentes da Autoridade Policial, que realmente praticam os atos concretos de investigação, estão atrelados a essa realidade de um horizonte aberto a linhas de investigação e, na prática do dia a dia não são exceções, mas fatos correntes, o

encerramento de Inquéritos Policiais com fundamentação de *não indiciamento*, negativa de lavratura de autos de prisão em flagrante de forma fundamentada pelo Delegado de Polícia, ocasionando, não raramente, revolta de Policiais Militares que não compreendem as razões fático – jurídicas da deliberação da Autoridade Policial. Portanto, realmente, erro grave, está em “negar a imparcialidade da Polícia Judiciária”¹¹, erro este motivado por um horizonte de conhecimento limitadíssimo no que se refere à atividade policial judiciária, bem como a um cacoete racionalista que trabalha com conceitos gerais e não tem a capacidade de perceber e apropriar-se do particular e dos sentidos, determinações ou teleologias que lhe são constituintes.

A MISÉRIA FRANCISCANA DE LEGITIMIDADE DO PROVIMENTO 188/18 CFOAB

É com razão que Hoffman e Fontes apresentam sua indignação com o fato de que a OAB, ao invés de lutar pela correção de uma ilegalidade e inconstitucionalidade que realmente afeta o equilíbrio da dialética processual penal, qual seja, a permissão de investigação direta pelo Ministério Público por meio de uma Resolução 181/17 CNMP, vem a público com outro documento infralegal, desta feita o Provimento 188/18 CFOAB, mimetizando a ilegalidade e inconstitucionalidade que, vergonhosamente, foi chancelada pelo STF em relação ao Ministério Público. Certamente, também esperando a mesma postura equivocada daquela Suprema Corte.¹²

O que resta claro e evidente é que não somente as instituições no Brasil sofrem uma crise ética e identitária, como as próprias instituições entre si já não se confiam mutuamente. O Ministério Público, por meio de seus agentes, simplesmente passou a investigar diretamente e criou uma Resolução, apostando na pusilanidade do STF em simplesmente anular seus atos. E acertou. A OAB, não sem motivos, parece que desacreditou e desanimou na luta pela paridade de armas por meios legais. Escolheu o caminho de um Provimento à guisa de lei, na esperança de obter o mesmo tipo de decisão subserviente do desacreditado STF. Esse é um quadro triste e estarrecedor, porque todos os que deveriam ser os defensores da legalidade e, principalmente, da constitucionalidade, são os seus primeiros algozes.

Por mais que se pretenda argumentar, não é viável, é uma aberração a normatização da persecução penal na fase investigatória por meio de outra coisa que não seja Lei Federal. Jamais uma Resolução, um Provimento ou qualquer diploma infralegal, pode ser utilizado como sustentação da legalidade dessa espécie de procedimento.

No caso do Provimento 188/18 CFOAB, ainda há o problema de que o diploma é absolutamente vazio de conteúdo, aberto às mais variadas interpretações, violando não somente a necessidade de lei em sentido estrito, mas também aquilo a que se tem denominado de “tipicidade processual”¹³. Não há segurança alguma, seja para o advogado, seja para qualquer pessoa envolvida numa investigação particular desenvolvida nos termos do lacunoso Provimento.

O intento de apontar todas as lacunas do Provimento 188/18 CFOAB seria uma verdadeira “missão impossível” nos estreitos limites desse texto que se pretende ser um simples artigo jurídico e não um tratado volumoso.

Apenas indicando, exemplificativamente, e sem qualquer pretensão de exaurimento, alguns problemas que podem surgir devido a essa investigação defensiva instituída por via errônea, ficam algumas indagações:

O Advogado ou mesmo o Defensor Público não são “Autoridades” constituídas e, portanto, não se adequam como sujeitos ativos dos crimes de Abuso de Autoridade previstos na Lei 4898/65. Como ficarão seus eventuais abusos na direção da investigação defensiva?

A Polícia Judiciária está sujeita ao Controle Externo do Ministério Público, ao Controle Interno das Corregedorias e ainda ao Controle Externo da Corregedoria de Polícia Judiciária do Poder Judiciário. Quem exercerá qualquer espécie de controle da atividade investigatória defensiva?

A condução coercitiva de réus ou investigados não é mais permitida de acordo com entendimento do STF. Mas, continua permitida a condução coercitiva de vítimas e testemunhas recalcitrantes. O Advogado poderá contratar pessoas que conduzirão à força vítimas e testemunhas ao seu escritório ou qualquer local para fins de investigação defensiva? As pessoas estarão obrigadas a depor ou prestar declarações aos advogados? Não seria a conduta dessa eventual condução, na verdade, um abuso absoluto, sem base em lei alguma, constituindo verdadeiro sequestro (inteligência do artigo 148, CP), afora outros ilícitos porventura ocorrentes, tais como lesões corporais, vias de fato etc.?

Como ficaria a tipificação de eventuais crimes contra a administração da justiça em casos de condutas perpetradas diante do advogado, não sendo ele autoridade estatal? Casos, por exemplo, de eventual “Denúncia Caluniosa” (art. 339, CP), “Falso Testemunho ou falsa perícia” (arts. 342, CP), entre outros?

Eis apenas alguns problemas ocasionados pela impulsividade que tem marcado nossas instituições e que, cada vez mais, parece incentivada pelo crivo irresponsável da nossa Suprema Corte que, frequentemente, ignora a divisão de poderes, a legalidade e até mesmo as normas e princípios constitucionais que deveria, supostamente, resguardar, tudo em nome de um ativismo exacerbado que se pretende justificador de qualquer abuso.

CONCLUSÃO

Foi analisado o debate acerca da instituição da chamada “Investigação Defensiva”, mediante o Provimento 188/18 CFOAB.

Constatou-se a falta de conhecimento mínimo acerca da natureza da atividade investigatória por boa parte da nossa academia, bem como a formação deficitária de bacharéis e acadêmicos que acabam se tornando técnicos ou, na linguagem corrente, “Operadores do Direito”, sem capacidade de raciocínios mais profundos e sofisticados.

O Provimento 188/18 CFOAB constitui mais uma aberração a exemplo da Resolução 182/17 CNMP, mas as chances de sua corroboração pelo STF são, infelizmente, enormes, tendo exatamente como precedente a ousadia ministerial que resultou numa chancela da Suprema Corte Brasileira à violação da legalidade e da constitucionalidade. 

NOTAS

- 1 HOFFMANN, Henrique, FONTES, Eduardo. *Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 04.02.2019.
- 2 LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da, BULHÕES, Gabriel. *Investigação defensiva: poder – dever da advocacia e direito da cidadania*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 04.02.2019.
- 3 HOFFMANN, Henrique, NICOLITT, André. *Negar imparcialidade da Polícia Judiciária é erro grave*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 04.02.2019.
- 4 Como esclarecido, trata-se de um texto despretensioso e que não teve publicação oficial na época, mas apenas divulgação na minha página do face book.
- 5 RAZZO, Francisco. *A Imaginação Totalitária*. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 179.
- 6 NOICA, Constantin. *As seis doenças do espírito contemporâneo*. Trad. Fernando Klabin e Elena Sburlea. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2011, “passim”.
- 7 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 231.
- 8 CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. José AntonioCardinalli. Rio de Janeiro: Conan, 1995, p. 39.
- 9 MORAES, Bismael Batista. O Inquérito Policial é o Vilão no Direito Brasileiro? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 28, out./dez., 1999, p. 257 – 258.
- 10 LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da, BULHÕES, Gabriel, Op. cit.,
- 11 HOFFMANN, Henrique, NICOLITTI, André, Op. cit..
- 12 HOFFMANN, Henrique, FONTES, Eduardo, Op. cit.
- 13 DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 67, jul./ago., 2007, p. 218.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. José AntonioCardinalli. Rio de Janeiro: Conan, 1995.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 67, jul./ago., p. 212 – 232, 2007.
- HOFFMANN, Henrique, FONTES, Eduardo. *Advogado não pode fazer investigação criminal defensiva*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 04.02.2019.
- HOFFMANN, Henrique, NICOLITT, André. *Negar imparcialidade da Polícia Judiciária é erro grave*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 04.02.2019.
- LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da, BULHÕES, Gabriel. *Investigação defensiva: poder – dever da advocacia e direito da cidadania*. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 04.02.2019.
- MORAES, Bismael Batista. O Inquérito Policial é o Vilão no Direito Brasileiro? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 28, out./dez., p. 255 – 264, 1999.
- NOICA, Constantin. *As seis doenças do espírito contemporâneo*. Trad. Fernando Klabin e Elena Sburlea. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2011.
- RAZZO, Francisco. *A Imaginação Totalitária*. Rio de Janeiro: Record, 2016.



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.



O Superior Tribunal de Justiça e a conflitância da decisão que resolveu o Conflito de Competência 149.018

■ POR JORGE CESAR DE ASSIS

“A decisão em comento é, no mínimo inusitada já que a parte dispositiva da referida decisão do conflito de competência contraria as razões invocadas na sua própria fundamentação: contraria os dispositivos constitucionais da competência da Justiça Militar Estadual e da Justiça Federal, os precedentes citados do próprio STJ, além de contrariar precedente do próprio Supremo Tribunal Federal.”

Causou surpresa para a comunidade jurídica que orbita em torno do Direito Militar a decisão tomada, de forma monocrática, pelo Ministro Benedito Gonçalves do STJ, no Conflito de competência nº 149.018/BA ((2016/0257037-6), publicada em 26.02.2019, e que teve a seguinte ementa:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL MILITAR E JUSTIÇA FEDERAL. ATO DISCIPLINAR MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL. PRECEDENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR, O SUSCITANTE.”

A surpresa – e eu diria até o espanto – se dá pelo fato de que, na origem tratou-se de ato punitivo disciplinar aplicado contra um sargento da Marinha Brasileira pelo seu Comandante, já que inexistem dúvidas que a Marinha é uma das Forças Armadas (CF, art. 142) e, portanto, uma instituição militar de natureza federal ao passo que a Justiça Militar Estadual, tem como seus jurisdicionados os integrantes e as autoridades de polícias e corpos de bombeiros militares (CF, art. 125, §§ 3º a 5º), também instituições militares, mas situadas que estão na esfera estadual.

Um rápido passeio pelos fatos originários servirá para demonstrar, com a devida e máxima vênua, a impropriedade da decisão referida já que ela, poderá servir de precedente (espera-se que isso não ocorra) para novas decisões no mesmo sentido.

DOS FATOS

Em julho de 2015, um sargento da Marinha Brasileira, impetrou na Justiça Federal da Bahia, distribuído que foi para a 2ª Vara Federal (Especializada Criminal), um pedido de habeas corpus em face de transgressão disciplinar militar (Processo nº 23.143-22.2015.4.01.3300), onde alegou ter sido submetido a um procedimento administrativo disciplinar (PAD), o qual seria viciado em face da inobservância de princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Como havia sido sancionado com uma pena de 3 dias de prisão disciplinar rigorosa, solicitara a expedição de liminar suspendendo aquele ato disciplinar militar.

De forma surpreendente, o MM Juiz Federal Substituto deixou de apreciar o pedido, por entender que a competência dos juízes federais estaria restrita a “processar e julgar os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência da Justiça Militar, nos termos do art. 109, IV, da CF”. E, seguindo esse entendimento, declinou da competência para analisar o pedido de habeas corpus em favor da Justiça Militar Estadual baiana.

A toda evidência, e com todo o respeito, a decisão do magistrado federal de primeiro grau foi equivocada, a competência dos juízes federais não se limita ao inciso IV do art. 109 da Carta Magna. Não existe dúvida que a competência para analisar ações advindas de atos disciplinares das Forças Armadas é da Justiça Federal, ante o mandamento do inciso I do art. 109, verbis: “I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

E, no caso específico de habeas corpus, o inciso que ampara é o VII do art. 109, ou seja, processar e julgar: VII - os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição, trocado em miúdos, da autoridade militar da Marinha Brasileira.

Conquanto o art. 125, em seus §§ 4º e 5º definam a competência da Justiça Militar Estadual e, em específico a do juiz de direito para processar e julgar monocraticamente as ações judiciais contra atos disciplinares militares, com toda certeza tais atos dizem respeito às instituições militares estaduais, e nunca às Forças Armadas como entendeu o juiz federal.

Aliás, para demonstrar o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (que abrange o Estado da Bahia), nascedouro do imbróglio, acerca da

competência da Justiça Federal para processar e julgar questões disciplinares das Forças Armadas, suficiente referir os seguintes precedentes: 1ª Turma, Processo 0017204-62.2009.4.01.3400 (apelação cível 2009.34.00.017294-9/DF, relator Juiz Convocado Ciro José de Andrade Arapiraca, julgado em 08.08.2018, unânime; 3ª Turma, Processo na Origem: 47581120114013900 (recurso necessário em HC), relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, julgado em 19.03.2012, unânime; 4ª Turma, Recurso em sentido estrito 0008030-02.2009.4.01.3700 (2009.37.00.008581-9)/MA, relator Juiz Federal Convocado Marcus Vinicius Reis Bastos, julgado em 1º.08.2011, unânime.

Desta forma, aportando os autos do pedido de habeas corpus no Juízo da Auditoria da Justiça Militar baiana, o MM Juiz de Direito do Juízo Militar, de forma correta e inquestionável, citando inclusive robusto precedente da Corte Maior no sentido da competência da Justiça Federal para processar e julgar questões de ordem disciplinar das Forças Armadas (STF, RHC 88.543/SP) suscitou o conflito negativo de competência, no intuito de que o Superior Tribunal de Justiça resolvesse a *quaestio*.

DO PROCESSO NO STJ

Autuado no Superior Tribunal de Justiça sob número 149.018 - BA (2016/0257037-6), o Conflito de Competência foi distribuído ao i. Ministro Benedito Gonçalves, o qual, como primeira medida, em setembro de 2016, verificou que naquele caso concreto, havia pedido de liminar pendente de apreciação.

Em assim sendo, nos termos do art. 955, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, é facultado ao relator, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, designar um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (art. 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes).

Foi o que fez o Ministro Relator do CC 149.018, em 26 de setembro de 2016, designando o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado da Bahia (Juízo suscitado) para resolver, em caráter provisório, acerca de eventuais medidas urgentes.

Uma consulta ao andamento do processo no e. STJ permitiu verificar que desta decisão do Relator acerca do pedido liminar pendente de apreciação, foram expedidos dois telegramas judiciais, o primeiro ao juiz de direito da Auditoria Militar do Estado da Bahia (e-STJ-fls.187) e o segundo ao juiz federal da 2ª Vara Criminal da S.J. do Estado da Bahia (e-STJ-fls.189). Instala-se aqui uma dúvida: apesar de ter sido expedido o telegrama judicial designando o juiz federal para decidir sobre a liminar pendente de apreciação, uma consulta ao processo originário de nº 0023143-22.2015.4.01.3300 demonstra de forma cristalina que o pedido pendente de liminar não foi apreciado pelo juiz designado. A última movimentação do processo, datada de 10.08.2015 foi, exatamente a baixa dos autos pela remessa para outro juízo por alegada incompetência. Também na movimentação processual do STJ não consta qualquer informação ao Relator que o juiz designado não se manifestara, nem cumprira a designação, muito menos alguma determinação do Relator para que assim o fizesse.

Justiça atrasada não é Justiça, disse-o, há muito tempo, o incomparável Rui Barbosa, na célebre Oração enviada aos Moços da Faculdade de Direito do Largo

de São Francisco. Se na vida militar – e no Regulamento Disciplinar da Marinha, não há previsão de efeito suspensivo da punição aplicada e, se a Justiça sequer se manifestou sobre o pedido de liminar feito pelo paciente no habeas corpus originário, a conclusão que se chega é que o militar da Marinha foi preso, a medida pleiteada não foi sequer apreciada, e uma possível injustiça não pode ser evitada.

Para além do mérito do HC originário – que não é o objeto desta análise, causou muito mais surpresa o parecer do Fiscal da Lei, emitido em 23 de maio de 2017 (e-STJ- fls. 201-204), no qual o Subprocurador-Geral da República, encampando os argumentos equivocados do juiz federal suscitado no conflito de competência, entendeu ser da Justiça Militar Estadual a competência para processar e julgar ações envolvendo questões disciplinares da Marinha do Brasil, contra todos os dispositivos constitucionais vigentes que norteiam a temática.

E foi desta forma, que em 26.02.2019 decidiu monocraticamente o ilustre Relator do CC 149.018 no Superior Tribunal de Justiça.

Ad argumentandum tantum, mas não apenas para simplesmente argumentar, mas também mostrar a impropriedade da decisão final do conflito de competência, tanto nas alegações do juiz federal suscitante do conflito, como no parecer do Ministério Público Federal como na decisão do Ministro Relator, foram citadas as seguintes decisões do STJ como aptas a embasar o entendimento (equivocado) que foi adotado:

No CC 122.413/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 11/06/2014, DJe 17/06/2014, o conflito negativo era entre o Juízo da 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais e o Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual e de Autarquias de Belo Horizonte, a questão era para solucionar conflito envolvendo questões de ordem disciplinar do Corregedor da PMMG, a questão foi bem resolvida pela 1ª Seção do STJ em favor da Justiça Militar Estadual, mas frise-se, os dois juízos envolvidos eram do Estado de Minas Gerais e o ato disciplinar era oriundo da Polícia Militar, não das Forças Armadas;

No RMS 46.293/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Ogg Fernandes, julgado em 17.03.2015, unânime, o paciente interpusera mandado de segurança contra ato imputado ilegal, atribuído ao Governador do Estado de Minas Gerais, consubstanciado em sua demissão dos quadros da Polícia Militar, após o trâmite de procedimento administrativo disciplinar e, novamente a questão foi bem resolvida pela 2ª Turma do STJ, pois, cingia-se a controvérsia em determinar qual é o Juízo competente para análise e julgamento da ação mandamental com vistas ao afastamento da pena de exclusão da Polícia Militar, e, considerando que a competência da Justiça Militar para decidir a respeito da perda do posto e da patente de militar está delimitada à apuração de crimes e/ou atos disciplinares militares, nos termos do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, em se tratando de ação que objetiva a anulação de ato (administrativo disciplinar) praticado pela Administração Militar de Estado, a competência é da Justiça Castrense, e não da Comum Estadual. Uma vez mais, anotamos, o paciente era militar estadual, e, desta forma, jurisdicionado da Justiça Militar Estadual, sem nenhuma relação com as Forças Armadas;

O mesmo se diga do CC 122.413, 1ª Seção, Relator o Ministro Sérgio Kukina, julgado em 11.06.2014, unânime, onde se decidiu conflito negativo de competência entre o Juízo da 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, e o Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e de Autarquias de Belo Horizonte

novamente a questão foi bem resolvida pela 1ª Seção do STJ, ficando assentado que a ausência de resposta a requerimento administrativo formulado pela parte implicada, no curso de processo disciplinar militar, equivale a ato administrativo militar típico, de cunho omissivo. Logo, cabe à Justiça Militar Estadual processar e julgar as ações que questionam a validade de atos administrativos processuais, comissivos ou omissivos, ocorridos durante processo administrativo disciplinar militar. Como nos outros precedentes, o paciente era militar estadual e não militar das Forças Armadas, sendo indiscutível a competência da Justiça Militar.

CONCLUSÃO

A primeira conclusão a que se pode chegar, é a de que, a interposição de um habeas corpus com pedido de liminar ante a iminência do paciente ser preso por transgressão (contravenção) militar levou cerca de 4 (quatro anos) para ser decidido ante a suscitação de um conflito negativo de competência. Claro, não tendo ocorrido suspensão liminar, o paciente foi preso, e cumpriu a punição disciplinar sobre a qual pedira manifestação da Justiça (CF, art. 5º, XXXV).

A derradeira conclusão é a de que o tribunal encarregado de processar e julgar os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos (CF, art. 105, I, d), o fez de forma equivocada. No CC 149.018, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu de forma conflitante, deferindo a competência para o juízo que não tem jurisdição para processar e julgar a causa, melhor dizendo, conquanto o art. 125, em seus §§ 4º e 5º definam a competência da Justiça Militar Estadual e, em específico a do juiz de direito para processar e julgar monocraticamente as ações judiciais contra atos disciplinares militares, com toda certeza tais atos dizem respeito às instituições militares estaduais, e nunca às Forças Armadas como no caso concreto.

A decisão em comento é, no mínimo inusitada já que a parte dispositiva da referida decisão do conflito de competência contraria as razões invocadas na sua própria fundamentação: contraria os dispositivos constitucionais da competência da Justiça Militar Estadual e da Justiça Federal, os precedentes citados do próprio STJ, além de contrariar precedente do próprio Supremo Tribunal Federal. Os precedentes do STJ demonstram sim a competência da Justiça Militar Estadual para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares, mas em relação aos militares estaduais, que no CC 149.018 foram interpretados de modo equivocado; já o precedente do STF demonstra extreme de dúvida que a competência para processar e julgar questões disciplinares das Forças Armadas é da Justiça Federal.

Enfim, com certeza será muito difícil para o Juízo da Auditoria da Justiça Militar do Estado da Bahia decidir qualquer questão disciplinar da Marinha Brasileira, que não se encontra sob a jurisdição militar daquele Estado. 



