

# conceito jurídico

ano III | maio de 2019 | nº 29



**José Santana Júnior**

Judicialização para o fornecimento de remédios sem registro na Anvisa pode crescer **Pág. 8**



## REFORMA PREVIDENCIÁRIA

### Se não fizermos nada, haverá futuro? E em que termos reformar?



#### ENFOQUE

**Ricardo Prado Pires de Campos**

A pobreza extrema, a ONU e a Constituição Federal



#### DOCTRINA

**Marinês Restelatto Dotti**

Contratação de leiloeiro oficial por meio de credenciamento



#### CONJUNTURA

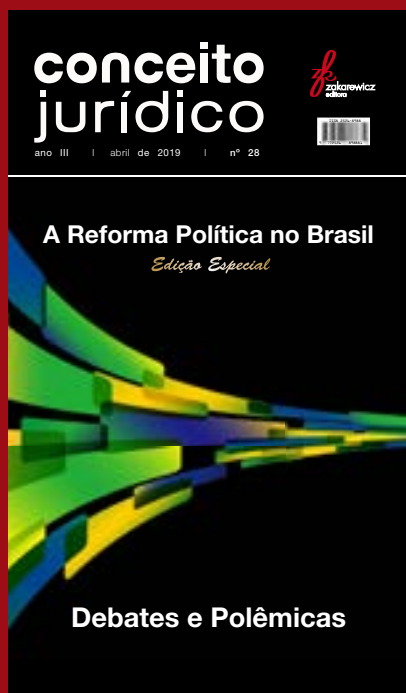
**Mailson Ferreira da Nóbrega**

Custos do uso da TR nas dívidas fazendárias

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, Arnoldo 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) 3263-1362

**Redação e Correspondência**

artigos@zkeeditora.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**

comercial@zkeeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

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

  
zakarewicz  
editora



*Rafael Maffini*

ARQUIVO PESSOAL

# Medida Provisória da Liberdade Econômica


O governo federal publicou no último 30 de abril a Medida Provisória nº 881, cuja finalidade precípua é a instituição da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (DDLE). A declaração buscou, por seu turno, estabelecer normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador. Trata-se, sem dúvida, de notícia alvissareira, considerada a elevadíssima carga burocrática que assola nosso país. Não é exagero afirmar que o brasileiro tem adoração por carimbos, preferencialmente se oriundos do Poder Público. Daí porque se mostra digna de elogios qualquer ideia que devolva o mercado efetivamente à livre iniciativa, como determinado pela Constituição Federal (art. 170), relegando ao Estado o papel subsidiário que sempre deveria ter tido. Nesta senda, o art. 2º da MP 881/2019 elenca como seus princípios norteadores: a) a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; b) a presunção de boa-fé do particular; e c) a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.

As normas jurídicas da MP 881 podem ser divididas, basicamente, em três grupos. O primeiro deles diz com a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica propriamente dita, constante do art. 3º. Nela são arrolados direitos garantidos a pessoas naturais ou jurídicas, os quais são considerados essenciais ao desenvolvimento e o crescimento econômico do País. Entre os vários direitos arrolados na DDLE, um merece especial destaque. Trata-se do direito relacionado com os denominados atos públicos de liberação da atividade econômica, definidos no art. 1º, § 5º, como sendo os documentos exigidos como condição prévia para o “exercício de atividade econômica, inclusive o início, a instalação, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto,

equipamento, veículo, edificação e outros”. Consoante dispõe o art. 3º, IX, da MP 881, resta assegurado o direito de que nos requerimentos dos atos públicos de liberação da atividade econômica, após apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o Poder Público informará ao particular um prazo máximo para a devida análise da documentação apresentada, findo o qual sem expressa manifestação do Poder Público, será considerado aprovado tacitamente o pleito para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas na lei. No art. 3º, §§ 7º e 8º, são mencionadas restrições na aplicação do art. 3º, IX, como no caso em que a decisão importar em compromisso financeiro da administração pública (art. 3º, § 7º, III) ou quando o pleito for deduzido por agente público ou por alguém que com ele tenha parentesco, nos casos de solicitação dirigida a autoridades do órgão ou entidade em que desenvolva suas atividades funcionais (art. 3º, § 8º). Tal regramento sobre os atos públicos de liberação da atividade econômica são aplicáveis prioritariamente à União (art. 1º, § 4º), somente se estendendo aos demais Entes Federados nos casos de liberação derivada ou delegada pela União a Estados, ao DF ou a Municípios ou, ainda, quando tais entes federados decidirem, por atos próprios, se vincularem ao referido art. 3º, IX. Segundo o art. 16 da MP 881, a eficácia do art. 3º, IX “fica suspensa pelo prazo de sessenta dias, contado da data de publicação desta Medida Provisória, e, encerrado esse prazo, será passível de responsabilização administrativa o agente público competente para análise dos atos públicos de liberação da atividade econômica que negar a solicitação do particular sem justificativa plausível e indeferi-la com o objetivo único de atender aos prazos previstos em regulamentação”.

Outro grupo de normas contidas na MP 881 diz com o dever de o Poder Público, no exercício de regulamentação de norma público de Direito Econômico, evitar o abuso do poder regulatório. Com isso, ficam vedadas práticas públicas como a criação de reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes (art. 4º, I) ou de privilégio exclusivo para determinado segmento econômico, que não seja acessível aos demais segmentos (art. 4º, III); a exigência de especificação técnica desnecessárias (art. 4º, IV); a redação de enunciados que inibam a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco (art. 4º, V); e a introdução de limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas (art. 4º, VIII).

O terceiro grupo de normas contidas na MP 881 diz com a chamada análise de impacto regulatório, prevista no art. 5º, segundo o qual na expedição de “atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico”.

Tais novidades demandarão muita reflexão jurídica, mas as primeiras impressões são positivas, sobretudo por se tratar de normas vocacionadas à aceleração do desenvolvimento econômico de nosso País. Com a palavra, o Congresso Nacional. 

---

**RAFAEL MAFFINI** é Sócio-diretor do Rossi, Maffini, Milman & Grandó Advogados; Professor Adjunto de Direito Administrativo e Notarial do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS; Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.



# Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência Familiar

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



**R\$ 58,00**  
Frete incluso

  
zakarewicz  
editora

**Tel.: (61) 3263-1362**  
[comercial@zkeditora.com.br](mailto: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

**Medida Provisória da Liberdade Econômica**

COM A PALAVRA

Rafael Maffini

10

**Por que os analistas da economia brasileira subestimaram a queda da inflação e das taxas de juros nos últimos anos?**

PAINEL ECONÔMICO

Ailton Braga

16

**As sutis diretrizes do novo Código de Ética Médica**

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

Sandra Franco

20

**Importância da adesão do Brasil ao Protocolo de Madri**

PAINEL DO LEITOR

Lucia Armelin

24

**Reformas e insegurança jurídica**

DESTAQUE

Cláudio Frischtak

34

**Reforma previdenciária: o problema é o custeio**

CAPA

Wagner Balera

44

**Reforma da previdência para os bancos ou para o povo?**

CAPA

Sérgio Henrique Salvador

8

**Judicialização para o fornecimento de remédios sem registro na Anvisa pode crescer**

ENTREVISTA

José Santana Júnior

13

**Quando vamos regular a corrupção privada no Brasil?**

PROPOSTAS E PROJETOS

Fernanda Barroso

18

**PERT e o direito à exclusão de tributação sobre valores anistiados de multa, juros e encargos**

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Mirian Teresa Pascon

22

**O termo “violência obstétrica”**

DIREITO E BIOÉTICA

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

26

**Reforma previdenciária**

CAPA

Melissa Folmann

40

**A reforma da previdência: como fica o custeio por parte do empregador?**

CAPA

Maurício Pallotta Rodrigues

49

**A Reforma da Previdência e os Modelos Capitalizados**

CAPA

Fábio Zambitte Ibrahim

52

**O impacto da Nova Previdência nos estados**

CAPA

Ana Paula Oriola de Raeffray e Pierre Moreau

57

**Reforma Previdenciária: o fim da Seguridade Social?**

CAPA

Ana Maria Perpétua Gomes Araujo

63

**Soluções negociadas: Uma mudança de paradigma**

TENDÊNCIAS

Mário de Magalhães Papaterra Limongi

70

**O encontro marcado da arbitragem com o *compliance***

VISÃO JURÍDICA

Martim Della Valle

74

**A recuperação judicial do empresário rural**

DIREITO EMPRESARIAL

Manoel Justino Bezerra Filho

80

**Judicialização e Direito à Saúde no Brasil**

IN VOGA

Luciana Freitas

85

**A Criança, o Presidente e a canalhice: Uma análise ética e jurídica**

PORTAL JURÍDICO

Eduardo Luiz Santos Cabette

98

**Contratação de leiloeiro oficial por meio de credenciamento**

DOCTRINA

Marinês Restelatto Dotti

54

**Reforma da Previdência**

CAPA

Murilo Aith

60

**A reforma da Previdência, a Constituição e a ameaça à justiça social**

CAPA

Erick Magalhães

66

**A pobreza extrema, a ONU e a Constituição Federal**

ENFOQUE

Ricardo Prado Pires de Campos

72

**Valor, preço e percepção de qualidade nos serviços jurídicos**

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

José Paulo Graciotti

76

**O papel do Ministério Público no acolhimento às vítimas de crimes**

CONTEXTO

Celeste Leite dos Santos e Pedro Eduardo de Camargo Elias

82

**Custos do uso da TR nas dívidas fazendárias**

CONJUNTURA

Mailson Ferreira da Nóbrega

92

**As implicações da nova Lei nº 13.827/2019. Aplicação das Medidas Protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha por Delegado de Polícia ou por policiais**

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Marcel Gomes de Oliveira e Joaquim Leitão Júnior

106

**Civic Techs fomentam a litigância**

PONTO DE VISTA

Ricardo Freitas Silveira



*José Santana Júnior*

ARQUIVO PESSOAL

# Judicialização para o fornecimento de remédios sem registro na Anvisa pode crescer

O advogado e especialista em Direito Médico e da Saúde, José Santana Júnior, avalia a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que ocorreu no último dia 22 de maio, em que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em casos excepcionais. A decisão foi tomada, por maioria de votos, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 657.718/MG, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do ministro Marco Aurélio. A maioria dos ministros da Corte Superior também determinou que a administração pública não deve ser obrigada a fornecer medicamentos sem registro que estejam em fase de testes (experimentais). Para eles, nesses casos, a situação será analisada individualmente. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – Na sua visão, foi positiva ou negativa a decisão do Supremo Tribunal Federal com relação ao RE nº 657.718/MG?

**JOSÉ SANTANA JÚNIOR** – A decisão do STF foi positiva, mas não resolve a Judicialização no fornecimento de medicamentos na saúde pública brasileira. Os ministros do Supremo garantiram aos indivíduos o direito ao medicamento avaliando caso a caso, as necessidades e as condições clínica, social e a efetividade do tratamento



individualmente. Entretanto, a decisão deve fomentar ainda mais a judicialização dos casos, já que a análise será individual. Ou seja, o mesmo medicamento poderá ser fornecido para um paciente e não para outro. Isso provocará novas discussões nos tribunais brasileiros.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Na sua opinião os ministros tiveram algum tipo de cautela na decisão?*

**JOSÉ SANTANA JÚNIOR** – Com certeza os ministros do STF foram cautelosos na decisão para evitar a onerosidade dos cofres públicos com tratamentos ineficazes, garantindo aos cidadãos o acesso à saúde de forma competente e segura. O Supremo ponderou algumas condições e ressalvas para a concessão destes medicamentos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *O Sr. pode nos explicar por que o Supremo Tribunal Federal ponderou algumas condições e ressalvas para a concessão destes medicamentos?*

**JOSÉ SANTANA JÚNIOR** – O Poder Público não está obrigado a conceder medicamentos que ainda estão em fase de testes, sendo duvidoso ao paciente a eficácia do tratamento. Embora a votação dos Ministros tenha genericamente o mesmo entendimento, as ressalvas apontadas por cada um deles são diferentes, sendo necessário aguardar o término da votação para a conciliação de uma decisão final sobre o assunto.


**CONCEITO JURÍDICO** – *Quais foram essas restrições apontadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal?*

**JOSÉ SANTANA JÚNIOR** – Entre as restrições apontadas pelos ministros estão: a necessidade de a família do paciente não possuir condições de arcar com o medicamento; a impossibilidade da substituição do medicamento por algum já fornecido pelo SUS; e se a concessão do medicamento for imprescindível para o tratamento e da comprovação da eficácia do tratamento.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como o Sr. analisa a partir de agora a questão da judicialização da saúde?*

**JOSÉ SANTANA JÚNIOR** – Devemos aguardar os próximos capítulos desta longa e duradoura batalha da judicialização da saúde. Trata-se de um dos principais gargalos do Judiciário brasileiro. No caso dos medicamentos, há centenas de processos espalhados em tribunais de todo o país. A maioria dos casos envolve doenças raras, e o juiz determina a concessão do remédio. Segundo dados do Ministério da Saúde, até 2016 o governo federal já havia cumprido 16,3 mil decisões sobre fornecimento de medicamentos. De 2010 a 2015, houve aumento de 727% nos gastos referentes à judicialização dos medicamentos.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Então o Sr. acredita que os números referentes à judicialização dos medicamentos irão crescer?*

**JOSÉ SANTANA JÚNIOR** – Sim, os números deverão crescer. Isso porque o Poder Público defende que a concessão de medicamentos caros coloca em risco o fornecimento do básico para toda a coletividade e não há orçamento disponível para todos. E os pacientes que precisam dos remédios argumentam que os medicamentos são, na maioria das vezes, a única esperança de sobrevivência. 

# Por que os analistas da economia brasileira subestimaram a queda da inflação e das taxas de juros nos últimos anos?

■ POR AILTON BRAGA

**“Todos os fatores mencionados estão relacionados aos ajustes, iniciados em 2015, com vistas a reduzir o excesso de endividamento público e privado. Esse ajuste foi forçado pelo limitado crescimento da produtividade, portanto das possibilidades de expansão do PIB e da capacidade de pagamento dos devedores.”**



**N**a tabela abaixo, podemos ver as previsões de bancos e consultorias, feitas no início de cada ano e coletadas pelo boletim Focus do Banco Central, para a taxa Selic, ao final do ano, e para o IPCA, acumulado no ano. Podemos ver que por três anos seguidos, de 2016 a 2018, os principais analistas da economia brasileira erraram em suas estimativas para as duas variáveis, o que não é absurdo, dada a dificuldade de se fazer projeções para variáveis econômicas, principalmente em um país como o Brasil, em que, como dizia o ex-ministro da Fazenda Pedro Malan, até o passado é incerto. Entretanto, é de se esperar que os erros de previsão econômica sejam aleatórios, não tenham viés, o que não aconteceu no caso, em que a previsão tanto para a inflação quanto para a taxa de juros foi sempre mais alta do que o resultado posteriormente verificado. Nesse artigo, propomo-nos analisar o porquê desse viés para os erros de previsão nos últimos anos e se eles tenderão a ocorrer novamente em 2019.

## MEDIANA DAS PREVISÕES PARA O IPCA E PARA A TAXA SELIC FEITAS NO INÍCIO DO ANO

	IPCA		Selic no final do ano	
	Previsão	Observado	Previsão	Observado
2016	6,87%	6,29%	15,25%	13,75%
2017	4,87%	2,95%	10,25%	7,00%
2018	3,96%	3,75%	6,75%	6,50%
2019	4,01%		7,13%	

Fonte: boletim Focus do Banco Central

As sobreestimativas das previsões de inflação e de taxa de juros ocorridas desde 2016 devem-se a fatores comuns: a subestimação dos efeitos sobre a demanda agregada das mudanças na política fiscal e na política de crédito dos bancos públicos e a não antecipação das limitações da política monetária expansionista em um contexto de oferta de crédito pró-cíclica e de elevadas taxa de desemprego no mercado de trabalho e de ociosidade do capital no setor produtivo.


Em relação à política fiscal, houve uma mudança no padrão de crescimento dos gastos públicos. Entre 1997 e 2014, os gastos primários da União tiveram crescimento médio real de 6,3% ao ano. Já de 2015 a 2018, esses gastos ficaram praticamente estáveis em termos reais, tendo caído 0,3% no acumulado dos quatro anos. Se tivesse sido mantido o padrão das duas décadas anteriores, teriam crescido 28% no mesmo período.

Após anos de forte expansão do crédito dos bancos públicos, dificuldades de *funding* levaram, a partir de 2015, à redução da oferta de crédito por parte das instituições financeiras estatais. Um indicador dessa oferta é o saldo das operações de crédito com recursos direcionados, que inclui as operações de crédito rural e imobiliário e também do BNDES. O saldo dessas operações tiveram crescimento real médio de 17,3% ao ano, de 2008 a 2014. De 2015 a 2018, houve redução de 4,8% ao ano. Dessa forma, ocorreu uma mudança no padrão de crescimento dos gastos públicos e do crédito dos bancos estatais que levou à redução da demanda

agregada e a uma menor taxa de juros de equilíbrio, ou seja, aquela que permite conciliar crescimento da economia próxima de seu potencial e taxa de inflação compatível com as metas da autoridade monetária.

Há que se considerar ainda os efeitos do comportamento pró-cíclico da oferta de crédito pelos bancos privados em uma economia com taxa de desemprego elevada e precarização do mercado de trabalho como a economia brasileira atual. O trabalhador que ficou desempregado na recessão de 2015 e 2016 e que ainda encontra grandes dificuldades de conseguir trabalho enfrenta, além da perda da renda, a perda do acesso ao crédito, o que reduz suas possibilidades de consumo e limita os efeitos expansionistas da redução dos juros pelo Banco Central. Além do mais, a elevada ociosidade do capital produtivo, indicada pelo nível de utilização da capacidade instalada (UCI) no setor industrial, cerca de seis pontos percentuais abaixo dos níveis médios verificados entre 2005 e 2014, desestimula novos investimentos, e, conseqüentemente, a expansão da demanda agregada.

Mas quanto as previsões para 2019, os analistas continuam superestimando as perspectivas para a inflação (4,01%) e para as taxas de juros (7,13%)? Para responder à questão, uma referência inicial é a evolução recente do IPCA acumulado em 12 meses, que, em dezembro último, foi de 3,75%. Entretanto, esse número está inflado pelos efeitos da greve dos caminhoneiros, a qual elevou a taxa de inflação, no mês de junho, de 0,3%, na média do mês nos dez anos anteriores, para 1,26%. Mesmo considerando-se alguma volta dos preços nos meses posteriores, uma melhor referência para o IPCA em 12 meses seria uma taxa pouco acima de 3,0%, número que também é compatível com a evolução observada dos núcleos de inflação. O próximo passo é analisar a tendência para esse número ao longo do ano corrente. Para isso, é necessário observar as perspectivas de expansão da demanda agregada e o nível de ociosidade da economia. A expectativa de crescimento do PIB para 2019 é de 2,5%. Se considerarmos um PIB potencial de 2% ao ano, esse crescimento pouco reduziria o nível de ociosidade da economia, que está operando entre 5% a 6% abaixo de seu potencial. Nesse cenário, a taxa de inflação em 12 meses tenderia a ficar estável, pouco acima de 3%, e a taxa Selic teria que cair na tentativa do Banco Central de estimular a economia e elevar a taxa de inflação para mais próximo da meta (4,25% ao ano).

Todos os fatores mencionados estão relacionados aos ajustes, iniciados em 2015, com vistas a reduzir o excesso de endividamento público e privado. Esse ajuste foi forçado pelo limitado crescimento da produtividade, portanto das possibilidades de expansão do PIB e da capacidade de pagamento dos devedores. Esse processo de desalavancagem ainda não terminou e seus impactos restritivos sobre a demanda agregada, o crescimento do PIB, e conseqüentemente, sobre a inflação mantêm-se. Nesse cenário, tenderemos a ter uma mudança de padrão, de taxas de juros reais acima de outros países emergentes e taxa de câmbio valorizada, que perdurou entre 2006 e 2014, para taxas de juros reais mais baixas e taxa de câmbio mais desvalorizada. 



ARQUIVO PESSOAL

**AILTON BRAGA** é Consultor Legislativo do Senado.

# Quando vamos regular a corrupção privada no Brasil?

■ POR FERNANDA BARROSO

**A**o passo que o combate à corrupção no setor público é ponto pacífico na sociedade brasileira, há algum tempo se discute em diversos fóruns e esferas a regulamentação contra a corrupção privada no Brasil, hoje sem tipificação. Muitas têm sido as iniciativas nacionais neste sentido, mas ainda estamos atrás de várias regulações internacionais. Não à toa, o Brasil perdeu dois pontos no *Índice de Percepção da Corrupção 2018* e ocupa o 105º lugar entre 180 nações.

Nos últimos anos, projetos como o do novo Código Penal Brasileiro propõem a tipificação da conduta de “Exigir, solicitar, aceitar



ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições”, classificada “Corrupção entre particulares”. O projeto (PLS 236, de 2012) tramita em conjunto com propostas semelhantes da Câmara e está em vias de chegar a plenário.

Outro anteprojeto de lei, da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) – rede de entidades públicas e privadas criada em 2003 pelo Ministério da Justiça –, prevê a criminalização da corrupção privada no Brasil. Os objetivos deste anteprojeto são proteger a concorrência e o patrimônio empresarial e garantir lealdade nas relações de trabalho, porém o texto aguarda tramitação legislativa.

**“Qualquer que seja a esfera em questão, a criação de legislação específica para as hipóteses de corrupção no setor privado trará importantes impactos – como já dito, pode ser destacada a proteção à concorrência, ao patrimônio e às relações comerciais, que seria fundamental para preservar a ordem econômica e geraria efeitos ao mercado, aos consumidores e, de forma mais ampla, ao interesse público. Para além do universo empresarial, não restam dúvidas de que o combate à corrupção privada fará bem ao Brasil.”**

Também estão em curso projetos de lei como o PL 455/2016, do Senado, oriundo da CPI do Futebol, que investigou contratos da CBF; e o PL 2452/2015, de autoria da CPI da Máfia das Órteses e Próteses da Câmara dos Deputados. Já o PL 4850/2016, resultante das “Dez Medidas Contra a Corrupção” propostas pelo Ministério Público Federal, traz instrumentos importantes para a prevenção à corrupção privada, tais como a criminalização do enriquecimento ilícito e o combate à lavagem de dinheiro.

Lançadas no final do ano passado pela Transparência Internacional, a FGV e organizações da sociedade civil, as “Novas Medidas contra a Corrupção” reuniram propostas objetivas para a criminalização da corrupção privada, responsabilizando também indivíduos, não só pessoas jurídicas, pela prática; bem como proposições de incentivo ao compliance, para que empresas estabeleçam programas de integridade com o intuito de prevenir




corrupção. De acordo com o pacote, a adoção de um esquema efetivo de *compliance* serviria de atenuante na análise da pena a ser aplicada à pessoa jurídica, o que se deve ao entendimento de que a corrupção privada gera graves efeitos para toda a economia, prejudica a livre concorrência e ofende os direitos do consumidor.

Não se pode deixar de lembrar que, assim que lançadas, estas medidas foram apontadas como ponto de partida e base da gestão de Sergio Moro no Ministério da Justiça e da Segurança Pública. No entanto, ainda que o Projeto de Lei Anticrime de Moro traga pontos que podem colaborar de forma relevante para o combate à corrupção no setor público, como os acordos criminais e a introdução da figura do informante, não houve a esperada regulamentação da corrupção privada. O ministro explicou que o governo optou pelo fatiamento das propostas e que outros pontos serão apresentados como projeto de lei complementar. Seja como for, espera-se um esforço das autoridades para que as matérias faltantes, a corrupção privada entre elas, sejam encaminhadas o quanto antes.