ARQUIVO PESSOAL

JORGE CESAR DE ASSIS é Advogado inscrito na OAB-PR sendo membro da Comissão de Direito Militar. Membro aposentado do Ministério Público Militar da União onde atuou de 1999 até 2016. Integrou o Ministério Público paranaense entre 1995-1999. Oficial da reserva não remunerada da Polícia Militar do Paraná, no posto de Capitão. Secretário Geral da Associação Internacional de Justiças Militares. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Autor de várias obras sobre direito militar, palestrante e articulista assíduo.

A lei anticrime e a violação às prerrogativas da advocacia e direitos dos cidadãos

■ POR FERNANDO BORGES VIEIRA

“É preciso ter um olhar crítico sobre o projeto da Lei Anticrime, não se permitindo a violação de direitos e prerrogativas em nome de uma vontade política qualquer.”

Em 19 de fevereiro passado o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, protocolizou junto ao Congresso Nacional o denominado “Projeto de Lei Anticrime”, por meio do qual pretende a reforma de 14 ordenamentos jurídicos, dentre os quais o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos e o Código Eleitoral, dentre outros.

Poder-se-ia tecer muitas críticas ao projeto – uma adaptação açodada das “10 Medidas Contra a Corrupção” defendidas pelo Ministério Público Federal –, não apenas e tão somente por olvidar a necessidade de um estudo criminológico antecedente ou até mesmo a própria dogmática penal, mas, sobretudo, por violar preceitos fundamentais.

Em um Estado Democrático de Direito, no qual se preserva o respeito pelos direitos humanos e garantias fundamentais, a maior autoridade – dentre todas! – é o cidadão. O projeto em comento altera a Lei nº 11.671/2008, a qual trata do regime jurídico dos presídios federais, acabando por ferir frontalmente os direitos dos cidadãos e a violar as prerrogativas da advocacia ao estabelecer novo regramento, segundo o qual os advogados terão contato com seus clientes, no parlatório, por meio de monitoramento de áudio e vídeo.

Em que pese a previsão de que as gravações de atendimentos de advogados apenas possam ser gravadas por decisão judicial



fundamentada; quem pode garantir que a conversa não está sendo ouvida e até mesmo gravada de forma clandestina?

Com a devida vênia, para o pleno exercício da ampla defesa em processo penal se faz imprescindível ao defendente reunir-se com seu advogado para que este possa lhe transmitir todas as informações necessárias sobre o caso, de forma a se deduzir a melhor solução jurídica para o seu problema.

Constata-se, com base em tais premissas, que o direito do preso de estar com seu advogado possui contornos de verdadeira garantia. Assim como foi definida pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – em seu art. 8º, 6º inciso, ao situar entre as “garantias judiciais” o direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

Se não o bastante, o inciso III do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) prevê ser direito do advogado comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

Isto posto, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou resolução – publicada no DOU em 08/06/06 – asseverando que o parlatório ou ambiente equivalente onde se der a entrevista, não poderá ser monitorado por meio eletrônico de qualquer natureza.

Importante salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal, conforme voto do Ministro Celso de Mello nos autos da extradição de Cesare Battisti, pronunciou-se ao atender o pedido do advogado Antônio Nabor Areias Bulhões:

DESPACHO: Ao apreciar pedido formulado pelo Senhor Advogado do ora extraditando, que invocou a prerrogativa profissional que lhe assegura o art. 7º, III, da Lei nº 8.906/94 (fls. 21), vim a deferir tal postulação, autorizando-o, nos termos do Estatuto da Advocacia, a comunicar-se e a avistar-se, reservadamente, com o seu cliente, Cesare Battisti (...), no local em que custodiado, (...) sem as limitações naturais impostas pela própria estrutura física do locutório da carceragem da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Distrito Federal, de modo a que, sem qualquer barreira ou obstáculo, possam, advogado e cliente, juntos, manusear cópia dos autos do pedido de extradição, a fim que a defesa possa instruir-se a propósito dos fatos atribuídos ao extraditando, ocorridos fora do Território Nacional (...) (fls. 20).

Possível perceber, trata-se de prerrogativa do advogado e de direito do seu cliente manter conversa reservada onde é oportuno compreender a razão pela qual tal condição é tão relevante.

Ao contrário do que muitos chegam a pensar, os encontros entre advogados e clientes em instituições penais ou policiais não se prestam para outro fim se não o de possibilitar que estes possam, sem receio algum, dizer a verdade àquele que patrocinará sua defesa.

Além do que, estes momentos são também para que o cliente possa relatar ao advogado que o assiste, uma eventual ameaça que possa estar sofrendo ou um eventual tratamento inadequado que possa estar sendo dispensado ao mesmo.

Por conseguinte, se a conversa entre o advogado e seu cliente puder ser ouvida, certamente não poderá ser franca como deveria e a ampla defesa estará comprometida diante da possibilidade de que a verdade venha a ser sonegada.

Assim, a permissão de escuta ou interceptação de conversas reservadas entre advogados e clientes não viola apenas as prerrogativas dos advogados, mas o próprio direito do cidadão.

É preciso, pois, ter um olhar crítico sobre o projeto da Lei Anticrime, não se permitindo a violação de direitos e prerrogativas em nome de vontade política qualquer.

Por fim, cabe ao Estado proteger os direitos conferidos aos cidadãos e jamais olvidá-los, lembrando-se que a violação do direito de um cidadão afigura ameaça ao direito de toda sociedade.

A Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seções, bem como muitos outros institutos e associações já se pronunciaram contra esta e tantas outras arbitrariedades, cabendo ao Congresso Nacional aparar as arestas de um projeto de lei equivocado em grande parte de suas proposituras. 



FERNANDO BORGES VIEIRA é Advogado desde 1997, sócio Administrador de Fernando Borges Vieira Sociedade de Advogados e Owner e Legal Coach de Lawyers Coaching/Desenvolvimento de Performance e Competências Jurídicas – Conselheiro Secional da OAB/SP – Especialista em *Compliance* (Insper) – Especialista em *Compliance* Anticorrupção (LEC) – Especialista em Liderança (FGV – GVlaw) – Especialista em Direito Processual Civil (CPPG/FMU) – Certificado em *Compliance* Anticorrupção (LEC) – *Personal, Professional e Leader Coach* pela Sociedade Brasileira de Coaching (SBC) – Professor de Pós-Graduação Direito Processual do Trabalho – Associado Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) – Associado à Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – Associado à Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (ABRAT) – Associado à Associação dos Advogados Trabalhistas do Estado de São Paulo (AATSP) – Associado ao Instituto Brasileiro de *Compliance* (IBC) – Associado ao Instituto de *Compliance* do Brasil (ICB) – Palestrante OAB/SP e Escola Paulista de Advocacia – Autor e coautor de obras e relevantes artigos jurídicos.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados da MP nº 869/2018

■ POR FELIPE PALHARES

No apagar das luzes de seu mandato, aos 45 do segundo tempo, o então Presidente Michel Temer editou a Medida Provisória nº 869/2018, publicada no Diário Oficial em 28/12/2018, criando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e alterando diversos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A medida era ansiosamente esperada pelo mercado por uma razão muito clara: sem uma autoridade de proteção de dados não haveria quem regulamentasse e fiscalizasse o efetivo cumprimento da legislação, reduzindo drasticamente a eficácia da LGPD, já que boa parte de seus dispositivos carece de posterior normatização, a exemplo da definição sobre a obrigatoriedade ou não de todos os controladores nomearem um encarregado, o Data Protection Officer.

Embora muito aguardada por todos os setores, a MP que criou a ANPD traz uma série de questionamentos acerca do modelo adotado para sua estrutura e sobre as demais modificações realizadas na LGPD.

De acordo com o texto publicado no Diário Oficial, a ANPD será vinculada à Presidência da República e os membros do seu órgão máximo de direção, o Conselho Diretor, serão nomeados pelo Presidente, inexistindo previsão legal de sabatina ou aprovação pelo Senado Federal, como acontece no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Também caberá ao Presidente o julgamento de processo administrativo disciplinar para demitir tais membros.

Em outras palavras, perde-se a tão almejada independência da autoridade nacional. Se, em última análise, cabe ao Presidente nomear e demitir os membros do Conselho Diretor, haverá uma inegável influência política sobre a ANPD, tornando-a um órgão altamente ligado às orientações da Presidência da República.

A falta de independência, inclusive, poderá deixar o Brasil de fora dos países reconhecidos como adequados pela União Europeia para a transferência internacional de dados pessoais, uma vez que um dos requisitos mais relevantes para a declaração de que outra jurisdição

possui um nível de proteção de dados pessoais adequado e compatível com aquele adotado na Europa é justamente a existência de uma autoridade supervisora independente, na forma do artigo 45(2) do General Data Protection Regulation.

Vale lembrar que outros países da América do Sul, como Argentina e Uruguai, já possuem decisões de adequação que permitem a transferência internacional de dados da União Europeia para essas jurisdições, aspecto que inevitavelmente se traduz em diferenciais competitivos.

Outro aspecto curioso é que a MP determinou a criação da ANPD “sem aumento de despesa”, ainda que o órgão seja composto por um Conselho Diretor, por uma corregedoria, uma ouvidoria, um órgão de assessoramento jurídico próprio, unidades administrativas e pelo Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, este último composto por 23 membros, cujas funções não serão remuneradas.

É uma estrutura grande, para um órgão da administração federal que detém diversas incumbências importantes, tais como difundir conhecimento sobre privacidade e proteção de dados para a sociedade, realizar ações de cooperação com outras jurisdições, fiscalizar o cumprimento da lei e investigar possíveis infrações.

Difícil imaginar que uma agência desse porte, que precisará de vários recursos para funcionar adequadamente, tanto humanos quanto financeiros, consiga existir sem aumento de despesas públicas. Num país que já é manchado por escândalos de corrupção, parece que uma nova porta se abre para que surjam graves problemas no futuro.

Sem contar que a MP ainda prevê que os cargos em comissão e as funções de confiança da ANPD serão preenchidas pelo remanejamento de servidores de outros órgãos do Poder Executivo federal, que já conta com quadros esparsos diante da ausência de recursos para a realização de concursos públicos e novas contratações. Remanejar servidores para a ANPD poderá significar o colapso de vários órgãos da administração federal como INSS e Anvisa.

Por outro lado, há aspectos positivos trazidos pela Medida Provisória, entre eles a definição de que a ANPD terá competência exclusiva para aplicar as sanções previstas na LGPD e será o órgão central de interpretação da legislação, prevalecendo sobre outros órgãos que atuam no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Essa era uma das grandes preocupações do mercado, na medida em que PROCONs e Ministérios Públicos poderiam tentar se valer da LGPD para aplicar diretamente as multas elevadas previstas na lei e adotando interpretações distintas sobre questões de privacidade e proteção de dados, gerando insegurança jurídica e demandando constantes litígios judiciais para revisão de tais sanções.

Também foi positiva a extensão da *vacatio legis* da LGPD, de 18 para 24 meses. Agora, a lei passará a valer a partir de agosto de 2020, permitindo maior tempo de adaptação para as empresas que ainda não implementaram um programa de governança em privacidade.

Resta esperar para ver se a MP sofrerá futuras alterações e se será posteriormente convertida em lei. Para muitos, a criação da ANPD é um presente de natal atrasado. Contudo, só o tempo dirá se esse não foi um presente de grego. 



FELIPE PALHARES é Sócio-fundador do Palhares Advogados, mestre em Corporate Law pela New York University, e o primeiro brasileiro a obter todas as certificações de privacidade e proteção de dados da International Association of Privacy Professionals (CIPP/E, CIPP/US, CIPP/C, CIPP/A, CIPM, CIPT).

Homo chip

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“A humanidade não se posiciona contra os avanços científicos, apesar dos inconvenientes que possam trazer. O que quer e anseia, na realidade, com muita expectativa é que, com o poderio tecnológico existente na área da saúde, sejam apresentadas soluções definitivas e consistentes para várias doenças que limitam e provocam a morte prematura das pessoas.”

Quanto mais se estendem os tentáculos da biotecnologia ofertando multiplicidade de ações ordenadas com a finalidade de buscar uma vida mais longa e, ao mesmo tempo, mais saudável para o homem – não que seja essa a única missão da ciência, mas, pelo menos, é ambição do ser humano atingir uma longevidade há muito tempo desejada, – maior se torna a perplexidade da humanidade. Isto porque as novas linhas de pesquisa carregam não mais ficção ou uma utopia de um viver centenário, mas sim de realidades programadas para um futuro bem próximo. E muitas vezes a ciência trilha por vias exclusivas de seus interesses, que são propostas de acordo com a continuidade de suas linhas de pesquisa, e não da conveniência do próprio homem.

Tudo caminha para um desvendar dos mistérios que ainda envolvem o ser humano, apesar de todo o avanço conquistado, tanto na área de fecundação embrionária como da morte. A cada dia que passa, causa não só motivo de júbilo pelo êxito, mas também, paralelamente, de preocupação em razão de muitas inquietações existentes a respeito das novas conquistas que podem ultrapassar as raías da ética costumeira. Vale observar que, a cada marco anunciado, não se tem mais o tempo suficiente para se fazer o crivo da necessidade e conveniência em favor do homem, justamente por estar sendo superado por novo atrativo promissor anunciado a quatro cantos.

Um assunto que merece a pausa necessária e deve ocupar pautas de debates é a recente edição do Body Hacking, ocorrida no estado do Texas, Estados Unidos, com a finalidade de discutir e promover as novas tecnologias existentes para introdução no corpo humano, por meio de próteses e implantes, de minúsculos computadores que

possam gerar senhas, aprovar transações em moedas digitais, abrir portas, medir a temperatura humana e outras especialidades mais.

Quer dizer, até então, o homem praticava todas essas operações mediante a utilização de um aparelho extracorpóreo. Agora a intenção da ciência é abolir tal dispositivo e inserir implantes no corpo humano que, de mãos limpas, mas “chipado”, possa, por exemplo, controlar sua pressão cardíaca, temperatura e outros dados necessários para enviá-los a um médico.

De nada adianta ficar estarecido e nem mesmo contrariar tamanha tecnologia porque não só vingará, como progredirá nesta direção. Por mais significativos que sejam os progressos científicos em áreas ainda pouco exploradas, eles serão considerados pela ciência como ensaios ainda incipientes. Daí que a biotecnologia avança a passos largos e sem qualquer indício de recuo e, rapidamente, atingirá os objetivos propostos. A não ser que o homem, seu destinatário natural, acenda o farol vermelho e estanque todo esforço concentrado, por não ter mais interesse, o que é difícil na atualidade. Basta ver que os alimentos transgênicos, que inicialmente encontraram sérias dificuldades para sua aceitação, em razão de ter sua genética modificada, o que poderia trazer algum dano para a saúde humana, fazem-se presentes nas prateleiras dos supermercados e lideram a exportação para outros países.

Com a perspicácia que lhe é natural, Harari, analisando que o incessante caminhar da revolução tecnológica poderá excluir bilhões de humanos do mercado de trabalho, foi incisivo em afirmar: “É certo, no entanto, que as revoluções tecnológicas vão ganhar impulso nas próximas décadas, e colocarão o gênero humano diante das provações mais difíceis que jamais enfrentamos. Qualquer narrativa que busque ganhar a adesão da humanidade será testada, acima de tudo, em sua capacidade de lidar com as revoluções gêmeas na tecnologia da informação e na biotecnologia.”¹

As propostas de facilitação da vida humana pela inserção de dispositivos tecnológicos são por demais interessantes e atrativas, um verdadeiro encantamento, dando a sensação de domínio da ciência em favor do homem. Mas será que o braço da biotecnologia irá se limitar a trazer cada vez mais dividendos de conforto para o homem, ofertando a ele, de pronto, todas as informações necessárias, sem que ele utilize seu cérebro e seu pensar para realizar suas atividades do dia a dia? Um *longa manus* atrelado ao seu braço irá realizar somente as operações para as quais foi programado e o homem, nesse caso, ficará dependente e refém da tecnologia a ele imposta?

A humanidade não se posiciona contra tais avanços científicos, apesar dos inconvenientes que possam trazer. O que quer e anseia, na realidade, com muita expectativa é que, com o poderio tecnológico existente na área da saúde, sejam apresentadas soluções definitivas e consistentes para várias doenças que limitam e provocam a morte prematura das pessoas.

Vale a reflexão. **C**

NOTA

- 1 Harari, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 38.



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.

Crescimento sustentável ou sustentado?

■ POR JORGE ARBACHE

Preocupados com o meio ambiente e com o uso dos recursos naturais finitos, líderes mundiais reunidos na Cúpula da Terra de 1992 assinaram declaração em favor da “sustentabilidade”, conceito até então pouco conhecido. Logo depois, o termo “desenvolvimento sustentável” também se tornaria popular para se referir ao desenvolvimento equilibrado entre meio ambiente, sociedade e economia. Na sequência, incorporou-se o termo “crescimento sustentável” e, mais recentemente, na Cúpula da Terra de 2012, usou-se o termo “crescimento sustentado” em alusão às “Metas de Desenvolvimento Sustentável”. Esses termos têm sido utilizados de forma intercambiável erroneamente, pois eles têm definições diferentes e há até quem veja tensão entre os seus objetivos.

O termo crescimento sustentável refere-se a padrão de desenvolvimento no sentido amplo. Já crescimento sustentado refere-se a padrão de crescimento econômico caracterizado por marcha persistente e pouco volátil da taxa de crescimento. Esta talvez seja a característica mais distintiva entre os padrões de crescimento dos países.

De fato, as evidências empíricas apontam que o grande salto de renda dos países que hoje são economias avançadas decorreu de longos períodos de crescimento econômico sustentado a taxas moderadas. Crescimento sustentado vem acompanhado de ambiente econômico previsível e de menos incertezas, que são requisitos fundamentais para se planejar, poupar, investir e alocar recursos de forma eficiente. Crescimento sustentado também viabiliza a consolidação dos benefícios do crescimento econômico, incluindo em áreas fundamentais como infraestrutura, capital humano e programas sociais, o que potencializa os impactos do crescimento e fomenta um círculo virtuoso de prosperidade.

As evidências também apontam que um grande número de países tem crescimento bastante volátil e marcado por períodos de acelerações seguidos por períodos de colapsos. Esse padrão errático, de “voo de galinha”, vem acompanhado de incertezas e de pouca previsibilidade, o que estimula comportamentos especulativos, curto-prazistas e não cooperativos que desorganizam a economia, afetam a produtividade e têm várias outras implicações econômicas deletérias. Nessas economias, benefícios econômicos e sociais decorrentes dos períodos de aceleração tendem a se perder durante períodos de colapso e, quando a economia volta a acelerar, é preciso remar novamente para se recuperar o terreno perdido antes de se almejar novos avanços. Isto ajuda a explicar os lentos progressos econômicos e sociais e as armadilhas do crescimento em que aqueles países estão metidos.

Os exemplos mais conhecidos de padrão de crescimento errático estão na África Subsaariana. Ali, ao menos parte da explicação dos problemas econômicos e sociais se deve às fortíssimas acelerações e aos fortíssimos colapsos que levam à amarga combinação de baixas taxas médias de crescimento com os malefícios da alta volatilidade.

Parece haver fatores econômicos comuns associados a padrões de crescimento sustentado. Dentre eles estão regimes fiscais e monetários sustentáveis, políticas que favorecem o conhecimento e a tecnologia, fomento à atividades que agregam valor e que inserem o país na economia internacional, baixa exposição a choques financeiros exógenos, esforços de poupança e desenvolvimento de sistemas financeiros eficientes.

Exemplos de países ricos que perseguiram políticas com aquelas características abundam. Esse padrão de políticas tem inspirado vários países asiáticos mais recentemente e os vêm ajudando a criar as condições para romperem com a pobreza e se tornarem economias prósperas.

Na América Latina, muitos governos estão engajados com a agenda do crescimento sustentável. Mas ainda há trabalho a fazer na área do crescimento sustentado. Com efeito, a região tem padrão de crescimento bastante errático para padrões internacionais e a taxa média de crescimento do PIB per capita foi de apenas 1,52% nos últimos 50 anos. A este ritmo, a região precisou de quase cinco décadas para duplicar a renda. Mas o que mais chama atenção é que as maiores economias da região – Argentina, Brasil e México – estão entre as que apresentam padrões de crescimento mais erráticos.

Um exercício simples de simulação sugere que, tivera a economia da região crescido nos piores anos de colapso a taxas iguais à taxa média de longo prazo, então a taxa média de crescimento teria sido de 2,23% e não de 1,52%. Àquela taxa, a renda per capita seria, hoje, quase 40% maior. Portanto, perseguir políticas que mitiguem riscos de colapsos e promovam crescimento sustentado deve ser um objetivo de política da região. De fato, as evidências mostram que mais importante que promover políticas que mirem taxas de crescimento aceleradas é promover políticas que encorajem o crescimento sustentado.

Como *late-comers* que são, os países da região estão enfrentando o duplo desafio do crescimento sustentável e sustentado, o que impõe aos governantes a tarefa de combinar políticas públicas complexas. Afinal, há que se reconhecer que promover crescimento sustentável num ambiente de baixo crescimento e alta volatilidade não é tarefa politicamente trivial.

Deve-se considerar, porém, que crescimento sustentável e sustentado podem ser faces da mesma moeda. Afinal, o crescimento sustentado contribui para o sustentável porque, ao perseguir visão de crescimento de longo prazo, viabiliza o uso mais equilibrado e eficiente dos recursos econômicos e naturais. Mas o crescimento sustentável também contribui para o sustentado ao promover o uso mais racional e responsável dos recursos naturais e políticas de inclusão e encorajar soluções e tecnologias verdes que são, no final das contas, rentáveis oportunidades de novos negócios. Portanto, é razoável supor que a promoção de um tende a vir acompanhado do outro e que não haveria, necessariamente, uma tensão entre eles. 



JORGE ARBACHE é Vice-Presidente de Setor Privado do Banco de Desenvolvimento da América Latina – CAF e professor associado de economia da UnB (licenciado).

O combate a corrupção e o perigoso discurso dos procuradores da Lava Jato

■ POR MARCELO AITH

“A decisão proferida pela maioria dos Ministros do Supremo está absolutamente correta e em consonância com o artigo 121, “caput”, da Constituição da República, bem como com os artigos 35, inciso II, Código Eleitoral e com o artigo 78, inciso II, do Código de Processo Penal. Referidos dispositivos destacam que na ocorrência de conexão entre crimes eleitorais e crimes comuns (federais ou estaduais), a competência será da Justiça Eleitoral para examinar e julgar todos os fatos.”

No último dia 14 de março, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, por remeter todos os fatos imputados ao deputado federal Pedro Paulo e ao ex-prefeito do Rio de Janeiro Eduardo Paes para a Justiça Eleitoral, por entender que esta, por ser especializada, tem “*vis atractiva*” em relação aos demais delitos.

O ministro Ricardo Lewandowski ao finalizar seu brilhante voto no julgamento do Agravo Regimental no Inquérito 4435-DEJ interposto contra decisão do ministro Marco Aurélio Mello, que declinou da competência para apuração dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro imputados a Pedro Paulo Carvalho Teixeira e Eduardo da Costa Paes, para a Justiça Eleitoral, trouxe a passagem do Evangelho de Lucas, que reproduz uma parábola de Jesus Cristo. Neste trecho bíblico Jesus faz uma reflexão entre o comportamento do Fariseu e do Publicano (cobrador de impostos):



“Dois homens subiram ao templo para orar; um era fariseu e o outro, publicano. O fariseu, em pé, orava em seu íntimo: ‘Deus, eu te agradeço porque não sou como os outros homens: roubadores, corruptos, adúlteros; nem mesmo como este cobrador de impostos. Jejuo duas vezes por semana e dou o dízimo de tudo quanto ganho’. Entretanto, o publicano ficou à distância. Ele sequer ousava olhar para o céu, mas batendo no peito, confessava: ‘Ó Deus, sê benevolente para comigo, pois sou pecador’. Eu vos asseguro que este homem, e não o outro, foi para sua casa justificado diante de Deus. Porquanto todo aquele que se vangloriar será desprezado, mas o que se humilhar será exaltado!” (Lucas 18:9-14)

Com efeito, nesta parábola temos a oposição radical entre dois orantes e dois tipos de oração: a oração arrogante e autossuficiente do fariseu e a oração confiante e humilde do publicano. O fariseu “agradece” por ser um justo, observante, diferenciado e separado dos “pecadores”, colocando-se diante de Deus em uma atitude de senhor e não de servo. Toma uma posição de igualdade com Deus, na medida em que se sente com direitos diante do Altíssimo. Por outro lado, o publicano tem a atitude humilde. Ele, humilhado e excluído pelo sistema religioso que o considera um pecador, é consciente de sua pequenez e de sua dependência de Deus.

Então, qual a pertinência deste excerto bíblico com os fatos que se sucederam ao julgamento do Agravo Regimental? Absolutamente tudo, senão vejamos.

Antes do julgamento, em entrevista para o site “O Antagonista”, o Procurador da República Diogo Castor, da Lava Jato, afirmou que:

“Embora poucos tenham percebido, há algum tempo vem sendo ensaiado na Segunda Turma do STF o mais novo golpe à Lava Jato: a Justiça Eleitoral é competente para todos os casos relacionados à operação em que haja a alegação de que a propina recebida pelo político é para uso campanha eleitoral. O argumento é que neste caso haveria conexão da corrupção com o crime de caixa 2 eleitoral, cabendo então à Justiça Eleitoral investigar todos os crimes federais relacionados”.

Além de absolutamente deselegante as declarações do Procurador da República, sua Excelência avoca para os representantes da Lava Jato o bastião do combate a corrupção, demonstrando um desprezo e um desrespeito nunca antes visto do Ministério Público Federal para com a Corte Suprema do País. Tal como o fariseu da parábola acima destaca, o Dr. Diogo Castor bate no peito e aponta o dedo para os “pecadores” que ousam decidir diversamente do entendimento dos integrantes da Lava Jato. Um pouco de espírito do publicano as vezes faz bem!

No entanto, a revolta dos Procuradores “derrotas” continuou após a promulgação do resultado do julgamento pelo presidente Ministro Dias Toffoli. Os discursos apocalípticos de Deltan Dallagnol e de seus “soldados”, os aproximam, ainda mais, dos fariseus da parábola, pois se colocam acima do bem e do mal, como se fossem os únicos detentores das armas para combater a corrupção no Brasil, imputando aos milhares de promotores de Justiça do país a pecha de inábeis. Passam a ideia de que o combate a corrupção apenas acontecerá sobre a batuta dos procuradores de Curitiba, um equívoco abissal.

Vociferam os integrantes da “Força Tarefa” que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal colocaria em xeque todo o trabalho realizado por eles. Todavia, “esquecem” que a mesma polícia judiciária responsável por apurar os crimes federais é a incumbida de desvelar os eventuais crimes eleitorais. Ou seja, a Polícia Federal irá atuar na apuração dos fatos imputados aos investigados Pedro Paulo e

Eduardo Paes. Portanto, como se pode afirmar, com tanta veemência, que o combate a corrupção no Brasil corre risco de enfraquecimento?

Ademais, “olvidam” os doutos procuradores de Curitiba que os juizes eleitorais de primeira instância são os juizes de Direito das comarcas integrantes do sistema judiciário brasileiro. Será que vossas excelências não estão preparados para julgar os crimes eleitorais e os conexos a eles? Será que um magistrado do Rio de Janeiro não tem capacidade jurídica-intelectual para examinar e julgar crimes como lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, bem como de evasão de divisas? Será que os crimes julgados pelos juizes estaduais são de menos importância se comparados aos de competência da Justiça Federal?

Ora senhores procuradores sejam humildes como os publicanos, não soberbos como os fariseus, Vossas Excelências não estão acima do bem e do mal, são “pecadores” como os “cobradores de impostos” da parábola contada por Jesus Cristo, haja vista a aberrante criação do malsinado fundo privado para gerir recursos públicos. Vossas excelências, como seres humanos que são, podem errar, são falíveis, embora alguns procuradores pensem o contrário. Não podem impor suas opiniões a fôrcipes.

Por certo que não se pode retirar da “Força Tarefa da Lava Jato” seus relevantes trabalhos no desbaratamento da Organização Criminosa que tomou de assalto a maior e mais respeitada empresa brasileira – Petrobrás, mas isso não lhes garante o monopólio do combate a corrupção. Há que se ressaltar que os Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO de todos os Estados do Brasil tem contribuído enormemente no enfrentamento das Organizações Criminosas que vilipendiam os cofres públicos, tal fato não pode ser esquecido pelos representantes do MPF de Curitiba.

Além disso, não posso deixar de registrar que a decisão proferida pela maioria dos Ministros do Supremo está absolutamente correta e em consonância com o artigo 121, “caput”, da Constituição da República, bem como com os artigos 35, inciso II, Código Eleitoral e no artigo 78, inciso II, do Código de Processo Penal. Referidos dispositivos destacam que na ocorrência de conexão entre crimes eleitorais e crimes comuns (federais ou estaduais), a competência será da Justiça Eleitoral para examinar e julgar todos os fatos.

Insta asseverar que em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, todos os Poderes são órgãos auxiliares e estão subjugados ao império da Constituição e das leis, não havendo espaços para interpretações casuísticas. Não se pode criar uma regra de fixação de competência em afronta aos ditames constitucionais e legais, sob pena de se estabelecer Tribunais de Exceção, abominado, visceralmente, pela Lei Maior desse país.

Por fim, retomando a questão central deste texto, considerar que o trabalho realizado pelos integrantes da Operação Lava Jato está em risco por não estar sob a regência do “maestro” Deltan Dallagnol é entender que os demais promotores justiça são incapazes de combater a corrupção no país, inclusive os Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO. Será que Deltan e seus discípulos estão corretos? Com a palavra os ilustres Representantes dos Ministérios Públicos dos Estados e os demais integrantes do Ministério Público Federal. 



MARCELO AITH é especialista em Direito Criminal e Direito Público e professor de Direito Penal na Escola Paulista de Direito.

Justiça Eleitoral não foi programada para julgar corrupção da 1ª classe

■ POR LUIZ FLÁVIO GOMES

“A Justiça Eleitoral não foi programada para julgar processos complexos que fogem da sua especialidade. A Justiça comum (federal e estadual) já vem desempenhando seu papel na investigação e processamento dos crimes apurados pela Lava Jato.”

O Supremo Tribunal Federal, na questão dos crimes conexos (corrupção, lavagem de dinheiro etc.) aos crimes eleitorais, tinha duas possibilidades (ambas defensáveis):

i) aplicar a lei ordinária (Código de Processo Penal) e decidir pela justiça eleitoral especializada para o julgamento de todos os crimes conexos aos eleitorais ou

ii) observar as duas competências constitucionais (Justiça Eleitoral e Justiça Federal), separando os processos de cada uma.

O Superior Tribunal de Justiça, há mais de vinte anos, segue a segunda corrente. O STF, por 6 votos a 5, optou pela primeira interpretação. O STJ vem cumprindo a Constituição integralmente e o STF optou pela lei ordinária (que leva os crimes conexos para a Justiça Eleitoral).

Incontáveis crimes apurados pela Lava Jato (que investiga o crime organizado da 1ª classe, das elites dirigentes econômicas, financeiras, políticas e administrativas) passarão para a competência da Justiça Eleitoral.

Ocorre que esses crimes conexos da 1ª classe (corrupção, lavagem, evasão de divisas, peculato etc.) são muito complexos.

A Justiça Eleitoral é célere naquilo em que ela é especializada. Ela foi criada para impor lisura e transparência nas eleições. Na República Velha a apuração das eleições era uma pouca-vergonha. As fraudes predominavam. Daí nasceu a necessidade de se criar uma Justiça Eleitoral, fora da influência dos partidos.

A Justiça Eleitoral não tem estrutura (nem vocação) nenhuma para assumir a bandeira do combate à corrupção. A dinâmica desses processos é algo alheio ao dia-a-dia da sua competência. Os juízes são preparados, claro, mas não contam com estrutura nem meios para prestar uma jurisdição rápida, que possa interferir na prevenção da criminalidade.

A consequência da decisão do STF será a morosidade. Morosidade gera impunidade. E impunidade gera o estímulo para a reiteração no crime.

Compete ao legislador prontamente sanar o problema. Faço aqui um apelo aos colegas de Parlamento: vamos resolver o problema o mais pronto possível.

Se o legislador não deliberar sobre esse assunto, separando os processos (crime eleitoral vai para a Justiça Eleitoral, crime comum vai para a Justiça comum, federal ou estadual), pode ser acusado de conivência com a impunidade de crimes graves, que estão na base do baixo crescimento econômico do país (como vem afirmando órgãos internacionais, como o FMI).

Temos que aprovar com a máxima urgência um dos projetos do ministro Moro (PLP 38/2019) que cuida da separação dos processos quando envolve a Justiça Eleitoral e a Justiça Comum (federal ou estadual). A proposta é sensata e juridicamente adequada. De constitucionalidade indiscutível.

Recorde-se que o STF no MS 26604, relatora Ministra Cármen Lúcia (Plenário, 4/10/2007), considerou como lei complementar o Código Eleitoral na parte em que disciplina a organização e a competência da respectiva Justiça.

Tudo isso tendo em conta o disposto no art. 121 da Constituição Federal. Qualquer mudança na competência da Justiça Eleitoral só pode ser feita por Lei Complementar.

Nessa linha, o PLP 38/2019 altera o art. 79 do Código de Processo Penal para prever a separação dos processos quando há “concurso entre a jurisdição comum e a eleitoral”. Altera-se também o art. 35, II, do Código Eleitoral, para excluir da competência da Justiça Eleitoral os “crimes comuns conexos com o eleitoral”. Ainda prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no que diz respeito à execução da pena e aos recursos.

A Justiça Eleitoral tem como missão precípua assegurar a lisura dos pleitos eleitorais. Faz parte da democracia a transparência dos votos, porque são eles que dão legitimidade aos governantes.

A Justiça Eleitoral não foi programada para julgar processos complexos que fogem da sua especialidade. A Justiça comum (federal e estadual) já vem desempenhando seu papel na investigação e processamento dos crimes apurados pela Lava Jato.

Alterar essa dinâmica é jogar contra o país, porque se sabe que a corrupção da 1ª classe afeta diretamente o crescimento econômico (ver recente relatório do FMI).

Se a Justiça Eleitoral não possui suficiente estrutura para o processamento desses crimes comuns, o mais sensato para a nação é a aprovação urgente da proposta legislativa acima descrita. 



LUIZ FLÁVIO GOMES é professor, jurista e Deputado Federal Contra a Corrupção.



É possível patrocínio de obras públicas

■ POR THAÍS MARÇAL E THIAGO C. ARAÚJO

“A Lei nº 13.800/2019 consolidou uma forma de doação de dinheiro para a Administração Pública, mas que esta não se revela a única admissível no ordenamento jurídico brasileiro. Outros caminhos podem ser percorridos a fim de possibilitar a atuação cooperadas entre os agentes públicos e privados em prol do desenvolvimento nacional.”

A Lei Federal nº 13.800, publicada em 04.01.2019, instituiu nova forma de doação para Administração Pública. Embora a possibilidade já existisse no ordenamento, o novo diploma legal consolida o emprego de instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público, e aí reside a principal inovação da lei, organizações gestoras de fundos patrimoniais. Trata-se da incorporação – e normatização –, entre nós, do *endowment*, de amplo emprego no direito anglo-saxão.

Tal medida se mostra salutar para consecução dos objetivos públicos, principalmente em um cenário de crise orçamentária prolongada. A possibilidade de a

Administração se valer de doações privadas vai ao encontro, inclusive, do conceito de administração pública dialógica, sob o prisma da cooperação entre os atores público e privado para fins de desenvolvimento nacional, com a construção concertada de objetivos comuns.

Diante da apreensão de não utilização dos recursos doados para concretização das finalidades pretendidas, o que inibiria a transferência voluntária de recursos por particulares, a possibilidade de instituição de um fundo, nos moldes da Lei nº 13.800/2019, seria uma forma de permitir a arrecadação de verbas com destinação específica, que estaria, inclusive, protegida quanto à possibilidade de usos alternativos pela Administração Pública, haja vista que seria verba “carimbada”¹, ou seja, com vinculação específica, não podendo, por consequência, ser utilizada para fins de remanejamento orçamentário.

Verifica-se que a lei introduz algumas salvaguardas relativas à segurança, impondo a organização de cláusulas obrigatórias no ato constitutivo da organização gestora do fundo patrimonial (art. 5º), previsão do conselho de administração, fiscal e comitê de investimento (art. 8º e seguintes)². Com isso, a um tempo, cria-se um ambiente de maior segurança, estimulando o aumento de doações. Por outro lado, não se ignora que os custos de transação fatalmente serão elevados, o que implica um maior grau de dificuldades para que os recursos doados sejam empregados.

Nessa ordem de ideias, importante lembrar que a Lei nº 13.800 não esgota a possibilidade de doação de bens e recursos pecuniários para a Administração Pública.

No tocante a bens imóveis, diversos são os exemplos que podem ser encontrados na prática estadual e municipal, além de exemplos de universidades públicas³.

Bancos internacionais (p. ex., BID, BIRD e Banco Mundial) permitem doação de verba para países⁴. No Brasil, esta modalidade de recebimento de apoio financeiro não é rara na área ambiental, diante da preocupação de tais instituições com a sustentabilidade, questão essa de nível global.

Questão interessante a este respeito refere-se à possibilidade de doação privada de dinheiro para financiamento de obras públicas que, por imperativo constitucional, deverão ser licitadas. Não se desconhece a necessidade de se ter prévia dotação orçamentária para realização de certames para consecução de obras públicas. Contudo, é cediço também que a frustração da expectativa orçamentária, principalmente, em momentos de escassez de recursos públicos, também é um grande desafio para os gestores darem continuidade a projetos de infraestrutura, tão necessários ao desenvolvimento nacional.

Assim, uma solução para arrecadação de recursos necessários a viabilizar grandes projetos de infraestrutura, que demandam vultosos recursos financeiros, seria a possibilidade de realizar uma chamada pública para habilitar pessoas físicas e jurídicas interessadas em realizar a doação financeira para projeto público específico.

Insta destacar que, no edital de chamamento público, deverá ser especificada qual será a contrapartida conferida ao particular, que, no caso de obras públicas pode consistir em anotação na placa do empreendimento do patrocínio, por exemplo.

Importante salientar que para diversas sociedades empresariais a possibilidade de realizar esta doação, ainda que sem a existência de incentivos fiscais de abatimento de impostos, o ganho de imagem representa um impacto positivo de maior relevância, inclusive, sendo algo de indispensável avaliação na função social da empresa, que, deve ser avaliada, inclusive, em momentos em que estas

passam por situações excepcionais como recuperações judiciais e celebrações de acordo de leniência.

Em relação às pessoas físicas, observa-se que diversas são as pessoas engajadas e com possibilidade de disposição de quantia financeira para realizar doações para administração pública com puro ânimo de cooperação para projetos em específico.

Não se desconhece que, diante de diversos casos de desvio de verba, bem como eleição de prioridades de gastos que não atendem aos anseios da população, haveria uma desconfiança social na doação de dinheiro para a administração pública. Por isso, é necessário que haja uma afetação do dinheiro gasto para a finalidade a qual o referido foi destinado, sem possibilidade de remanejamento orçamentário, através de vinculação de fonte orçamentária destinada a um programa de trabalho específico, a exemplo do que se em convênios e financiamentos, com a previsão de conta específica.

Em resumo, conclui-se que a Lei nº 13.800/2019 consolidou uma forma de doação de dinheiro para a Administração Pública, mas que esta não se revela a única admissível no ordenamento jurídico brasileiro. Outros caminhos podem ser percorridos a fim de possibilitar a atuação cooperadas entre os agentes públicos e privados em prol do desenvolvimento nacional. 

NOTAS

- 1 Como regra geral. De fato, a lei prevê 3 tipos de doação: (i) Permanente e não restrita: o recurso é incorporado ao patrimônio do fundo e os rendimentos podem ser usados em programas projetos e demais finalidades públicas; (ii) Permanente restrita de propósito específico: o recurso é incorporado ao patrimônio do fundo e os rendimentos podem ser utilizados em projetos relacionados ao propósito definido no instrumento de doação; (iii) De propósito específico: o recurso é atribuído a projeto previamente definido no instrumento de doação. Ou seja, no caso de doação permanente e não restrita a única vinculação é a concretização do interesse público termo que em nenhum momento a lei conceitua. Então, a princípio, nessa categoria, não haveria uma vinculação específica expressa, podendo ocorrer algum tipo de remanejamento
- 2 Alguns pontos da lei trazem, ao menos numa interpretação superficial, certa perplexidade. Veja-se, por exemplo, o art. 12, com o seguinte teor: “Os membros do Conselho Fiscal, do Conselho de Administração e do Comitê de Investimentos poderão ser remunerados pela organização gestora de fundo patrimonial, observado o rendimento do fundo nos termos do estatuto.” Com isso, parece haver um incentivo a que os membros do Conselho Fiscal retem mais inclinados a desconsiderar riscos, desde que haja a perspectiva de retorno financeiro ao fundo, majorando sua remuneração.
- 3 À guisa exemplificativa, confira-se a Resolução 7157/2015, que cria o Programa Parceiros da USP. Disponível em: <http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-7157-de-10-de-dezembro-de-2015>
- 4 Exemplificativamente, veja-se: (i) BIRD: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3088199/bird-assina-acordo-de-doacao-para-o-cnj>; (ii) Banco Mundial: <http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2012/02/23/gef-grant-help-brazil-protect-additional-135-million-hectares-amazon>; (iii) BID: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/assuntos-internacionais/noticias/bid-doa-us-2-4-milhoes-para-programa-de>



ARQUIVO PESSOAL

THAÍS MARÇAL é Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Coordenadora Acadêmica da ESA OABRJ. Advogada.



ARQUIVO PESSOAL

THIAGO C. ARAÚJO é Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e mestre em Direito pela UERJ. Professor da EPGE. Advogado.

A iminente extinção do auxílio-reclusão e a necessidade de sua defesa

■ POR SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

“A reforma não poderá desconstruir bases sociais firmadas pela coletividade, merecendo o auxílio-reclusão uma série de ajustes, aperfeiçoamento e adequações, porém com passos equilibrados e que confirmam efetividade protetiva, sem amarras ou miopias paradigmáticas, encontrando no desejo constitucional o princípio e o fim para a produção de respostas a todas as inquietações, especialmente as ferrenhas vozes que planejam o seu iminente fim.”