Em países como Estados Unidos, Alemanha, França e Reino Unido, previsões normativas criminalizam a corrupção privada. Nos EUA, o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* fixa penas de até 20 anos e multa de até US\$ 25 milhões para violações de *books and records*; no Reino Unido, o *UK Bribery Act* prevê punição de até dez anos e multa para quem oferece ou aceita vantagem indevida com o intuito de agir de forma contrária a seu cargo, função e/ou empresa, o chamado *private-to-private bribery*. Os efeitos destas leis vão muito além das fronteiras de seus países de origem, como pudemos verificar com as multas aplicadas a empresas brasileiras. A Petrobras, por exemplo, fez acordo em 2018 para o pagamento de US\$ 1,78 bilhão por transgressão ao FCPA, a maior negociação da história.

Ainda no âmbito internacional, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, em que o Brasil é signatário, dispõe que os Estados Partes deveriam adotar medidas de combate à corrupção privada em seus ordenamentos, principalmente em casos ligados a atividades econômicas, financeiras ou comerciais.

Cabe frisar que a atipicidade da corrupção privada no Brasil repercute sobre a amplitude da cooperação internacional passiva que estaríamos aptos a prestar a países em que a conduta já foi tipificada. Isto quer dizer que, sem a tipificação no Brasil, não seria possível, no âmbito penal, cooperar com países que investigam brasileiros por corrupção privada. Neste caso, o investigado que estivesse em solo brasileiro não poderia ser extraditado, tampouco haveria meios de os países envolvidos cooperarem criminalmente.

Qualquer que seja a esfera em questão, a criação de legislação específica para as hipóteses de corrupção no setor privado trará importantes impactos – como já dito, pode ser destacada a proteção à concorrência, ao patrimônio e às relações comerciais, que seria fundamental para preservar a ordem econômica e geraria efeitos ao mercado, aos consumidores e, de forma mais ampla, ao interesse público. Para além do universo empresarial, não restam dúvidas de que o combate à corrupção privada fará bem ao Brasil. 



**FERNANDA BARROSO** é diretora geral da Kroll no Brasil e tem ampla experiência em investigações relacionadas a fraudes financeiras e corrupção.

# As sutis diretrizes do novo Código de Ética Médica

■ POR SANDRA FRANCO

**“Os princípios que orientam o comportamento médico em sociedade permanecem essencialmente os mesmos e assim sempre será, com pequenas adaptações semânticas apenas. Vale citar Nietzsche: “Não há realidades eternas nem verdades absolutas”. E a Medicina sabe disso.”**

**E**ntrou em vigor no último dia 1º de maio o Novo Código de Ética Médica. O novo texto deveria ser um manual para uma nova era para os profissionais da Medicina, em tempos de grande transformação social com a revolução digital. O desafio é adaptar-se ao novo sem perder de vista o juramento hipocrático. Definir limites de atuação para os médicos, a partir da realidade das mídias sociais e dos avanços tecnológicos sem esbarrar no excesso.

Ainda assim, as mudanças apresentadas pelo texto publicado em 2018 são sutis. Não se pode dizer que o Código representa um grande avanço quanto aos deveres e direitos dos médicos e suas relações com colegas, pacientes e instituições.

Muitos entendem que não poderia ser de outra forma, visto que o pensamento ético segue reafirmando os princípios bioéticos da beneficência e da não maleficência. Então, por que rever os princípios já estabelecidos nos códigos anteriores?

Reafirmar o já existente é uma forma também de chamar atenção da classe e da sociedade para questões fundamentais. Por exemplo, o paciente precisa saber que tem direito a um Sumário de Alta, com suas informações acerca do atendimento que lhe foi ministrado. De outro lado, o médico deve saber que pode entregar cópia do prontuário mediante requisição do magistrado, sem qualquer receio de ferir o sigilo profissional (para aqueles que ainda resistiam eticamente).

De substancial, a nova redação ratifica que o médico deve, sim, utilizar os avanços tecnológicos desde que disponíveis. O médico não pode ser responsabilizado por não haver, por exemplo, um equipamento de

ponta no seu local de trabalho e, em razão disso, deixar de aplicar o melhor tratamento para determinado paciente.

Nesse aspecto, faz-se importante ressaltar, aliás, que todos são iguais perante a lei e que a Constituição garante o acesso à saúde a todos, mas que o Brasil, por suas desigualdades sociais, promove a existência de duas Medicinas: a dos que têm dinheiro e aqueles que não podem pagar atendimentos particulares ou planos de saúde.

Portanto, o texto do Código acerta em dizer ao médico: faça o que está a seu alcance. Não poderia ser diferente. Não obstante, estando o médico diante de condições precárias para atendimento, ele deverá comunicar o Diretor Técnico da instituição de saúde e, quiçá, recusar-se a exercer seu ofício diante da falta de condições mínimas.

Nesse ponto surgiu uma pequena alteração, ao se incluir o Diretor Clínico como competente para receber a reclamação do médico, além da Comissão de Ética do Hospital e o próprio CRM, já previstos no Código anterior.


No que se refere à alteração aguardada por muitos acerca da possibilidade de atendimento do paciente à distância (Telemedicina), porém, não houve inovação. Também sobre o uso de mídias sociais pelos médicos, assunto importante para a classe em tempos em que “ser visto é ser lembrado”, a regulamentação será por meio de resoluções específicas, o que valerá também para a oferta de serviços médicos a distância mediados por tecnologia.

Uma inovação significativa: a inclusão do médico com deficiência, possibilitando-lhe o exercício da profissão, no limite de suas possibilidades sem colocar em risco a segurança dos pacientes, é louvável, mas talvez não precisasse ser um dispositivo do Código de Ética. O fato é que há certas deficiências e doenças que impedem o médico de exercer seu ofício: como poderia um deficiente visual ser um cirurgião? Mas, o que o impediria de ser um psiquiatra?

De outro lado, se o médico é paraplégico e necessita estar em uma cadeira de rodas, o local de seu trabalho precisará ser adaptado às suas necessidades. Quantos profissionais médicos deficientes estão inscritos nos CRMs e quais as condições de trabalho que possuem nas instituições? Não há esses números. Entretanto, apenas com esses dados seria possível avaliar o impacto da inclusão desse dispositivo.

O texto literal apresenta-se no Capítulo 2, DIREITOS DOS MÉDICOS, inciso XI: “É direito do médico com deficiência ou com doença, nos limites de suas capacidades e da segurança dos pacientes, exercer a profissão sem ser discriminado”.


Interessante notar um acréscimo no que se refere à relação entre os profissionais. Estariam os médicos menos respeitosos entre si, a ponto de os revisores do texto do Código entenderem como um “direito humano” a civilidade entre colegas? Assim preconiza o parágrafo único do Art. 23: “O médico deve ter para com seus colegas respeito, consideração e solidariedade.”

Em linhas gerais, portanto, não se pode dizer que um novo comportamento ético esteja sendo exigido dos médicos. Ou seja, os princípios que orientam o comportamento médico em sociedade permanecem essencialmente os mesmos e assim sempre será, com pequenas adaptações semânticas apenas. Vale citar Nietzsche: “Não há realidades eternas nem verdades absolutas”. E a Medicina sabe disso. 



ARQUIVO PESSOAL

**SANDRA FRANCO** é consultora jurídica especializada em direito médico e da saúde. Doutoranda em saúde pública. Ex-presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP), presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde e membro do Comitê de Ética e Pesquisa em Seres Humanos da Unesp/SJC.



# PERT e o direito à exclusão de tributação sobre valores anistiados de multa, juros e encargos

■ POR MIRIAN TERESA PASCON

“Embora o STJ entenda pela necessidade de exclusão normativa expressa da tributação, da qual poderia ensejar ilegalidade na incidência, o atual posicionamento do STF tende a reconhecer a inconstitucionalidade da tributação de valores anistiados, por inexistência de base constitucional para incidências de materialidades tributárias não outorgadas à União Federal.”

**E**m março deste ano, a Receita Federal do Brasil (RFB) editou a Solução de Consulta (SC) COSIT n.65/19, determinando que, no regime de tributação pelo Lucro Real, a reversão ou recuperação do valor dos juros de mora e das multas compensatórias que foram reconhecidas como despesa integram a base de cálculo do IRPJ e da CSLL no momento da adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), instituído pela Lei nº 13.496, de 2017. Da mesma forma, no regime de apuração não cumulativa, também decidiu que o valor da redução dos encargos

anistiados neste programa integra a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

No que se refere às anistias fiscais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) havia fixado entendimento de que os benefícios somente podem ser aqueles expressamente previstos na lei que as institui, conforme previsão do Código Tributário Nacional (CTN), que prescreve a obrigação de interpretação literal da legislação anistiadora.


No caso do denominado “Refis da Crise”, instituído pela Lei 11.941/09, que teve posteriores reaberturas de prazos (Refis da Copa e outros), houve previsão expressa de que a parcela equivalente à redução do valor das multas, juros e encargos legais não seria computada na apuração da base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS/Pasep e da Cofins em decorrência da anistia.

No entanto, no caso do Programa de Regularização Tributária – PERT, a Lei que o instituiu – 13.946/17 foi silente no que diz com a tributação dos valores anistiados. Em razão disso, nada dispondo a legislação acerca da exclusão dessa tributação, a RFB já vinha aplicando o entendimento de que a redução obtida configura-se como perdão de dívida, situação que caracterizaria acréscimo patrimonial e ingresso de receita, sujeitando-se, portanto, à incidência de PIS/COFINS/IRPJ/CSLL, conforme já anteriormente fixado na SC nº 17/2010, que trata de remissões de dívida em geral. Portanto, a recém editada SC COSIT 65/19 apenas ratifica o entendimento do órgão de forma específica para o PERT.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar a incidência de tributação de PIS/COFINS sobre o ICMS destacado em Notas Fiscais, julgou que o conceito constitucional de receita não se confunde com o conceito contábil, devendo a receita bruta ser entendida somente como aquele ingresso financeiro que se integra ao patrimônio na condição de elemento novo e positivo, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. A partir desse precedente, a remissão da dívida não poderia ser tratada como receita ou ingresso patrimonial para fins de tributação, vez tratar-se de mera redução de passivo.

Com fundamento neste entendimento, contribuintes passaram a obter decisões judiciais para fins de afastamento da tributação de IRPJ/CSLL/PIS/COFINS sobre os valores de remissão de multas, juros e encargos beneficiados pela adesão ao PERT. Da mesma forma, decisões administrativas começaram a ser deferidas no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), também favoravelmente aos contribuintes.

Embora o STJ entenda pela necessidade de exclusão normativa expressa da tributação, da qual poderia ensejar ilegalidade na incidência, o atual posicionamento do STF tende a reconhecer a inconstitucionalidade da tributação de valores anistiados, por inexistência de base constitucional para incidências de materialidades tributárias não outorgadas à União Federal.

A SC 65/19, diferentemente da anterior (17/10), tendo sido editada pela Coordenação Geral de Tributação (COSIT) possui efeito vinculante para a RFB. Deste modo, haverá forte tendência de aumento de contenciosos administrativos e judiciais, vez que o entendimento da Receita se encontra contrário à atual jurisprudência acerca da diferenciação dos conceitos constitucional e contábil, para fins de tributação. 



**MIRIAN TERESA PASCON** é coordenadora do Departamento Jurídico da DBC Consultoria Tributária.



# Importância da adesão do Brasil ao Protocolo de Madri

■ POR LUCIA ARMELIN

**“Adicionalmente, existem discussões acerca da necessidade de alterar a Lei nº 9279 de 14 de maio de 1996 de forma a permitir um tratamento isonômico entre os pedidos domésticos de marcas e os requerimentos internacionais via Protocolo de Madri, tais como registro em múltiplas classes e cotitularidade de registros.”**

O noticiário sobre a aprovação no plenário da Câmara dos Deputados da adesão do Brasil ao Protocolo de Madri não chamou a devida atenção para a importância dessa medida que dispõe sobre o registro internacional de marcas. Este ingresso será um fator importante ao desenvolvimento comercial e econômico relativo as exportações e internacionalização de marcas, visto que os membros signatários do protocolo representam 80% do comércio global.

O Protocolo de Madri é um tratado internacional administrado pela Secretaria Internacional da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), sediada em Genebra, em vigor desde abril de 1996 e já ratificado por diversos países, entre eles os Estados Unidos e os países integrantes da União Europeia.

O protocolo permite aos titulares de marcas dos países signatários a proteção de sua marca em diversos países simultaneamente, a partir de um único pedido de registro, reduzindo o prazo e os custos para a obtenção de registro de marcas no exterior. Para isso, basta que o pedido de registro da marca seja solicitado perante o escritório nacional, o que no caso do Brasil corresponde ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Caso o Brasil venha a aderir ao protocolo, o procedimento para o requerimento da marca em outros países será realizado pelo INPI, que, ao receber a solicitação de um pedido de registro internacional, verificará se todas as exigências para o depósito foram cumpridas,



bem como se os produtos e serviços foram classificados corretamente, conforme a Classificação Internacional de Nice (NCL), encaminhando o referido pedido à Secretaria Internacional.

A Secretaria Internacional não será a responsável por averiguar se a marca é elegível ou não para a proteção nos países designados, cabendo esta função tão somente aos escritórios nacionais de marcas dos países, de forma a não afetar a soberania destes, devendo a Secretaria Internacional apenas notificar o registro internacional aos referidos escritórios nacionais.

Com a centralização na Secretaria Internacional da OMPI, outros procedimentos serão simplificados, tais como os pagamentos de taxas, prorrogação de registro, transferência de titularidade, bem como alterações dos dados dos titulares, visto que tais pedidos e procedimentos serão solicitados de uma só vez ao Escritório Internacional da OMPI.

Atualmente, no Brasil, caso o titular de um pedido de registro deseje proteger a sua marca no exterior, o pedido deve ser realizado perante cada um dos países de interesse, tornando o processo mais lento e, principalmente, oneroso, tendo em vista as taxas praticadas e os custos acessórios ao processo de registro, tais como a contratação de advogados em cada um dos países de interesse.

Outros pontos que merecem atenção em relação a adesão ao Protocolo são a possibilidade do pedido de registro de marca no sistema “multiclasses” e a permissão de cotitularidade no registro de marcas. O sistema multiclasses permite que um único pedido de registro possa ser apresentado em mais de uma classe de produtos ou serviços, o que atualmente não é permitido pelo INPI. Já a cotitularidade permite que duas pessoas, físicas ou jurídicas, sejam coproprietárias de um registro de marca, o que também é atualmente vedado pelo INPI.

O Brasil já vinha estudando a possibilidade de aderir ao Protocolo há alguns anos, no entanto, por não conseguir cumprir alguns dos requisitos exigidos, como a possibilidade de registro multiclasses e cotitularidade de registros, assim como o prazo para concessão ou indeferimento do pedido, que pelo Protocolo deve durar no máximo 18 meses a contar do depósito, sob pena de deferimento automático do pedido, mas no Brasil o prazo de tramitação chegou a atingir 4 anos.

O INPI vem implementando melhorias que permitam que o Brasil esteja em conformidade com as exigências do Protocolo, em especial em relação ao prazo de tramitação dos pedidos, que em fevereiro deste ano atingiu a marca de 11 meses.

Contudo, outras mudanças operacionais são necessárias para a implementação do Protocolo de Madrid, incluindo modificação de sistemas de processamentos, a criação e modificação de procedimentos operacionais e a edição de atos normativos e manuais.

Adicionalmente, existem discussões acerca da necessidade de alterar a Lei nº 9279 de 14 de maio de 1996 de forma a permitir um tratamento isonômico entre os pedidos domésticos de marcas e os requerimentos internacionais via Protocolo de Madri, tais como registro em múltiplas classes e cotitularidade de registros.

O projeto agora segue para o Senado Federal, sujeito à votação no Plenário após deliberação pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. 



ARQUIVO PESSOAL

**LUCIA ARMELIN** é advogada do Saiani & Saglietti Advogados.

# O termo “violência obstétrica”

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



**“Assim como as ondas formadas no sereno lago com o arremesso de uma pedra, os círculos formados pelas águas vão se alastrando por todos os lados, fazendo ver que o indivíduo, na sua singularidade, vai se desenvolvendo e se ajustando ao seu grupo social.”**

O Ministério da Saúde, por sua Secretaria de Atenção à Saúde, proferiu Despacho datado em 03/5/2019, em que exterioriza seu posicionamento com relação ao termo “violência obstétrica”, esclarecendo que “tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no *continuum* gestação-parto-puerpério”, propugnando, conseqüentemente, pela abolição de seu uso.

Referido termo, no entanto, foi introduzido em documento emitido pela Organização Mundial de Saúde e já se encontra consolidado na terminologia médico-jurídica do Brasil, compreendendo, em sentido amplo, todas as violações aos direitos fundamentais das mulheres, desde o atendimento obstétrico até o puerpério.

Tanto é que o Ministério Público Federal, em resposta ao já mencionado Despacho, expediu a Recomendação nº 29/2019, dirigida ao Ministério da Saúde, para que se abstenha de praticar qualquer ação voltada à abolição da expressão “violência obstétrica”, adiantando que já instaurou inquérito civil em São Paulo (1.34.001.007752/2013-81), com a intenção de colher denúncias apresentadas por mulheres

durante o atendimento obstétrico, praticadas por profissionais da saúde, tanto da esfera pública como privada.


O termo combatido, desta forma, apesar de sua conceituação genérica, vai ganhando especificidade e elasticidade toda vez que cada ação praticada contra uma mulher no procedimento obstétrico, independentemente da vontade do profissional da saúde, provoca nela qualquer situação inequívoca de violência física, psíquica, emocional, constrangimento ilegal, desrespeito, maus tratos, ameaças e outras consideradas inadequadas ao senso do *homo medius*.

Nesta linha de pensamento encontram-se as ofensas verbais, com a nítida intenção de menosprezar, diminuir, ridicularizar a mulher; ameaças de não atendimento, mesmo com o apelo de dor por parte da gestante; aplicação de medicamentos para aceleração do parto; realização de cesarianas desnecessárias, contra a vontade da parturiente; não obtenção do termo de consentimento informado antes de qualquer procedimento; proibição de ter um acompanhante durante o trabalho de parto, em manifesta violação a tal direito; violação à privacidade e várias outras.

Não há, portanto, como delimitar o alcance da violência obstétrica e nem mesmo abolir sua denominação. Isto porque o marco balizador vem configurado na Constituição Federal ao erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. A Constituição Brasileira deixou explicitado que toda pessoa vem revestida do manto intocável da dignidade e tal tutela compreende a atenção necessária desde a vida intrauterina, conferindo ao nascituro e à mãe os direitos para um nascimento saudável.

O conteúdo da dignidade da pessoa, que comporta uma difusa definição com o novo horizonte delineado pela Bioética, carrega uma carga de humanização e acende a centelha da valorização do ser humano, projetando-o como referência para todo o universo. Assim como as ondas formadas no sereno lago com o arremesso de uma pedra, os círculos formados pelas águas vão se alastrando por todos os lados, fazendo ver que o indivíduo, na sua singularidade, vai se desenvolvendo e se ajustando ao seu grupo social e, neste ambiente comunitário, torna-se sujeito incondicional de direitos. Quer dizer, quanto mais se ampliar a esfera protetiva, mais direitos serão encartados no âmbito da dignidade. Por isso a violência obstétrica não é restritiva.

O direito à vida ou à saúde foi erigido à categoria de primeira geração e cabe ao Estado estabelecer sistemas protetivos para sua defesa. Aplica-se o pensamento esboçado por Foucault quando estruturou a finalidade da Biopolítica: o poder do Estado é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver.

A Organização Mundial de Saúde, em documento intitulado Prevenção e eliminação de abusos, desrespeitos e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde, assim se manifestou: “Todas as mulheres têm direito ao mais alto padrão de saúde atingível, incluindo o direito a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, assim como o direito de estar livre da violência e discriminação. Os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente”. 



**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.

# Reformas e insegurança jurídica

■ POR CLÁUDIO FRISCHTAK

No Brasil, as perdas de bem-estar associadas a falhas de Estado não são apenas pronunciadas, como geralmente dominam as chamadas falhas de mercado. É nesse sentido que corretamente se argumenta que as intervenções nos mercados necessitam ser avaliadas cuidadosamente em termos de conveniência, eficácia e dosagem. No passado, esse não foi o caso, e seja por captura, ideologia ou erros de análise e prescrição, o Estado passou não apenas a absorver acima de 40% do PIB, mas distorcer fortemente a alocação de recursos. Estamos sem dúvida na beira do precipício fiscal, o sexto ano de déficits primários que ameaçam a solvência e a própria viabilidade do Estado de prover os serviços básicos para a população do país. Daí a necessidade das reformas da previdência, administrativa, e a reavaliação dos programas e gastos do governo, sem exceção.


Há, contudo, um segundo conjunto de reformas inadiáveis, estas no âmbito microeconômico. Algumas de natureza infralegal, a exemplo de um programa pré-anunciado de abertura da economia nos próximos 4 (quatro) anos. Um programa desta natureza deve ser acompanhado de um esforço de redução do chamado custo Brasil, que onera a competitividade das empresas. Esta não é uma figura de retórica, pois empresas são confrontadas com múltiplas restrições que se explicam pelo atraso do país em reformar as instituições (enquanto regras), dar combate aos monopólios – muitos instituídos em lei – e promover mercados abertos e competitivos. Há importantes legislações no Congresso, e cujo andamento se vê dificultado por governos eventualmente preocupados em arrecadar (ou ter suas empresas como instrumentos de clientelismo político), e atores privados privilegiados, todos interessados nas rendas apropriadas pela posição no mercado dessas empresas. Esse é o caso – apenas para citar dois exemplos – da Lei nº 6.407/2013, que moderniza o mercado de gás; e da nova tentativa de melhor regular e introjetar competição no saneamento básico por meio da MP 868/2018, tendo a anterior (MP 844) caducado por ferrenha oposição das próprias empresas, funcionários e alguns governos estaduais. Respeitando-se contratos juridicamente perfeitos, deve-se avançar nas reformas que irão modernizar as relações de mercado no país.

Para a maioria da população, as discussões e embates que se dão no Congresso passam despercebidos; mas seus efeitos são dramáticos, seja no preço dos insumos que todos pagam (a exemplo do gás natural em que somos um dos países produtores de preços mais elevados na ponta consumidora), ou ainda nos péssimos índices de cobertura de saneamento básico, perdas de água, e de coleta e

tratamento de esgoto, hoje próximos a países de baixa renda. Na avaliação dessa e outras legislações se espera que o que venha prevalecer seja o interesse público, difuso e logo pouco defendido.

Uma dimensão essencial das reformas que vai além da consolidação fiscal e modernização dos mercados diz respeito à insegurança jurídica que prevalece no país e afeta não apenas empresas nas suas relações com o Estado, mas direta ou indiretamente a maioria dos brasileiros. A natureza da insegurança jurídica é multiforme. Em parte é fruto de decisões judiciais, principalmente aquelas tomadas monocraticamente por juízes de tribunais superiores, que ou bem contrariam entendimento já estabelecido ou adiam – propositalmente – decisão de mérito. Em parte a insegurança é gerada pela imprevisibilidade regulatória, a qualidade das decisões das agências, a percepção de eventual captura, ou ainda o não cumprimento pelas agências de compromissos formais com concessionários (e inversamente, a fiscalização falha e a falta de proteção ao consumidor, que acaba por gerar oposição dos usuários e da população em geral a processos de privatização e concessão).

Reduzir a insegurança jurídica é um imperativo. No âmbito legal, pelo uso jurisprudencial do consequencialismo, fazendo com que juízes e colegiados deem maior publicidade e clareza às decisões judiciais pela análise ex-ante do seu impacto. E segundo, acelerando ou dando precedência a revisões pelos colegiados de decisões monocráticas, inclusive para fortalecer a estabilidade do direito. É igualmente essencial prover clareza aos conflitos de instâncias e competências tanto no âmbito da Federação (União, Estados e Municípios) quanto na esfera dos órgãos de controle. Com o objetivo de reduzir a hiperjudicialização das relações com o Estado é necessário dar maior segurança ao agente público para aceitar instrumentos que reduzam os conflitos, a exemplo dos institutos da arbitragem e de Comitês de Resolução de Disputas. Já a elevada carga regulatória e o uso das agências para fins de barganha política implicam elevado prêmio de risco regulatório, fato agravado por dificuldades técnicas de regular. Nesse sentido é essencial circunscrever a regulação (e mover para regimes de autorização), e melhorar sua qualidade, aprovando o PL 6621/2016 (no momento no Senado) que dota as agências de autonomia decisória e financeira.

Finalmente, a insegurança jurídica se remete às normas emitidas pela autoridade pública que dificultam o processo decisório das empresas e introduzem grande incerteza no ambiente de negócio. Há decisões que são tomadas com a melhor das intenções por agentes públicos impelidos a mudar as regras do jogo por conta do imperativo arrecadatário ou mesmo pela percepção de distorções do regime tributário, a exemplo de ajustes feitos no regime da Zona Franca de Manaus, ou ainda nos incentivos regionais (ou estaduais). O problema é a insegurança que essas iniciativas acarretam: para as empresas, é melhor ter um regime estável, mesmo que do ponto de vista privado não seja o preferível, que um regime que mude em função das circunstâncias, gerando maior aversão ao risco pelos agentes econômicos. Esse, aliás, é um princípio que deve nortear a administração pública: o Estado prover mais segurança enquanto bem público, e minimizar a incerteza e imprevisibilidade para a sociedade, e dessa forma ampliar o horizonte das empresas e famílias. 



ARQUIVO PESSOAL

**CLÁUDIO FRISCHTAK** é sócio da Inter.B Consultoria Internacional de Negócios.



# Reforma previdenciária

■ POR MELISSA FOLMANN



**“Ratifica-se a importância da educação previdenciária para o processo de construção da cidadania, pois enquanto a realidade dos fatos for colocada em debate com argumentos apaixonados, todo e qualquer discurso contra ou a favor da reforma previdenciária não permitirá que a segurança jurídica se estabeleça.”**

**O**s significados das expressões sempre devem ser aplicados em conformidade com o sentido das mesmas, sob pena de induzirem o espectador ao discurso retórico.

A palavra reforma pressupõe mudança, alteração, reconstrução, correção. Note-se que o ponto comum de todos os sentidos para o vocábulo reforma, reside na premissa de existir algo passível de mudança. Em termos práticos, não se inicia algo, pelo contrário, se aprimora o já existente.

E, nessa ótica, uma reforma implica em aceitar uma estrutura e, a partir dela, adequar distorções ou inovar refutando totalmente a estabelecida, atribuindo à expressão um sentido mais profundo: o de instalação de novos paradigmas.



Esse processo, diferentemente do que possa se imaginar, é perfeitamente comum e esperado. Trata-se de uma consequência da pesquisa científica, tal como ocorrido com as Leis de Newton e a posterior teoria da relatividade de Einstein. Da mesma forma ocorre com o direito, não sendo diferente na seara previdenciária.

Previdência, por sua vez, nos remete a ser providente, a pensar no futuro, a antecipar-se, a compreendermos e aceitarmos a irrefutável condição de que a bela passagem do poeta romano Horácio “Carpe diem quam minimum credula póstero<sup>1</sup>”, não se adequa ao reducionismo “deixa a vida me levar”.

Ou, nas palavras de Bertrand Russel<sup>2</sup>:

O homem civilizado se distingue do selvagem sobretudo pela prudência – ou então, para usarmos termo um pouco mais abrangente, pela *previdência*. (...) A verdadeira previdência só ocorre quando o homem faz algo para o qual impulso algum o impele, agindo porque sua razão lhe diz que em algum momento se beneficiará daquilo. A caça não exige previdência porque é prazerosa, mas cuidar do solo é trabalho e não pode ser feito a partir de um impulso espontâneo. (Grifo nosso.)

Na medida em que a sociedade evoluiu, o Estado assumiu o protagonismo da previdência justificando a nova locução como *previdência social*. Este fato foi historicamente reconhecido com a Lei do Seguro Social de 1883, atribuída ao chanceler alemão Otto Von Bismarck.

Neste cenário a previdência como elemento distintivo entre o homem civilizado e o selvagem, serviu como norte para a afirmação do saudoso Celso Barros Leite<sup>3</sup> no sentido de “quando um homem primitivo, nas brumas da pré-história, guardou um naco de carne para o dia seguinte depois de saciar a fome, aí estava nascendo a previdência. Não a previdência social, mas não é menos verdadeiro que dela para previdência social foi apenas uma questão de técnica – a segunda forma de inteligência. Cabe destacar que a previdência nasce como técnica do seguro privado e depois socializa-se”.

Assim, a previdência no cenário jurídico ganhou contornos de formalidade, mais precisamente a partir do momento em que o homem visualizou no Estado a figura de uma seguradora, tendo em vista a derrocada da proteção familiar e religiosa. O homem precisava acreditar em algo além do destino e acolheu a previdência social<sup>4</sup> como tutora.

No Brasil a entrega da proteção dos riscos sociais ao Estado operou-se em 1923 com a edição do Decreto Legislativo nº 4.682, denominado de Lei Eloy Chaves.

O marco histórico da previdência social brasileira representa não só o reconhecimento pelo Estado de sua figura de garante sobre o futuro do cidadão, como também, de que o Brasil passaria a conviver com a expressão reforma previdenciária.

A afirmação justifica-se porque desde a edição da Lei Eloy Chaves a previdência brasileira passou por, no mínimo, 25 alterações até 1988.

Publicada a Constituição Federal de 1988, o modelo de seguridade social esculpido no art. 194 baseado em: previdência, assistência social e saúde, inexoravelmente estimulou certa confusão aos menos afeitos ao tema, sendo relevante esclarecer que: 1) a previdência atua no plano de previsibilidade, de seguro, pressupõe contribuição, cobertura de riscos sociais mediante a prévia contribuição daquele que almeja a proteção para si ou para seus dependentes; 2) a assistência social tutela aqueles comprovadamente necessitados; e 3) saúde, protege todo ser humano.

Inteligentemente, o legislador constituinte não se esquivou de apontar a fonte de custeio do núcleo da seguridade social, e o fez no art. 195 combinado com o artigo 167, IX e o ADCT, art. 76, com o tributo contribuição social.

Portanto falar em previdência social não significa debater assistência social.

Frente ao histórico e tormentoso sistema de previdência social, o legislador constituinte distribuiu, inicialmente, a previdência brasileira em 3 regimes de previdência: (CF/88, art. 201 combinado com a Lei nº 8.213/91); regime próprio de previdência dos servidores públicos (CF/88, art. 40 combinado com as Lei nº 8.112/90 e 9.717/98) e regime de previdência complementar (CF/88, art. 202 combinado com as Leis Complementares nºs 108 e 109/2001).

A estrutura fornecida pelo legislador constituinte não se restringiu a indicar os regimes, como também a dispor sobre as regras de benefícios, de forma que o engessamento do sistema previdenciário brasileiro restou inerente.

A preocupação do constituinte foi louvável, mas demonstra o quão o Brasil precisa evoluir na compreensão sobre o significado da previdência social como política de Estado e não de Governo.

Pensar previdência representa compreender que a mesma está em permanente avanço, pois depende diretamente do desenvolvimento social e, conseqüentemente, assegurar padrões sem estudos atuariais e econômicos, reduz a previdência social a uma política de governo. Por decorrência lógica, o engessamento constitucional de uma matéria que demanda adequação ao processo social, culminou em um volume de emendas constitucionais inimagináveis em um Estado de Direito alicerçado em segurança jurídica.

Foram, precisamente 8 emendas constitucionais diretas: EC 18/98, EC 20/98, EC 41/2003, EC 42/2003, EC 47/2005, EC 62/009, EC 88/2015, EC 93/2016. Destacando-se que a EC 18/98, inseriu um novo regime de previdência voltado aos militares.

Agreguem-se a isso as inúmeras alterações das Leis: 8.212/81, 8.213/91, ambas do regime geral; 8.112/90 e 9.717/98, ambas do regime próprio; e LCs 108/2001 e 109/2001, ambas do regime de previdência complementar.

E nesta toada a previdência brasileira não passou um ano sem reforma desde 1988, muito mais porque ao contrário da falaciosa e tão propagada relação do direito previdenciário com o direito do trabalho, a previdência brasileira não protege empregados, mas trabalhadores e pessoas que optem por contribuir para o sistema. Eis a razão pela qual o direito previdenciário encontra suas bases estruturantes no direito tributário, logo, alterações tributárias como empresas optantes do Simples e fator acidentário de prevenção, não são temas de repercussão somente na seara tributária, como também previdenciária, motivando o que chamamos em 2007 de Direito Previdenciário Empresarial<sup>5</sup>.

Mas por qual razão somente em 2016 eclodiram robustamente os debates sobre reforma previdenciária?

De longe, a melhor justificativa para a situação encontra-se na ausência de educação previdenciária. A população, independentemente da classe social, não sabe o sentido da previdência social e, muito menos, a constante mudança da mesma desde 1988. Prova destes fatos reside nas afirmações de “surpresa da população”, na permanente confusão de previdência com assistencial social e na eleição dos servidores públicos como o mal da previdência brasileira.

As demais derivam sempre da falta de educação previdenciária, motivo pelo qual pouparei o leitor de extensas páginas indicando inúmeras justificativas e permitirei que extraia suas próprias conclusões.

Começamos por situar alguns dos grandes temas eleitos para reforma previdenciária destacados na PEC 6/2019: execução de políticas sociais dentro do sistema previdenciário; idade diferenciada por gênero; planilhas atuariais; o combate a privilégios e excessos; a correção de desigualdades; aposentadoria rural; despesas do Regime Geral de Previdência Social (RGPS); despesas com Regime Próprio da Previdência Social (RPPS); Benefício de Prestação Continuada (BPC); Benefício Assistencial (BPC); aposentadoria por invalidez; pensão por morte.

Apesar de parecerem temas isolados, todos encontram seu alicerce em duas constantes previdenciárias mundiais: envelhecimento populacional e gestão como forma de governo e não de Estado. Explico.

O grande ponto de debate ao se falar de reforma previdenciária reside na máxima: não há dinheiro. E, eis que a primeira premissa deste confronto cede, pois se há ou não um déficit no sistema atual, isto não é relevante para justificar uma reforma previdenciária. Pois permite o embate político e não estratégico do Estado.

Previdência deve se nortear pelo equilíbrio econômico e atuarial, portanto a grande pergunta merecedora de resposta é: se não fizermos nada, haverá futuro? As variáveis norteadoras da resposta passam por volume de nascimentos, quantidade de idosos, números de pessoas ativas (produzindo e consumindo), custeio previdenciário. Eis que a resposta é natural: precisamos reformar para termos previdência, sob pena de as desigualdades sociais asseverarem-se.

Mas em que termos reformar?

Para esta questão o sistema já responde há tempos, de tal sorte que boa parte da PEC 6/2019 representa projetos requestrados desde a EC 20/98.

A título de exemplo lembro o leitor que a grande reforma no benefício de auxílio-doença, iniciou em 2014 com a MP 664/2014, dela só derivando novas regulamentações.

Na mesma linha a pensão por morte, invariavelmente ocupa espaço nos projetos sobre reforma previdenciária, sendo a PEC 6/2019 um requestrar dos dispositivos da MP 664/2014 não convertidos em lei combinados com a revogada Lei nº 3.807/60, art. 37;

Melhor sorte não assiste ao dogma da idade mínima que, de longe tumultua o debate, promove paixões e reforça a constatação de falta de educação previdenciária. Nomeio dogma, porque verifico neste ponto a mesma paixão daqueles que defendem uma religião ou uma doutrina filosófica, de um lado os fervorosos detratores da ideia e de outro os partidários da mesma.

Independentemente da filiação a uma ou outra bandeira, como já alertado no início deste artigo, previdência social não se trata de política de governo, mas de Estado, portanto não se pode negar dois pontos relevantes para o debate: o tema não é novo; e, além do Brasil somente 12 países do mundo não têm idade mínima: Arábia Saudita, Argélia, Bahrein, Egito, Equador, Hungria, Iêmen, Irã, Iraque, Luxemburgo, Sérvia e Síria.

Afirmar a ausência de novidade no tema impõe lembrar o leitor do processo de votação da EC 20/1998, na qual o principal mote era aprovar a idade mínima para as aposentadorias no Brasil.

Contudo, naquela época como agora, a ausência de uma análise histórica induz o brasileiro a acreditar na expressão *surpresa*, uma palavra completamente fora de contexto em termos de previdência brasileira. Vejamos.

A Lei nº 3.807/60, antecessora da atual Lei nº 8.213/91 em sua redação original previa a idade mínima de 55 anos de idade para as aposentadorias por tempo de serviço.

Notem a data de edição da norma, 1960, período em que a expectativa de vida da população era de 54,2 anos, conforme dados do IBGE. E, mesmo com uma expectativa de vida 10,4 anos menor em relação à apontada pelo IBGE em 1988, 14,91 anos menor em relação à apontada pelo IBGE em 1998, e 21,6 anos menor em relação à apontada pelo IBGE em 2017, o legislador de 1960 apontou o requisito idade mínima para as aposentadorias.

À época o requisito promoveu discussão, tendo em vista a inexigibilidade do mesmo para os servidores públicos que tinham a aposentadoria concedida nos termos da CF/46, art. 191, sem idade mínima.

Visando restabelecer a isonomia dos trabalhadores da iniciativa privada com os servidores públicos, a Lei nº 4.130/62 suprimiu o requisito idade mínima em 1962.

Após anos de proposições infrutíferas para a adesão ao critério idade mínima nas aposentadorias, a aprovação da EC 20/98 trouxe um alento e uma decepção sobre o tema.

O projeto da EC 20/98 previa a idade mínima de 55 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens, como restou aprovado para o regime dos servidores, nos termos da CF/88, art. 40.

Contudo, no momento da votação da idade mínima para o regime geral, por um erro de voto e exatamente por um voto, o regime geral permaneceu sem o requisito idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição integral, restando fixada idade mínima somente para a aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.

A história pregara uma peça e ao contrário do evento de 1960, em 1998 a idade mínima restara para o servidor público excluindo o trabalhador da iniciativa privada, portanto a isonomia almejada em 1962, esvaiu-se na edição da EC 20/98.

Promoveu-se, então, uma microrreforma com a Lei nº 9.876/99 instituindo o fator previdenciário.

E, desde então, governo após governo, projeto após projeto o ideário de colocar uma idade mínima para as aposentadorias no regime geral se faz presente, fato facilmente comprovado com a leitura dos projetos encaminhados ou divulgados com e sem protocolo oficial e, independentemente da bandeira ideológica que se partilhe no Governo.

Em 2015, no turbilhão da polêmica de uma idade mínima para aposentadoria, houve a aprovação de denominada fórmula 85/95, considerada um dos maiores erros históricos do sistema previdenciário brasileiro porque não desmotivou aposentadorias precoces, pelo contrário permitiu um acesso a benefícios de aposentadoria integral com critérios mais brandos do que aqueles com incidência do fator previdenciário. Equívoco gerador de projetos visando reforçar a urgência de fixação de idade mínima, pois o problema de 1998 amenizado em 1999, transformara-se em um precipício.

Eis o motivo da palavra surpresa não poder ser colocada na análise da reforma previdenciária, pois esta nada mais é do que projeto requeitado desde 1998.

Isto porque a expectativa de sobrevida da população aumenta consideravelmente, a idade de ingresso das pessoas no mercado de trabalho está cada vez mais longínqua, a natalidade encontra-se em franco declínio, os estudos atuariais não se fazem claros para a população e opções tributárias questionáveis afetam o custeio da previdência brasileira, como por exemplo: a desoneração da folha de salários, o MEI e a presença da aposentadoria dos segurados especiais (trabalhadores rurais) no caixa da previdência.

Em meio a equívocos tributários, falhas de projeção atuarial e carência de educação previdenciária do brasileiro, o servidor público aparece como o grande *vilão* do sistema.

O desconhecimento sobre o sistema previdenciário dos servidores públicos franqueia a verdadeira caça às bruxas justamente daquele sujeito ao maior número de reformas constitucionais previdenciárias, sem falar nas infraconstitucionais.

A imagem do servidor público com a aposentadoria dos sonhos revestida de integralidade e de paridade não pode, desde a EC 41/2003, ser apresentada para a população, apesar de permanecer sendo vendida como tal.

A aposentadoria dos servidores públicos apresentou regras historicamente diferenciadas pelo entendimento de que não se tratava de uma aposentadoria no sentido próprio da palavra, mas de prêmio pelos serviços prestados. Este problema conceitual de ver no servidor não um trabalhador, mas um cidadão dedicado ao Estado, permitiu regras diferenciadas de aposentadoria que vêm sendo alteradas para adequar a posição dos servidores à equivalente com os trabalhadores da iniciativa privada.

A primeira grande reforma do regime de previdência dos servidores públicos operou-se com a EC 03/93 ao prever o sistema contributivo, no sentido de que “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”.

Verdade seja dita de que a redação inserida na CF/88, art. 40, § 6º forçou o entendimento de ausência contributiva dos servidores até então, conclusão eivada de vício, pois os servidores federais, por exemplo, ante a ausência de regime próprio de previdência tinham vertido contribuições para o extinto INPS. Por outro lado, havia sim a parcela de servidores públicos não contribuintes de regime de previdência visando aposentadoria, pois muitos contribuíram somente para gerarem pensão aos seus dependentes.

Mas, como de praxe, a informação negativa de não terem os servidores contribuído publicizou-se mais do que a realidade dos fatos e, desde então, o servidor ganhou mais um argumento contra si.

A EC 20/98 instituiu o requisito idade mínima para as aposentadorias dos servidores públicos, dispondo na CF/88, art. 40 que além dos 35 e 30 anos de serviço, respectivamente para homem e mulher, faz-se necessário 60 e 55 anos de idade, 10 anos de serviço público e 5 anos no cargo. A mesma norma ressaltou que a idade e tempo de contribuição seriam reduzidos em 5 anos nos casos de servidores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

O outro ponto tão enaltecido para justificar a reforma previdenciária em face dos servidores públicos encontra-se nos institutos da paridade e da integralidade que também já foram objeto de reforma, pois a EC 41/2003 extinguiu ambos. Desta feita, o segundo fundamento tão propagado para deteriorar a imagem do funcionalismo público, não se encontra mais presente para os servidores ingressantes a contar de 01/01/2004. A amnésia coletiva também se faz presente quando se desconsidera que a referida Emenda, previu a contribuição dos inativos positivando a incidência de contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência quando superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da CF/88, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Diante de tantas mudanças o legislador constituinte derivado previu regras de transição visando resguardar os denominados direitos expectados<sup>6</sup>. A EC 42/2003 previu algumas e, posteriormente, a EC 47/2005 acresceu novas regras, bem como alterou algumas da EC 41/2003 e dispôs expressamente sua vigência para a data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

Eis por que os servidores públicos efetivos ostentam regime de previdência distinto a depender da data de posse se anterior a 01/01/2004 ou não. E, nos casos de posse anterior a 01.01.2004 ainda há de se observar qual a regra de transição aplicável ao servidor.

A reforma previdenciária dos servidores públicos encontrou dois outros capítulos no sistema brasileiro, a EC 70/2012 e a EC 88/2015, a primeira veio sanar uma distorção na aposentadoria por invalidez do servidor público e a segunda reconhecer o valor social do trabalho dos servidores públicos permitindo-lhes o permanecer ativo até os 75 anos de idade.

Neste sentido, a busca por aproximar o regime geral do regime próprio não pode ser considerado um novo momento da previdência brasileira, pois o servidor, desde 1993 passou por adequações de seu regime de previdência estando muito distante daquele exposto pelo senso comum.

Por certo que há distorções alimentadas por Estados e Municípios omissos em adequar suas leis às disposições constitucionais, como exemplo temos a demora na regularização das contribuições dos inativos. Razão pela qual manter estes entes federados dentro da PEC 06/2019 se faz medida de extrema relevância para evitar prejuízos para os servidores destes que, como recentemente aconteceu no Brasil, podem se ver privados de seus benefícios pela falta de reforma previdenciária tempestiva.

Mas, por outro lado os servidores públicos federais estão em um patamar de igualdade com os trabalhadores da iniciativa privada jamais imaginado, a instituição do FUNPRESP pela Lei nº 12.138/2012 com a regulamentação pelo Decreto nº 7.808/2012 (FUNPRESP-EXE) e Resolução do STF nº 496/2012 (FUNPRESP-JUD) permitiu a aplicação das disposições da CF/88, art. 40, § 14, e desta forma os servidores públicos federais, ingressantes a partir da regulamentação do FUNPRESP, também passaram a se sujeitar ao teto do INSS para seus benefícios previdenciários<sup>7</sup>.

O combate a privilégios e excessos conjuntamente com a correção de desigualdades não é algo novo no cenário jurídico brasileiro, inclusive quando o próprio Poder Judiciário analisa as demandas motivadas pelos efeitos da reforma.

Lembremos que ao Supremo Tribunal Federal ao julgar a contribuição dos inativos firmou o posicionamento sobre a inexistência de direito adquirido sobre regime jurídico. Na mesma linha, o Tribunal seguiu ao deixar claro o princípio da solidariedade quando do julgamento da impossibilidade de desaposentação. E, melhor sorte, não tiveram os beneficiários do auxílio-reclusão quando, o mesmo Tribunal, considerou constitucional a limitação dos benefícios aos dependentes do segurado de baixa renda.

Os mais apaixonados dirão que o Supremo teria afastado o princípio da vedação do retrocesso social nos exemplos acima referenciados. Contudo, a técnica prova que o citado *princípio*, já foi repensado pelo próprio Canotilho<sup>8</sup> quando:

“O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento




contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.’ (Grifo nosso.)

Logo, pensar na judicialização da reforma previdenciária, impõe ao técnico duas premissas: conhecer a história da previdência brasileira para poder compreender o novo e o requeitado; e situar-se sobre o real sentido dos princípios falaciosamente utilizados para defender situações que não se sustentam mais nos mesmos.

Diante do exposto ratifica-se a importância da educação previdenciária para o processo de construção da cidadania, pois enquanto a realidade dos fatos for colocada em debate com argumentos apaixonados, todo e qualquer discurso contra ou a favor da reforma previdenciária não permitirá que a segurança jurídica se estabeleça.

A sociedade brasileira precisa compreender o sentido da expressão previdência em conjunto ao de sustentabilidade, aliados indissociáveis e dependentes dos estudos atuariais, e que não permitem mais se confundir previdência com a assistência, sob pena de condenar todos à negarem o grande elemento distintivo do homem com os outros animais, apontado por Bertand Russel como o ato de ser previdente.

Conclusivamente pode se dizer o quão inócuo é o ato de guardar um naco de carne para amanhã se ausente a forma de conservação deste. 