Em tempos de crise financeira com a midiática necessidade de ajustes das contas governamentais, como de praxe, escolhe-se a previdência e o projeto de sua reforma como o centro das atenções, como se fosse o caminho único para solução de todos os dilemas sociais.

De fato, altamente de relevo reformar ou ainda modernizar o sistema previdenciário nacional, como qualquer outra política pública que dê concretude a ideários sociais, protetivos e constitucionais a que se elegeu em 1988, sem retrocessos, abusos e irresponsabilidades que possam fragilizar essa autêntica técnica protetiva.

Essencialmente, em qualquer planejamento em que se busca a reforma, almeje-se a evolução, o aprimoramento e aperfeiçoamento de bases, regras, itens e outros elementos dessa importante ferramenta de integração social.

Pois bem, em solo nacional o que se tem a respeito são outros contornos, infelizmente, destacando-se quase que sempre a ingerência econômica como base justificadora da pretensa reforma, custe o que custar, em um olhar unicamente fiscal.

Pretende-se, a bem da verdade, a unificação dos regimes previdenciários, com regras assemelhadas, por exemplo, entre servidores públicos e os trabalhadores da iniciativa privada, bem como, um teto único, geral para o percebimento de prestações, ainda que as contribuições vertidas possam superar e muito esse patamar que será fixado a todos.

Também a criação de um benefício único, central, por idade, o parâmetro de contemplação previdenciária em termos de aposentação para todos,

indistintamente, impactando boa parte da população previdenciária ativa e todo um contexto coletivo futuro.

Neste desiderato, além de outras tentativas de reformar o modelo da previdência brasileira, também caminha a atividade parlamentar, sob as vozes do Poder Executivo e de boa parte da sociedade civil leiga, por um caminho que leve a iminente extinção do auxílio-reclusão previdenciário.

Aqui, em breves palavras algumas reflexões a respeito desse benefício previdenciário duramente perseguido pela comunidade leiga.

Primeiro, que não se pode compreender qualquer intento reformador de política previdenciária sem um profundo e qualificado debate sistêmico, ouvindo todos, sobretudo a comunidade jurídica especializada.

De igual maneira, principia mal se nessa onda reformadora o pano de fundo envolve redução e extinção de direitos previdenciários.

E mais, o tecnicismo de uma séria proposta de reforma previdenciária nunca será vislumbrada se o populismo e a influência de critérios morais advindos da ignorância jurídica e da influência midiática conduzam o trajeto a ser trilhado.

Cabe ainda destacar que problemas outros sociais, como a criminalidade e o seu aumento, a população carcerária, o sistema prisional, a hediondez do crime, a custódia dos presos e o encargo social, além de outros argumentos morais e que degradam o senso jurídico genuíno que deve ser observado, em nada se relacionam com o trato jurídico previdenciário que justifique a necessidade da existência e manutenção desse perseguido benefício.

Lenio Streck, nesta direção, faz o seguinte apontamento:

Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador, mesmo que seja o STF.¹

Lado outro, para gerar o direito ao recebimento do auxílio-reclusão exige-se, obrigatoriamente, a qualidade de segurado de seu instituidor, vale dizer contribuições previdenciárias vertidas a tempo e modo, o conhecido custeio que adjetiva e muito a previdência que demanda a demonstração da contributividade.

Assim, importante ressaltar que ele não cai do céu, como um prêmio pelo acoetimento do ilícito ou ainda como um bônus pelo tempo que será cuidado pela sociedade na qualidade de preso.

Ademais, até mesmo essa contribuição que serve de parâmetro para o salário contributivo deve estar dentro de um teto regulamentado pelo próprio ente estatal, de forma objetiva inclusive, em muitas vezes abaixo do salário comercial, ao passo que se ultrapassar aludida barreira em centavos, por exemplo, ainda que outros requisitos sejam visualizados, o benefício não será entregue a quem quer que seja, em que pese ter sido verificado o custeio ao mesmo.

Portanto, em diversas situações esse mesmo segregado contribuiu ao sistema, mas pela objetividade e rigidez dos critérios, como se pactos sociais fossem matemáticos, a arrecadação não provocou a proteção.

Logo, como se percebe é um benefício previdenciário de difícil e rigoroso acesso e sempre assim o foi.

No trajeto de sua busca, ainda a relação de beneficiários deve ser observada, vale dizer, se não existir dependentes do segregado ou se não for comprovada

essa necessária relação de dependência, nenhum benefício será entregue, tampouco ao preso.

Neste aspecto, curioso observar que para o senso geral, comum e descompromissado com o Direito, existe um recado social de que ele pertence ao preso, sendo esse o beneficiário, quando na verdade assim não o é e nunca foi, desde a década de 20 quando foi criado e inserido no ordenamento nacional.

Por certo que aqui verifica-se a sua maior crítica, de que o preso é o legitimado e o beneficiário único do auxílio-reclusão, esquecendo-se todos, que pela simples leitura do artigo 18 da Lei nº 8.213 de 1991, o conhecido plano de benefícios da previdência social, fácil aferir de que se trata de prestação devida exclusivamente aos dependentes.

Infelizmente, no mundo das redes sociais e ainda pela imprensa leiga o que se vê é exatamente o oposto, ou seja, discursos efusivos de que o preso também o recebe e a custa da sociedade, como se fosse um prêmio para aqueles que estiverem nesta condição.

Sob outro aspecto, a dificuldade de seu acesso esbarra ainda no regime prisional, sendo bem específico as situações que envolvam o regime semi-aberto e regime fechado. Aqui, até então as únicas hipóteses de contemplação.

Desta forma os presos provisórios, aqueles sob o regime aberto, livramento constitucional e regime domiciliar não possuem e nunca possuíram direito de busca pelo benefício, estando aqui a verdade que sempre existiu, contudo escondida e neutralizada pelo ímpeto populista a seu desfavor.

Destaca-se que mesmo a sua manutenção é de extremado rigor, devendo o dependente comprovar regularmente a permanência do segregamento, sendo o benefício suspenso e cassado em casos de fuga e nas hipóteses de progressão de regime, além de outros critérios de fiscalização e controle.

O valor auferido também é outro fator de uma necessária reflexão.

Na grande maioria dos casos o benefício tem a sua renda mensal inicial no mínimo legal, não sendo crível, razoável e correto afirmar que o seu valor supera e muito o piso nacional, tendo em vista que adota um complexo sistema de apuração de valor, passando pelo salário-de-contribuição, salário-de-benefício e na média contributiva obtida dentro do período básico de cálculo. Assim, sua leitura apressada e descompromissada tão somente ocasiona discriminação e a diminuição de seu valor social.

Como se percebe, além de diversos outros argumentos, sempre foi de extremado rigor o seu acesso e fruição, existindo, aliás, sob diversos fundamentos, dentre eles, aquele que alicerça o ideário constitucional da proteção social, de amparar os dependentes do segurado recluso e não deixá-los ao relento da sociedade em pleno desamparo e indiferença, afinal existe a filiação jurídica, o fato gerador decorrente da condição de segurado e o custeio previdenciário.

Esse é o eixo central que justifica a sua existência e serve de razão para a sua defesa.

Ingo Sarlet afirma que:

A base dos direitos fundamentais é a natureza humana e que o reconhecimento escrito por parte do Estado é apenas um instrumento para educar o povo, de dar publicidade de seus direitos e obrigações. Os direitos fundamentais são a base e a finalidade da própria organização política; o reconhecimento desses direitos é a própria base do Estado.²

Recentemente e pela via errônea das medidas provisórias, mais uma vez, preferiu o gestor estatal criar outras regras e dificultar ainda mais o acesso ao auxílio-reclusão, em uma amostra bem clara de que seus dias estão contatos.

A Medida Provisória nº 871 de 18 de janeiro de 2019 deu tratamento singular ao auxílio-reclusão, inserindo no ordenamento novos requisitos, suprimindo outros e criando incompatibilidades sistêmicas. Destaca-se, neste aspecto a criação de uma carência contributiva mínima de 24 meses, como requisito de contemplação. Também, inovou a destinar o benefício somente ao segregamento do regime fechado, abolindo o regime semi-aberto, bem como criou a incompatibilidade de recebimento com o salário-maternidade, pensão por morte e auxílio-doença, benefícios esses distintos e com outros fatos geradores, como se fosse possível controlar ou domesticar determinados riscos sociais.

Não bastasse o equivocado caminho eleito para discussões dessa índole através das medidas provisórias, tem-se em nosso meio jurídico um perigoso ímpeto de diminuição e mesmo de exclusão do auxílio-reclusão, pelos motivos ora resumidamente destacados, além de vários outros que poderiam ser suscitados.

Evidente que se trata de um benefício polêmico e que necessita de ajustes, contudo, provocar mudanças estruturais, dessa magnitude e de maneira rápida, a ponto de inviabilizar o seu acesso representa uma indesejada afronta as aspirações de bem-estar a que um constitucionalismo democrático procura resguardar.

Wagner Balera justifica essa preocupação do seguinte modo:

A previdência social é uma técnica de proteção que depende da articulação entre o Poder Público e os demais atores sociais. Estabelece diversas formas de seguro, para o qual ordinariamente contribuem os trabalhadores, o patronato e o Estado e mediante o qual se intenta reduzir ao mínimo os riscos sociais, notadamente os mais graves: doença, velhice, invalidez, acidentes no trabalho e desemprego.³

Aqui a reflexão, de que a reforma não poderá desconstruir bases sociais firmadas pela coletividade, merecendo o auxílio-reclusão uma série de ajustes, aperfeiçoamento e adequações, porém com passos equilibrados e que confirmem efetividade protetiva, sem amarras ou miopias paradigmáticas, encontrando no desejo constitucional o princípio e o fim para a produção de respostas a todas as inquietações, especialmente as ferrenhas vozes que planejam o seu iminente fim. 

NOTAS

- 1 STRECK, Lenio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 572.
- 2 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, 2012. p. 62.
- 3 BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 68.



SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR é Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela FDSM (Capes 4). Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP e em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Conselheiro da 23ª Subseção da OAB/MG. Professor Universitário. Escritor. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Advogado em Minas Gerais.

Reforma da Previdência: ao servidor público, ódio ou compaixão, ao governo, as batatas

■ POR ENÉIAS XAVIER GOMES

Ainda no espocar dos foguetes e rufar dos tambores anunciando 2019, o Governo Federal apresentou a Proposta de Emenda Constitucional nº 6, alterando todo o sistema previdenciário dos setores público e privado. De longe, a pior proposta dentre as inúmeras que já circularam no âmbito do Congresso Nacional nos últimos anos.

“Busca-se transpor a montanha à custa do aniquilamento de contribuições fartas e rigorosamente pagas em dia, por décadas, lesando cláusulas pétreas, numa pseudo luta do bem contra o mal, fazendo com que a realidade se atropеле debaixo de lendas. Por tudo isso, nas ofuscas lentes da PEC 06/2019, poderia dizer o atemporal bruxo do Cosme Velho: ao servidor público, ódio ou compaixão, ao Governo, as batatas...””

Ao propagar a proposta, seus autores bradaram aos quatro cantos a necessidade de aprovação na íntegra, em regime de urgência, como a única solução e necessária para salvar o país, levando-o de um estado de falência a outro de abundância. Não bastasse a fórmula que traria tranquilidade ao país, inocentemente mágica, tal qual o Imperador que, ao mandar banir as tempestades de seu reino, voltou a dormir tranquilamente, apresenta-se argumentos fáceis, mas de pouca dura. Faltou explicar, por exemplo, as razões pelas quais a União retirou do Regime Geral de Previdência Social/RGPS elevadíssimas receitas decorrentes da Desvinculação de Receitas da União-DRU que perfazem cifras trilionárias, além das renúncias fiscais. Aliás, valores tão expressivos que jamais poderiam ser ocultados em qualquer explicação minimamente séria, pois útil à formação da opinião pública. Curioso ainda que a animação indiscreta do Governo não se revelou em relação ao déficit do Regime dos Militares, cujas regras são absolutamente mais vantajosas. A razão é uma (suposto déficit), mas o tratamento é diferente.

Mas saltemos por cima de tudo isso. Fiquemos nos supostos vilões: os servidores públicos.

Setores do Governo contam em voz alta que a aposentação do setor público é um privilégio e seriam eles os responsáveis, os algozes de todos os males do Brasil. Todavia, antes da formação de qualquer juízo, é bom compreender o que se passa na vida como ela é. Desconfiar, como está lá, em *Grande Sertões: Veredas*, “Quem desconfia, fica sábio!”

Há três regimes de aposentadoria no serviço público.

Aposentadoria integral e paritária para os que ingressaram até a Emenda Constitucional 41 (1º de janeiro de 2014), desde que cumpridos os requisitos de 60 anos idade para homem e 55 para mulher, com 35 anos de contribuição para os homens e 30 para as mulheres, 20 anos de serviço público, 10 anos de carreira e cinco anos no cargo (art.6 da EC 41).

Regime de média para os que ingressaram no serviço público entre a vigência da Emenda Constitucional 41 e a efetiva oferta do regime complementar previdenciário (no âmbito da União, em 4 de fevereiro de 2013), em que se calcula a média simples atualizada das 80% maiores remunerações.

E, por fim, os que ingressaram após a adoção do regime complementar, os quais se sujeitam ao teto do Regime Geral de Previdência, podendo aderir a um plano complementar co-contributivo, em sistema típico de capitalização.

Portanto, ao contrário do que propagado por inadvertidos, os servidores federais e os estaduais nos entes que já implementaram o regime complementar, ao ingressarem no serviço público, já estão sujeitos ao teto do Regime Geral de Previdência.

Os demais, sujeitos ao teto de R\$ 39.239,32, contribuem com um valor 6,72 vezes maior que o teto da aposentadoria do setor privado, hoje fixado em R\$ 5.839,45. Assim, o servidor que se aposenta no teto do regime público, o que é uma raridade, contribui mensalmente com R\$ 4.316,33 (adotada a alíquota de 11% sobre o salário, caso da União e maioria dos estados), valor 6,72 vezes maior que a contribuição máxima do setor privado, fixada em R\$ 642,34. Da mesma forma, o teto da aposentadoria do setor público é 9,09 vezes maior que sua contribuição, valor idêntico ao setor privado. O mesmo parâmetro é utilizado para a fixação das contribuições daqueles que se aposentarão pelo regime de média.

Dos dados acima, o caso é simples. Há uma absoluta proporção em termos de contribuição e aposentadoria no setor público e privado. A diferença é que

um contribui sobre o teto do Regime Geral de Previdência – RPPS e o outro sobre o do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Leia-se, um servidor federal que receba R\$ 39.239,32 paga a título de previdência R\$ 4.316,33, já o trabalhador da iniciativa privada que receba o mesmo valor paga a título de previdência R\$ 642,34.

Estaríamos, pois, em uma situação de igualdade? Seguramente que não. O servidor público e seu pensionista, acaso recebam acima do teto do RGPS, continuam contribuindo com a previdência social mesmo após se aposentar. E as diferenças não param por aí. O limite mínimo de idade para a aposentadoria (60 anos homens e 55 mulheres) deve ser aliado ao mínimo de 35 anos de contribuição para os homens e 30 para as mulheres, além da exigência de 10 anos de serviço público e cinco anos no cargo. Já no setor privado, a aposentadoria pode ser obtida com 35 anos de contribuição para homens e 30 para as mulheres. A disparidade fica clara se analisarmos um servidor público que comece a trabalhar aos 18, pois se aposentará apenas aos 60 anos, ao passo que o da iniciativa privada se aposentará aos 53 anos.

Veja-se o surrealismo relatado: ao invés de analisar o valor efetivamente contribuído, o Governo tenta desconsiderar os valores pagos por décadas, não só aumentando a idade mínima para a integralidade e paridade para 65 anos se homem e 62 se mulher, sem qualquer regra de transição, mas também tentando criminalizar os servidores públicos.

Lembro uma passagem contada por Machado de Assis, em *Quincas Borba*:

Supõe tu um campo de batatas e duas tribos famintas. As batatas apenas chegam para alimentar uma das tribos, que adquire forças para transpor a montanha e ir à outra vertente, onde há batatas em abundância; mas, se as duas tribos dividem em paz as batatas do campo, não chegam a nutrir-se suficientemente e morrem de inanição. A paz, nesse caso, é a destruição; a guerra é a conservação. Uma tribo extermina a outra e recolhe os despojos. Daí a alegria da vitória, os hinos, aclamações, recompensas públicas e todos os demais efeitos das ações bélicas. Se a guerra não fosse isso, tais demonstrações não chegariam a dar-se, pelo motivo real que o homem só comemora e ama o que lhe é aprazível ou vantajoso, e pelo motivo racional de que nenhuma pessoa canoniza uma ação que virtualmente a destrói. Ao vencido, ódio ou compaixão; ao vencedor, as batatas.”

É nesse estado que nos vemos espantados diante das falácias propagadas, criando uma guerra contra os servidores públicos, a qual seria necessária para a conservação das finanças públicas. Busca-se transpor a montanha à custa do aniquilamento de contribuições fartas e rigorosamente pagas em dia, por décadas, lesando cláusulas pétreas, numa pseudo luta do bem contra o mal, fazendo com que a realidade se atropelie debaixo de lendas. Por tudo isso, nas ofuscas lentes da PEC 06/2019, poderia dizer o atemporal bruxo do Cosme Velho: ao servidor público, ódio ou compaixão, ao Governo, as batatas... 



ENÉIAS XAVIER GOMES é Presidente da Associação Mineira do Ministério Público, Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais, Mestre em Teoria Geral do Delito e Doutor em Direito Penal Contemporâneo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e membro da Conamp (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público)



EGIT³x Q – A fórmula que transforma Escritórios de Advocacia

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

“A grande qualidade do bom enxadrista está em identificar a estratégia do oponente e prever com o máximo possível de assertividade os movimentos futuros.”

Como tenho defendido há tempos, a gestão do negócio jurídico se assemelha ao jogo de xadrez, onde existem apenas alguns tipos e peças (os perfis profissionais) com seus movimentos delimitados (*job descriptions* e responsabilidades), colocados sobre um tabuleiro (negócio jurídico) também com limites de movimentação, porém as possibilidades são quase infinitas de movimentos que permitem várias estratégias com, obviamente consequências também variáveis. A grande qualidade do bom enxadrista (o gestor do negócio) está em identificar a estratégia do oponente (o mercado e os consumidores de serviços jurídicos) e prever com o máximo possível de assertividade os movimentos futuros.

Ainda falando do Xadrez, além da estratégia, o conhecimento do seu oponente, o seu autoconhecimento, a utilização correta de seus recursos (as peças) e todas as técnicas e táticas existentes também são cruciais para se vencer nesse difícil jogo.

EGIT³ x Q é a forma reduzida para a equação composta por: Estratégia, Governança, Informação, Tecnologia, Talento, Trabalho e Qualidade, onde a combinação dos primeiros fatores é que vai influir na velocidade para o atingimento dos objetivos (eficiência, produtividade e competitividade) e que multiplicados pela “constante” Q (qualidade técnica) vai definir o sucesso do negócio. Observem que coloquei como constante a qualidade, pois ela é definida pelo corpo técnico do negócio e pouco variável no tempo (exceções feitas a novas contratações ou treinamento e formação, ambos lentos). Os outros fatores (EGIT) são variáveis que devem ser otimizadas (e tem um período muito mais curto de maturação).

Estratégia: “*Um barco deve ter a direção e a velocidade definidas pelo seu capitão e não pela correnteza*”. Isto quer dizer que o conhecimento de todas as informações possíveis (numéricas ou tácitas, internas e externas) devem ser utilizadas de modo que a estrutura organizacional associada a um processo decisório definido e racional e com o auxílio de ferramentas, tais como a análise SWOT, permita a colocação da empresa numa direção gerenciada (não ao sabor do mercado).

Governança: A gestão eficiente do negócio, ou seja, controles rígidos e racionais de gastos e custos (independentemente de quem esteja solicitando); criação e acompanhamento contínuo de orçamento; geração eficaz de faturamento e acompanhamento tempestivo de contas a receber; políticas claras e racionais de investimentos, etc., definem o grau de autogoverno do negócio.

Informação: Gestão de conhecimento e gestão numérica, ou seja, incentivar a troca de experiências entre os colaboradores; ter metodologia e sistemas capazes de captar, organizar, indexar e armazenar para uso futuro todo o conhecimento (tácito ou explícito) gerado na organização; treinar a equipe para despersonalização, utilização de conhecimento prévio, melhoria e atualização constante. Adotar a gestão baseada em dados e relatórios internos completos e consistentes e em informações estatísticas de mercado distanciada de opiniões e achismos.

Tecnologia: Na gestão do negócio, adotar sistemas modernos e intuitivos que permitam que todos os elementos citados anteriormente tenham condições de

serem adotados, baseados nas informações geradas por esses sistemas: ERP's, Motores de busca corporativos, Sistemas de classificação e indexação de informações, Sistemas de *BI e Analytics* com a geração de *dashboards* completos e detalhados sobre todos o números da organização e por fim, parar de gastar (investir) dinheiro em hardware próprio. "Go cloud"!