## NOTAS

- 1 Odes e Epodos. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- 2 RUSSELL, Bertrand. História da filosofia ocidental. Livro 1 – filosofia antiga. E-book. São Paulo: Nova Fronteira.
- 3 LEITE, Celso Barroso. A proteção social no Brasil. São Paulo: LTr. 1972.
- 4 De acordo com a Organização Internacional do Trabalho a previdência social pode ser conceituada como: “los seguros sociales en que los beneficiarios aportan de sus ingresos laborales actividad para cuando caen los riesgos cubiertos, recibir la correspondiente prestación”
- 5 A autora do presente artigo foi a pioneira no Brasil sobre o uso e a definição desta subárea do direito previdenciário, hoje também conhecida como Direito Empresarial Previdenciário.
- 6 Sobre a teoria da Pontes de Miranda aplicada ao direito previdenciário recomenda-se a leitura de BARROSO, Marcelo. Direitos Previdenciários Expectados – A Segurança na Relação Jurídica Previdenciária dos Servidores Públicos. Curitiba: Juruá, 2012
- 7 Estados e Municípios também poderiam minorar seus problemas previdenciários com a criação dos fundos. Entretanto, até o momento, o único município com regime de previdência complementar dos servidores é Curitiba, com o denominado CURITIBAPREV, instituído em 2017 após forte resistência motivada pela falta de educação previdenciária. Por outro viés, em se tratando de Estados, cerca de 18 já implantaram regime de previdência complementar para seus servidores.
- 8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111. Sobre a questão o Tribunal Português também repensou: PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº 1, jan./jun. 2014.



**MELISSA FOLMANN** é Advogada, Presidente de Comissão de Direito Previdenciário do IBDFAM, Professora da ESMAFE/PR (Escola da Magistratura Federal do Paraná), da graduação e pós-graduação da PUCPR.

# Reforma previdenciária: o problema é o custeio

■ POR WAGNER BALERA



**“O debate da Reforma Previdenciária se limita a cortar ou reduzir direitos. E entendo mesmo que muitos desses direitos devem sofrer as transformações inerentes às metamorfoses do mundo do trabalho; ao problema demográfico e assim por diante. Mas, se o debate não for travado em termos de defesa concreta das receitas da seguridade social, a reforma, essa reforma, será apenas mais uma.”**

Quando se cogita do orçamento, num financiamento público da seguridade social o Estado que se tem em vista não é o Estado Fiscal, preocupado com o que se gasta em com o que se quer economizar. Não é “O Estado Guarda Noturno”, como o denominaram os alemães, que cuidava de segurança pública. Em 1917, com o advento da primeira Constituição Social do mundo, a Mexicana, surge a era do “Estado do Bem-estar Social” ou simplesmente Estado Social, sob o qual foi configurada a Constituição brasileira de outubro de 1988.

O Estado social é o Estado da inclusão social. Isto é, compete ao Estado integrar a comunidade, de tal sorte que não haja os abismos de desigualdade que ainda em nossos dias se verificam.

No perfil do Estado social deve ser buscado como objetivo concreto a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Tal como se encontra nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, projetados para 2030.

O orçamento é o instrumental formal pelo qual o Estado pode desenvolver as políticas sociais. E se nós quisermos identificar as políticas sociais, nós temos que ir ao art. 6º da Constituição.

O art. 6º sumaria os direitos sociais. Então as políticas sociais são as políticas relativas aos direitos sociais e os direitos sociais estão definidos no art. 6º, que acaba de ser acrescido de um item – o art. 6º da Constituição foi acrescido de um item – enunciando-se mais um direito social que é o direito à habitação. Então agora são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, e a seguridade social: a saúde, a previdência social, a proteção a maternidade, a infância, a assistência aos desamparados e a habitação na forma da Constituição.

Cada uma dessas políticas sociais deve estar estampada no orçamento público, com a destinação específica das verbas que irão custeá-la. E aqui também na configuração do orçamento, o Estado Moderno, o Estado Social, tem dois caminhos possíveis: o Estado pode optar por financiar as políticas sociais através do sistema tributário no seu todo considerado, é um caminho, e esse tem sido justamente o caminho dos países mais desenvolvidos. Os países mais desenvolvidos optam por amalgamar a política social com a política econômica. Portanto, o orçamento geral do Estado financia as políticas sociais, e o paradigma desse modelo de Estado são dois países que já fazem isso há mais de oitenta anos, a Austrália e a Suécia. Eles são os modelos mundiais de países que adotam o orçamento geral do Estado para financiar as políticas sociais. Ou de outra parte, outro caminho, que é o caminho da Constituição brasileira, a definição específica de modos de financiamento das políticas sociais. E a Constituição de 1988 separou nesse segundo caminho – no caminho da rubrica orçamentária para o financiamento social – a Constituição separou uma espécie tributária específica para cumprir essa finalidade. As políticas sociais são financiadas por intermédio das contribuições sociais. A seguridade social é financiada através das contribuições sociais de seguridade social. E no caso específico da Constituição de 1988, o constituinte deu ainda um segundo detalhamento nessa área, o constituinte estabeleceu que na lei orçamentária, isto é, no arcabouço institucional do financiamento público, deverão existir dois – entrinçados na Lei Orçamentária – dois orçamentos. Sendo que um dos orçamentos é exclusivamente voltado para o financiamento de políticas sociais, é o orçamento da seguridade social. Então a Lei Orçamentária Anual, que é uma peça única, tem três

partes: o orçamento da União, o orçamento dos dispêndios das empresas estatais e o orçamento da seguridade social, art. 165. Este, portanto, é um detalhamento especial da Constituição de 1988, caracterizando o financiamento como um compromisso orçamentário institucional. É uma peculiaridade da nossa Carta Magna.

Colocada portanto esta questão de que no Estado Social existe um modo de financiamento público, cumpre verificar o processo de construção desse orçamento, o que nós poderíamos chamar, numa linguagem com a qual estamos familiarizados, os operadores do Direito, de devido processo orçamentário. Há um ritual para a elaboração do orçamento público, notadamente o orçamento das políticas sociais.

O art. 227, § 7º da Constituição, no atendimento dos direitos da criança e do adolescente, isto é, de uma das políticas sociais estampadas na Constituição, exige que se leve em consideração o disposto do art. 204, onde o art. 204 é o primeiro artigo constitucional que fala do devido processo orçamentário. Como deve ser elaborado o orçamento público na área social e tal preceito serve como modelo não apenas para a seguridade social, como também para as demais políticas sociais exemplificadas nesse § 7º do art. 227.

Diz o art. 204 da Constituição, mostrando que a Constituição do Estado Social é uma Constituição democrática que, as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social. O Estado Social é um Estado Orçamentário, que se baseia em diversas diretrizes das quais merece destaque a que se encontra referida no art. 204, inciso II, da Constituição: participação da população, por meio de organizações representativas na formulação das políticas. Retenhamos então essas expressões: “formulação das políticas” e no “controle das ações” em todos os níveis.

O primeiro passo da elaboração de um orçamento consiste na formulação das políticas, isto é, no conjunto de problemas sociais que cumpre enfrentar qual a hierarquização desses problemas? Qual deles vai ser atacado em primeiro lugar? Lembremo-nos de que o objetivo é ambiciosíssimo, erradicar a pobreza. Então, diante desse conjunto de problemas, qual deles merecerá prioridade? Formulação das políticas significa eleger prioridades, já que o orçamento – ninguém terá essa pretensão – será capaz por si mesmo de resolver todos os problemas da comunidade. A erradicação da pobreza é um vir a ser, e isto vale para interpretação da Constituição como um todo.

Muito bem, então a Constituição é um programa, a Constituição não muda a nossa vida, ela é um vir a ser, como todas as propostas do Direito. O Direito é um permanente vir a ser.

Bem, então, primeiro: formulação das políticas. Para a formulação das políticas é que são criadas instâncias democráticas, dentre elas a Reforma Previdenciária que se acha sob apreciação do Congresso Nacional. Lá deve ser discutido o caminho do dispêndio público necessário à execução dos seus projetos. É assim que se dá a primeira passada na construção do orçamento. O devido processo orçamentário portanto, começa com um projeto de formulação de políticas que deve nascer da comunidade reunida no Congresso Nacional. Seria bom que o Congresso Nacional convocasse audiências públicas para discutir o orçamento da seguridade social, nos estilos do assim chamado orçamento participativo que se praticou Brasil afora.

Para uma peça que pode ser considerada como espécie de programa de governo, o denominado plano plurianual, que compreende um período de gestão governamental, esse plano deveria contemplar com rigor as receitas e os dispêndios da seguridade social.

A segunda instância da elaboração da formulação das políticas, o que fazer – isso que condiz com a formulação de políticas – se estampa na lei de diretrizes orçamentárias, a lei sobre as leis de orçamento, é uma pré-legislação do orçamento. Lei que se destina a especificar as metas e as prioridades. Portanto a comunidade definiu as metas e as prioridades e o poder político vai definir dentre aquelas metas e prioridades, quais serão efetivamente cumpridas. É a instância de decisão política, definida na Constituição, dentro da estrutura fundamental do poder, quem definirá o que efetivamente é meta e prioridade. Esse assunto é objeto da lei de diretrizes orçamentárias. A partir da lei de diretrizes orçamentárias se constrói a lei orçamentária anual, da qual faz parte o orçamento da seguridade social.

No orçamento anual estarão especificadas, dentre aquelas metas e prioridades, as partes financeiras ou de custeio que cabem a cada um dos itens que compõe o orçamento do setor, o orçamento social, ao qual especificamente estamos nos referindo.

Ora, o fato de existir esse ritual previsto na Constituição, pode nos fazer concluir que a Lei Magna estampa um princípio implícito, e a estrutura dos comandos constitucionais reconhece que existem duas modalidades de princípios constitucionais: os princípios expressos e os princípios implícitos, é o que prevê o art. 5º em seu § 2º.

Art. 5º § 2º da Constituição diz assim: os direitos e garantias expressos nessa Constituição não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Desse modo, a Constituição adota, implicitamente certos princípios, os implícitos, teoria que vem desde Ruy, Barbalho, Maximiliano, Francisco Campos e outros, os princípios implícitos são os que decorrem do regime que a Constituição adota. Então nós podemos enunciar um princípio implícito, é o “princípio do planejamento”. Tal princípio do planejamento permeia toda essa construção constitucional do orçamento ou o que chamo o devido processo orçamentário. É em princípio implícito no direito brasileiro, porque em outros países a Constituição determina formalmente o princípio do planejamento. É o que faz a Constituição francesa de 1958, que expressamente enuncia o princípio do planejamento e, também, a Constituição alemã que tem uma lei parecida com a lei de diretrizes orçamentárias.

O orçamento não pode prever dispêndio sem custeio, assim como não pode prever custeio sem dispêndio. É inerente à idéia de orçamento o equilíbrio financeiro.

O Estado só pode contar com a receita previsível; só pode gastar o total daquilo que – pela experiência pretérita da arrecadação fiscal (ou parafiscal, no caso da seguridade social) – entrará na conta única do Tesouro Nacional, devidamente carimbado para a seguridade social.

O orçamento necessariamente deve estimar os dispêndios a partir dos ingressos. Ergo, é necessário que o planejamento formule os cenários possíveis dos ingressos, já que a efetivação dos ingressos dependerá de variáveis com as quais não contam os planejadores. Será que todos vão pagar os tributos? Todos vão pagar os tributos em dia? Todos vão cumprir rigorosamente com as suas obrigações perante a comunidade? Portanto essa variável de difícil determinação, depende de dados que o Estado brasileiro se recusa a computar, mas que, parece proposital, o Estado brasileiro se recusa a registrar, montando um banco de dados a altura das necessidades do sistema de seguridade social.

Ainda agora não há banco de dados do Brasil disponível ou acessível, para que se saiba quais são as necessidades efetivas da população. Especialmente daqueles

que tem direito à inclusão social. Isto é, dos excluídos da vida social brasileira, da grande massa de excluídos. Então não há o elemento indispensável para a construção do plano, dos planos, melhor dizendo. O que, no caso do princípio do planejamento, pode ser identificado com uma expressão, o plano de custeio. O plano de custeio é o que define quanto se pode ou se deve gastar com aquele item por exemplo, saúde. Tomemos esse exemplo. Pela natureza constitucional de tal direito, o mesmo deve ser conferido a todos. Diz o art. 196 da Constituição: a saúde é direito de todos. Só há um preceito da Constituição que utiliza a expressão relevância pública. Portanto estamos diante de relevância outorgada, qualificada, pela Carta Magna.

É o art. 197 que diz serem de relevância pública: as ações e serviços de saúde.

E a Constituição incumbe ao Ministério Público o zelo dos serviços de relevância pública.

Eis aqui a ligação constitucional do Ministério Público com o tema do financiamento das políticas sociais. É que as ações e serviços de relevância pública merecem a tutela específica do Ministério Público. O Ministério Público foi erigido pela Constituição como ente tutelar dos serviços e das ações de relevância pública, conforme expressão clara do art. 129 da Constituição.

Então o plano de custeio, que é o projeto dos dispêndios, deve, como um anexo que é da lei orçamentária, devido processo orçamentário, o plano de custeio é o anexo da lei orçamentária. O plano de custeio estabelecerá, item por item, os recursos necessários para o cumprimento daqueles programas. Assim, por exemplo, o programa do SUS – Sistema Único de Saúde, deve auferir tantos recursos para a atenção dos tantos milhões de pessoas que procuram os serviços médicos da rede pública. Tudo considerado o crescimento normal da população, que seguirá exigindo a ampliação do serviço de atenção médica. Então, a partir desse dado, se constrói a previsão orçamentária no plano de custeio. O plano de custeio orça que serão gastos com consultas médicas, no exercício financeiro de 2019, tantos bilhões de reais.

Porque esses dados não estão aparecendo com clareza no atual debate da Reforma Previdenciária?

Porque não se explica como foi causado o atual desequilíbrio entre as receitas e os dispêndios?

O financiamento dos programas sociais se dá por intermédio do orçamento específico, sustentado pelo plano de custeio. A natureza, portanto, do plano de custeio que é um anexo da lei de orçamento é a de definir, rubricar, o que vai para cada setor. Essa é a peculiaridade, a virtualidade do plano de custeio. Instrumento específico do Estado Social, que é o Estado do orçamento.

Cada um dos programas da seguridade social: saúde, previdência e assistência carece de recursos para ser viabilizado financeiramente.

Quando o país convive com o fenômeno do desemprego, no elevadíssimo percentual de 14%, está sendo violado o objetivo constitucional do pleno emprego e essa multidão de desempregados faz jus à cobertura de um programa social que é o seguro-desemprego.

Os desempregados não estarão desamparados, excluídos, mas protegidos pelo programa social próprio.

Nesse particular a Constituição de 1988, também deu um passo avante. Estabeleceu no art. 239 o tipo de receita necessária aos programas de desenvolvimento.



O art. 239 estabeleceu que a contribuição social para o PIS e para o PASEP, programas já extintos, se destina ao financiamento de programas sociais. Uma parcela dessa contribuição será destinada a financiar o desenvolvimento, mediante aporte de recursos vertidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, o FAT, e desse fundo serão retirados recursos para financiar projetos de desenvolvimento, além daqueles necessários ao pagamento do seguro-desemprego.

Portanto, o modelo constitucional previu, inclusive, essa segunda rede de financiamento social que é a de projetos de desenvolvimento, através do fundo de amparo social ao trabalhador.

Evidentemente, o critério para que se emprestem recursos do FAT, deve ser o do desenvolvimento, com consequente e necessário fomento ao emprego.

Há, como foi dito aqui, dois caminhos para o financiamento público das despesas sociais: o financiamento pelas receitas gerais do Estado, presente nos países mais avançados e o financiamento modelado pela Constituição de 1988, que se dá por intermédio das chamadas contribuições sociais. Estamos em um modelo híbrido. A Constituição traçou um panorama ideal, mas permitiu o desvio para um modelo híbrido, de modo que há um financiamento direto das contribuições sociais e um financiamento indireto das receitas orçamentárias gerais.

Ora, quando se discute – ou melhor, quando não se discute a causa do desequilíbrio financeiro da seguridade social ninguém quer discutir o que e em que montante o orçamento da seguridade social tem sido desfalcado ao longo do tempo. Sem entrar no mérito, não se pode ignorar as medidas de renúncia fiscal que desfalcam o orçamento social. Quer dizer dos recentes programas como o REFIS, o PAES, o SIMPLES e o SUPERSIMPLES, que retiraram substancial parcela de recursos das contribuições sociais previstas e orçadas para o implemento das políticas sociais. Eis a hibrideza própria do perfil da Constituição. Ao abrir a possibilidade de criação de fontes próprias de orçamento que são as contribuições sociais, o constituinte se esqueceu de proibir expressamente o desvio desses recursos, seja de forma direta, como se faz com autorização constitucional através da Desvinculação das Receitas da União (DRU), seja de forma indireta, por meio de desonerações fiscais ou de parcelamentos de longo prazo que premiam os maus pagadores.


Esse debate não está sendo realizado.

O debate da Reforma Previdenciária se limita a cortar ou reduzir direitos.

E entendo mesmo que muitos desses direitos devem sofrer as transformações inerentes às metamorfoses do mundo do trabalho; ao problema demográfico e assim por diante.

Mas, se o debate não for travado em termos de defesa concreta das receitas da seguridade social, a reforma, essa reforma, será apenas mais uma.

Tão logo foi promulgada a Emenda 20, de 1998, já se começou a falar de outra reforma, que efetivamente ocorreu em 2003. E nem mesmo se esperou para a execução dessa reforma. No meio do caminho uma PEC paralela começou a modificar a emenda de 2003, e fez surgir a Emenda 47, de 2007.

Será que não acontecerá o mesmo com a reforma ora em fase de elaboração? 



# A reforma da previdência: como fica o custeio por parte do empregador?

■ POR MAURICIO PALLOTTA RODRIGUES



**“Não há mais como fugir de uma reforma estrutural em nosso sistema previdenciário, que além de custoso e insustentável do ponto de vista do equilíbrio atuarial, foi gerador de grandes desigualdades desde a sua criação, colocando a classe trabalhadora para custear as polpudas remunerações de aposentadoria e pensão de uma minoria e afastando os investimentos em razão da altíssima carga suportada por quem se aventura no empreendedorismo nacional.”**

**M**uito se tem falado das modificações inseridas no projeto de reforma da previdência apresentado pelo governo, através da PEC 6/2019, em relação aos assuntos relacionados ao sistema de benefícios previstos em nosso ordenamento e o que pode ser suprimido em razão da nova previdência. Por exemplo, a idade diferenciada por gênero, o combate aos privilégios, a correção de desigualdades, a aposentadoria rural, as despesas do Regime Geral e Próprio de Previdência Social, o Benefício de Prestação Continuada, entre outros.

Entretanto, pouco se tem discutido em torno do sistema de custeio da seguridade social. É certo que o tema deve voltar à baila quando iniciada a discussão em torno do mérito da reforma tributária, igualmente anunciada e cujo texto base já foi aprovado recentemente em votação simbólica na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC).

De toda sorte, a nº PEC 6/2019 traz algumas alterações no corpo do texto constitucional que podem implicar na mudança de alguns paradigmas no contencioso previdenciário já existente no país.

O art. 195, I da CF, por exemplo, em sua redação atual prevê que a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes, também, das contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei e que em sua alínea “a”, por sua vez, dispõe que as contribuições previstas no inciso I serão incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

A PEC nº 6/2019, em que pese pouco tratar sobre o sistema de custeio da seguridade social, traz em seu bojo singela alteração na alínea “a” acima referida, a qual passará a ter, se aprovada a reforma como se apresenta, a seguinte redação: “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos, devidos ou creditados, a qualquer título e de qualquer natureza, salvo exceções previstas em lei, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

Em relação ao termo “devidos”, em complementação aos “pagos ou creditados”, o mesmo modifica, pelo menos em tese, o momento de incidência da norma jurídica fiscal previdenciária, dando a conotação de que o tributo passa a ser exigível desde o momento em que a verba remuneratória de qualquer natureza se torna devida ao trabalhador, não mais a partir do efetivo pagamento.

Com a alteração cairá por terra toda discussão em torno da constitucionalidade da existência da palavra “devida” no inciso I do art. 22 e da alínea “b” do inciso I do art. 30, da Lei nº 8.212/91.

Desta feita, muda com a nova previdência o momento em que a contribuição passa a ser exigível e, por consequência, o marco inicial de contagem da prescrição e decadência da pretensão do fisco em reaver eventuais valores não recolhidos pelo empregador em razão do trabalho desempenhado em seu favor.

A nova redação poderá ter impacto, inclusive, na execução de ofício da contribuição social pela justiça do trabalho, posto que a depender do momento que se iniciar a execução trabalhista e, por conseguinte, a previdenciária, o tributo poderá já estar prescrito em razão do transcurso do tempo.

Se o fato gerador da contribuição ocorre ou se consuma a cada mês de prestação de serviços, como desejou o legislador infraconstitucional, somos praticamente obrigados a admitir que o prazo decadencial tem início a partir do dia 1º do mês subsequente ao de cada uma das competências: é o que dispõe os §§ 1º e 2º do art. 43, da Lei nº 8.212/91.

O curso desse prazo, portanto, não será interrompido pela simples propositura da ação trabalhista e nem pela prolação de qualquer decisão judicial em âmbito trabalhista, da qual não participa o sujeito ativo da tributação (INSS) e que não serviria, então, para constituir o débito tributário ou em mora o devedor.

Considerando que o prazo decadencial para a cobrança das contribuições previdenciárias é de 5 anos (art. 173, I, do CTN e Súmula Vinculante nº 8) e que

a execução de ofício no processo trabalhista não costuma terminar antes desse prazo, podemos chegar a situação de não ser possível a cobrança/execução da contribuição dele decorrente ante ao reconhecimento da prescrição.

Já quanto a inserção pela PEC nº 6/2019 da expressão “e de qualquer natureza, salvo exceções previstas em lei”, a mesma deve servir de base para colocar fim às intermináveis discussões em torno da natureza jurídica das verbas remuneratórias como fundamento para a não incidência da contribuição previdenciária.

Como tudo no Brasil, as questões previdenciárias, seja de benefício ou de custeio, acabam quase sempre no contencioso administrativo e judicial. Tanto isso é verdade que temos o maior contencioso do planeta em tramitação em nosso país.

Com a pesada carga tributária enfrentada pelos que pretendem empreender em nosso país, houve uma enxurrada de ações discutindo a incidência ou não da contribuição social sobre algumas verbas que são discriminadas na folha de pagamento, como por exemplo o 13º salário, o aviso prévio indenizado, o terço constitucional de férias, os primeiros 15 dias de afastamento, as horas extras, dentre outras.

Algumas já se consolidaram através dos repetitivos dos tribunais superiores, seja ou não pela incidência. Acontece que com a alteração do texto constitucional fica inviabilizada, a partir de sua possível vigência, qualquer discussão em torno de natureza das verbas remuneratórias, posto que, caso aprovado nesses termos, deixa claro que apenas exceções previstas em lei são capazes de afastar a incidência previdenciária, pouco importando a natureza jurídica.

Além dessas alterações trazidas pela PEC nº 6/2019, o sistema de custeio da previdência ainda pode ser modificado de maneira mais incisiva pela PEC da reforma tributária citada anteriormente, posto que o referido projeto pretende simplificar a tributação do país, inclusive em relação ao INSS.

Segundo o texto aprovado em votação simbólica na CCJC, pode até deixar de existir a contribuição ao INSS paga pelas empresas incidentes sobre folha de pagamento, que seria substituída por um imposto sobre meios de pagamento ou por uma alíquota adicional ao imposto único que se pretende criar em substituição ao IPI, PIS, COFINS, ICMS e ISS, o tal “IBS” (imposto sobre operações com bens e serviços).

Inclusive, o próprio sistema de capitalização que o governo pretende regulamentar por lei complementar, caso seja aprovada a PEC nº 6/2019 com economia de pelo menos 1 trilhão de reais em 10 anos, o custeio da seguridade poderá, por pelo menos 20 anos, ser feito sem nenhuma contribuição patronal e sem qualquer encargo trabalhista. Essa é uma das propostas que o ministro da Economia, Paulo Guedes, tem defendido.

É fato que a carga tributária sobre folha de pagamento do Brasil é muito alta, o que desestimula a contratação formal e incentiva o processo de “pejotização”. Os países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), por exemplo, pagam em média 22% de incidência sobre remuneração pelo trabalho, enquanto o Brasil entre 34,3% a 42,8%, mais o FGTS de 8%.

Entretanto, em ambos os cenários de simplificação tributária mencionados, pelo menos três pontos devem ser bem observados com maior atenção, posto que o “tiro pode sair pela culatra”.

Em primeiro lugar a questão da vinculação entre o custeio e o pagamento de benefício, se não houver nenhuma referência entre a base de incidência do tributo previdenciário e o benefício que será pago no futuro, pode haver uma enxurrada

de ações judiciais discutindo o valor da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios que serão concedidos caso não seja satisfeita a expectativa dos segurados. Mais ou menos como aconteceu com a aplicação do Fator Previdenciário, que frustrou inúmeros segurados quando da concessão de seus benefícios e gerou aumento significativo de demanda no judiciário; mais custo, portanto.


Neste caso, seria mais complicado demonstrar do ponto de vista atuarial o cálculo da RMI, se mal sucedido o sistema de capitalização proposto pelo governo, na medida em que o segurado sempre usa como referência para o que vai receber no futuro como benefício o valor que recebe na ativa, limitado ao teto legal.

Igualmente deve ser bem avaliada a exclusão da contribuição destinada ao custeio dos benefícios de aposentadoria especial e por invalidez, o RAT (Risco Ambiental do Trabalho). Isso porque além de ser uma fonte de custeio, como já mencionado, essa contribuição adicional de 1%, 2% ou 3% sobre a folha de pagamento tem outro importante papel: fomentar as políticas de saúde e segurança do trabalhador, em especial através da sistemática do FAP (Fator Acidentário de Prevenção).

Em que pese necessitar de um ou outro ajuste fino para que possa surtir os efeitos esperados, hoje as empresas têm que buscar continuamente a redução dos acidentes de trabalho e da exposição de seus empregados aos agentes insalubres, sob pena de serem enquadradas em percentis maiores, a depender da sua atividade, bem como ter essa alíquota majorada até o dobro ou reduzida pela metade, se individualmente forem ou não geradoras de risco ambiental do trabalho.

Se não houver mais essa contribuição específica por parte do empregador pode haver retrocesso nas condições laborais à que está sujeita a massa operária no Brasil, já que se acabaria com a co-relação entre a economia ou aumento de custo fiscal que individualmente afeta cada empregador em razão das condições de trabalho que proporciona aos seus empregados.


Por fim, a questão de transferência do custeio da previdência para o consumo, como referido na PEC da reforma tributária, pode acabar por dificultar a diminuição das desigualdades contributivas pretendidas com a nova previdência, posto que os estudiosos defendem que a tributação na renda e de forma progressiva é o único meio de não prejudicar os mais carentes, na medida em que o imposto sobre o consumo encarece as mercadorias, prejudicando, proporcionalmente, muito mais os mais pobres.

Não há nenhuma certeza ainda em relação de como vai ficar a previdência pública do Brasil, pelo menos não até que sobrevenham as definições em relação às duas PECs acima mencionadas. De toda sorte, o que é certo é que não há mais como fugir de uma reforma estrutural em nosso sistema previdenciário, que além de custoso e insustentável do ponto de vista do equilíbrio atuarial, foi gerador de grandes desigualdades desde a sua criação, colocando a classe trabalhadora para custear as polpudas remunerações de aposentadoria e pensão de uma minoria e afastando os investimentos em razão da altíssima carga suportada por quem se aventura no empreendedorismo nacional. 



**MAURICIO PALLOTTA RODRIGUES** é Especialista em Previdenciário Empresarial, Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP e Sócio do Pallotta, Martins e Advogados.





# Reforma da previdência para os bancos ou para o povo?

■ POR SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

**P**oderia essa sintética reflexão também ter o seguinte título: “Reformar a Previdência Social para quem?”. Sem sombra de dúvidas é o debate do momento, vale dizer, reformar ou não o vigente sistema previdenciário, um questionamento que impacta sobremaneira o dia-a-dia de diversos cidadãos, a geração atual de trabalhadores, também a vigente dos beneficiários (aposentados e pensionistas) do sistema e ainda a vindoura, ou seja, o futuro público-alvo.



É que esta intrincada, complexa e bem polêmica pauta governamental tem ocupado todos os olhares da sociedade, com uma polarização das discussões, incertezas, imprecisões técnicas, além da falta de clareza de nevrálgicos pontos registrados no âmbito da Proposta de Emenda Constitucional número 6, de janeiro de 2019, apresentada, inclusive, de forma apressada e a revelia de um esperado e qualitativo debate técnico com a participação da sociedade civil, das instituições representativas da classe trabalhadora, como também dos aposentados, pensionistas, empresários e, sobretudo, da comunidade jurídica especializada.

**“Outras diversas vozes existem e apregoam que do ponto de vista econômico, o sistema é hígido, sustentável, há receitas suficientes e suas oscilações econômicas são por outros motivos, premissas essas distantes do trato popular e do conhecimento da grande maioria da população. Ademais, pensou o legislador maior em um sistema de integração, inserção e distribuição, com a participação de todos os atores sociais, conferindo dignidade aos mais necessitados, excluídos e de baixo acesso, buscando concretizar aos trabalhadores e seus dependentes, a fruição de um pacto de benefícios para os quais também contribuíram.”**

Infelizmente, em tempos vigentes, escolhida que foi a Previdência como a razão de todos os males, ou, o único caminho de prosperidade e austeridade econômica a fim de que a Administração Pública como um todo consiga efetivamente dar concretude a suas promessas, atribuições e deveres.

De fato, uma reforma do sistema previdenciário é mais do que bem vista, desejada e aguardada por todos, enquanto detentores e destinatários da sua essência, afinal, a Previdência faz parte também do núcleo de direitos fundamentais, sociais e constitucionais, ao qual direciona a vida e estrutura de um sistema jurídico-político alicerçado em premissas de bem-estar, como o vigente.

E aqui o necessário debate a ser construído, sem conjecturas políticas vazias, dogmáticas e distantes dos dizeres constitucionais, encontrando na perspectiva econômica a válvula motriz para o debate, de forma midiática e incisiva, infelizmente, sem abertura para outras premissas.

Wagner Balera acentua que:

O bem-estar resultou fixado pela sociedade como a marca registrada do Estado contemporâneo, cuja acertada denominação não poderia ser outra senão Estado do bem-estar (Welfare State). No direito brasileiro, o bem-estar e a justiça estão situados como valores supremos da nossa sociedade.<sup>1</sup>

Nesta direção, Jorge Luiz Souto Maior acentua com referência ao destaque do bem-estar em modelos democráticos e capitalistas:

É inegável que a Constituição brasileira preservou as bases do modelo capitalista, no entanto, não o fez a partir de uma ordem jurídica liberal. O sistema jurídico constitucional fixou como parâmetro a efetivação de valores que considera essenciais para a formação de um desenvolvimento sustentável, vale dizer, um capitalismo socialmente responsável a partir dos postulados do Direito Social.<sup>2</sup>

O ponto de partida, em absoluto, deveria ser esse, da matriz constitucional, sua essência, sua força normativa e a clareza de seus dizeres, sem relativização de seus enunciados, afinal, carrega em si os ideários maiores de um povo, cuja dimensão não encontra fragilização, mesmo quanto as premissas econômicas, aliás, secundárias dentro da perspectiva do Texto Maior.

Em sentido oposto, um esvaziamento dos sentidos constitucionais se revela dentro do debate reformador.

É que ávidos por uma celeridade midiática e sob a égide do discurso econômico apenas, a pequenez da condução se torna evidente. Este, o caminho inverso do discurso constitucional, para o qual o sistema previdenciário é corolário fundamental da vontade social do bem-estar, razão de que seu aperfeiçoamento e suas mudanças devem refletir o desejo da inclusão e do acesso de suas bases, mas não o contrário.

Indiscutivelmente, o sistema previdenciário merece e requer ajustes, alterações, reformulações, aperfeiçoamento e evolução, sem desnaturar a essência maior que o reveste e justifica a necessidade de um debate exaustivo, ainda que prolongado, mas necessário para a construção e viabilização de um sentimento maior que está bem acima de quaisquer ingerências políticas, dogmáticas e meramente econômicas.

Neste aspecto, a razão da indagação que ora se apresenta, sobre a real destinação do desejo reformador, se ao interesse econômico somente, ou, ao encontro dos anseios legítimos dos trabalhadores, afinal, detentores e destinatários de todo poder estatal e o sistema previdenciário, expressão destacada do postulado da dignidade da pessoa humana.

Sobre esse contexto, acentua José Afonso da Silva que:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o de-

envolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.<sup>3</sup>

Assim, de forma corriqueira o que se vê inserido no rápido debate a respeito é tão somente o desiderato econômico, financeiro e atuarial, como se fossem as únicas e principais premissas de vida e manutenção do sistema, ao contrário, a essência da proteção é que deve ditar as regras secundárias para o seu sustento, como uma relação de causa e efeito, ou, principal e acessório, mas com a existência do principal, vale dizer, a técnica de proteção previdenciária.

Evidente assim, que os interesses dos trabalhadores e dos mais necessitados estão bem distantes da legitimidade de proposição e de finalidade deste intento reformador, sendo altamente impactados pela aprovação futura do modelo apresentado, cujos acesso a prestações básicas e mínimas será visivelmente dificultado, neutralizando o intento maior protetivo, acolhedor e que retrate um bem-estar com inclusão e integração.

Afinal, esses os dizeres constitucionais, autênticos princípios diretos.  
Lenio Streck, a esse respeito registra que:

Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado ou em decorrência de uma relação de uma relação lógico-explicativa, mas sim, em face daquilo que ele enuncia.<sup>4</sup>

Assim, o esperado debate reformador há de pontuar neste âmbito, aprimorar e ajustar pontos a serem ajustados e aprimorados, sem o distanciamento de conferir dignidade aos excluídos e mais necessitados.

Espera-se este debate, coletivo, transparente, técnico e democraticamente construído, sob a inspiração constitucional, núcleo maior que justifica e dá vida a modelos previdenciários criados no constitucionalismo do bem-estar, ainda que moderno ou de modernidade tardia como o brasileiro.

Também, que mesmo o incisivo, efusivo e midiático discurso econômico, por si só sequer representa fundamento exclusivo e convincente para o desejo da reforma, não podendo ocorrer por este único e exclusivo fundamento, sem a perspectiva dos valores constitucionais e seu poder diretivo.

De outro enfoque, mesmo a perspectiva econômica, nuclear e fundamental para alguns, sequer merece pronta aceitação, como se máxima e incontroversa verdade fosse.

Por exemplo, a ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil habitualmente demonstra que existe um *superávit* previdenciário ao contrário de outras vozes, comprovando que a mudança por este argumento não se justifica:

Por que desvincular 20% ou 30% dos recursos da seguridade social? Porque historicamente o Orçamento da Seguridade Social sempre foi superavitário. Para se ter uma ideia, entre 2005 e 2016, o superávit médio anual foi de R\$ 50,1 bilhões. Coincidência, ou não, nesse mesmo período, entre 2005 e 2016, o valor médio de recursos desviados da Seguridade Social pela DRU foi de R\$ 52,4 bilhões, ou seja, da mesma ordem de grandeza

da média dos superávits da Seguridade no mesmo período. Se esse superávit não fosse subtraído pela DRU, a exposição pública dessa sobra de recursos incentivaria os projetos de reajuste de aposentadorias, de aumento da aplicação de recursos na Saúde ou na Assistência Social, promovendo, assim, uma melhor distribuição de renda na sociedade. Os superávits, ainda, poderiam ter sido utilizados para constituir uma grande reserva com o objetivo de dar solidez à Seguridade Social, participando do financiamento em momentos de crise e de diminuição da arrecadação. Assim, além de contribuir para a criação do artificial discurso de déficit da Seguridade, a DRU promove a subtração de recursos disponíveis para a disputa alocativa no processo de elaboração do orçamento da seguridade e evita a constituição de um fundo de reserva que contribuiria para compensar perdas de arrecadação em momentos de crise. A utilização desse expediente para construir uma conta de déficit da Seguridade Social demonstra que o interesse real na desvinculação nunca foi resolver problemas de gestão financeira de recursos, mas potencializar os discursos em prol das reformas para a supressão de direitos financiados pela Seguridade Social.<sup>5</sup>

Neste mesmo contexto, outras diversas vezes existem e apregoam que do ponto de vista econômico, o sistema é hígido, sustentável, há receitas suficientes e suas oscilações econômicas são por outros motivos, premissas essas distantes do trato popular e do conhecimento da grande maioria da população.

Ademais, pensou o legislador maior em um sistema de integração, inserção e distribuição, com a participação de todos os atores sociais, conferindo dignidade aos mais necessitados, excluídos e de baixo acesso, buscando concretizar aos trabalhadores e seus dependentes, a fruição de um pacto de benefícios para os quais também contribuíram.

Longe aqui de exaurir a temática, aliás, algo que diversos agentes públicos e inseridos nos mandatos eletivos anteriores conseguiram e enfrentaram como se deseja, contudo, apenas refletir sinteticamente sobre os personagens envolvidos e as razões existentes do atual debate, infelizmente, distante do esperado, não pelos Bancos, mas pelo povo, que deveria ditar o trajeto da reforma. **C**

## NOTAS

- 1 BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 15.
- 2 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 58.
- 3 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107.
- 4 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p.520.
- 5 ANFIP – Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil. Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social Análise da Seguridade Social 2017. ANFIP/ Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social – Brasília: ANFIP, 2018. Página 72.



**SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR** é Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela FDSM. 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 pelas Editoras Conceito, LTr e RT. Integrante do Comitê Técnico da Revista Síntese de Direito Previdenciário. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Advogado em Minas Gerais.

# A Reforma da Previdência e os Modelos Capitalizados

■ POR FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM

**“O tema apresenta complexidades que são frequentemente ignoradas pelos defensores dos modelos capitalizados na previdência pública. Temos de repensar que tal medida não se mostrou bem-sucedida nos poucos países que a adotaram. Temos de parar de buscar soluções mágicas e, pragmaticamente, buscar soluções para a previdência brasileira que sejam comprometidas com os objetivos do sistema protetivo.”**

**N**o contexto da reforma previdenciária proposta pela PEC 06, um tema recorrente no debate nacional diz respeito à aludida pretensão de inserir na previdência pública brasileira um sistema de financiamento capitalizado, à semelhança do sistema chileno. Seria essa a solução?

De modo a buscar o equilíbrio financeiro e atuarial, a previdência social, no que diz respeito ao seu financiamento, encontra algumas técnicas básicas. De modo elementar, podem-se identificar dois regimes básicos e opostos de financiamento: a repartição simples e a capitalização. No regime de repartição, os segurados contribuem, em regra, para um fundo único, responsável pelo pagamento de todos os beneficiários do sistema. Dentro deste regime, há o conhecido *pacto intergeracional*, isto é, os trabalhadores de hoje custeiam os benefícios dos aposentados atuais, dentro do mesmo exercício.

Este regime tem sido criticado por ser extremamente influenciado pelo envelhecimento da população, pois à medida que se observa a inversão da pirâmide etária, um maior número de idosos irá depender de um menor número de jovens para a manutenção de seus benefícios. Tal sistema é também muito influenciado pelas taxas de natalidade de um país, e pela expectativa de vida de seus componentes. A correção costuma ser feita com incentivo ao aumento da natalidade e modificações nos requisitos para obtenção de benefícios, como o aumento do limite de idade ou a redução dos valores pagos.

No regime de capitalização, os recursos arrecadados com contribuições são investidos pelos administradores do fundo, tendo em vista o atendimento das

prestações devidas aos segurados futuramente, ou seja, os valores pagos no futuro variarão de acordo com as taxas de juros obtidas e a partir das opções de investimento dos administradores. Aqui, não há o financiamento entre gerações, ao menos, diretamente.

Da comparação entre os três, são extraídas as seguintes conclusões pela literatura especializada: 1) a contribuição fixada no regime de repartição simples tende a crescer desde a criação do sistema, até atingir um ponto de equilíbrio; 2) a contribuição no regime de repartição de capitais cresce em ritmo mais moderado, atingindo antes da repartição o equilíbrio; 3) em ambos os casos (repartição simples e de capitais de cobertura), o crescimento da contribuição pode ser reduzido pelo aumento dos jovens ou pela alta rotatividade dos segurados; 4) a contribuição no regime de capitalização coletiva é prevista para manter-se inalterada no tempo, com um valor intermediário entre o mínimo e máximo dos regimes anteriores. Assim o é devido ao excesso de contribuição inicial do regime de capitalização frente à repartição que será utilizado para cobrir, no futuro, a contribuição inferior do regime de capitalização frente à repartição, devido ao envelhecimento da clientela atendida.

Nos últimos anos, especialmente com as reformas do *Welfare State* mundo afora, a capitalização alçou ares de unanimidade, como capaz de produzir incrementos de poupança, estímulo à atividade econômica e melhor retorno na aposentadoria. No entanto, a avaliação é seguramente incorreta. A crença da plena superioridade dos modelos capitalizados não se sustenta, pois assim como a repartição simples, irá também produzir algum tipo de dependência frente a gerações futuras. É errado afirmar que tal atributo é exclusivo dos modelos de repartição, pois mesmo nos sistemas capitalizados, assume-se que as pessoas, no futuro, serão capazes de adquirir bens de consumo, que externa, em alguma medida, a dependência frente àqueles que os produzem.

Com o fenômeno da redução populacional, sistemas capitalizados também sofrem, pois, as reservas acumuladas, como visam consumo, têm perdas, seja por inflação (elevadas reservas para limitar capacidade de produção) ou desvalorização (muitos investimentos e ações para poucos interessados). A menor população na geração seguinte traz incertezas também em modelos capitalizados. Em contextos de variações demográficas, um instrumento relevante é buscar o crescimento econômico que permita a preservação do equilíbrio e por isso, do ponto de vista macroeconômico, a opção por capitalização ou repartição pode ser vista como secundária.

Os modelos de repartição, para alguns, teriam encontrado sua aplicação nos anos 30, como forma de proteção aos milhares de trabalhadores afetados pela crise de 1929, mas o século XXI demandaria novas formas de proteção, haja vista novas realidades econômicas e a preservação do nível de empregabilidade. Sem embargo, mesmo para os defensores dos regimes capitalizados de previdência social, é hoje comum reconhecer-se, ao menos, a existência de um pilar universal financiado por repartição simples, assegurando, com máxima efetividade, o mínimo existencial.

De modo geral, há uma defesa generalizada, no mercado, pelos modelos previdenciários públicos de capitalização, pois seriam opções privadas e voluntárias de proteção que respeitam as preferências individuais sobre risco e cobertura, além dos modelos de repartição, alegadamente, serem mais obscuros, isto é, sem transparência na gestão de ativos e concessão de benefícios, trazendo com isso efeitos possivelmente perversos sobre a economia. Em suma, por se tratar de um



mal necessário, modelos universais e compulsórios de proteção deveriam ser limitados ao mínimo. No entanto, o regime de capitalização possui riscos inerentes elevados, que podem acabar por excluir a proteção pretendida. A capitalização individual, por si só, também não é suficiente para atender determinados riscos sociais, como doenças e acidentes, que demandam solidariedade capaz de assegurar rendimento adequado.


A crença na formação de reservas financeiras que produzam externalidades positivas, incluindo os próprios investimentos previdenciários, é certamente incompleta, já que, como visto, as intempéries econômicas podem, com facilidade, colocar tudo a perder. Ainda que alguma capitalização possa, de fato, ser desejável, o regime exclusivamente capitalizado está longe de garantir a proteção necessária, como nos mostra os eventos recentes na economia mundial.

Os mesmos riscos que atingem os regimes de repartição também vulneram os modelos capitalizados, como aspectos macroeconômicos (e.g. inflação), variações demográficas e mesmo riscos políticos, com intervenção estatal indevida na gestão previdenciária. Em verdade, o modelo capitalizado é que apresenta ainda maiores riscos, especialmente no que diz respeito ao gerenciamento dos investimentos. Com má gestão, qualquer modelo está em perigo.

Como países não possuem prazos de validade, as obrigações futuras tendem, sempre, a serem arcadas com a arrecadação vindoura, não fazendo sentido, portanto, o Estado pretender antecipar a receita para fazer frente ao gasto futuro. Se isso fosse efetivamente algo útil, porque não capitalizar também sistemas de saúde, educação e tantos outros que geram gastos futuros?

O modelo de capitalização também produz risco elevado ao colocar elevados valores em controle do governo ou de suas agências, o que, intuitivamente, traz compreensível preocupação para o particular. A questão é comum no modelo norte-americano, no qual o excedente de receita é escancaradamente desviado para financiar o Tesouro, sob o eufemismo dos *trust funds*, enquanto no modelo brasileiro, o excedente é utilizado para financiar prestações verdadeiramente assistenciais, como a pseudoprevidência da área rural e benefícios cruzados, por meio de renúncias fiscais. Este foi um dos motivos que propiciou, no Canadá, a manutenção do regime de repartição como principal regime de financiamento da previdência.

Em suma, o tema apresenta complexidades que são frequentemente ignoradas pelos defensores dos modelos capitalizados na previdência pública. Temos de repensar que tal medida não se mostrou bem-sucedida nos poucos países que a adotaram. Temos de parar de buscar soluções mágicas e, pragmaticamente, buscar soluções para a previdência brasileira que sejam comprometidas com os objetivos do sistema protetivo.

Naturalmente, isso não impede que o sistema capitalizado possa ser usado, de forma meramente complementar, nos sistemas de previdência privada ou, de forma subsidiária, no pilar público, como mera forma de ajuste das despesas previdenciárias. A regra tradicional da repartição deve, ainda, ser o norte do financiamento do sistema público. Os desafios demográficos não são pequenos, mas, decididamente, a capitalização não é a solução. 



**FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM** é Advogado, Professor Titular de Direito Previdenciário e Tributário do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), Professor Adjunto de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Público pela UERJ, Mestre em Direito pela PUC/SP. Foi auditor fiscal da Secretaria de Receita Federal do Brasil e presidente da 10ª Junta de Recursos do Ministério da Previdência Social.

# O impacto da Nova Previdência nos estados

■ POR ANA PAULA ORIOLA DE RAEFFRAY  
E PIERRE MOREAU



“A Previdência Social como subsistema da Seguridade Social, não obstante a reforma proposta, continua tendo como objetivo a universalidade da cobertura e do atendimento (art.194, parágrafo único, I da CF). O alcance deste objetivo, ou quiçá o movimento de busca desta utopia, depende da plena cooperação entre os entes federados, que deve ser prestigiada.”

A Constituição Federal de 1988 comemorou 30 anos. Enquanto uns a elogiam dizendo que ela não envelheceu, outros afirmam que ela precisa de reformas e atualizações. Lembrando Zygmunt Bauman, 30 anos é muito tempo nos nossos *Tempos Líquidos*.

Claro que existem vozes dizendo que, para uma Lei Maior, a passagem de 30 anos não é nada: basta ver a Constituição dos Estados Unidos de 1787. Não se deve ignorar, entretanto, que a Constituição Federal brasileira e a Constituição Federal dos Estados Unidos têm inúmeras diferenças. A principal delas talvez seja a de que a brasileira desce em minúcias que parecem desnecessárias para a Lei Maior, sem contar, com todo o respeito que se tem pela Constituição Federal de 1988, por meio da qual foram quebrados paradigmas no Brasil, que ela nasce, em algumas matérias, com algum atraso.