Na Gestão da Prática Jurídica, adotar o máximo possível (desde que seja adequado à sua prática) das novas tecnologias que permitam a eficiência, aumento de produtividade e barateamento de custos, tais como: OCR's e análise de textos para contratos, sistemas automatizados (AI) para *due diligences* e investigações; *Machine Learning* para geração de novos contratos e documentos e automação em geral; NLP (*Natural Language Processing*) para transformação de texto e voz e vice-versa, utilizada para agilização da interface homem-máquina (exemplo Alexia integrada com sistema de GED); Robôs (para pesquisas jurídicas e levantamentos de informações em Tribunais, por exemplo), Jurimetria associada a Big Data para análises preditivas (como por exemplo a securitização/monetização de carteiras processuais); reconhecimento de imagens para segundo fator de autenticação.

Talentos: O entendimento da psicologia de motivação das diversas gerações existentes de baixo do mesmo teto; a adoção de plano de carreira incentivando a meritocracia; a criação de políticas agressivas de remuneração incentivando a produtividade; a adoção de um plano robusto de investimentos em treinamento e formação profissional, etc., tudo isso deve ser levado seriamente em conta!

Trabalho: Infelizmente estamos vivendo uma época de grandes mudanças, grandes desafios e enorme concorrência (tanto dos competidores quanto das mudanças tecnológicas), grandes pressões de clientes e consumidores e, para isso a única solução é muita dedicação, esforço e trabalho.

Qualidade: Há um certo tempo, principalmente no nosso mercado local, existiam poucos escritórios de advocacia que ofereciam a seus clientes formação de seus colaboradores, conhecimento, experiência e organização internacionais e por isso eram considerados de maior qualidade e essa pequena quantidade de fornecedores incentivava a fidelidade (forçada) de seus clientes. Atualmente existem centenas de bons escritórios (com as características citadas anteriormente) e isso não é mais um diferencial no mercado. A qualidade passou a ser a condição básica mínima para se estar concorrendo e disputando os consumidores desses serviços.

Os clientes viraram consumidores, a fidelidade está muito mais vinculada a todos os fatores dessa equação e não é mais cativada como antigamente. Todas as variáveis da equação precisam ser trabalhadas, ter investimentos financeiros, atenção e serem otimizadas para que o resultado final seja positivo e o escritório contente o seu consumidor e não só o satisfaça! 



JOSÉ PAULO GRACIOTTI é consultor, autor do livro "Governança Estratégica para escritórios de Advocacia", já editado em 3 idiomas, sócio da GRACIOTTI Assessoria Empresarial, membro da ILTA – International Legal Technology Association e da ALA – Association of Legal Administrators. Há mais de 30 anos implanta e gerencia escritórios de advocacia.

Alerta sobre a exclusão de minoritários

■ POR CLAUDIO LUIZ DE MIRANDA E NICHOLAS FURLAN DI BIASE

“A interpretação literal decorrente da recém editada alteração legislativa conduz à conclusão de que o sócio minoritário de sociedade limitada composta por apenas dois sócios pode ser extrajudicialmente excluído sem ter recebido qualquer tipo de comunicação (formal ou não) a esse respeito.”

No dia 4 de janeiro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.792/2019, que alterou dispositivos do Código Civil para modificar o quórum de deliberação no âmbito das sociedades limitadas, dentre outras mudanças pontuais na disciplina desse tipo societário.

Em primeiro lugar, foi alterado o quórum deliberativo para destituição de sócio administrador designado no contrato social, de forma que o quórum referente a sócios titulares de quotas representativas de dois terços do capital social passou para o equivalente a mais da metade do capital social da sociedade em questão.

Adicionalmente, alterou-se o já polêmico art. 1.085 do Código Civil, que dispõe sobre o procedimento para a exclusão extrajudicial de sócio por falta grave. Com efeito, o *caput* do aludido dispositivo legal disciplina a hipótese de exclusão de sócio de sociedade limitada de forma extrajudicial, mediante alteração do contrato social. Para tanto, exige-se o atendimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) aprovação de sócios titulares de mais da metade do capital social; (ii) previsão, no contrato social, da possibilidade de exclusão de sócio por justa causa; e (iii) que o sócio que se pretenda excluir esteja colocando em risco a continuidade da empresa, em virtude da prática de atos de inegável gravidade.

Como quarto requisito, o parágrafo único do referido art. 1.085 do Código Civil estabelece que a exclusão do sócio depende da prévia realização de reunião ou assembleia especialmente convocada para essa finalidade, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa. Trata-se de iniciativa para assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa do sócio acusado, permitindo-lhe utilizar dessa oportunidade para apresentar suas razões de defesa e tentar convencer os demais sócios a não excluí-lo da sociedade.

Apesar de eficaz em muitas ocasiões, tal exigência é objeto de críticas pelos especialistas na matéria quando se trata de sociedades com menor número de sócios, uma vez que, para tais casos, sua efetividade é contestável, exigindo-se a burocrática realização de atos formais e custosos, cujos resultados já eram conhecidos

por todos (como na situação em que o sócio majoritário busca expulsar seu único sócio minoritário).

Foi justamente nesse sentido que a Lei nº 13.792/2019 complementou a redação do parágrafo único do art. 1.085 do Código Civil excluindo a sua aplicação para o “caso em que haja apenas dois sócios”. Todavia, apesar de bem-intencionada, a aludida inovação legislativa, mediante a mera inclusão da dita expressão, provoca dúvidas sobre a sua interpretação e aplicação.

À luz do texto legal aparentemente vago, pode-se cogitar que, havendo apenas dois sócios, não mais se admita a exclusão extrajudicial de sócio. Tal interpretação, porém, não parece ser a mais correta, à luz da ausência de alteração no dispositivo contido no *caput* do artigo (que prevê, de forma genérica, tal possibilidade para sociedades limitadas com quaisquer números de sócios) e porque, na prática, acabaria por excluir boa parte das sociedades limitadas constituídas no Brasil da possibilidade de se valer do instituto.

De outro lado, a interpretação que parece ser a mais correta é a de que o legislador buscou, tão somente, dispensar a realização de reunião ou assembleia prévia para exclusão extrajudicial de sócio de sociedade limitada composta por apenas dois sócios. Assim, para que o sócio minoritário seja excluído do quadro societário, basta que o sócio titular da maioria absoluta do capital social promova a respectiva alteração do contrato social, preenchendo os já mencionados requisitos do *caput* do art. 1.085, Código Civil e apresentando o respectivo documento perante o órgão de registro.

Nesse sentido, o legislador tornou mais simplificado o rito para a exclusão extrajudicial de sócio minoritário em sociedade com apenas dois sócios, afastando o inócuo rito que exigia a prévia realização de assembleia ou reunião cujo resultado era conhecido, antes mesmo de seu início.

Entretanto, o acerto do legislador em buscar excluir tal iniquidade do texto legal pode ter resultado na indesejável piora da situação do sócio minoritário, uma vez que não foi inserida no texto legal determinação específica para que o sócio acusado seja previamente notificado e possa se preparar (e, porque não, se defender) do pleito para sua exclusão.

A interpretação literal decorrente da recém editada alteração legislativa conduz à conclusão de que o sócio minoritário de sociedade limitada composta por apenas dois sócios pode ser extrajudicialmente excluído sem ter recebido qualquer tipo de comunicação (formal ou não) a esse respeito.

Em resumo, parece ter andado mal o legislador ao não instituir a obrigatoriedade de que, nessas hipóteses, o sócio excluído extrajudicialmente seja ao menos comunicado da prática desse ato, cabendo-lhe, tão somente, à faculdade de exercer fiscalização ainda mais intensa sobre a sociedade e seus atos levados a registro e, conforme o caso, agir *a posteriori*, buscando a sustação dos efeitos ou a revisão do ato já praticado.

Portanto, enquanto não houver definição sobre o modo de aplicação da inovação legislativa, recomenda-se o acompanhamento rotineiro das informações registrarias da sociedade e a adoção das medidas cabíveis, sempre que identificados novos registros. 



CLAUDIO LUIZ DE MIRANDA é doutorando em Direito de Empresa pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e bacharel em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e sócio e advogado de Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados.



NICHOLAS FURLAN DI BIASE é doutorando em Direito de Empresa pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e bacharel em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e sócio e advogado de Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados.

Lei de Responsabilidade Fiscal: Efetivo instrumento assecuratório da democracia

■ POR JORGE SANTANA E FERNANDA ROSSI



“A lei de Responsabilidade Fiscal torna-se efetivo instrumento assecuratório da democracia, tornando os desejos constitucionais efetivos, dando maior possibilidade de participação popular na governança (no todo) e a prestação de contas atingiria seu atributo de administrador, ou seja, de governante.”

A lei complementar 101/2000, foi promulgada em 04 de maio de 2000, e vem com base na previsão da legislação constitucional de 1988, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

A ordem cronológica e social da promulgação da lei (LRF) foi na previsão da necessidade de promover recursos suficientes para que esse processo ou protocolo possa ocorrer de modo satisfatório para uma gestão técnica e responsável do orçamento público, não mais dada ao inopinado, não mais ao prazer de que o Estado pode gastar quanto quiser sem que seus gestores devam responder pelos atos de administrar. Para superar o anacronismo e amadorismo, a LRF vem estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a regulamentação da responsabilidade na gestão fiscal, inclusive com a responsabilidade penal e política dos Representantes Eleitos. Valendo assim para o âmbito do governo federal, estadual e municipal.

Tal previsão esta posicionada nos arts. 60, 64 e 165, § 9º da Carta Magna, o controle quanto aos atos e responsabilidade (dolo) dos gestores públicos. Este controle visa o controle da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação da renúncia à receita e aplicação do planejamento orçamentário.

Já definidos nos primeiros dispositivos, a lei regulamenta e presuppõe a ação planejada e transparente, sendo a afirmação, banhada de legitimidade democrática conferida pelo Legislativo, de que o Estado brasileiro, a administração pública brasileira, não mais admitiria o imprevisto na gestão dos recursos públicos, como o exemplo das contas rejeitadas, que se tornaram uma irregularidade insanável por violar à Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, acompanhando divergência iniciada pelo Ministro Dias Toffoli, reafirmou seu entendimento no sentido de que o descumprimento do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal constitui irregularidade insanável, que atrai a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar 64/90 (casos de inelegibilidade), “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”. Ainda que o Tribunal de Contas julgue através de pareceres os atos apenas como irregulares, sem fazer referência à insanabilidade do vício.

Motiva rejeição de contas e indeferimento do registro de candidatura, segundo o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por

unanimidade, reiterou sua jurisprudência no sentido de que a rejeição de contas por decisão irrecurável do Tribunal de Contas, em razão de despesas não autorizadas por lei ou regulamento, realização de operação financeira sem observância das normas legais e aquisição de bens sem processo licitatório, acarreta a inelegibilidade com previsão na norma já suscitada neste artigo, como já dito por serem vícios insanáveis, que configuram ato doloso de improbidade administrativa.

O Plenário salientou, também, que, conforme entendimento deste Tribunal Superior, bastaria a aquisição de bens sem licitação para incidir a inelegibilidade.

Ressalta-se que para a configuração do dolo exigido pela alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 é o genérico, aquele que se limita à verificação da consciência do agente, se faz necessário à demonstração da vontade ou consciência do ato.

A gestão ganha competência, profissionalismo e controle, inclusive controle via judiciário com a promulgação da lei e a homenagem da legalidade trazida textualmente no art. 37 da Carta Constitucional, fica patente que qualquer desvio do planejamento, de forma dolosa, incorre em ilegalidade e, por consequência, em crime de responsabilidade fiscal.

Por oportuno, é bom repetir, de expertise, de profissionalização, de abandono da gestão improvisada, a Lei de Responsabilidade Fiscal traz as exigências do balanço e da conciliação entre o gestor (governante) e o prestador responsável pela prestação de contas dos recursos públicos, isto é, o governo precisa realizar as ações para resolver os problemas de sua esfera de administração, planejando de forma transparente e prestando contas das metas atingidas e também dos programas que não forem tão eficazes, de forma que este planejamento e documentação possam embasar novas atividades, em que cada ato deve vir para melhorar o que já fora feito. Trata-se da gestão responsável, própria de um Estado que se compromete com o presente, sendo solidário para com o futuro.

Necessário se faz materializar legislativamente com a lei complementar em comento, até por expressa recomendação do inciso I do § 9º do art. 165 da Constituição Federal.

A lei de Responsabilidade Fiscal é evidente, no entanto, em análise ao objetivo em especial pelo seu caráter interdisciplinar, que nos permite articular o discurso prático com as preocupações inclusivas e igualitárias da teoria democrática, dever-se-ia submeter os planejamentos orçamentários de forma clara para população, assim como incentivar a participação de todos no planejamento e na construção de suas próprias vidas.

Por fim, entende-se que o dever de representação não deve ser resumido, ao contrário, deve-se estendê-lo, até mesmo em análise dos princípios republicanos que organizam e mantêm nossa sociedade. A lei de Responsabilidade Fiscal torna-se efetivo instrumento assecuratório da democracia, tornando os desejos constitucionais efetivos, dando maior possibilidade de participação popular na governança (no todo) e a prestação de contas atingiria seu atributo de administrador, ou seja, de governante. 



JORGE DOS SANTOS SANTANA é Advogado militante em direito penal e tributário, diretor Jurídico do Tribunal Arbitral, Assessor Parlamentar da Câmara Municipal de Santa Cruz Cabralia.



FERNANDA C. MARTINS ROSSI é Mestre em Direito, Pós-graduada em Direito Processual, professora de direito na Academia da Polícia Militar de Minas Gerais e da Faculdade Pitágoras.



Muito barulho por nada? O fundo da Lava Jato

■ POR LIGIA MAURA COSTA E LEOPOLDO PAGOTTO

“O fundo é mais uma vitória da Operação Lava Jato. Embora haja dúvidas pertinentes sobre a governança dos recursos, todos não de concordar que o Brasil se beneficiará mais deles do que se a multa fosse paga diretamente ao governo norte-americano para a construção do muro com o México.”

A mais recente polêmica envolvendo a Operação Lava Jato é a destinação de parte da indenização paga pela Petrobras ao governo norte-americano para um fundo, o fundo da Lava Jato, a ser gerido por uma fundação de direito privado a ser criada. Alguns dizem que estes recursos deveriam ser destinados para o pagamento das vítimas da Petrobras – os acionistas propriamente ditos. Outros entendem que esses recursos deveriam ser destinados ao Tesouro. A verdade pode estar com todos ou com ninguém. De fato, uma análise detida dos fatos envolvendo as razões da criação deste fundo demonstra que a verdade não está com ninguém. Vejamos.

A primeira questão que se deve inquirir é sobre a origem desses valores. Como se sabe, a Petrobras possui ações emitidas e negociadas na Bolsa de Valores de Nova Iorque, beneficiando-se do acesso ao mercado de capitais dos Estados Unidos. Com este benefício, surgem uma série de deveres regulatórios, dentre os quais se encontram (i) a legislação protetiva dos investidores do mercado de capitais e (ii) o *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), mais antiga legislação de combate à corrupção, cujos efeitos são extraterritoriais.

Diante das revelações da Lava Jato, ações foram propostas por investidores privados – os acionistas das Petrobras – nos Estados Unidos, visando obter compensação pelos danos causados (por exemplo, falhas na governança corporativa, fraudes da gestão etc.) – estas questões foram resolvidas por acordos no âmbito privado, nos quais a Petrobras pagou vultosa indenização a esses investidores privados.

Além disso, as “autoridades norte-americanas”, isto é o Departamento de Justiça norte-americano – DoJ e *Securities Exchange Commission* – SEC, iniciaram procedimentos para apurar a responsabilidade da Petrobras por violação ao FCPA. Desde sua criação, um dos principais objetivos do FCPA é mostrar que, naquele país, não se pode violar a legislação impunemente. O caráter dissuasório do FCPA é evidente. Em outras palavras, em caso de violação ao FCPA uma multa será apurada e recebida pelo governo norte-americano, sim pelo governo norte-americano exclusivamente. A grosso modo, todo o valor a ser arrecado por violação ao FCPA poderia ser usado para a construção do muro com o México, manutenção de armas nucleares ou subsídios ao sistema e saúde daquele país, conforme o que viesse a ser determinado pelo Congresso norte-americano.

Há muito se critica a aplicação desta multa em casos envolvendo o FCPA. A maioria das violações por corrupção ocorre justamente nos países subdesenvolvidos, os quais não conseguem sancionar a corrupção, nem recuperar os valores subtraídos. Pior ainda, estes países ficam tachados como corruptos, o que desestimula a atração de investimentos necessários ao desenvolvimento.

O caso mais paradoxal é o da Nigéria. Este país sofre com corrupção endêmica e é governado por lideranças corruptas que se alternam no poder há décadas. O petróleo, sua principal riqueza natural, gera recursos que são, repetidamente, apropriados pelos políticos. Parte significativa dos casos relativos às violações ao FCPA envolve fatos ocorridos na Nigéria, mas as multas impostas pelo governo norte-americano são pagas e utilizadas nos Estados Unidos pelo governo norte-americano. Em outras palavras, cria-se um círculo vicioso.

O acordo celebrado pelo Ministério Público Federal, Petrobras e as Autoridades norte-americanas revertendo parte dos recursos da multa por violação ao FCPA rompe com este paradigma e constitui uma liberalidade do governo norte-americano, o qual não possui dever algum para com o Brasil. Os norte-americanos poderiam simplesmente ter multado a Petrobras e o seu Congresso decidiria como seria usada a multa. De modo inédito, o acordo se propõe endereçar melhor essa questão do impacto adverso do FCPA sobre os países em desenvolvimento e, como toda solução inédita, está sujeita a crítica e aperfeiçoamento.

Parte da multa paga pela Petrobras ficará com o governo norte-americano, mas a fatia do leão (80% do total) será entregue a esse fundo da Lava Jato. De acordo com o divulgado pelo Ministério Público Federal, o objetivo principal do fundo é pagar indenizações aos acionistas da Petrobrás aqui no Brasil e, subsidiariamente, ser usado para a constituição de uma fundação de direito privado, cujo propósito será o fomento de atividades que reforcem a luta da sociedade brasileira contra a corrupção – é inegável o paralelo deste fundo com a *Siemens Integrity Initiative*, criada em 2008, quando a Siemens foi punida com a então multa recorde por violação ao FCPA.

Observe-se que, em nenhum momento, o acordo interfere sobre as ações privadas ou públicas, individuais ou coletivas, em curso no Brasil. Pelo contrário, o fundo constituído até aumenta, em tese, a garantia de que eventuais indenizações serão pagas nas ações judiciais em curso no Brasil.

O ponto principal, na verdade, tem que dizer respeito à governança destes recursos e não quanto à destinação desses recursos, como muitos argumentam. Como serão geridos os recursos? De que forma serão escolhidos os gestores? Quem indicará quais ONGs da sociedade civil podem participar? Todas estas questões são legítimas e precisam de maior esclarecimento. Certamente, pela natureza semi-pública dos recursos, transparência será imprescindível – seus gestores não poderão ficar andando de veículos de luxo pelas ruas do país, tal como ONGs internacionais são acusadas de agir em países africanos.

Esta natureza semi-pública traz à tona legítimos questionamentos sobre a necessidade ou não de participação do poder legislativo – afinal, um dos papéis primordiais do legislativo é autorizar e fiscalizar gastos públicos. Por outro lado, não se pode ignorar que parcela considerável dos políticos está envolvida nestes escândalos, criando uma situação paradoxal. Outra crítica razoável diz respeito ao modo como as ONGs determinarão a política pública. Quem elegeu estas ONGs? Haverá um chamamento público?

Portanto, o balanço geral é o de que este fundo é mais uma vitória da Operação Lava Jato. Embora haja dúvidas pertinentes sobre a governança dos recursos, todos hão de concordar que o Brasil se beneficiará mais deles do que se a multa fosse paga diretamente ao governo norte-americano para a construção do muro com o México. 



ARQUIVO PESSOAL

LIGIA MAURA COSTA é professora da FGV-E-AESP, coordenadora do FGVethics, Advogada em São Paulo.



ARQUIVO PESSOAL

LEOPOLDO PAGOTTO é Advogado em São Paulo, consultor do FGVethics.

Incertezas sobre o tratamento contábil de tributos sobre o lucro

■ POR PLINIO J. MARAFON



“Dentre os indicativos dessa incerteza fiscal pode-se enunciar situações como opiniões contrárias emanadas pelas autoridades fiscais (Soluções de Consultas, Atos Declaratórios, Pareceres Normativos), autuações divulgadas pela imprensa (apesar do “sigilo fiscal”), decisões de DRJ’s ou do CARF e jurisprudência judicial sobre questões idênticas ou similares às posições incertas identificadas pela empresa.”

Quando estávamos nos habituando às regras contábeis que orientam os riscos remoto, possível e provável para contingências, emanadas da Deliberação CVM nº 489/05, que aprovou a NPC nº 22/05, e da Interpretação Técnica IBRACON nº 2/06, eis que a mesma CVM resolve complicar o tema editando a Deliberação nº 804/18, que aprova a Interpretação Técnica ICPC 22, visando inserir as regras do IFRIC nº 23 no ordenamento contábil brasileiro.

A partir de janeiro de 2019, essas normas determinam que a entidade deva avaliar e quantificar contingências na esfera dos tributos sobre o lucro, levando em consideração que é provável que a autoridade fiscal não aceite um tratamento fiscal incerto, donde dever-se-á refletir o efeito da incerteza na determinação do respectivo lucro tributável (prejuízo fiscal), base fiscal, prejuízos fiscais e créditos fiscais não utilizados e alíquotas fiscais do IRPJ e CSLL.