Uma das matérias que revela atraso em relação a outros países é justamente a relativa à Seguridade Social. A Constituição Federal de 1988 acaba por implantar um modelo que já apresentava evidente desgaste naquelas nações que desenharam a matriz da proteção social, em especial as europeias, como o Reino Unido e a Alemanha. Em 1988, o *Welfare State*, fruto da 2ª Guerra Mundial já se mostrava inviável quanto ao seu custeio. Segundo Friedrich Hayek, ele já nasceu inviável do ponto de vista econômico.

Esse modelo de Seguridade Social que já se mostrava inviável financeiramente na Europa é o que é implantado pelo Brasil apenas em 1988 e que necessita de efetiva revisão, tanto da Previdência Social, quanto da saúde pública e da assistência social. A reforma que está em pauta atualmente já ocorreu em diversos outros países que adotaram o *Welfare State*.

Como toda reforma, a da Previdência Social proposta pelo governo federal vem sofrendo contestações, algumas procedentes, outras não. Qualquer mudança, ainda que para adequação da norma à realidade social, nunca é confortável quando envolvidos direitos sociais. Todavia, esse desconforto não deve servir nem de entrave às reformas necessárias, nem de criadouro para argumentos infundados.


Uma questão que vem sendo suscitada em relação à reforma da Previdência Social é a de que, como exposta na PEC nº 6, de 2019, ela seria inconstitucional, posto que violaria o pacto federativo, já que os requisitos de idade, tempo de contribuição e alíquotas, entre outros, passariam a ser disciplinados mediante lei complementar e atualmente estão disciplinados na própria Constituição Federal. A partir do momento em que tais temas passassem a ser tratados em lei complementar aplicável a todos os entes federados, os Estados perderiam autonomia porque se sujeitariam à disciplina previdenciária fixada pela União.

Neste ponto não assiste razão àqueles que se opõe à reforma da previdência social, haja vista que já compete à União dispor privativamente sobre Seguridade Social, que tem como um dos subsistemas é o de Previdência Social, conforme disposto no art. 22, inciso XXIII da Constituição Federal. A União Federal, portanto, sempre teve competência exclusiva para legislar sobre o Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Por outro lado, no que se refere aos Regimes Próprios do Servidores Públicos (RPPS), a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal é concorrente para legislar em matéria de Previdência Social, como está fixado no art. 24, inciso XII, da Constituição Federal. Mas é certo que, no exercício dessa competência concorrente, cabe à União estabelecer normas gerais, sem excluir a competência suplementar dos Estados.

A União Federal, portanto, já possui competência para fixar em caráter exclusivo as regras do RGPS e para fixar normas gerais para o RPPS. Claro que as normas gerais para o RPPS não devem excluir a competência suplementar dos Estados, mas eventual desrespeito à competência supletiva dos Estados somente poderá ser verificado, e também questionado, quando da edição da lei complementar – e não neste momento da reforma da Previdência Social.

O federalismo de cooperação adotado pelo Brasil se revela na Constituição Federal de 1988 justamente nas competências comuns entre os entes federados estabelecidas no art. 23 e nas competências concorrentes estabelecidas no art. 24, sendo certo que no parágrafo único do art. 23 está clara a cooperação, justamente para propiciar o bem-estar social no âmbito nacional: “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

A Previdência Social como subsistema da Seguridade Social, não obstante a reforma proposta, continua tendo como objetivo a universalidade da cobertura e do atendimento (art.194, parágrafo único, I da CF). O alcance deste objetivo, ou quiçá o movimento de busca desta utopia, depende da plena cooperação entre os entes federados, que deve ser prestigiada. 

ARQUIVO PESSOAL



**ANA PAULA ORIOLA DE RAEFFRAY** é mestre e doutora em direito pela PUC/SP, e professora dos cursos de pós-graduação da PUC/SP e da Uniabrap. Também é diretora Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Previdência Complementar e Saúde Suplementar (IPCOM) e membro da Academia Brasileira de

Direito da Seguridade Social e do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), além de sócia da Raeffray Brugioni Advogados.

ARQUIVO PESSOAL



**PIERRE MOREAU** é mestre e doutor em direito pela PUC/SP, professor visitante na St Gallen University na Suíça e professor no Insper Direito. Cursou Harvard Law School e Har-

vard Business School. É sócio fundador da Moreau Advogados.

# Reforma da Previdência

■ POR MURILO AITH

**A**s discussões sobre a Reforma da Previdência, estão acaloradas nas comissões especiais do Congresso Nacional. Questões políticas, econômicas e sociais que afrontam a Constituição Federal são os principais eixos que provocam o combate entre a equipe econômica do presidente Jair Bolsonaro, os parlamentares, os acadêmicos e a opinião pública. O atual texto da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 6/19 é severa e atinge diretamente os mais pobres.

A proposta de Jair Bolsonaro é mais dura do que a reforma defendida pelo ex-presidente, Michel Temer. Quem sofrerá realmente na pele as mudanças propostas como a elevação da idade mínima para 65 anos para os homens e 62 anos para as mulheres para dar entrada na aposentadoria, além de o mínimo de 40 anos de contribuição para conseguir o benefício integral, será o trabalhador segurado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os servidores públicos.

As regras gerais não serão para todos. Políticos, militares e outras categorias continuarão com privilégios. Ao contrário do que diz o atual presidente, em suas aparições catastróficas nas redes sociais.

E exatamente pelo discurso não bater com a realidade é que o Governo Federal vem sofrendo duros golpes, no Congresso Nacional. Recentemente, falou-se até em um texto alternativo que seria apresentado pelos parlamentares e endossado pelo presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia. As discussões e votações se arrastam vagarosamente no Legislativo, para desespero do governo e esperança dos trabalhadores. Apesar de manter uma postura otimista, a equipe e os aliados de Bolsonaro não sabem sequer se conseguirão garantir o número necessário de votos, para assegurar que a proposta de reforma seja aprovada nos Plenários da Câmara e do Senado.

E certamente, terá dificuldades em aprovar a proposta atual na íntegra. Isso porque em entrevistas recentes, os parlamentares têm deixado claro que a proposta atual precisa de alguns ajustes urgentes. O primeiro é retirar da proposta, a possibilidade do pagamento de um valor abaixo do salário mínimo do Benefício de Prestação Continuada (BPC). A equipe econômica de Bolsonaro, propõe o pagamento de R\$ 400,00 para os idosos ou deficientes em situação de miserabilidade a partir dos 60 anos. E esses mesmo miseráveis passariam a receber, caso continuem comprovando o estado de necessidade, um salário mínimo apenas aos 70 anos. Já é um absurdo manter a regra atual de idade mínima de 65 anos para ter acesso a este benefício, imagina aprovar uma proposta onde uma pessoa em situação de miserabilidade receber

menos que a metade de um salário mínimo. É desumano. E a outra medida que deve ser retirada é a idade mínima de 60 anos para os trabalhadores rurais. Outro acinte.

Por falar em idade mínima, é difícil saber no que está se baseando o governo federal para colocar a idade mínima em 65 anos para homens e 62 anos para mulheres. Sinceramente, o brasileiro consegue ficar no mercado de trabalho até os 65 anos? O trabalhador consegue se recolocar no mercado após os 50 anos? Os trabalhadores rurais conseguem se manter ativos até os 60 anos expostos ao calor, ao frio e a chuva? Professores e professoras conseguem lecionar com qualidade de vida, até os 60 anos?

Obviamente, a resposta para todas essas perguntas é não. Além disso, o Brasil é um país de dimensões e culturas diferentes em suas regiões. E essa idade fixa proposta pelo governo não leva em consideração, que no Norte e Nordeste a taxa de expectativa de vida é bem menor do que no Sul e no Sudeste. Qual foi o estudo realizado pela União, para bater o martelo nesta idade mínima?

Certamente foi o estudo econômico de quanto vai ou iria gastar. Se pensa apenas nos cofres públicos, não se pensa na dignidade dos trabalhadores e dos aposentados no Brasil.

A equipe econômica, capitaneada pelo ministro Paulo Guedes, diz que irá economizar mais de um trilhão de reais até 2026. Chegaram a demonstrar alguns números para balizar as contas, mas as verdadeiras planilhas atuárias estão em sigilo. Isso se elas existirem. Ninguém ficou convencido que a dita economia, vale a retirada de direitos dos atuais e da futura geração de trabalhadores.

A rejeição atual da proposta da reforma, apesar de ser mais política do que social, favorece para que a sociedade participe mais do debate e que mudanças no texto da reforma sejam realizadas para combater as injustiças e também diminuir, verdadeiramente, os privilégios.

Além disso, o governo federal não apresentou também nenhuma proposta concreta para cobrar os maiores devedores da Previdência no Brasil: as grandes empresas. Elas têm, segundo levantamento da CPI da Previdência Social do Senado Federal, dívidas de mais R\$ 1 trilhão, com valores atualizados pela taxa Selic.

E são esses mesmos grandes empresários devedores, que clamam e defendem as mudanças nas regras de aposentadoria no país. Lógico, que uma parte dessas dívidas são de empresas que nem existem mais, mas poderia existir uma política para receber o máximo de dinheiro possível no longo prazo, para amenizar o sofrimento da população.

Outro erro da análise do governo, consiste na grande preocupação com a diminuição dos gastos com a previdência provavelmente não ser resolvida ainda a curto ou médio prazo, visto que outras medidas que vem sendo discutidas como aumento da alíquota contributiva, corte de benefícios e a elevação da idade só produzem efeitos fiscais no longo prazo. Deste modo, não será a reforma que contribuirá para o controle do déficit.

Auxiliaria no controle dos gastos que cessassem as brutais desonerações em favor dos mais ricos e dos setores empresariais, que não são cobradas ou acabam até mesmo por ser perdoadas. Outra medida poderia ser a elevação da tributação da Seguridade Social das empresas que exploram o pré-sal, hoje reduzida a quase nada.

Entretanto, é possível observar que o novo governo representa uma continuidade do seu antecessor que, para buscar solucionar o déficit da previdência, não interfere na situação dos setores mencionados.

Fazer reformas na Previdência Social do país, além de falar em números e da questão econômica, envolve uma questão moral por conta da justiça social.



Na minha visão, formada pelo estudo do tema e da análise de diversos economistas, chamada crise da Previdência Social brasileira poderia ser solucionada e pode ser contornada por três diferentes políticas: incrementos na produtividade do trabalho; aumento da poupança e dos impostos (receitas da previdência); e, aumento na taxa de crescimento do emprego formal e do número de contribuintes do INSS.


Outro ponto de extrema preocupação é a possibilidade da capitalização no sistema previdenciário brasileiro. O novo modelo prevê que cada pessoa é responsável por acumular sua própria reserva para a aposentadoria e será válido, para quem vai entrar no mercado de trabalho. Atualmente, o sistema é de regime de repartição, os mais jovens contribuem para a aposentadoria das gerações futuras e no qual há um teto para o benefício. Este sistema de capitalização é preocupante e utópico, sendo apenas positivo na doutrina, e não na prática, pois traz prejuízos no curto prazo, em razão da diminuição das receitas do instituto previdenciário, caindo sua renda e mantendo as despesas.

Em longo prazo, o sistema é ainda pior, como exemplo citamos o Chile, que adota este sistema e hoje colhe os frutos de suas primeiras aposentadorias, que não custeiam os gastos do aposentado. Os trabalhadores chilenos são obrigados a depositar ao menos 10% do salário por, no mínimo, 20 anos para se aposentar. A idade mínima para mulheres é 60 anos e, para homens, 65 anos. Não há contribuições dos empregadores ou do Estado. Agora, quando o novo modelo começa a produzir os seus primeiros aposentados, o baixo valor das aposentadorias assustou o governo: 91% recebem menos de 149.435 pesos, ou seja, metade do salário mínimo do país.

O modelo chileno criou um verdadeiro colapso do sistema previdenciário no país e tem gerado um arrocho no valor das pensões e aposentadorias, que se reflete no aumento do número de suicídios. Segundo o Estudo Estatísticas Vitais, do Ministério de Saúde e do Instituto Nacional de Estatísticas (INE) do Chile, entre 2010 e 2015, 936 adultos maiores de 70 anos tiraram sua própria vida no período.

O levantamento aponta que os maiores de 80 anos apresentam as maiores taxas de suicídio – 17,7 por cada 100 mil habitantes – seguido pelos segmentos de 70 a 79 anos, com uma taxa de 15,4, contra uma taxa média nacional de 10,2. Conforme o Centro de Estudos de Velhice e Envelhecimento, são índices mórbidos, que crescem ano a ano, e refletem a “mais alta taxa de suicídios da América Latina”.

A capitalização já se demonstra um sistema que não dá certo para aposentadoria, imagine os efeitos danosos que poderia gerar em um país das dimensões do Brasil, com regiões que possuem características diferentes, com economias e necessidades diferentes. É desumano pensar que um brasileiro que trabalhará cerca de 50 anos de sua vida, terá que se aposentar com uma renda menor que um salário mínimo. Seria transformar os idosos numa geração de miseráveis.

Infelizmente, a equipe de Bolsonaro insiste em adotar uma narrativa que só favorece ao mercado financeiro e ao sistema bancário. Assim, a proposta de reforma da Previdência, ao invés de corrigir um suposto déficit fiscal e atuarial, vai gerar um rombo de cidadania, de valores éticos, de esperança. Desamparar idosos, não resolverá o problema do envelhecimento. Precisamos continuar a luta contra as injustiça deste texto atual e auxiliar na construção de uma reforma mais justa social e economicamente à população brasileira. 



ARQUIVO PESSOAL

**MURILO AITH** é advogado especialista em Direito Previdenciário e sócio do escritório Aith, Badari e Luchin Advogados.



# Reforma Previdenciária: o fim da Seguridade Social?


■ POR ANA MARIA PERPÉTUA GOMES ARAUJO

**A** proposta de Emenda Constitucional (PEC 6/2019) já está sendo modificada no Congresso Nacional, mas o governo parece não ceder quanto a três pontos da Reforma Previdenciária: idade mínima para aposentadoria (62 anos para mulheres e 65 anos para homens); tempo mínimo de contribuição (20 anos para o setor privado e 25 para o setor público, e 100% do salário de benefício com 40 anos de tempo de contribuição); e a progressão das alíquotas para servidores e trabalhadores da iniciativa privada (aumento na contribuição por diferentes faixas salariais – cobrar mais de quem ganha mais).

A mídia, patrocinada pelos grandes bancos, parece estar cumprido bem seu papel pois, ao que parece, a classe assalariada está persuadida e apoia a Nova Previdência, ainda que venha a ser a mais prejudicada pela PEC.

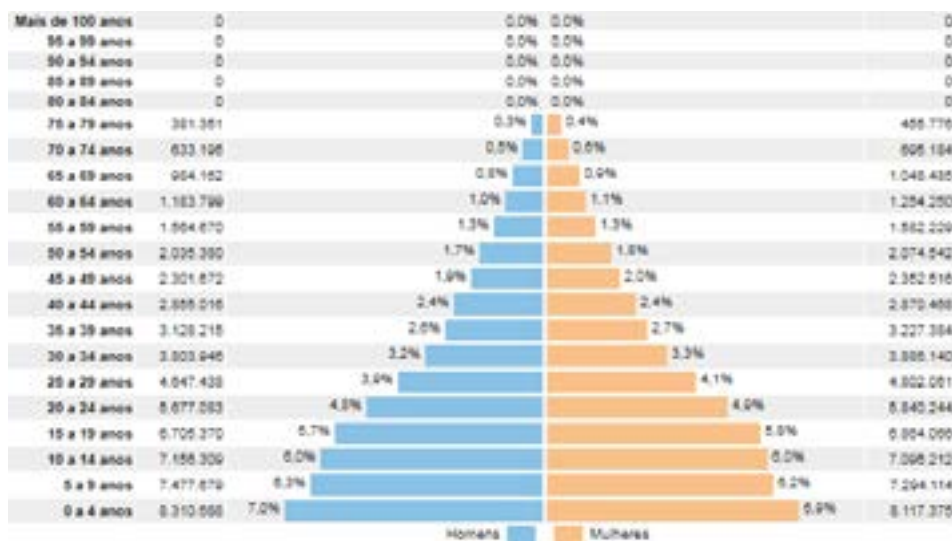
Há muito se alardeia a necessidade de uma reforma na Previdência Social, utilizando-se como principal argumento para tal imperativo o déficit entre a arrecadação das contribuições previdenciárias e os benefícios mantidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Realmente o Brasil de hoje não se parece com o de outrora: o brasileiro está vivendo mais. A evolução da pirâmide etária vem apontando para um gradual envelhecimento da população brasileira.

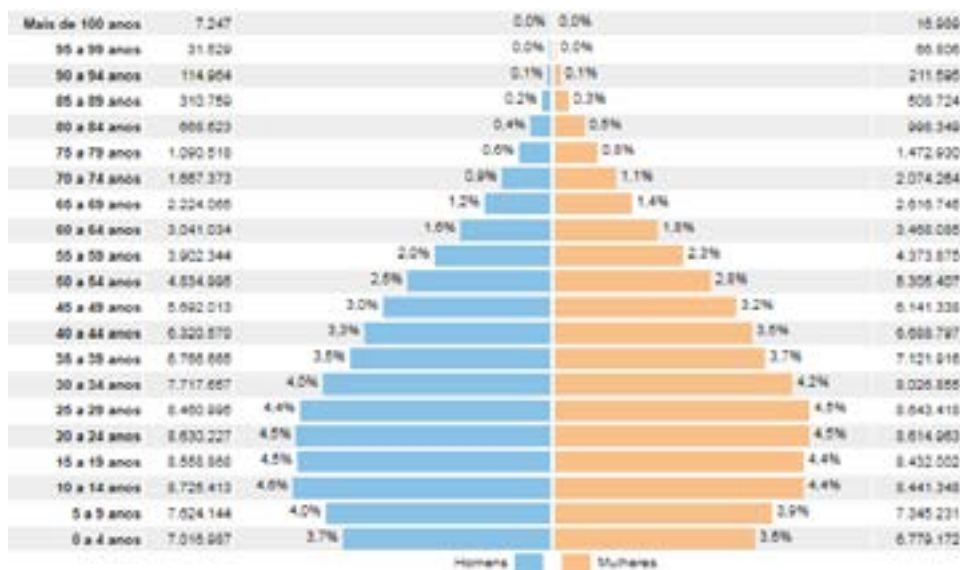


**“Não há dúvida que a população brasileira mudou e que nosso país, seguindo a esteira dos países em desenvolvimento, caminha para se tornar um país de população majoritariamente idosa. Porém a Reforma da Previdência deve começar substancialmente cobrando os devedores e combatendo os privilégios, e não ceifando ainda mais garantias daqueles que sempre são prejudicados.”**

**PIRÂMIDE ETÁRIA BRASIL 1980 (fonte: ibge.gov.br)**



**PIRÂMIDE ETÁRIA BRASIL 2010 (fonte: ibge.gov.br)**



As famílias modernas também já não querem uma grande prole. Geralmente têm um ou dois filhos, quando não optam por criar apenas pets. Em regra, à medida que os países se desenvolvem, o formato de pirâmide se desfaz, indicando uma queda não somente nas taxas de mortalidade, mas igualmente nas taxas de natalidade.

Postas estas considerações, torna-se fácil perceber que o número de trabalhadores ativos vai se tornando cada vez menor, enquanto que os benefícios pagos aos inativos (aposentados) irão perdurar por mais tempo.

No entanto, há controvérsia quanto à existência de déficit na Previdência Social, principalmente se levarmos em conta o montante de R\$ 490 bilhões em dívida corrente (conforme dados da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN), de mais de um milhão de empresas devedoras do INSS, figurando entre as maiores

devedoras a VARIG, a JBS e a VASP. Não parece justo nem razoável que o trabalhador arque com a inércia da Previdência em fiscalizar e cobrar seus devedores.

Isso sem falar na DRU (Desvinculação de Receitas da União), criada em 1994 e que permite que o governo retire 30% do dinheiro que entra nos cofres da União, para utilizar como bem entender. A DRU é prejudicial porque diminui os recursos da Seguridade, da qual a Previdência faz parte, sendo que desde 2008 reduziu as contas da Seguridade Social em mais de R\$ 500 bilhões. Para o orçamento de 2019, a DRU já é estimada em R\$ 132,8 bilhões.


Em suma, a DRU criada para dar flexibilidade ao governo, para que pudesse dispor dos recursos orçamentários no que fosse de maior prioridade, está contribuindo para o aumento do tão debatido déficit, assim como os devedores do INSS.

Para além disso, é preciso pensar na Previdência Social como apenas um dos pilares da Seguridade Social. Conforme preconiza o artigo 194, da Constituição Federal a “seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Note-se ainda que benefícios alvo da Reforma da Previdência como o Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social BPC – LOAS na verdade não pertencem à Previdência Social, mas à Seguridade Social, conforme art. 194 da Constituição Federal “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Previdência Social, como é hoje seu Regime Geral, de filiação obrigatória, repartição simples, benefício definido, caráter contributivo e solidário é um patrimônio social do povo brasileiro. Pensar em uma mudança para o regime de capitalização é mergulhar o trabalhador em uma insegurança social, pois não haverá garantia de um benefício minimamente satisfatório no futuro. Tudo vai depender do funcionamento do mercado financeiro, e a arrecadação que hoje é administrada pelo governo e INSS ficará nas mãos de gestores da iniciativa privada, como bancos e fundos de pensão.

Como bem pontuou Eduardo Moreira na Comissão Especial da Reforma da Previdência “Não se reduz desigualdades tirando dos ricos e tirando dos mais pobres. Assim, a desigualdade vai continuar.” Cerca de 85% da economia que o governo espera obter com a reforma da previdência vai sair da renda de aposentados e pensionistas que recebem até dois salários mínimos por mês, segundo a economista Maria Lúcia Fattorelli. E são justamente esses brasileiros que devolvem toda a sua renda para o país, utilizam todo o seu orçamento, fazendo a economia girar; não são especuladores.

Não há dúvida que a população brasileira mudou e que nosso país, seguindo a esteira dos países em desenvolvimento, caminha para se tornar um país de população majoritariamente idosa. Porém a Reforma da Previdência deve começar substancialmente cobrando os devedores e combatendo os privilégios, e não ceifando ainda mais garantias daqueles que sempre são prejudicados. 



# A reforma da Previdência, a Constituição e a ameaça à justiça social

■ POR ERICK MAGALHÃES



**“É importante cumprir os princípios constitucionais e assegurar os direitos e garantias individuais pensando na dignidade do trabalhador e do aposentado, para o bem do País, já que os exemplos dos países que instituíram reformas semelhantes comprovam o retrocesso social e a ampliação das desigualdades.”**

O Congresso Nacional discute atualmente a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 06/2019, elaborada pela equipe econômica do Governo Federal, que pretende realizar uma ampla reforma na Previdência Social, a qual impactará não só na sociedade como um todo, mas especialmente na vida dos mais necessitados. Fala-se que a mudança, além de necessária para o país não “quebrar”, ainda será benéfica, pois reduzirá as desigualdades. Não há prova de nenhum dos argumentos.

Economistas se dividem entre a alegação do tamanho do déficit da Previdência e a constatação de que seria possível haver um superávit nas contas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), caso a economia estivesse em crescimento. Além disso, o Governo decretou sigilo de documentos e não apresentou cálculo atuarial.

Segundo os dados econômicos divulgados, se aprovada, a Reforma da Previdência geraria uma suposta economia de 1,2 trilhão de reais no prazo de 10 anos. No entanto, o montante de 83% desta economia é atribuído à redução do Benefício de Prestação Continuada (BPC), o qual possui valor de um salário mínimo, e às medidas aplicadas ao regime geral de previdência social, (RGPS), o qual paga atualmente, em média, R\$ 1.252,00 aos aposentados por idade e R\$ 2.231,00 aos aposentados por tempo de contribuição. Não se trata de “economia”, mas sim da subtração de direitos, que não contribuem com a redução de desigualdades.