Para tanto, ela deve assumir que a autoridade fiscal examinará os valores dentro de sua esfera de atuação e tenha pleno conhecimento de todas as informações relacionadas ao realizar esses exames.

É pressuposto, portanto, que as autoridades fiscais terão grandes chances de examinar o tratamento fiscal incerto e se não for provável que o aceitem, a empresa deverá provisionar, e se o valor for relevante, poderá ter que divulgar, o que chamará a atenção do fisco para situações de que ele não estava ciente, gerando um processo de fiscalização a partir das divulgações da empresa.

Em muitas situações as empresas estavam cientes do risco quando adotaram a conduta, mas não o avaliaram e quantificaram, por presumir que seria improvável o fisco examiná-la.

Dentre os indicativos dessa incerteza fiscal pode-se enunciar situações como opiniões contrárias emanadas pelas autoridades fiscais (Soluções de Consultas, Atos Declaratórios, Pareceres Normativos), autuações divulgadas pela imprensa (apesar do “sigilo fiscal”), decisões de DRJ’s ou do CARF e jurisprudência judicial sobre questões idênticas ou similares às posições incertas identificadas pela empresa.

Com menor incidência pode-se incluir opiniões contrárias de advogados tributários que tenham sido consultados para dirimir uma controvérsia sobre a contingência.

Atualmente são alguns temas que suscitam esse exame mais cuidadoso das empresas a amortização do ágio, seja “interno” ou resultante de transferência da empresa “veículo” para coligada com futura incorporação; lucros do exterior, especialmente de países com acordos de bitributação; adições fiscais controversas de preços de transferência; despesas indutíveis do IR que não o são na CSLL; JSCP retroativos; incorporação de ações e planejamentos fiscais x norma antielisiva do CTN.

Em consequência dessa avaliação pessimista a entidade deverá refletir o efeito da incerteza para cada tratamento fiscal contingente, utilizando um dos seguintes métodos, dependendo daquele que a entidade espera que forneça a melhor previsão da resolução da incerteza:

(a) o único valor mais provável em um conjunto de resultados possíveis. O valor mais provável pode fornecer a melhor previsão da resolução da incerteza se os resultados possíveis forem binários ou estiverem concentrados em um valor, ou

(b) o valor esperado – a soma de valores de probabilidade ponderada na faixa de resultados possíveis. O valor esperado pode fornecer a melhor previsão da resolução da incerteza se houver um conjunto de resultados possíveis que não são nem binários nem concentrados em um valor.

No método do valor provável, que é o mais usado geralmente, o resultado de um tratamento fiscal incerto será binário quando existem somente dois resultados: ou uma dedução poderá ser mantida ou recusada integralmente.

A técnica a ser adotada não é uma provisão específica, mas simples acréscimo da provisão de IR/CSLL, que redundará na redução do resultado contábil e dos dividendos distribuíveis.

Embora os atos normativos sejam omissos entende-se que muitas deverão ser agregadas ao valor a ser provisionado, conforme conduta usual do fisco federal.

E como o IR e a CSLL não são dedutíveis de si próprios não haverá o efeito líquido do ativo diferido.

Em virtude da dinâmica evolutiva das interpretações fiscais, a entidade deve reavaliar o julgamento ou a estimativa requerida por esta Interpretação se os fatos e circunstâncias sobre os quais se baseiam o julgamento ou a estimativa mudarem ou como resultado de novas informações que afetam o julgamento ou a estimativa anterior. Por exemplo, a mudança de entendimento das autoridades fiscais ou da jurisprudência pode mudar as conclusões da entidade sobre a aceitabilidade do tratamento fiscal ou a estimativa do efeito da incerteza, ou ambos.

Há algumas questões a serem levantadas sobre esse ato normativo contábil que podem levar à sua contestação ou desconsideração:

a) uma governança responsável da empresa não tem a obrigação de apontar uma suposta contingência com base em mera adivinhação de ocorrer ou não uma fiscalização, e que esta venha a detectar um evento e lhe dar uma interpretação negativa: afinal, é princípio constitucional que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, e

b) não estão suficientemente claras as consequências pela inobservância dessa nova interpretação contábil, seja para os contadores, auditores ou perante os órgãos reguladores.

Com relação as incertezas dos demais tributos (ICMS, PIS/COFINS, IPI, etc.) continuarão a ser tratadas conforme as regras inicialmente citadas para provisões, ativos e passivos contingentes. 



PLÍNIO J. MARAFON é Sócio de Marafon, Soares, Nagai e Marsilli Advogados.

Hashtag polícia

■ POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

“Na figura de Darth Vader, um dos protagonistas da saga de *Star Wars*, os psicólogos enxergam o protótipo do burocrata que, à sombra do Estado, faz questão de exibir extremo poder, elegância e virilidade, arrancando do público feminino mais suspiros do que os mocinhos da elite Jedi. Entretanto, observam os estudiosos que, ao lhe retirarem a armadura, um pouco antes de sua morte, é revelado um ser monstruoso, incompleto, digno de pena, cujo único ato heroico merecedor de orgulho foi o de se redimir diante de seu inimigo capital, o próprio filho. Trágico fim para quem, preocupado em personificar a máquina estatal, se esqueceu de aperfeiçoar a sua condição de homem.”

Todos os dias podemos assistir por intermédio da imprensa alguém sendo conduzido coercitivamente à justiça, seja para prestar depoimento, seja para ser enclausurado em caráter definitivo ou provisório. O fato é comum: vê-se um indivíduo escoltado por diversos policiais fortemente armados e lançado no banco de trás de uma viatura.

Já foi o tempo em que a figura principal era a do preso, e os comentários giravam em torno dos crimes que supostamente havia praticado. Hoje, a atuação de uma parte considerável dos agentes de polícia tem roubado a cena. Vestidos com roupas apropriadas para um combate de grandes proporções, esses servidores carregam uma quantidade de armamentos até o limite do suportável para a envergadura humana, independente de qualquer correlação com o grau de periculosidade do cidadão detido ou com a existência de um fundado receio de uma possível evasão no curso da execução do ato processual.

Nos últimos anos alguns integrantes das forças policiais tornaram-se celebridades em razão das operações de grande repercussão na mídia. Houve até mesmo quem virasse marchinha de carnaval, enquanto outros se tornaram símbolos sexuais, ocupando as capas de revistas e programas de televisão condizentes com o nível

cultural da grande maioria do povo brasileiro. Não é por acaso que grande parte dos candidatos a uma vaga na administração pública vem preferindo concorrer na área de segurança pública, tanto no âmbito estadual quanto no federal. Afirmam que nasceram para esse ofício, e que o desejo de empunhar uma arma supera a satisfação financeira e a estabilidade inerentes aos cargos públicos. Esquecem, apenas, que os verdadeiros policiais não estão desfrutando do *glamour* da imprensa, mas sim tombando a tiros de fuzil, resignados com a falta de assistência do poder público aos que, prematuramente, se tornam viúvas e órfãos. Essa paixão pela carreira brigadiana, quando vista superficialmente, pode dar a impressão de representar a simples realização de um sonho infantojuvenil. Todavia, o fenômeno merece ser observado com um olhar mais crítico.

Pertencer à polícia representa integrar um dos braços do Estado, concebido, filosoficamente, como ser abstrato criado por gênios para ser administrado por pessoas que dispensam a nobreza intelectual de seus idealizadores. Não possui alma, e, por conseguinte, compaixão ou remorso, mas tem por natureza – ao menos no que diz respeito aos aspectos jurídicos – a incumbência de inibir e investigar as infrações penais, a fim de manter a ordem jurídica estabelecida. A polícia militar, por exemplo, exceto nos casos de crimes militares, realiza a atividade de policiamento ostensivo, de modo diverso das polícias civil e federal. Estas últimas desempenham a função de polícia judiciária, ou seja, desenvolvem diligências no sentido de apurar a autoria e a materialidade dos ilícitos de origem criminal. Por fim, a polícia rodoviária, classificada doutrinariamente como exemplo de polícia administrativa, é pulverizada pelas rodovias federais com a incumbência de impor o cumprimento da legislação de trânsito, além de reprimir os recorrentes e pen-dulares crimes que transitam pelas estradas nacionais, como o tráfico em geral, principalmente de drogas, armas e pessoas.

Entretanto, partindo do ponto de vista sociológico, a polícia brasileira se assemelha ao modelo de “polícia política”, no sentido de que sua atuação, historicamente, sempre extrapolou o balizamento constitucional a fim de reproduzir a ideologia da classe dirigente. A manutenção do *status quo*, dizem os especialistas, é, indubitavelmente, a sua função primordial. E quando vista por esse prisma, o trabalho que desenvolve no país, desde a formação das primeiras milícias, merece as mais sinceras homenagens, porque somente com muito empenho e competência as forças policiais conseguiriam manter a harmônica convivência entre sócios de clubes de golfe e habitantes de favelas vizinhas, como ocorre em São Conrado, bairro nobre da cidade do Rio de Janeiro.

Independentemente da consciência que o policial possa ter do seu papel institucional, o certo é que existe uma nítida divisão entre eles. Há quem ingresse nos quadros da polícia pelo fato de o concurso ter sido autorizado no exato momento em que almejava o reingresso no mercado de trabalho. Esses costumam investir em projetos acadêmicos com bastante sacrifício, no intuito de buscar não apenas uma melhor remuneração, mas também uma rotina que crie menos risco para si e sua família. Normalmente, encaram o ofício do mesmo modo que assimilariam qualquer outra profissão, pois a finalidade maior é prover as necessidades mínimas de seus entes queridos. Não desejam o combate, mas estão preparados para eventuais enfrentamentos, ainda que possam lhes custar a própria vida. Reconhecidos pela competência no mundo inteiro, são heróis e não sabem disso. Em contrapartida nota-se uma segunda categoria que tem o fetiche de ser confundido com o

próprio Estado. E revestindo-se do poder que dele advém, procura a cura para os seus recalques por intermédio do método da transferência. A responsabilidade social e os benefícios decorrentes do cargo público ficam em segundo plano. Não são heróis, e sabem disso.

Na figura de Darth Vader, um dos protagonistas da saga de *Star Wars*, os psicólogos enxergam o protótipo do burocrata que, à sombra do Estado, faz questão de exibir extremo poder, elegância e virilidade, arrancando do público feminino mais suspiros do que os mocinhos da elite Jedi. Entretanto, observam os estudiosos que, ao lhe retirarem a armadura, um pouco antes de sua morte, é revelado um ser monstruoso, incompleto, digno de pena, cujo único ato heroico merecedor de orgulho foi o de se redimir diante de seu inimigo capital, o próprio filho. Trágico fim para quem, preocupado em personificar a máquina estatal, se esqueceu de aperfeiçoar a sua condição de homem. A referida obra de George Lucas foi inspirada em diversos contos da Mitologia Grega, principalmente na história de Édipo. Todavia, no que diz respeito a fatos históricos, as bases não se distanciam tanto dos tempos áureos da Filosofia.

É no Império Romano que vamos encontrar a primeira montagem de um exército de excelência, composto por exímios gladiadores, com o domínio tanto da técnica da luta greco-romana quanto do manuseio de lanças e espadas. Faziam questão de exibir as mais belas armaduras, ícones de poder como a águia e a serpente, incorporando a imagem máxima de masculinidade, embora sabido que a maior parte das fileiras dos soldados era adepta das práticas homossexuais. Tal modelo foi reproduzido em uma versão mais elaborada pelos soldados do *Duce*, na Itália fascista, assim como pelas tropas da SA e da SS, comandadas por Röhm e Himmler, respectivamente. Aliás, diga-se de passagem, esta última, cópia da guarda pretoriana de César, acabou incorporando a primeira, pelo fato de os boatos de pederastia terem ultrapassado os muros dos quartéis (A Noite dos Longos Punhais). Mesmo assim, mostravam-se verdadeiros especialistas em provocar a libido do público, na mesma proporção que dizimavam cruelmente os seus opositores.

Anos mais tarde, a indústria do cinema iria explorar com maestria a energia sexual reprimida de toda uma geração com seus heróis do Velho Oeste. Os mocinhos de Hollywood, como John Wayne, Gary Cooper, Yul Brinner, Tony Curtis, Clint Eastwood, entre outros, por muitos anos representaram os sedutores assassinos de índios e ladrões de diligências. Até Elvis Presley e Sammy Davis Jr, por alguns momentos, tiveram que substituir seus dotes musicais pela arte de manipular o gatilho com extrema destreza. Com o coldre arriado e o olhar apertado, sem contar o cigarro no canto da boca, ilustravam todos os jornais e vendiam muito mais discos do que poderiam se insistissem na desgastada imagem do bom moço.

Dos seriados que surgiram na década de 70, muitos tinham como protagonista o galã armado. Impossível estimar quantas vezes os policiais rodoviários Jon Baker e Poncherello, do seriado CHIPs, viraram pôster nas revistas especializadas em artigos para meninas na fase da puberdade, assim como Luca, o menino prodígio da S.W.A.T. Por sua vez, os canastrões de Baretta, Kojak e Hawaii Five-0 atendiam muito mais à luxúria das donas de casa, além de servirem de referência aos homens que desejavam ter a mesma sorte com as mulheres.

Atualmente, apesar dos estereótipos do *macho man* terem virado espécies em extinção, não se pode dizer o mesmo em relação às modernas pistolas, ainda quando ostentadas por andróginos ou até mesmo por damas de traços finos, como a glamorosa Peta Wilson (atriz canadense que representou a espia da série

Nikita) e a *sexy simbol* Lili Simmons, a Rebecca do aclamado Banshee. No Brasil, atentos à dinâmica das relações sociais, os roteiristas começaram a explorar esse filão. Como prova desse fato, basta observarmos que as personagens mais homenageadas das telenovelas são aquelas que não temem partir para as vias de fato e, esporadicamente, trocam alguns tiros com bandidos.

Fica a cargo dos psicanalistas a análise do inconsciente daqueles que sentem necessidade de expor ao público pistolas e fuzis, bem como de outros indivíduos que se prestam a servirem de plateia. Há quem sustente a tese *freudiana* da utilização desses símbolos fálicos como extensão do pênis, ou, para as mulheres, a inveja dele. Alguns se valem de imponentes carros de luxo, outros preferem o ronco ensurdecedor dos canos de descarga de suas máquinas, mas nunca faltará quem prefira exibir canos longos de ferro preto ou prateado. As redes sociais estão repletas de usuários dessa estirpe. Centenas de fotos são publicadas diariamente por policiais que posam ao estilo dos grandes conquistadores, exibindo, indevidamente, as armas das corporações as quais pertencem. Pior ainda quando agem como caçadores de gente, tirando fotografias ao lado de presos recém-capturados na ânsia de expô-los como troféus, escarnecendo de toda a legislação vigente e do mundo civilizado. Se os bárbaros Átila e Aníbal pudessem assistir a tudo lá de cima (ou lá de baixo), estariam morrendo pela segunda vez em razão da inveja dos atuais recursos multimídia que permitem essa viril e fajuta autopromoção.

O que se mostra mais grave é a ausência de um código de conduta que sirva de base para fiscalização e repressão desse tipo de postura inconveniente por parte de determinados grupos minoritários inseridos nos órgãos de polícia. As respectivas corregedorias não podem negligenciar quanto ao fiel cumprimento das normas éticas. Os abusos, que posteriormente vão se materializar em condutas mais graves, germinam no solo fértil, sistematicamente adubado pelas manifestações de ódio. Uma instituição destinada à defesa do cidadão precisa persistir na imagem de disseminadora da paz, e não da guerra; da vida, ao invés da morte; do equilíbrio, em vez da soberba; em suma, da defesa intransigente da dignidade humana.

Aqueles sobre os quais recaiam suspeitas de terem infringido a legislação penal, gostem ou não, deverão ser submetidos ao rigor da lei. Não atendendo às intimações exaradas pelas autoridades, os investigados e acusados serão conduzidos coercitivamente. E quando preenchidos os pressupostos e requisitos que autorizam a prisão cautelar, outra sorte não terão. Porém, deve a polícia, assim como os demais servidores que eventualmente precisem dispor da força física, empregar somente os meios necessários para a consecução dos seus atos, sem qualquer artifício extraordinário capaz de transformar a miséria de alguns em espetáculo de outros.

A histeria exibicionista de uma pequena porcentagem de policiais por intermédio da *internet* e demais meios de comunicação apenas atemoriza o cidadão pacífico e amplia o banco de dados do crime organizado, que a tudo assiste da mesma forma como agem os serviços de inteligência atrelados ao governo. Devemos esperar que as inferioridades afloradas por aqueles que não aprenderam a honrar as instituições voltadas para a segurança pública venham estimular ainda mais as justas homenagens que a sociedade tanto deve aos policiais de verdade. 



SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL é advogado; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.



O pregão continua sendo abusado. O péssimo pregão eletrônico

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“O pregão neste momento está sendo desnaturado, vulgarizado e vilipendiado na sua essência e nos seus principais fundamentos pela prática insciente, comodista e desleixada da Administração quando se furta ao trabalho de licitar pelas modalidades, ainda que lentas, adequadas a objetos de uma tal complexidade e peculiaridade que inadmite a simplificação procedimental grosseira e rudimentar do pregão.”

Volta-se a estes temas já assaz de vezes abordados, desta vez com preocupação mais acendrada.

O pregão, excelente invenção que trouxe à realidade antigos sonhos dos idealizadores e dos operadores de licitações – sem dizer das autoridades envolvidas e dos licitantes em maciça união –, representou um passo dos mais extraordinários na história das licitações brasileiras, que só merece elogio.

Com o pregão rompeu-se o pachorrento imobilismo dos certames no Brasil, e a clássica vagareza que sempre emperrou o procedimento licitatório desde o início até o seu incerto final, e que mesmo após finalizado nada assegura que vá ser confirmado pelos entes de fiscalização, o que pode levar de roldão o contrato decorrente.

Era e ainda é, com efeito, profundamente desanimador a todos os envolvidos enfrentar a vagarosíssima, arrastadíssima, penosíssima lentidão procedimental das licitações brasileiras, burocrática e retrógrada a mais não poder em nome das garantias de direitos de licitantes – que com entusiasmo abririam mão da maioria deles em prol da celeridade operacional – e de mil princípios de administração, de que boa parte é (I) de paternidade suspeita, e (II) de proveito muito duvidoso. Se vigorasse um princípio de economia principiológica dois terços dos princípios correntes no mercado perderiam o emprego.

De fato, em licitação como em múltiplos outros temas administrativos do nada se criam princípios a todo tempo, que alegremente espoucam com descompromisso e simplicidade extremos, como o sorriso de uma criança ou o vôo do colibri.

A criatividade do doutrinador, e bem assim com frequência do analista das contas públicas que nela se estriba, não raro é prodigiosa, pois que qualquer prurido da autoridade, ou qualquer vagido que algum incomodado exteriorize, converte-se *ipso facto* em princípio de administração, e por mais estapafúrdio que, longe desse contexto, pareça. Evidencia-se assim que nesta matéria os princípios parecem não ter fim, brotando quase sempre já unguídos de um manto sublime de sacralidade. Como é fácil fazer discursos!..

Mas o pregão, estupenda instituição que é, em nome de diversos daqueles ora legítimos, ora farsescos princípios lamentavelmente vêm sendo abusivamente banalizado, e experimentando uma aplicação muito mais generalizada do que a lei admite e do que o bom-senso da administração pública deveria tolerar. Se é excelente para comprar parafusos ou batata inglesa, ou mesmo automóveis e geladeiras, já para licitar a grande maioria dos serviços de que o poder público necessita se revela completamente inadequado.

O pregão para objetos complexos entre autoridades desavisadas lembra os antibióticos nas mãos de ignorantes: um descaminho, uma falsa salvação ou uma ameaça, um desvio de conduta que bom resultado não pode acarretar.

Nem todo aceleração institucional é aceitável, nem jurídica nem operacionalmente, apenas por ser rápido e descomplicado. O direito, como a vida, tem regras, que não podem ser ignoradas por momentânea conveniência, ou por indisfarçável comodismo, ainda que o retrógrado culto à burocracia – que aliás também existe não em prol da segurança institucional, mas exclusivamente por causa da preguiça dos seres humanos¹ – constitua um terrível mal a combater.

A pressa continua implacável inimiga da perfeição, e certos atalhos em questão de licitações, se são bem-vindos quanto à sua ligeireza, também são tecnicamente intoleráveis, e não resistem à mínima análise de racionalidade.

A lei do pregão, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, inicia estabelecendo na primeira linha do seu art. 1º que para a aquisição de bens e serviços comuns poderá ser adotada a licitação na modalidade do pregão.

O parágrafo único da mesma lei, talvez mesmo desnecessariamente, descreve o que são bens e serviços comuns, fazendo-o de um modo já sabido generalizadamente pelos cidadãos e que atende à pura e convencional lógica que rege nossa

vida: são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Não escreveríamos melhor, como dizia um falecido amigo... A síntese do legislador foi simplesmente magistral, como poucas vezes se observa em seu trabalho – algo mais ou menos oposto ao que se lê da maior parte da lei nacional de licitações e contratos administrativos, tida e havida como, se não a pior, uma das piores leis já editadas das no direito das gentes e das nações.

Bens e serviços comuns são aqueles conhecidos da, ou “familiares” à, sociedade, ou, de outro modo, ao meio profissional respectivo.

Um gigantesco avião da Boeing ou da Airbus pode não ser do domínio operacional do gentil leitor como também deste humílimo escriba, porém dentro do meio profissional e do mercado respectivo é rigorosamente comum, conhecido, sabido, dominado e exercitado diuturnamente. É, portanto, um bem comum, no sentido jurídico.

Uma pequena pastilha de material radioativo que levita e faz malabarismos aparentemente impossíveis² dentro de sua aparente insignificância, desenvolvido apenas ontem por um laboratório específico no noroeste da Macedônia, pode não ser nem minimamente comum no meio científico, e malgrado o seu custo e a sua complexidade serem bilhões de vezes inferiores aos do avião, neste preciso momento não é um bem comum. Quiçá amanhã sê-lo-á como dirão certos políticos, porém hoje não o é.

Então, assim sendo, enquanto uma semelhante pastilha não for comum e suficientemente conhecida no meio respectivo não poderá ser licitada por pregão, se acaso dela necessitar o poder público.

O bem não é comum por ser barato nem por ser caro; não é o apenas por ter estrutura complicada e requintadíssima, que dependeu de um projeto, nem o é apenas por ter sido confeccionado de um só material com simplicidade. Nem é o bem nacional em oposição ao importado, nem o grande ante o pequeno. Comum é o bem que apenas seja conhecido, familiar, usual, tradicional, ou aquele produzido em linha ou em série. Um refinadíssimo automóvel é um bem comum, enquanto uma prótese que tenha de ser confeccionada para um caso específico e todo peculiar não o é.

Agora os serviços. O grande problema aqui se situa, muito mais que no caso dos bens.

É bem verdade que por mais que se tente objetivar a definição e a categorização de comuns para bens e para serviços essa separação com muita frequência nada tem de objetiva. Esta é uma das mais difíceis tarefas a cargo do aplicador do direito: a subjetividade dos conceitos quando precisa aplicada à objetividade dos fatos.

Em face desse dilema observam-se os mais rematados absurdos conceituais sendo aplicados a casos concretos, licitando-se por pregões os serviços mais complexos e intrincados que se imaginam, muitos dos quais nem o candidato a executante conhece, pois que sob aquela feição descrita no edital nunca viu antes, nem imaginava que pudessem existir... e que são serviços tão comuns quanto exploração de Marte, prospecção de urânio em fossas submarinas ou ensino de física quântica por telepatia para deficientes auditivos.

Para não se caricaturar o objeto da preocupação, e para não se alçar vôo na imaginação, procuramos na internet casos reais de anunciados pregões, com os editais em vigor. O trabalho foi o mais fácil e rápido que já realizamos, uma verdadeira

caçada em jardim zoológico, ou uma *blitz* da fiscalização na Galeria Pajé, em São Paulo – se acaso ainda existe, e se está aberta.

Uma só Prefeitura Municipal forneceu todos os casos, até cessar a pesquisa por fadiga do pesquisador. Na primeira peneirada detectaram-se os seguintes casos, repita-se, reais e ainda em curso na data deste artigo:

- fornecimento de licença para uso de software;
 - serviços de manutenção com fornecimento de equipe técnica especializada em iluminação pública;
 - serviços de limpeza, asseio e conservação e manutenção em geral, com fornecimento de equipamentos, máquinas e empresa especializada em uso de sistema de gestão integrada para rede municipal das secretarias de educação, saúde, promoção social, administração de cemitério e almoxarifado, em plataforma web;
 - transporte escolar;
 - serviço de recapeamento asfáltico, com usinagem, fornecimento de equipamentos e mão-de-obra;
 - prestação de serviços especializados de assistência à saúde para o Município;
 - fornecimento de projetos educacionais, com implantação de oficina pedagógica.
- Pergunta-se: será o samba do crioulo doido? Chegou o apocalipse? Materializou-se a terceira profecia de Fátima?

As pessoas terão perdido tão completamente qualquer mínimo senso de medida, de proporção, de racionalidade, de lógica jurídica e operacional?

Quem teve semelhantes idéias? E quem depois as copiou, crendo-as geniais?

Imagine-se licitar, e por pregão, e por vezes eletrônico, objetos como fornecimento de projetos para a educação!

Projeto não se licita porque é serviço personalíssimo, de fatura absolutamente individual e peculiar de cada prestador, e não existe denominador comum entre quaisquer projetos de modo que se os possa comparar objetivamente! Mas então, se não se os licita nem por concorrência de técnica e preço – porque tudo seria de uma subjetividade fatal! – então como imaginar licitar projetos educacionais por pregão? Quantos milhares de incidentes técnicos podem surgir em um pregão desse objeto?

Um licitante – acaso um picareta vigarista e pilantra dos mais bem-acabados – vendo os lances baixarem, reduz seu preço até o basalto, no desespero de contratar alguma coisa, talvez para cobrir o cheque sem fundo do almoço, e nas mãos de semelhantes meliantes fica entregue o ente público licitador. Que depois gastará oito vezes mais para consertar o estrago que o indigitado patife lhe ensinou!

É mais do que óbvio que licitantes sérios e idôneos também participam daquelas tenebrosas licitações: afinal o objeto é o mesmo objeto social de suas empresas, e nele são especialistas. Mas quão cruel é rebaixá-los ao nenhum nível de dignidade dos referidos patifes durante aqueles certames que somente prestigiam aventureiros! Ter de competir em meio semelhante é degradante e o poder público jamais deveria perseguir o baixo preço de modo parecido, realizando que se costuma qualificar serviço porco, porque o resultado do negócio fatalmente revelar-se-á também suíno. E o conserto, como se disse, três vezes mais caro.

Licitações como essas, pregões com objetos semelhantes aos acima elencados, são elaboradas para atrair aventureiros, paraquedistas, fanfarrões de todo gênero, empresários cujo escritório é a pasta que levam a tiracolo, e que se ganham algum certame logo em seguida saem atropeladamente à caça de alguém que pelo

menos saiba o que é o objeto que lhes foi adjudicado! Para então contratá-lo... e começar a rezar.

Será que o poder público não irá acordar do pesadelo que ele próprio provoca para a Administração?

Quando se dará conta de que o barato sairá caro, que o rapidíssimo será o mais vagaroso, que o impessoal tem limites, e que a realidade virtual não é adequada para licitações?

Poderia ter presente aquela máxima segundo a qual malandro esperto é honesto por velhacaria, o que quer dizer que o preguiçoso inteligente segue rigorosamente todas as regras e obedece a todas as instituições aplicáveis por mais trabalho que tenha agora, sabendo que fazer a coisa certa lhe poupará muito tempo, dinheiro, aborrecimento e desventuras no futuro.

O preguiçoso não-inteligente, ao invés disso, visa sempre levar vantagem neste momento, e para obtê-la realiza tudo arresado, torto, impróprio e impensado. Se ao menos tiver inteligência suficiente para arrepender-se, nem tudo estará perdido.

Adoradores de pregão e de sistemas: acordem! Vocês estão em lugar errado.

Mas aquela rápida pesquisa indicou também, como se deduz do que está escrito, que diversos daqueles editais foram cancelados, o que não pode ser casual ou acidental. Quando inúmeros pregões são tentados – comodismo, preguiça, ignorância, desleixo, desinteresse, despreocupação, descompromisso com o direito e com a funcionalidade, descaso com a coisa pública – e desses muitos são cancelados, ora, algo aí algo existe de errado...

Não se sabe, mas devem ocorrer impugnações sem conta de editais como aqueles, o que é saudável e até recomendável pois que os males se devem cortar pela raiz, antes que o Tribunal de Contas declare nulos aqueles procedimentos, ou que o Ministério Público proponha ação civil pública, ou ação criminal, com escopo muito mais gravoso.

E nesse sentido são também bem-vindas, contra tudo que possa parecer, muitas e freqüentes liminares judiciais ou medidas administrativas que paralisam os editais ou os certames, pois que de um lado permitem que o ente licitador reflita sobre os seus atos, e de outro lado os obriga a fazê-lo – sempre na esperança de que aprenda a trabalhar.

E outra vez a recomendação ao ente público licitador é a de que, salvo se entenda tratar-se a paralização de um rematado absurdo jurídico ou técnico, ou fundada em motivo falso, ao invés de responder ao (geralmente) impetrado mandado de segurança desde logo anule o procedimento pela irregularidade que admita presente no edital, comunique-o ao juízo e reabra o certame com um edital escoimado ao menos daquela falha. Resulta muito mais rápido e racional fazê-lo, ao invés de resistir no processo judicial, cuja demora, como se sabe, é proverbial, e cujo resultado é incerto.

Se o pregão presencial, além de formalmente ilegal para aqueles objetos nada comuns, materialmente já é inadequado, inapropriado, antitécnico, contraproducente e anacrônico, que então dizer do – execrável para este irrelevantíssimo autor – pregão eletrônico?

Já se ouviu de uma grande Prefeitura paulista a justificativa para a adoção exclusiva do pregão eletrônico, jamais o presencial, de que os servidores da licitação não gostavam de gente, pois que as pessoas criam muito caso, dão muito trabalho, só criam problemas... o que fez lembrar banqueiros refletindo sobre seus funcionários.

Pessoas criam realmente muitos casos que demandam trabalho que os resolva, e paciência; será entretanto que apenas isso justifica excluir o pregão presencial, que, por vezes e por ruim que seja, é sempre mil vezes preferível à impessoalidade e ao anonimato próprios do pregão eletrônico, sob cuja virtual máscara se escondem os bandidos mais ecléticos e variados, os facínoras, golpistas e criminosos que nunca mostram a face e que detestam o sol – e a polícia?

Será conveniente à Administração acobertar, resguardar, proteger e abrigar os picaretas de todo gênero que se escondem por detrás da tela, como o comerciante de materiais cuja sede não existe, a oficina-fantasma, a indústria metalúrgica cujo telefone é atendido por uma criança de quatro anos de idade, o prestador fictício de serviços, o, de outro modo, aquele proponente que vence o certame mas jamais comparece para assinar o contrato, ou aqueloutro a que o assina, mas a seguir desaparece para todo o sempre do horizonte, como fogo de santelmo?

Isso é bom, ou recomendável a quem precisa dar exemplo de conduta exemplar aos administrados? Seria acaso preferível ao pregão presencial, porque gente só dá problema?

Tecnicamente, pode ser levado a sério um sistema de negociação pública em que um licitante vê na tela decrescer racional e razoavelmente o valor dos lances efetuados, até que aparece um lance de um décimo do último constante da tela – e esse licitante não pode falar com o pregoeiro, e questioná-lo sobre o que é aquilo, porque o sistema não lho permite? Isso é um sistema sério? É assim que o poder público negocia? É para algo assim que serve o avanço tecnológico?

Pode ser levado a sério um sistema de negociação pública que leva em consideração a eletrônica e não o direito que o fundamenta?

Pode ser tido a sério um sistema que faz o que o programador lhe inseriu por ordem da autoridade que o contratou, a qual não quer nem ouvir falar daquela chatice tão incômoda que é o direito?

Pode ser tido a sério o sistema que venera o deus-computador, ao invés do demônio jurídico que o deveria informar, mas que... cria tantos problemas?

Sim, porque nosso atual pregão eletrônico, matéria de engenharia eletrônica e de tecnologia da informação, é tudo isso e mais um pouco. Expulsou o direito da mesa do operador de licitações em prol dos melhores e dos piores sistemas informáticos, para os últimos dos quais o direito constitui apenas um incômodo detalhe, amiúde indesejável como a peste.

O mundo em breve será todo exclusivamente eletrônico, ninguém o questiona, e a isso ninguém racionalmente pode pretender resistir.

O pregão também o será, como qualquer licitação, e os bons sistemas são sempre bem-vindos – mas não está presente e a péssima configuração eletrônica que aí se encontra implantada em nosso país.

A culpa não é, evidentemente, dos engenheiros eletrônicos, que apenas realizam o que lhes é determinado. A culpa de tudo isso é das autoridades nomeadas para importantes cargos do Executivo federal porque o partido político que apóia ao governo os indicou, responsáveis pela orientação daqueles engenheiros neste caso específico, e as quais com freqüência não conseguem escrever a letra O com um copo na areia, semianalfabetos atávicos e jejunos em qualquer matéria que se lhes apresente. apesar dos vencimentos ou dos subsídios que ganham, e muitas vezes das aposentadorias que terão.

Entra governo, sai governo, e esse mercado-de-peixe institucional continua – no presente governo assim é, e no próximo, a ser em breve eleito, também será. E

o será enquanto o cidadão brasileiro continuar sendo o que atualmente é. Mas a culpa é também das assessorias e das consultorias do Executivo, que deveria saber de tudo isso e não poderia deixar tanta infâmia e tanta ignorância institucional converter-se em decreto federal.

Se é verdadeira a impropriedade do pregão para licitar aqueles objetos reais que foram elencados, e se a primeira idéia de pregão é a do presencial, que então dizer do pregão eletrônico naqueles casos – porque muitos dos exemplos são de editais de pregão eletrônico?

Como licitar eletronicamente um licenciamento de uso de sistema de gestão integrada de diversas Secretarias municipais? Ou o fornecimento de projetos educacionais, com implantação de oficina pedagógica? Ou o licenciamento de algum software, seja lá para o quê for?

Todos esses objetos – diferentemente da compra de óleo cru ou de beterraba para cuja licitação nada melhor pode existir que o pregão – implicam incontável série de detalhes, particularidades e minúcias de toda ordem, que precisam ser analisadas técnica e detidamente pelo ente licitador dentro de cada proposta escrita apresentada.

Desse modo, se nem o pregão presencial se presta a um tal ritual, o quê então concluir quanto ao bate-pronto do certame eletrônico, jogo de esconde-esconde travado entre os bons fornecedores de permeio às fantasmagorias da pior origem, incorpóreos tal qual ectoplasmas ou abantesmas que habitam as sombras, sempre seguras, do anonimato e da anomia? Os pilantras de toda espécie lograram grande tento com o pregão eletrônico, que não os obriga a mostrar a cara...

Para concluir, o pregão neste momento está sendo desnaturado, vulgarizado e vilipendiado na sua essência e nos seus principais fundamentos pela prática insciente, comodista e desleixada da Administração quando se furta ao trabalho de licitar pelas modalidades, ainda que lentas, adequadas a objetos de uma tal complexidade e peculiaridade que inadmite a simplificação procedimental grosseira e rudimentar do pregão.

Assim mal utilizado o pregão por incúria e por preguiça, longe de auxiliar antes mutila a licitação e o seu objeto, e redundante, para mal dos pecados e contra toda a aparência evolucionária, num salto monumental para trás: o que era ruim ficou péssimo.

E todo o evento nos escancara a verdade de que a preguiça é o mais grave dos pecados mortais, já que os demais prejudicam quem os comete, enquanto a preguiça de alguns compromete o mundo e a todos. 

NOTAS

- 1 Adeptos da cultura segundo a qual por quê se deveria concluir a tarefa em uma semana, quando se o pode fazer em dois meses? Alguém explica por que um edital de concorrência precisa ficar por um mês publicado e tomando poeira no quadro de avisos, ou se for de técnica e preço por quarenta e cinco dias? Alguém justifica por que um edital do ligeiríssimo pregão para comprar meias de jogador precisa ficar oito dias úteis parado, quando um empresário não precisa mais do que de oito minutos para escrever seu orçamento?
- 2 Como por exemplo, dizia meu pai, ir descontar este meu cheque, de trem, em Nuporanga.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo.



Valuation e o politicamente (in)correto

■ POR ALEXANDRE PÓVOA

“As empresas terão que se adaptar com um único objetivo: maximizar o valor do acionista. Esse objetivo único vai tornar as empresas fortes, com a criação de emprego e renda para toda a sociedade, a principal função de uma companhia.”

Nos transportemos para meados do século XIX, onde a escravidão ainda existia no Brasil. Suponhamos que as ações de duas fazendas fossem negociadas em uma hipotética Bolsa. A primeira era um engenho que contava com 500 escravos. Já a outra fazenda abrigava 1.500 escravos. Tudo mais constante em termos de projeções e taxa de desconto, qual

seria o maior valor de mercado? Certamente, a ação do engenho com maior número de escravos que eram, na época, considerados ativos valiosos na produção, seja nos canaviais ou plantações de café. A escravidão era um costume aceito na sociedade, por incrível que isso possa parecer.

A partir dessa constatação histórica, fica a pergunta: Será que a sociedade hoje é mais evoluída do que era há dois séculos atrás? Somos seres humanos melhores? Trazendo para o final do século XX, será que as piadas dos Trapalhães, Chico Anysio ou Jô Soares, os bordões do Chacrinha ou as músicas do Tim Maia, politicamente incorretas pela ótica atual, os condena, de forma policialesca aos olhos de hoje, “culpados pelo pecado do preconceito”?

As discussões recentes confrontam a teoria clássica preconizada nos melhores livros de *valuation* – “o objetivo principal de uma companhia deve ser a maximização de valor para o acionista” - com uma teoria contemporânea que prega que “a meta principal de uma empresa deve ser a maximização do valor para todos os possuidores de interesses (os chamados *stakeholders* - acionistas, empregados, Governo, consumidores, credores e meio ambiente).

Outros objetivos menos cotados ainda persistem no tempo, como a busca pela maximização de receita. Aliás, quantas empresas já afundaram pelo desejo de ser a “maior” e não a “melhor”? Quantos impérios já vimos desmoronar de pretensos “Reis do aço, da soja ou do petróleo” no Brasil? Adicionalmente, outra vertente defende que o objetivo principal deva ser a maximização de lucro (linha perigosa, por não contemplar investimentos físicos e de capital de giro na precificação da companhia).

A primeira pista dessa análise vem de uma constatação: Por que será que grandes empresas, sobretudo do setor financeiro, são as que mais divulgam investimentos em projetos sociais e de meio ambiente? Será que, por trás disso, não há uma tentativa de melhorar a imagem (e, por consequência, o valor) perante à sociedade ou a filantropia é o cerne real da questão?

O objetivo de maximizar o chamado “bem-estar social” também suscita desconfiança. Suponhamos que uma empresa de 1.000 empregados sofra dificuldades financeiras. Parte da solução é a demissão de 300 funcionários. A meta de atingir plenamente o bem-estar social, empurrada pela pressão por parte de sindicatos e fundações, impede essas demissões. A empresa, então, vai à falência. O resultado é que, ao invés de poupar 700 empregos, 1.000 são perdidos. Essa dicotomia desastrosa foi observada na falência da Varig no começo desse século.

Há contabilizados cerca de 50 fundos abertos ligados à responsabilidade social no Brasil, perfazendo aproximadamente R\$ 1 bilhão de patrimônio. Já no mundo, essa classe de fundos avançou bem mais, já representando 15% dos ativos sob gestão. Os critérios de escolha de ações excluem, por princípio, empresas dos setores de armas, jogos ou pornografia. Mas fica a pergunta: Por que vetar a fabricante de bombas e aceitar ações de empresas que, além aeronaves de transporte civil, produzem também aviões que jogam os explosivos? Por que proibir empresas de energia nuclear, mesmo sabendo que há aplicações importantes na engenharia e na medicina, que pode salvar vidas? Enfim, todas as moedas deveriam ser vistas dos dois lados.

Cabe ressaltar que desde que “o mundo é mundo” existem conflitos de interesses dentro das empresas: acionistas (querem mais risco, dividendos e ganhos de capital) x diretores (privilegiam salários e bônus); acionistas versus credores (querem menos risco, garantia de recebimento do empréstimo); diretores versus empregados (querem segurança no emprego) e todos (querem pagar menos imposto) versus o Governo (quer arrecadar mais). Com o tempo, o mercado, se adaptando à teoria da responsabilidade social e corporativa, ajudou ao menos a pacificar essas relações.

Inevitável não citar a tragédia de Brumadinho da Vale do Rio Doce. Na atual sociedade, a penalização está longe de ser apenas financeira (custo de indenizações às famílias e recuperação da cidade). A empresa vê-se obrigada a fechar todas as barragens parecidas (10% da produção), a diretoria é demitida, os bancos tornam-se mais rigorosos nos empréstimos, as agências de *rating* colocam as notas sob revisão e, mais relevante para a *valuation*, uma taxa de desconto maior é aplicada pelo mercado. Dezenas de bilhões de reais são destruídos. A imagem da empresa, sem trocadilhos, é jogada na lama e todos os dedos da responsabilidade social, corporativa e ambiental são apontados. Faz parte do jogo que a Vale falhou ao jogar.

Como resolver a disputa maniqueísta aparentemente inconciliável entre o “lado bom” que defende a responsabilidade social, ambiental e corporativa e o “lado mau” que advoga a tese de maximização de valor para o acionista? É mais simples que parece. Na verdade, cada sociedade admite e exige certos padrões de comportamento para pessoas e empresas, em determinado momento do tempo. Há países hoje com hábitos, leis e costumes completamente diferentes dos nossos e nem por isso podem ser considerados um povo pior. Cabe às pessoas e empresas entenderem isso e respeitarem o manual do momento, no dia a dia. Caso contrário, as empresas serão inexoravelmente penalizadas pelo mercado.