Contudo, além do debate econômico, é fundamental analisar a partir de um olhar crítico do ponto de vista jurídico e avaliar as ameaças aos direitos fundamentais da população brasileira que estão embutidas na proposta do governo.

Na Constituição de 1988, o constituinte foi sábio ao encontrar o equilíbrio para pacificar questões relacionadas ao capital e ao social. O capital é retratado pelo art. 170, no qual é intitulado de “Ordem Econômica e Financeira” e diz que – “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando, entre os seus princípios, a “redução das desigualdades regionais e sociais”.

Já a questão social, por sua vez, está presente no art. 193, que determina que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Mas, afinal, o que significa a presença desses dois trechos na Constituição Federal?

A redação dos dois artigos faz com que tanto a ordem econômica, quanto a ordem social, convirjam com a busca da justiça social e com a redução das desigualdades sociais, além de remeter aos fundamentos e objetivos inseridos nos artigos 1º ao 3º da Constituição Federal, bem como aos direitos e garantias individuais estatuídos nos arts. 5º e 6º da Carta Magna.

A proposta de Reforma da Previdência, por sua vez, infringe o direito ao trabalho e à Previdência Social, direitos sociais considerados garantias individuais fundamentais contidos no art. 6º da Constituição.

Isto porque o projeto de emenda à Carta Magna abre margem para a instituição de um sistema previdenciário de capitalização. Nele, não há a contribuição



da cota parte do governo ou da cota parte do empregador. Apenas os trabalhadores são responsáveis por formarem contas individuais que serão, num futuro, destinadas à aposentadoria. O projeto ignora experiências em países vizinhos, como a do Chile, que demonstraram que o modelo pode resultar em aposentadorias abaixo do salário mínimo, em mero lucro para instituições financeiras, responsáveis por gerir as contas, e até no aumento do índice de suicídio entre a população idosa. É impossível afirmar que este sistema respeita os arts. 6º e 170 da Constituição.

Outro ponto problemático na proposta do governo é a idade para se aposentar. A PEC traz uma idade mínima de 62 e 65 anos de trabalho para mulheres e homens, respectivamente. Ocorre que apenas 0,3% das pessoas com 65 anos ou mais ocupam vagas no mercado de trabalho. Logo, não havendo vagas de trabalho para a população com a idade de aposentadoria pretendida pelo governo, ou se insuficientes, certamente uma grande parcela da população não conseguirá cumprir com os requisitos exigidos na proposta de reforma.

Veja que o art. 6º da Carta Magna classifica o direito ao trabalho como um direito social e fundamental dos brasileiros. A partir disto, como pode exigir o governo tal idade mínima, se o brasileiro com 65 anos não consegue emprego e se não há emprego para toda a população nessa faixa etária?

Tanto o regime de capitalização quanto os requisitos de aposentadoria serão inalcançáveis para grande parte da população e, prevendo a possibilidade que a parcela mais pobre da população não consiga se aposentar, o governo propõe um Benefício de Prestação Continuada (BPC) no valor de R\$ 400,00 para população idosa e miserável que atinge os 60 anos. Não será desse modo que a ordem econômica irá garantir a existência digna de toda a população.

Por último, ainda é importante lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 5º, traz o chamado princípio da igualdade. A PEC, por sua vez, iguala a idade mínima de mulheres e homens no caso dos professores e trabalhadores rurais. Mulheres, em outros casos, possuem idade mínima diferenciada por conta da dupla jornada e da dificuldade de permanecerem ativas no mercado de trabalho. A diferenciação deveria permanecer em todos os casos, sob pena de violação desse princípio.

Os parlamentares brasileiros devem se ater a tais questões e não podem tomar medidas que prejudiquem a classe mais necessitada, mas, por ora, podemos dizer que falharam ao permitir que mudanças inconstitucionais seguissem em tramitação no Congresso, ao aprovarem a PEC na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), e seguirão falhando caso a proposta seja aprovada. É importante cumprir os princípios constitucionais e assegurar os direitos e garantias individuais pensando na dignidade do trabalhador e do aposentado, para o bem do País, já que os exemplos dos países que instituíram reformas semelhantes comprovam o retrocesso social e a ampliação das desigualdades. ❏



**ERICK MAGALHÃES** é especialista em Direito Previdenciário e Trabalhista e sócio do escritório Magalhães & Moreno Advogados.





# Soluções negociadas: Uma mudança de paradigma

■ POR MÁRIO DE MAGALHÃES PAPATERRA LIMONGI

**E**ntre as várias propostas contidas no “Projeto de Lei Anticrime”, uma delas se destaca pela importância prática que terá.

A introdução do chamado pleabargain que permitirá a celebração de acordo entre o Ministério Público e o réu para aplicação imediata de penas poderá trazer, caso aplicado com frequência, celeridade aos processos criminais que terão seu término em primeira instância.

A possibilidade de acordo dará nova redação ao artigo 395 do Código de Processo Penal e será possível, entre outras formalidades, com a confissão circunstanciada da prática da infração e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas e de renunciar ao direito de recorrer. Embora o objetivo da lei seja agilizar o processo, “para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para esse fim, ouvir o acusado na presença de seu defensor”.

Em recente pesquisa realizada, noventa por cento dos membros da magistratura se manifestaram favoravelmente à proposta.

Entre os membros do Ministério Público a aceitação é quase unânime.

Já os advogados criminais e os defensores públicos se apresentam mais reticentes e alertam para alguns riscos.

**“Apesar de todas as críticas, o fato é que o instituto da delação premiada veio para ficar na medida em que é um poderoso meio para se conhecer e punir a sofisticada engrenagem dos crimes praticados por organização criminosa, em especial os chamados crimes de colarinho branco. Penso que o mesmo ocorrerá com o pleabargain ou, como diz o texto apresentado, com o “acordo penal para a aplicação imediata das penas”.”**

Importante salientar que, de acordo com a redação proposta no projeto de lei “para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória”, que o acordo poderá ser feito em qualquer delito, até mesmo os mais violentos, e que “as penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritivas de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo”.

Qualquer tentativa de agilizar o processo, desde que respeitado o princípio constitucional da ampla defesa, deve ser vista com bons olhos.

Apenas para dar um exemplo, a alguns dias officiei em processos de réus confessos, onde se discute apenas a dosimetria da pena, que tramitam há quase uma década. Trata-se de um evidente desperdício de energia e de dinheiro público.

A toda evidência, os réus com boas condições financeiras terão a assistência de advogados capazes de avaliar se a proposta de acordo é conveniente ou não.

Não é segredo, no entanto, que a maioria dos réus não dispõem de recursos financeiros para a contratação de advogados, pelo que são defendidos ou por defensores nomeados, ou por defensores públicos.

Se, de um lado, muitas vezes falta advogados dativos o empenho que seria necessário, de outro, a Defensoria Pública de São Paulo é composta de profissionais altamente gabaritados, invariavelmente combativos e vocacionados.

Com certeza, não será diferente quando de eventual proposta de um acordo. O Defensor Público certamente terá bom senso para avaliar se a proposta – que importa em redução significativa de pena – favorece ou não o acusado. Com uma boa atuação da Defensoria Pública - e não há nenhuma razão para se imaginar o contrário - o principal argumento contra a possibilidade de acordo (a fragilidade do réu pobre) cai por terra.

É natural que, em um primeiro momento, cause receio a proposta de renúncia à produção de provas e ao uso de recursos.

Bem por isso, a celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial.

A mudança proposta traz uma mudança de paradigma semelhante ao que ocorreu com a delação premiada, onde, em um primeiro momento, foi repudiada com veemência por boa parte dos advogados criminais.

Não foram poucos os que afirmaram que não se prestariam a defender quem delatasse seus companheiros em troca de vantagens. Até hoje, o valor da delação premiada, como prova, é contestado.

Também para minha geração – entrei no Ministério Público no já distante ano de 1976 – a ideia de composição com acusados soava como um verdadeiro absurdo.

De outro lado, não poucas vezes criticam os acordos feitos com delatores porque estes deixam de cumprir suas penas em regime fechado (para muitos, a única punição razoável é a pena privativa de liberdade em regime fechado).

Apesar de todas as críticas, o fato é que o instituto da delação premiada veio para ficar na medida em que é um poderoso meio para se conhecer e punir a sofisticada engrenagem dos crimes praticados por organização criminosa, em especial os chamados crimes de colarinho branco.


Penso que o mesmo ocorrerá com o pleabargain ou, como diz o texto apresentado, com o “acordo penal para a aplicação imediata das penas”.

O uso da delação premiada constituiu um aprendizado para as partes.

Hoje há advogados criminais que já consideram o acordo de delação premiada um exercício importante do direito de defesa.

Também os representantes do Ministério Público, duramente criticados em alguns casos, foram se habituando com a possibilidade de negociação com malfeitores, o que significou uma profunda mudança de postura na instituição.

A proposta é ousada e dependerá, para seu sucesso, de que as partes se preparem e tenham bom senso na negociação.

No Estado de São Paulo, considerando a excelência dos Promotores de Justiça Criminais, dos advogados criminais e dos Defensores Públicos, há razão para otimismo. 



# A pobreza extrema, a ONU e a Constituição Federal

■ POR RICARDO PRADO PIRES DE CAMPOS



**“Em defesa da cidadania de todos, que seguramente resultará em maior segurança e bem-estar geral, vamos divulgar e colaborar para transformar o objetivo nº 1 da ONU e da nossa Constituição em realidade: “Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares”.”**



**O** objetivo número 1 da Organização das Nações Unidas é a “Erradicação da Pobreza”: “Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares”, diz o enunciado do pretencioso desafio.<sup>1</sup>

Quem circula pelas grandes cidades, nos dias atuais, enxerga um número enorme de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza. Não são apenas pobres, são extremamente pobres. Muitos não conseguem sustentar a si mesmos e buscam ajuda de quem passa. Ser abordado no semáforo, nas ruas, e nos demais locais públicos, virou rotina. Essa é a face mais visível das pessoas que vivem em condição de miserabilidade.

Mas não são apenas estes os rostos visíveis. As situações são tantas e tão conhecidas do leitor, que creio desnecessário exemplificar.

Segundo os dados da ONU (CEPAL), vivendo na pobreza na América Latina e Caribe, o que inclui os dados do Brasil, havia 184 milhões de pessoas em 2017 (30,2% da população), com estimativa de pequena melhora em 2018, mesmo assim, atingindo o patamar de 182 milhões de pessoas. Já a pobreza extrema atingia 10,2% da população em 2017, cerca de 62 milhões de pessoas; e as estimativas para 2018 eram de aumento para 63 milhões.<sup>2</sup>

Embora tenha havido progressos, a situação continua dramática. De 2002 a 2016, os Governos na América Latina dobraram seus gastos sociais, mas, ainda se situam na faixa de 894 dólares (*per capita* por ano), o que continua sendo insuficiente para fazer frente ao tamanho do problema.

A situação das ruas de São Paulo, seguramente, se assemelha a do restante do país, realidade essa mais visível nas grandes cidades, mas que não exclui as demais.

É óbvio que a recessão econômica agravou sobremaneira esse quadro, e ela não ocorreu apenas no Brasil. Os anos de 2015 e 2016 marcam um período de agravamento da pobreza na região, que se estabiliza em 2017, mas prossegue crescendo na sua parte mais vulnerável.

Nesse momento em que o Brasil, devido à crise econômica, adota uma postura mais liberal e revisa suas políticas sociais como o bolsa família<sup>3</sup>, a previdência social e até o projeto Guri (educação musical para crianças e jovens); se faz necessário jogar luzes sobre essas questões.

A Constituição Federal de 1988 possui uma postura político ideológica que pode ser definida como de Social Democracia. Ela não é somente de Esquerda, nem só de Direita; pois, possui traços de ambos os espectros ideológicos.

A Constituição adota a “livre iniciativa” (art. 1º, IV) e a “propriedade privada” (art. 5º), duas características centrais do regime capitalista; mas também fala na função social da propriedade (art. 5º, XXIII).

Nosso país possui um desenho constitucional que traz inúmeros traços de economia liberal, com autonomia para a iniciativa privada; mas não desconhece uma ação estatal importante, notadamente no campo social, bem como intervenções no domínio econômico.

No âmbito social, nossa Constituição criou a Seguridade Social, responsável por três setores importantíssimos: a Saúde, a Previdência Social, e a Assistência Social. E para financiar esses serviços criou uma tríplice aliança entre o empregado, o empregador e o estado.

O artigo 195 da Constituição de 1988 prevê que “A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante

recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:” I – do empregador, incidentes sobre a folha de salários, a receita ou o faturamento, e o lucro; II – do trabalhador e demais segurados da previdência social; III – da receita de concursos de prognósticos (loterias); e IV – do importador de bens e serviços.

Assim, os recursos que bancam a Seguridade Social (Saúde, Previdência e Assistência Sociais) incluem contribuições cobradas da empresa, do empregado, do segurado; mais parte da receita das loterias, contribuição sobre a importação de bens e serviços; além de parcela dos orçamentos da União, Estados e Municípios.

Os orçamentos da União Federal para o ano de 2019 estabelecem, segundo a Lei Orçamentária (LOA), uma previsão de entrada de recursos da ordem de R\$ 752 bilhões para a Seguridade Social, mais R\$ 1,750 trilhão no Orçamento Fiscal (impostos e rendas da União), o que inclui R\$ 758 bilhões para refinanciamento da dívida pública<sup>4</sup>. No total são mais de R\$ 3,382 trilhões para serem gastos e investidos no presente ano (art.1º da LOA de 2019)<sup>5</sup>.

E o Governo diz que não são suficientes.

É verdade, os sonhos sempre serão maiores que a realidade. Todavia, não se pode negar que há recursos suficientes para pagar os débitos da Previdência Social, além de haver dinheiro para a Saúde, que pode ser melhorada e Assistência Social. Sem falar em Educação, Segurança e outros bens e interesses sociais.

O dinheiro da Assistência Social visa à erradicação da extrema miséria do país. Ninguém, com um mínimo de empatia social, gosta de ver pessoas maltrapilhas, em estado de desnutrição, e com problemas de saúde evidentes, retratos de uma realidade chocante e muito triste. Claro, sempre podemos tentar ajudar a minimizar a tragédia alheia, mas nossa condição individual dificilmente se assemelha a ajuda que o Estado pode produzir quando arrecada valores de toda a sociedade.

Alguns acreditam que isso é problema apenas das organizações religiosas e das entidades assistenciais, mas nenhuma delas têm condições de fazer frente à grandiosidade do problema. São milhões de pessoas abaixo da linha da miséria. São dezenas de milhões de desempregados, muitos em situação de extrema pobreza. Por mais que, individualmente, queiramos colaborar, nossos recursos são insuficientes.

No entanto, a sociedade em conjunto possui uma grandeza inigualável, e tem condições de erradicar a miséria e até a pobreza se, para isso, encampar o objetivo da ONU, e trabalhar com afinco para a solução do problema. É óbvio, esse trabalho deve ser coordenado pelos Governos, embora a sociedade e suas organizações possam contribuir e muito para esse objetivo.

Precisamos difundir essa ideia, precisamos nos convencer da necessidade e da viabilidade de atingirmos esse objetivo, e, principalmente, de contribuir para sua consecução.

Defender seus próprios interesses é da natureza humana. Lutar pela manutenção de suas conquistas, idem; mas, nada disso impede a solidariedade humana, a fraternidade, colocada em relevo pelas religiões, estampada na bandeira da Revolução Francesa e incorporada ao ordenamento jurídico mundial pela Organização das Nações Unidas.

O Mundo é um só, apesar da divisão em países; a humanidade é uma só, apesar da sua divisão em classes socioeconômicas; e o Direito Brasileiro, em sua Carta




Magna, consignou esse objetivo que merece e deve ser acolhido por todos os brasileiros: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art.3º, III), pois, só assim, conseguiremos assegurar um começo de “dignidade humana” (art.1º, III, CF).

O Brasil pode se transformar num país sem discriminações; mas para isso precisamos erradicar a miséria e a pobreza financeira da população. O Mundo é riquíssimo e o conhecimento adquirido pela sociedade já é suficiente para abastecer satisfatoriamente toda a população do globo, falta vontade política de fazê-lo.

Há quase duas décadas o então Presidente Fernando Henrique Cardoso comemorou uma grande safra agrícola de nosso país, dizendo que a partir daquela data o Brasil tinha autossuficiência em produção alimentar, não havendo motivo que justificasse que qualquer pessoa ficasse sem comida. Isso só ocorria por falta de renda, mas não por falta de alimentos. Surgia a campanha: “Fome Zero”.

O Brasil contemporâneo se constituiu num dos maiores exportadores de alimentos do globo, fornecendo para inúmeros países. Somos mais do que autossuficientes em alimentação. Por quê, ainda, temos pessoas passando fome, e revirando lixo para comer?

Cobremos de nossos governantes a solução. É preciso apoiar sistemas inteligentes e justos de redistribuição de renda para que todos saiam da miséria. As pessoas que se encontram nessa situação, não se sujeitam a ela porque querem, mas, sim, por não saberem como resolver o problema. Precisam da nossa ajuda, do nosso conhecimento, dos nossos recursos, da nossa postura política, da nossa colaboração. Em uma palavra, da nossa solidariedade, da nossa fraternidade para implantarmos os valores que inscrevemos na Constituição Cidadã.

Em defesa da cidadania de todos, que seguramente resultará em maior segurança e bem-estar geral, vamos divulgar e colaborar para transformar o objetivo nº 1 da ONU e da nossa Constituição em realidade: “Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares”. 

## NOTAS

- 1 <https://nacoesunidas.org/tema/ods1/>
- 2 <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pobreza-america-latina-se-mantuvo-estable-2017-pero-aumento-la-pobreza-extrema>
- 3 Vide artigo do autor: O princípio da dignidade da pessoa humana e os programas de distribuição de renda na Constituição Federal, publicado no CONJUR, coluna MP no debate em 24/12/2018.
- 4 “III - Refinanciamento da dívida pública federal: R\$ 758.672.993.326,00 (setecentos e cinquenta e oito bilhões, seiscentos e setenta e dois milhões, novecentos e noventa e três mil, trezentos e vinte e seis reais), constantes do Orçamento Fiscal” (art. 2º da LOA de 2019)
- 5 “Art. 1º Esta Lei estima a receita da União para o exercício financeiro de 2019 no montante de R\$ 3.382.224.021.819,00 (três trilhões, trezentos e oitenta e dois bilhões, duzentos e vinte e quatro milhões, vinte e um mil, oitocentos e dezenove reais) e fixa a despesa em igual valor, compreendendo, nos termos do art. 165, § 5º, da Constituição:” (LOA de 2019 – Lei Orçamentária Anual)



**RICARDO PRADO PIRES DE CAMPOS** é presidente do MPD – Movimento do Ministério Público Democrático e Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP.

# O encontro marcado da arbitragem com o *compliance*

■ POR MARTIM DELLA VALLE



A arbitragem e o *compliance* protagonizaram duas revoluções silenciosas no direito brasileiro. A primeira, a partir dos anos 2000, consistiu na quebra do paradigma forense de resolução de disputas (largamente procedimental e retórico), substituído por um modelo de flexibilidade procedimental, foco nos fatos e atenção a práticas comerciais. Essa revolução impactou a formação dos profissionais do direito: foram pioneiros abnegados das décadas de 1970 e 1980 para um corpo crescente de profissionais qualificados espalhados por todo país. Hoje, jovens profissionais não raro chegam ao mercado já com experiência acadêmica e profissional adquirida nos mais importantes centros mundiais. Essa abertura ao mundo é um fenômeno tão recente quanto bem-vindo no cenário jurídico nacional.

A segunda revolução consiste na disseminação do *compliance* (ou conformidade) como prática jurídica. Aqui também há uma mudança de paradigma profissional: passa-se da atuação de defesa clássica (reativa, dentro de procedimentos sancionatórios) para uma atuação proativa de detecção e remediação antes de qualquer procedimento. Passa-se de um “duelo” sobre subsunção, validade de provas e prescrição para a implementação, pelas próprias empresas, de sistemas capazes de operar o ciclo de prevenção-deteção-punição/remediação em suas operações. Esse novo paradigma demanda do profissional do direito a conciliação do conhecimento jurídico com o manejo de outras ferramentas (técnicas de administração de empresa, contabilidade, finanças, ciências comportamentais, etc). Tal como na arbitragem, vê-se impacto na formação jurídica, tanto pela utilização de técnicas e figuras de outras culturas jurídicas (especialmente a *common law* norte-americana) como pela abertura e busca de formação em centros mundiais. O fato de que condutas praticadas no Brasil possam ser sancionadas em outros países (e vice-versa) e os casos de sucesso de cooperação internacional entre autoridades brasileiras e estrangeiras criaram um incentivo inédito para tal abertura ao mundo.


Como essas discretas revoluções se encontram? Essencialmente, em três formas: na falta de *compliance* como “causa de pedir” na arbitragem (responsabilização de administradores e acionistas); na corrupção como objeto da arbitragem (consequências de contratos obtidos por corrupção) e a falta de *compliance* no próprio procedimento arbitral (conflitos de interesse e corrupção de árbitros). Neste artigo, trato apenas da primeira.

A arbitragem é o foro de excelência para demandas comerciais complexas e de vanguarda. Por outro lado, ainda que contraintuitivo, decisões arbitrais tendem a produzir efeitos além do caso concreto. Seja pela repercussão *interna corporis* entre advogados e empresas, seja por judicialização posterior, o mercado em geral é sinalizado sobre os contornos de casos importantes.

Uma das questões mais atuais em *compliance* é: a quem responsabilizar em caso de uma administração ou controlador *non compliant* que causa danos a uma sociedade? Quem deve ressarcir os acionistas que perdem seus investimentos do dia para a noite quando casos de corrupção mostram rombos nas contas ou perda de contratos gigantes?

A questão está posta no Brasil e no exterior. Nos Estados Unidos (ou ao menos em alguns Estados) adotou-se a solução de que a sociedade deve ressarcir os acionistas minoritários, o que foi o fundamento para um recente acordo entre uma empresa brasileira e seus acionistas. No Brasil, a questão assume diversos ângulos. Em relação a terceiros, não há dúvida de que a sociedade responde por atos de não conformidade. Em relação aos acionistas, o regime da Lei das S/A prescreve que os administradores da sociedade devem ressarcir-los por lesões decorrentes de atos ilegais. Caso a sociedade não exerça diretamente essa pretensão indenizatória, existem hipóteses de legitimação extraordinária em que os sócios minoritários podem propor a ação, mas sempre em favor da sociedade.

Mas indenização da sociedade pelo administrador esgota todas as hipóteses de ressarcimento dos acionistas? Pode o controlador que nomeia uma administração causadora de ilegalidades e não a fiscaliza a contento ser também ressarcido (pela via do ressarcimento à sociedade), ou tem ele deveres especiais de zelar pela legalidade dos atos dos diretores que indica? O regime de responsabilidade civil da Lei das S/A substitui o regime geral do Código Civil? No caso de programas de conformidade que não são efetivos (“de papel”), sua adoção é suficiente para livrar administradores e conselheiros de responsabilidade? Quem define o que é efetivo e o que é “de papel”?

É evidente que não cabe aqui especular sobre as possíveis respostas a tantas indagações. Elas serão elaboradas, em primeiro lugar, na arbitragem. O avanço do *compliance* traz questões que vão muito além da dimensão criminal que lota as capas dos jornais. Tais debates certamente darão origem a novas categorias jurídicas no direito brasileiro. E a arbitragem, como o meio mais eficiente para a resolução de disputas empresariais, será o foro de excelência para a elaboração dessas questões. O encontro está marcado e possivelmente já acontece enquanto lemos o jornal de hoje. 