Portanto, como em qualquer época, a maximização do valor para o acionista é que deve prevalecer (atualmente, isso embute necessariamente todas as exigências da responsabilidade social, corporativa e ambiental; amanhã, a exigência pode ser outra). Se hoje a empresa for acusada de trabalho escravo, diferente do século 18, vai sofrer no preço das ações; se a companhia atacar o meio ambiente, vai sofrer destruição de valor por conta da imagem manchada que vai custar muito mais caro que a potencial simples reposição do dano. Se a empresa não participar de ações sociais, verá um catalisador a menos para o valor de suas ações.

Cabe enfatizar que faz parte da estratégia das empresas as adaptações às exigências conjunturais da sociedade. Se, daqui a 50 anos, o tema da responsabilidade ambiental, social e corporativa sair de cena e a exigência for outra (por exemplo, pintar as matrizes de vermelho), haja tinta rubra! As empresas terão que se adaptar com um único objetivo: maximizar o valor do acionista. Esse objetivo único vai tornar as empresas fortes, com a criação de emprego e renda para toda a sociedade, a principal função de uma companhia. 



ALEXANDRE PÓVOA é Presidente Canepa Asset Brasil. Autor do livro: “Valuation, Como Precificar Ações” e “Mundo Financeiro, o Olhar de um Gestor”.

Um convite aos corruptos: a abrangência da sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos

■ POR FELIPE DEIAB



“A abrangência da aplicação do art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos continua sendo objeto de acaloradas discussões e traz ainda enorme insegurança jurídica para a Administração Pública e para quem pretende ser por ela contratado. Isso só aumenta os custos, diminui a eficiência e estimula a corrupção.”

A aplicação da norma prevista no art. 87, *caput*, inciso III, da Lei federal nº 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, continua a gerar inúmeras dúvidas, apesar de estar em vigor há mais de vinte e cinco anos. O alcance e o sentido dessa regra vêm sendo discutidos pelos órgãos e entidades licitantes, pelos Tribunais de Contas e pelos tribunais judiciais, não havendo, ainda, uma posição de consenso nestes, nesses e naqueles sobre a extensão da pena nela prevista.

Onde a lei não é clara, surge incerteza. E onde há incerteza, há insegurança jurídica. Assim, como a Lei de Licitações – nesse passo e em tantos outros – dá margem a inúmeras interpretações, cabe aos aplicadores do Direito trazer a desejada e necessária segurança jurídica nesse tema.

Como qualquer aplicador do Direito sempre deve iniciar seu estudo pela leitura do dispositivo a ser interpretado, nada mais óbvio do que começar a examinar a respectiva redação. Ei-la:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Na tentativa de interpretar a norma em comento, a doutrina e a jurisprudência ainda estão à procura de um caminho mais seguro.

Uma primeira corrente de estudiosos do Direito Administrativo brasileiro entende que a norma sancionadora do art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, referindo-se expressamente ao termo “Administração”, só pode ter o respectivo âmbito de aplicação delimitado ao conceito de “Administração”, atribuído a esse termo pelo art. 6º da própria lei.

Por esse entendimento, impor-se-ia, assim, a interpretação literal do prefalado art. 87, *caput*, inciso III c/c o art. 6º, *caput*, inciso XII, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, porquanto de acordo com este, “Administração” equivale ao órgão, entidade ou unidade administrativa licitante, sendo muito menos abrangente do que o termo “Administração Pública”, que, segundo o inciso XI do mesmo dispositivo, engloba todos os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública direta e indireta. Confira-se:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (*omissis*)

XI – Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII – Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Logo, por esse raciocínio, a sanção do art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos estaria circunscrita somente e tão-somente ao órgão, entidade ou unidade administrativa licitante. À guisa de ilustração, pense-se na hipótese seguinte. Necessitando de obras de reforma na Escola Municipal Cabeças de Ferro, da rede escolar do Município de Riachinho do Acutipum, o diretor da escola, Professor Honesto da Silva, abre processo licitatório para contratação de empresa de engenharia. A execução vai mal e o diretor decide aplicar à empreiteira, que atua apenas naquela municipalidade, pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos: nesse caso, o âmbito de aplicação da sanção estará restrito à Escola Municipal. A empreiteira, mesmo sancionada com a pena de suspensão, poderá participar de licitação para reforma de outra escola municipal, de uma autarquia municipal, de um hospital municipal, da Câmara de Vereadores ou do prédio da Prefeitura etc. Também poderá participar de licitação de órgão, entidade ou unidade da Administração Pública de Estado ou do DF, bem como da União Federal.

À guisa de ilustração, podem ser citados como adeptos dessa primeira corrente os eminentes Professores Celso Rocha Furtado¹, Floriano Azevedo Marques Neto², Jessé Torres Pereira Junior³, Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴ e Toshio Mukai.⁵ Essa é também a posição do Egrégio Tribunal de Contas da União (TCU)⁶.

Para a segunda corrente, a solução seria diversa. Sendo a escola Cabeças de Ferro integrante da rede de educação do Município de Riachinho do Acutipum, estando vinculada à Secretaria de Educação daquela Municipalidade, a sanção abrangeria todas as escolas municipais e demais edifícios afetos àquela Secretaria.

São adeptos dessa segunda corrente, dentre outros, o insigne Professor Carlos Ari Sundfeld⁷, para quem “o fato de uma empresa sofrer a aplicação da sanção prevista no art. 87, inc. III (suspensão temporária da participação em licitações e contratações), só inviabiliza sua contratação pelo mesmo órgão ou pessoa jurídica que a puniu.” Como se percebe, a diferença fundamental entre a primeira corrente e a segunda reside na abrangência da sanção: para os adeptos daquela, a suspensão temporária de participar de licitação e contratar com o Poder Público fica restrita ao âmbito da unidade administrativa contratante; nesta, engloba o órgão ou a pessoa jurídica do contratante.

Há ainda uma terceira corrente, que vem sendo adotada por abalizada doutrina⁸ e pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça. De acordo com esse entendimento, a sanção imposta teria âmbito de aplicação nacional, isto é, não estaria restrita à unidade administrativa licitante tampouco ao órgão ou entidade a que àquela esteja vinculada: abrangeria todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

Desse modo, no caso hipotético, a decisão sancionadora do diretor da escola municipal repercutiria em todos os entes federativos. Supondo que a empreiteira, em nosso caso, fosse uma sociedade empresária de grande porte, com atuação nacional, estaríamos diante da seguinte situação: a sanção de suspensão temporária para licitar e contratar aplicada pelo Professor Honesto da Silva, autoridade licitante de uma escola do Município de Riachinho do Acutipum, simplesmente impediria essa empreiteira de grande porte de participar de toda e qualquer licitação em todo e qualquer ente federativo, ou seja, a sanção abrangeria licitações de União, dos vinte e seis Estados, do DF e de outros 5.569 Municípios.

O óbvio não precisa ser dito, mas vale a pena ser bem claro nesse passo: com o devido respeito a quem adota essa terceira corrente, ela, por si só, é um convite à corrupção.

Sob a auspiciosa capa da moralidade administrativa, deu-se um grande estímulo a que administradores de mau vezo, em todo o País, do Oiapoque ao Chuí, possam submeter sociedades empresárias a todo tipo de chantagem. Pior ainda: cria-se um risco econômico que repercute negativamente, à toda evidência, nos preços ofertados ao Poder Público, eliminando a tão almejada vantajosidade do processo licitatório.

A quem interessa isso? A ninguém, muito menos a nós, contribuintes e usuários dos serviços públicos. Frequentemente em nosso País, juristas, cercados em seus gabinetes e escritórios, travestidos de arautos da moralidade, defendem, a marteladas, o discurso da necessidade de apenar com rigor quem celebra contratos com o Poder Público, como se todos aqueles que com ele contratam fossem automaticamente pecadores pelo só fato de serem prestadores de serviço ou fornecedores de produtos para órgãos e entidades da Administração Pública.

É fácil pensar que todos são pecadores diante da realidade do Poder Público que temos. Punir, ao contrário do que se pensa, também é fácil. Difícil é prevenir. Lamentavelmente, nosso Direito Administrativo tem sido péssimo em prevenir. Prevenir é muito mais importante e muito mais econômico do que punir.

Interpretação que permite conjugar a necessidade de punir com rigor quem executou mal contrato celebrado com o Poder Público e, ao mesmo tempo, prevenir, sem exageros, contratações ruins de prestadores de serviço e fornecedores de produtos por parte da Administração Pública reside em conferir à norma do art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administração Pública interpretação estritamente afinada com a Lei Maior.

Como é de trivial sabença, a Constituição da República prevê expressamente que os Poderes – e órgãos constitucionais autônomos – são harmônicos e independentes entre si (art. 2º) conferindo-lhes a prerrogativa de exercerem, por si sós, a função materialmente administrativa, isto é, *v.g.*, dar provimento aos respectivos cargos, eleger os respectivos órgãos de direção, controlar internamente os respectivos atos e despesas, elaborar o próprio regimento interno, organizar os seus serviços, e, dentre outras tantas funções, proceder à aquisição de serviços e produtos necessários ao regular funcionamento dos serviços públicos.

Porque assim a Constituição determina (confirmam-se, à guisa de ilustração, os arts. 51, incisos III e IV; 52, incisos XII e XIII; 96, *caput*, inciso I; o *caput* do art. 73; o § 2º do art. 127; e o § 2º do art. 134, todos da Lei Maior), não há como se admitir que a sanção administrativa atribuída a um determinado contratado por certo Poder ou órgão constitucional autônomo possa repercutir imediata e automaticamente em outro Poder ou órgão constitucional autônomo que não celebrou o contrato.

Fora das hipóteses constitucionais – leia-se: fora as hipóteses de decisões jurisdicionais e de decisões dos Tribunais de Contas, por força, respectivamente, dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do controle externo da Administração Pública – é vedada a transcendência das sanções aplicadas por Poder ou órgão constitucional autônomo com base no art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos.

Assim, se a suspensão de participar de licitação ou de contratar com o Poder Público for aplicada ao contratado pelo Poder Executivo, só poderá ela produzir efeitos no âmbito do Poder Executivo; se for aplicada pelo Poder Legislativo, só produzirá efeitos no âmbito do Poder Legislativo; se for aplicada pelo Poder Judiciário,

só produzirá efeitos no âmbito do Poder Judiciário; e assim sucederá também com o Ministério Público e a Defensoria Pública.

No caso hipotético referido acima, a sanção aplicada pelo diretor da Escola Municipal de Riachinho do Acutipum ficará restrita ao Poder Executivo local, produzindo efeitos em todos os órgãos e entidades daquele Poder, mas de forma a evitar a transcendência dos efeitos da aplicação do art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos para o Poder Legislativo, que detém autonomia administrativa e financeira, nos termos da Lei Maior.

Duas situações interessantes merecem destaque nesse ponto.

A aplicação da sanção prevista no art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por parte de órgão do Ministério Público Federal, por exemplo, pela Procuradoria Regional da República no Rio Grande do Sul, estaria restrita a essa unidade do r. MPF ou também englobaria todas as demais Procuradorias-Regionais da República, do Amapá à Santa Catarina? E qual seria a abrangência no caso de a mesma sanção ser aplicada pelo Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região (Interior de São Paulo)? A sociedade empresária, apenas nessa situação, ficaria sem poder participar de licitações em todos os v. Tribunais Regionais do Trabalho do País? E no TST?

A resposta não é fácil. Se é certo que, por força do *caput* do art. 128 da Lei Maior, só há um Ministério Público⁹, também é certo que (i) há vários ramos do Ministério Público, conforme previsto nos incisos I e II do dispositivo constitucional e (ii) os diferentes órgãos ministeriais estão reunidos em unidades administrativas próprias, as quais, dotadas de autonomia administrativa, contam com ordenadores de despesas próprios e são responsáveis por suas respectivas licitações. Essas duas afirmações levam à conclusão de que a sanção prevista no art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos pode abranger (i) cada ramo ou (ii) cada unidade administrativa do Ministério Público Federal. Como a Constituição sempre há de prevalecer, a alternativa juridicamente mais correta apontaria para a primeira das duas alternativas hermenêuticas. A interpretação da legislação infraconstitucional se faz com base no texto da Constituição: aquela é que deve ser interpretada à luz desta; não é esta que deve ser interpretada à luz daquela. Por essa razão, tem-se que a sociedade empresária apenas nas iras do art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos pela Procuradoria Regional da República em Santa Catarina fica automaticamente suspensa do direito de participar de licitação promovida não só na Procuradoria Regional da República do Amapá, mas em todas as demais vinte e seis unidades administrativas do Ministério Público Federal. No entanto, estaria livre para participar de licitações no Ministério Público Estado de Santa Catarina, por exemplo.

No que se refere à situação do Poder Judiciário, é bem de ver-se que embora a função da magistratura – julgar, isto é, aplicar a lei contenciosamente – seja nacional e una, certo é que a função administrativa – *v.g.*, licitar – exercida pelos tribunais judiciários não o é. Portanto, a abrangência do art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos restará limitada a cada tribunal judiciário, em obediência ao inciso I do *caput* do art. 96 da Lei Maior. Assim, sanção dessa natureza aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins não impede automaticamente a sociedade empresária por ele sancionada de participar de licitação promovida por outros dos vinte e seis Tribunais de Justiça dos Estados e do DF. O mesmo raciocínio aplica-se aos cinco Tribunais Regionais Federais. Questão interessante é saber se a sanção em comento, quando aplicada pelo

Colendo Supremo Tribunal Federal ou por outro tribunal superior, como o TST, teria abrangência nacional. A resposta, a nosso entender, é negativa, por conta do precitado art. 96, *caput*, inciso I, da Lei Maior, que garante autonomia administrativa aos tribunais judiciários.

Como se percebe, a abrangência da aplicação do art. 87, *caput*, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos continua sendo objeto de acaloradas discussões e traz ainda enorme insegurança jurídica para a Administração Pública e para quem pretende ser por ela contratado. Isso só aumenta os custos, diminui a eficiência e estimula a corrupção.

Há, como vimos, quatro perspectivas para obtermos o alcance e o sentido dessa norma. Em busca de punir a qualquer custo a corrupção, estamos simplesmente a estimulando, fazendo um verdadeiro convite a todos os administradores do País para que dela usem e abusem. No momento em que vivemos, muitos aplicadores do Direito – inclusive julgadores – preferem guiar-se pela opinião pública e “jogar para a plateia” a pensar, efetivamente, no interesse público e nas consequências do que julgam. Não se combate um exagero com outro. Na tentativa de combatermos os nefastos exageros da corrupção nos processos licitatórios com mais exageros, nós, aplicadores do Direito, estamos conseguindo a proeza de implementar todas as condições para disseminá-la ainda mais! 

NOTAS

- 1 FURTADO, Celso Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 21.
- 2 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Extensão das Sanções Administrativas de Suspensão e Declaração de Inidoneidade*. Boletim de Licitações e Contratos, n° 3. São Paulo: NDJ, 1995, p. 3.
- 3 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 73.
- 4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- 5 MUKAI, Toshio. *Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 84.
- 6 Como bem sintetizado pelo eminente Ministro Benjamin Zymler, “a jurisprudência deste Tribunal tem se sedimentado no sentido de que a penalidade de suspensão temporária e de impedimento de contratar prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, a exemplo dos Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012 e 1.064/2013, todos do Plenário” (cf. Acórdão 2962/15-Plenário, Rel. Min, Benjamin Zymler, Sessão de 18.11.2015).
- 7 SUNDFELD, Carlos Ari. *A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações*. Web Zênite. Doutrina 240/169/mar/2008.
- 8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 130/131.
- 9 Com a devida vênia, é tecnicamente equivocada a expressão “litisconsórcio entre Ministérios Públicos”, prevista no § 5° do art. 5° da Lei federal n° 7.347/85 (“Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei”), também adotada pela jurisprudência, porque não há vários Ministérios Públicos, mas um só, dividido pela Constituição e pela legislação de regência de acordo com áreas especializadas ou atribuições específicas.



FELIPE DEIAB é Advogado, Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Professor e Mestre em Direito Civil pela UERJ.

Amadeu Garrido de Paula



O Chefe de Estado e a Moral

Inúmeros caracteres diferenciam o Chefe de Estado do Chefe de Governo. A mais provável distinção reside na capacidade do primeiro de elevar seus pensamentos aos pontos mais abstratos. Em outras palavras, de abstrair a vontade do político para dar curso às determinações advindas do sentido da Polis.

O que percebemos no atual governo brasileiro é a predominância da rasteira vontade política sobre a altaneira vontade do Estado. O fenômeno está muito

nítido quando se volta atrás em relação a uma decisão que pode ser considerada menos política e mais estatal. Serviria à concórdia nacional, pelo menos ao demonstrar uma tibia manifestação no sentido de um dia nossa sociedade convergir a um pacto político, única fórmula capaz de engendrar a superação destes momentos terríveis. E quando, para exemplificar e propor o contrário, cai-se na própria expansão da sordidez.

A raiz do erro reside numa concepção teológica. “Deus acima de todos”. É a concepção de um Deus antropocêntrico, com o qual dialogamos, do qual somos sua imagem e semelhança. Ele nos pune e perdoa. É o único, portanto, a quem devemos prestar contas, por meros interesses egoístas. Não devemos nada aos outros homens, somente à figura divina. Não somos todos, homens e Deus, a plenitude. Basta que eu ou você tenhamos a graça do Senhor. Pouco importam os que não a tem; que se lasquem. Não os toleramos e tampouco perdoemos. O PT também quer ser único, angelical. Lembram-se? “Nós, do PT...”.

É a teologia tradicional. Muito distante da religiosidade cósmica, que empolga os mais modernos cientistas e obteve admirável síntese da lavra de Einstein. Religião que se encontra em alguns Salmos de David, São Francisco de Assis, Demócrito, Schopenhauer, Spinoza, segundo o físico dos físicos, para quem nenhum pensamento científico isolado, que necessariamente há de se engrenar com a sociedade, poderia ser profícuo sem o “insight” da religião cósmica, cujo ponto fundamental reside em nosso amor social, por todos os homens, não numa referência individual e isolada a um ser supremo.

A moral social é o traço distintivo do compromisso cósmico, portanto. De seu tecido emergem todas as forças que movem o mundo e o universo. Nas palavras de Einstein, “A religiosidade cósmica prodigaliza tais forças. Um contemporâneo declarava, não sem razão, que em nossa época, instalada no materialismo, reconhece-se nos sábios escrupulosamente honestos os únicos espíritos profundamente religiosos”.

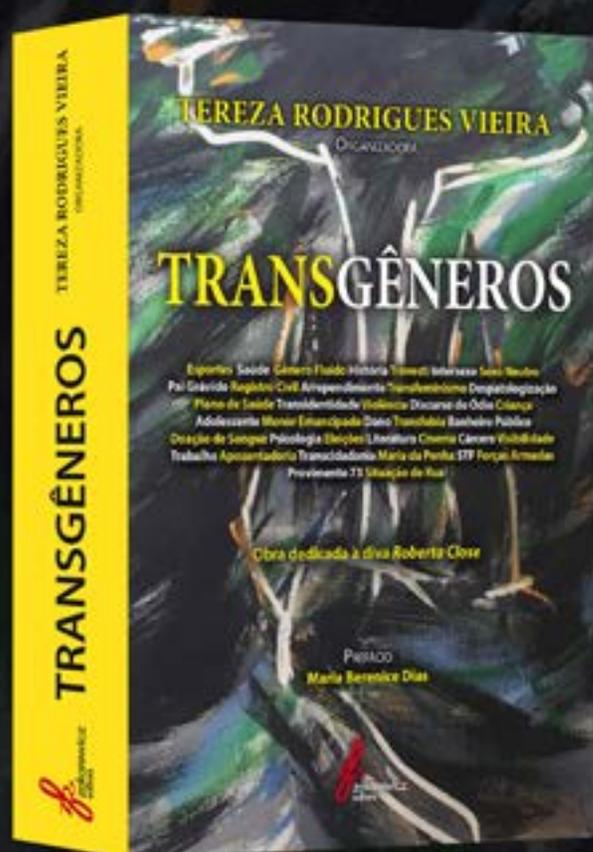
Segue-se, voltando ao início, que não é estadista aquele que não tem a compreensão, “mutatis mutandis”, do verdadeiro religioso, amante do saber e dos outros homens. O humanismo, a ética social, é o que se põe no lugar das crenças egoístas, voltadas somente para nós e nossas famílias. Consequentemente, falar em Deus, enquanto se dissemina o ódio pelas redes sociais, sem respeitar-se até mesmo a morte de um menino de sete anos, com o fizeram os filhos do Presidente (a quem ele ora apoia, ora desautoriza, numa gangorra jamais observada até hoje na história brasileira, mesmo quando sob a família real), é uma religiosidade rasteira que embala absoluta ignorância do que seja a crença científica, cósmica - e do Estado. Dar os pêsames ao adversário – ou inimigo – é um gesto que não sensibiliza os falsos profetas e estadistas. 

LANÇAMENTO

TRANSGÊNEROS

Tereza Rodrigues Vieira

ORGANIZADORA



R\$ **98**,00

778 páginas

Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362

zkeditora.com

 zakarewicz
editora

"Ainda é enorme o preconceito de quem se afasta do binarismo de gênero imposto de forma cruel e excludente por uma sociedade tão patriarcal e sexista. Daí o significado desta nova obra que amplia horizontes ao inserir uma gama enorme de temas, sob diversos olhares, de modo a inserir inúmeros jeitos de viver e de se ver."

Maria Berenice Dias