ARQUIVO PESSOAL

**MARTIM DELLA VALLE** é advogado, doutor em direito e fundou a empresa de direito e tecnologia Zenith Source. É autor de *Arbitragem e Equidade* (São Paulo, Atlas, 2012) e *International Arbitration Ex Aequo et Bono* (Nova Iorque, Juris, 2016). Foi o chefe global de *compliance* da AB-InBev. É professor visitante da International Anti-Corruption Academy (IACA) em Viena.

# Valor, Preço e Percepção de Qualidade nos Serviços Jurídicos

■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI



**“Para que o mercado jurídico evolua e chegue a ser um mercado maduro ainda serão necessárias muitas iniciativas, tais como, organização, eficiência, produtividade, investimentos em P&D, treinamento e principalmente que tenham a visão estratégica para perceber que o mercado consumidor está mudando rapidamente.”**

**A**ntes de discutir o tema propriamente dito, quero citar alguns pontos observados e trazidos de outros mercados para exemplificar melhor o meu ponto de vista.

Há alguns meses, fui até uma loja para escolher um ferro de passar roupas e fiquei abismado com a quantidade de modelos e marcas desse eletrodoméstico e mais abismado ainda com a pequena diferença de preços entre eles. Para escolher foi difícil, pois as diferenças eram mínimas e no final acabei optando pela marca que oferecia a melhor opção de manutenção e garantia e que também tinha (e têm) uma boa reputação de qualidade.

Outro ponto que quero trazer para essa discussão é a imagem associada a algumas marcas mundiais e cito apenas duas como exemplo: quando pensamos em segurança no setor automotivo, logo vem a mente a marca Volvo, quanto pensamos em tecnologia vem em mente as marcas Google, Apple, e quando pensamos em inovação/disrupção (detesto essa palavra) logo vem Tesla, Airbnb, Uber, Netflix, etc

Existem dois fatores distintos para isso. O primeiro é uma filosofia empresarial voltada para o tema (qualidade, segurança, inovação) e muitos milhões de dólares de investimentos em P&D para tornar-se referência em algum deles e o outro fator é estudar muito e observar profundamente o mercado que se está inserido, prever corretamente seu comportamento futuro (ter o insight) no momento certo e saber aplicar a ideia corretamente e tempestivamente.

Com todas essas observações, me arrisco a trazer a discussão para o mercado jurídico brasileiro tecendo algumas linhas de comparação com outros mercados.


Primeiro: o mercado jurídico brasileiro ainda não é um mercado estabilizado, ou seja, ainda não atingiu seu ponto de maturação e por isso ainda permite o aparecimento de novos players, com novas propostas e ainda permite uma variação enorme nos preços praticados. A única evolução que já ocorreu é no item qualidade, ou seja, existem centenas de escritórios com alta qualidade e isto já não é mais um diferenciador como há algumas décadas.

Segundo: os preços praticados ainda são muito variáveis, até como consequência do primeiro ponto e também porque esse mercado ainda é hermético e pouco transparente. O mercado consumidor ainda não conseguiu depurar corretamente essa variável, mas está aprendendo rapidamente com os sistemas de faturamento eletrônico utilizados principalmente pelas empresas multinacionais.

Terceiro: chegamos ao ponto crítico, ou seja, a qualidade de atendimento. Esse ainda é o ponto que precisa ser muito desenvolvido, pois por conta dos dois primeiros pontos, o mercado jurídico começou apenas recentemente a se comportar como um mercado razoavelmente competitivo. Em quase todos os sites de escritórios de advocacia um dos pontos mais valorizados pelos websites é a prestação de serviço personalizado e excelente atendimento, porém na maioria das vezes se trata de uma distorção da própria imagem. Novamente o mercado consumidor começa a perceber as diferenças e a fazer suas escolhas.

Quarto: a inovação tornou-se além dos pontos anteriores um dos principais diferenciadores nesse mercado, porém ele ainda está reagindo muito vagarosamente comparando com as expectativas do mercado consumidor desses serviços. Há uma tendência forte em se associar inovação com tecnologia, Inteligência Artificial, etc., mas inovação é muito maior do que isso. Inovação basicamente quer dizer “fazer de uma forma diferente, nova e surpreendente para o cliente” e não simplesmente melhorar o que você já faz! Mudar o “approach” de evolutivo para inovativo.

Todos esses fatores somados determinam a percepção de qualidade dos prestadores de serviços jurídicos para seus consumidores. Como já disse há muito tempo Warren Buffet, “preço é que você paga e valor é o que você recebe”!

Para que o mercado jurídico evolua e chegue a ser um mercado maduro ainda serão necessárias muitas iniciativas, tais como, organização, eficiência, produtividade, investimentos em P&D, treinamento e principalmente que tenham a visão estratégica para perceber que o mercado consumidor está mudando rapidamente. Esse mercado (o consumidor) espera de todos os seus parceiros e fornecedores que sejam empresas ágeis, modernas, que entendam perfeitamente suas necessidades, que sejam competitivas e agreguem valores aos seus negócios. 



**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.





# A recuperação judicial do empresário rural

■ POR MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO

O ministro Marco Aurélio Bellizze deferiu, em 19 de fevereiro, “pedido de tutela provisória nº 1.920-MT” e concedeu tutela de urgência para que a recuperação judicial de produtor rural submeta não só os débitos contraídos após o registro do produtor rural na Junta Comercial, na forma do art. 971 do Código Civil, como também para submeter todo e qualquer débito independente da data de sua constituição. Esta decisão está a indicar o caminho da perfeita solução de uma pungente questão que vem atormentando o agronegócio.

Claro, a decisão é liminar, mas indicativa de que os argumentos do produtor rural impressionaram o ministro, segundo o qual “verifica-se, na hipótese dos autos, que a pretensão recursal mostra-se razoavelmente controvertida e suficientemente plausível, a fim de revelar presente a fumaça do bom direito”.

É curioso que a recuperação no agronegócio vem sofrendo resistências, que aos poucos, felizmente, vão sendo afastadas. O primeiro óbice consistia no entendimento segundo o qual o produtor rural não empresário (e que se torna empresário por simples manifestação de vontade na forma do art. 971 do Código Civil) só poderia pedir recuperação se estivesse inscrito na Junta Comercial há mais de dois anos, exigência do art. 48, I, da Lei nº 11.101/2005, a LREF. Este óbice já foi afastado, pois o que a lei exige no referido art. 48 é o exercício de dois anos de regular atividade e não, dois anos de inscrição na Junta Comercial.

Este óbice surgiu porque houve uma certa confusão com a lei anterior, o Decreto-Lei nº 7.661/1945, que exigia, em seu art. 158, a prova de “exercer regularmente o comércio há mais de dois anos”, enquanto a lei atual exige “exercer regularmente suas atividades”.

O produtor rural não inscrito na Junta, por óbvio, exerce regularmente suas atividades e pode pedir recuperação com inscrição inferior a dois anos. Neste sentido: AI 2.037.064-59. 2013.8.26.0000 – TJ-SP; AI – CV nº 1.0000.17.026108-5/001 – TJ-MG; AI 2.048.349-10.2017.8. 26.0000 – TJSP; AI 2.251.128- 51.2017.8.26.0000 – TJ-SP;



AREsp 896.041 – STJ – (decisão monocrática do Min. Marco Aurélio Bellizze) – j. em 12.5.2016; REsp 1.478.001 – STJ – Rel. Min. Raul Araújo; REsp 1.193.115-MT-Rel. Min. Sidnei Beneti – (este julgado não exige o exercício por dois anos após a inscrição, exige apenas que a inscrição seja anterior ao ajuizamento do pedido de recuperação).


Adotado tal entendimento e admitida a recuperação judicial para empresário rural registrado há menos de dois anos, outro óbice surgiu pois entendeu-se que não estavam submetidos à recuperação os débitos constituídos anteriormente à inscrição do produtor na Junta Comercial. O fundamento de tal corrente era o fato de não poder admitir-se que o credor fosse surpreendido com a nova condição do devedor, ou seja: o banco havia emprestado a uma pessoa física (que não poderia pedir recuperação judicial) e agora via-se envolvido em uma recuperação.

No entanto, e sempre mantido o respeito à corrente contrária, tal argumento não parece que possa se sustentar. Ninguém pode alegar desconhecimento da lei e o Código Civil, de 2002, em seu art. 971, criou uma situação absolutamente nova, ou seja, admitiu que o produtor rural, por simples manifestação de vontade unilateral, passasse à condição de empresário “caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”.

Ora, o empresário que está sujeito a registro na forma do art. 967 pode pedir recuperação judicial e sujeitar à recuperação todos os seus credores, razão pela qual o empresário constituído na forma do art. 971 também tem este direito. Por outro lado, por conhecer o art. 971 do Código Civil, qualquer pessoa ou, qualquer instituição financeira sabe que aquele produtor rural pode tornar-se, de um momento para outro e por manifestação unilateral de vontade, um empresário equiparado “para todos os efeitos” a qualquer outro empresário que se constituiu na forma do art. 967. Portanto, não se pode falar em surpresa.

Outro argumento da corrente que adotou o óbice afirma que o registro na Junta Comercial é constitutivo e não declaratório, argumento que parece de certa forma, irrelevante. De qualquer maneira, o registro não é constitutivo, é declaratório. Imagine-se se um dentista, trabalhando sozinho em seu consultório, registra sua Eireli na Junta Comercial, por engano; claro que não se transformará em empresário. Por outro lado, se um comerciante individual de frutas inscreve-se no Registro Civil, nem por isso deixa de ser empresário, será empresário irregular.

Ou seja, a inscrição na Junta Comercial ou no Registro Civil não constitui, apenas declara. A propósito, no REsp 1.193.115-MT, a ministra Nancy Andrighi, obter dictum afirma: “Ainda que a lei exija do empresário, como regra, inscrição no Registro de Empresas, convém ressaltar que sua qualidade jurídica não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional. Não por outro motivo, entende-se que a natureza jurídica desse registro é declaratória, e não constitutiva”.

Um exame do sistema geral adotado no Código Civil, que afastou o ato de comércio e adotou a teoria da empresa, também leva ao mesmo resultado, questão porém cuja discussão tomaria um espaço que a exiguidade do espaço jornalístico não permite. 



**MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO** é professor do Mackenzie e da Escola Paulista da Magistratura e consultor jurídico na área empresarial.

# O papel do Ministério Público no acolhimento às vítimas de crimes

■ POR CELESTE LEITE DOS SANTOS E PEDRO EDUARDO DE CAMARGO ELIAS



**“O projeto constitui um ponto de acolhimento de vítimas, ou seja, de escuta ativa e não apenas de orientação, a fim de construir vínculos de confiança que combatam a perpetuação do círculo vitimizatório.”**

**A** Constituição Federal prevê o Estado Social e Democrático de Direito como aquele que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

O acesso à justiça não se dá apenas por meio de um processo judicial, mas principalmente pelo direito material de acesso a uma decisão justa, seja em um processo judicial, seja em uma relação contratual de acordo de não persecução penal (Resolução 181/17 com a redação dada pela Resolução 183/18 do Conselho Nacional do Ministério Público) ou de imposição negociada de pena. Tais premissas

se encontram também no denominado Projeto de Lei AntiCrime idealizado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro que, dentre outras medidas, prevê a incorporação desses institutos no Código Penal e no Código de Processo Penal.

De forma insuficiente, o processo criminal tradicional se baseia em modelo de intervenção que em breve síntese possui duas finalidades: a repressão do fato criminoso a partir da cominação de pena à pessoa que praticou a conduta descrita no tipo penal e a prevenção de novos delitos pelos membros da sociedade que se sentiriam inibidos a delinquir a partir da verificação da real punição dos infratores. A reparação do dano causado à vítima não é tratada como finalidade da pena (*restitution in integrum*), impedindo que o próprio autor dos fatos efetue sua autorresponsabilização pelas consequências geradas pelo delito, voltando a assumir papel ativo junto a sociedade.

Ante a insuficiência do modelo processual em vigor como resposta a todos os crimes, foi implantado no Ministério Público do Estado de São Paulo o Projeto Avarc- Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos, coordenado pelas Promotoras de Justiça Celeste Leite dos Santos e Fabíola Moran Faloppa. O Projeto Avarc teve pronto acolhimento pelo Diretor da Escola Superior do Ministério Público, o Procurador de Justiça Antonio Carlos da Ponte, bem como foi idealizado conjuntamente com o Procurador de Justiça Pedro Henrique Demercian. Foram essenciais também a sua elaboração e consecução os Promotores de Justiça Alexandre Rocha Almeida de Moraes, Roberto Alves Barbosa e o Promotor de Justiça Coordenador do Cao Crim Arthur Pinto de Lemos Júnior.

Considera-se necessário promover a readequação das respostas penais aos fatos criminais, em especial partindo-se da doutrina da proteção integral da vítima.

## OBJETIVOS

Desenvolvimento de modelo contratual de gestão de resposta penal à prática de crimes, incluindo mapeamento dos atores, processos de trabalho, descrição de procedimentos, proteção social por meio da criação de central de atendimento de vítimas em todo o Ministério Público, sem prejuízo de eventual e encaminhamentos das vítimas às redes de apoio especializado, assistência social, saúde e profissionalização, gerando-se fluxogramas e rotinas de trabalho.

## POLÍTICA CRIMINAL

A atuação funcional pró ativa possibilitará a propositura e consolidação de políticas públicas de amparo a vítimas de crimes, combate à sub notificação de delitos e controle externo do atendimento prestado pelas policias civil e militar, buscando como resultado a consolidação de práticas e metodologias de reparação do dano causado à vítima e a sociedade, que contribuam para a redução do sistema penal, sendo a tão propalada redução do encarceramento no Brasil uma consequência dessa nova forma de gestão da resposta estatal à criminalidade.

Reforça-se com isso a ideia de que crime não pode ser reduzido à ideia de conflito, uma vez que mais do que uma infração penal a que a lei comina pena, é uma ingerência estatal na vida dos cidadãos em relação a determinadas condutas que ofendam bens jurídicos individuais ou coletivos. O Ministério Público foi o agente estatal eleito pela Constituição para formar convicção da necessidade e conveniência

de propositura da ação penal e, portanto, possui legitimidade para atuar extraprocessualmente até para formar sua *opinio delicti*. Tal mudança de paradigma possibilita desde a identificação das causas da criminalidade, como para se induzir a implementação de políticas públicas criminais pelos órgãos públicos e, modificar a forma de interação com a sociedade que abranja as relações interpessoais e sociais.

O grande objetivo da relação negociada pelo Ministério Público, com ou sem o auxílio de um terceiro facilitador, é reconstruir historicamente o ocorrido, validando as histórias pessoais, obter a autorresponsabilização do autor dos fatos e reparar o dano causado à vítima e comunidade. Por este motivo, ao invés de termos um resultado estático processual, criam-se opções dinâmicas e criativas de acesso à justiça, por intermédio do protagonismo ministerial (sistema multiportas).

## **A TUTELA PENAL DA VÍTIMA**

Considera-se abrangido pelo conceito de vítima, tanto pessoas físicas e jurídicas que sofrem diretamente a ação delituosa, como a comunidade atingida pelas consequências de sua prática (v.g, crimes de terrorismo, crime organizado, colarinho branco, etc). O diálogo restaurador instaurado entre vítima e vitimário busca abranger esse aspecto duplice, tutelando-se tanto bens jurídicos individuais, como coletivos.

A equipe do projeto Avarc reconhece os desequilíbrios existentes na relação entre vítima e vitimário, buscando-se evitar a revitimização ou continuidade de um ciclo de opressão social.

Dentre os princípios básicos de justiça para vítimas de crimes e de abuso de poder, estabelecidos pela Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas (1985), destacam-se:

a) As vítimas devem receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones;

b) As vítimas devem ser informadas da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis, e devem ter fácil acesso aos mesmos;

c) O pessoal dos serviços de polícia, de justiça e de saúde, tal como o dos serviços sociais e o de outros serviços interessados, deve receber uma formação que o sensibilize para as necessidades das vítimas, bem como instruções que garantam uma ajuda pronta e adequada às vítimas;

d) Quando sejam prestados serviços e ajuda às vítimas, deve ser dispensada atenção às que tenham necessidades especiais em razão da natureza do prejuízo sofrido ou de fatores tais como os referidos no parágrafo 3, supra.

## **POLÍTICA CRIMINAL DIRIGIDA AO VITIMÁRIO**

A geração de opções ao sistema penal tradicional permite que o vitimário assuma livremente a responsabilidade pelo dano causado (confissão). O novo modelo de gestão de crimes a partir da doutrina da proteção integral da vítima permite ao vitimário:

a) confrontar-se com o fato criminoso e suas consequências, aberto para dispor da sua perspectiva e acolher a do outro;



- b) assumir a responsabilidade frente ao fato criminoso;
- c) assumir as consequências do dano causado;
- d) indenizar a vítima e a sociedade pelo delito praticado;
- e) efetuar acordo com o Ministério Público sobre a modalidade de pena aplicável à espécie.

## **PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE ATINGIDA PELA PRÁTICA DELITIVA**

A participação da comunidade pode ocorrer:

- i) de forma direta integrando – participação nas audiências designadas pelo Ministério Público com as partes envolvidas no crime;
- ii) de forma indireta, via interlocução estabelecida pelo Ministério Público, inclusive por meio de coletivos ou organizações voltadas à proteção à vítima de crimes.

Para se construir uma via de diálogo contínua capaz de garantir a participação de representantes de políticas públicas, agentes responsáveis pela persecução penal e instituições da sociedade civil, é fundamental que se constituam centrais de atendimento à vítimas, possibilidade de participação de entidades da sociedade civil ou líderes comunitários diretamente na audiência, quando o Promotor de Justiça entender relevante e houver anuência da vítima(s) e o vitimário(s) envolvidos.

Busca-se estabelecer relação contínua com líderes comunitários, entidades da sociedade civil e coletivos organizados por meio de visitas e reuniões, contatos por telefone, e mail, *skype* e meios similares, recepção de notícias de crimes, a fim de criar espaços de atuação conjunta.


## **PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS**

Como atores integrantes do sistema de acesso à justiça devem orientar a redação de acordos e a autorresponsabilização do autor do crime.

## **CONCLUSÃO**

O projeto constitui um ponto de acolhimento de vítimas, ou seja, de escuta ativa e não apenas de orientação, a fim de construir vínculos de confiança que combatam a perpetuação do círculo vitimizatório.

As penas passam a abarcar a dimensão da reparação pelo dano causado (art. 387, inciso IV do CPP), deixando de ficar restrita às suas dimensões preventivas e repressivas (art. 59 do Código Penal).

Esse novo olhar do fenômeno criminoso possibilita o rompimento do ciclo vitimizatório, oportunidade de reinserção social do vitimário pelo fomento à autorresponsabilização e enfrentamento das consequências do crime, o combate à sub notificação de delitos e o efetivo controle externo dos agentes de segurança pública pelo Ministério Público. 

ARQUIVO PESSOAL



**CELESTE LEITE DOS SANTOS** é associada do Movimento do Ministério Público Democrático, promotora de Justiça, uma das Coordenadoras do Projeto Avarc, Doutora pela USP, e Coordenadora Geral dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo.

ARQUIVO PESSOAL



**PEDRO EDUARDO DE CAMARGO ELIAS** é associado do Movimento do Ministério Público Democrático, promotor de Justiça, Mestrando pela PUC/SP, e 2º Secretário da Associação Paulista do Ministério Público

# Judicialização e Direito à Saúde no Brasil

■ POR LUCIANA FREITAS

**A**caba de ser divulgado estudo do Conselho Nacional de Justiça feito em parceria com o Instituto de Ensino e Pesquisa que mostra um alarmante grau de judicialização das questões envolvendo saúde no Brasil. O período que vai de 2008 a 2017 registrou aumento de 130% do ajuizamento de ações judiciais envolvendo o Direito à Saúde, ao passo que outras matérias tiveram aumento de 50% no mesmo período. As ações analisadas englobam toda sorte de demandas envolvendo o Direito à Saúde, tanto junto ao SUS quanto às empresas privadas de saúde suplementar. Os números apontam para mais de 1 milhão dessas ações no país.

Em meio a tantos dados que impressionam, vale destacar um aspecto do estudo, que diz respeito ao pouco uso pelos magistrados dos Núcleos de Avaliação de Tecnologias e Saúde (NAT), bem como das orientações da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS (CONITEC) e de seus protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Os NAT são núcleos internos instaurados pelos tribunais para apoio e subsídio técnico para as decisões. Há uma média de apenas 7,13% de decisões de 1º grau que utilizam algum desses embasamentos técnicos como fundamentação.

Nessa mesma linha, os magistrados ignoram em suas decisões o conteúdo das listas públicas que compõem o conjunto de tecnologias formalmente incorporadas ao SUS, a saber: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME); Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES); e Relações Municipais de Medicamentos (REMUME). Somente 3% das decisões lançaram mão dessas listas, segundo o estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Esses dados são preocupantes na medida em que o magistrado não possui formação especializada na área de saúde, podendo dar azo a decisões impossíveis de serem cumpridas ou fora dos melhores protocolos clínicos. São frequentes as liminares, inclusive em plantão judiciário, determinando o fornecimento de medicamentos importados, às vezes sequer aprovados pela Anvisa, ou de tratamento médico fora dos padrões indicados pelo Ministério da Saúde.



Entende-se o drama dos demandantes e sua busca ao Direito à Vida e à Saúde, que muitas vezes sensibilizam o julgador, porém estes devem ser sopesados com a razoabilidade e os parâmetros regulares das práticas médicas, sob pena de se impor aos planos de saúde um ônus excessivo. Nesse contexto, quais seriam as alternativas para uma redução da judicialização do Direito à Saúde?


A especialização é um dos caminhos para a equalização. De fato, é uma pena o baixo uso dos instrumentos técnicos pelos magistrados. Os NAT dos tribunais, os núcleos especializados nos Ministérios Públicos e nas Defensorias Públicas e as iniciativas de varas exclusivamente dedicadas ao tema em alguns Estados são indicativos claros de que decisões judiciais mais assertivas e técnicas geram soluções mais efetivas e menos casuísticas, o que poderia levar a uma diminuição de ajuizamento de ações. Evidente que da mencionada especialização também devem fazer parte a Administração Pública e as empresas privadas, com estruturas para atendimento das decisões judiciais de forma mais célere e eficaz.

Desta forma, os demandantes e as próprias empresas de plano de saúde teriam mais segurança jurídica sobre o que é possível ou não de acolhimento das pretensões. Isso poderia estimular mais soluções amigáveis e redução de ações aventuradas. A segurança jurídica também pode ser ampliada com uma ênfase na adoção, pelos magistrados, dos enunciados das Jornadas de Direito à Saúde promovidas pelo Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, criado pelo CNJ justamente para uniformizar entendimentos sobre matérias recorrentes. A pesquisa divulgada pelo CNJ demonstra sua baixa utilização pelos julgadores.

A criação de centros de mediação ou outros instrumentos pré-processuais são outra oportunidade para a redução da judicialização. Iniciativa como o “Centro de Integração Online”, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para solução de conflitos de saúde em até 3 horas, em parceria com as operadoras de planos de saúde, por meio de aplicativos, é um bom exemplo.

Outra alternativa para reduzir a judicialização é autorizar a criação de uma diversidade maior de coberturas para os planos de saúde hoje oferecidos pelas empresas. Deste modo, o consumidor poderia escolher o tipo de atendimento pretendido e pagar um valor mais justo por isso. Hoje se tem um quadro em que os clientes são basicamente iguados, com distinção entre os produtos, grosso modo, entre os níveis hospitalares ou ambulatoriais. Com a segmentação, o cliente saberia, de antemão, o que pode ou não usufruir.

Isso poderia levar a uma diminuição de ações judiciais e do próprio valor do serviço. Afinal, as empresas repassam tanto o custo exigido para lidar com o excesso de demandas, quanto o que envolve o cumprimento de decisões judiciais, seja na qualidade da obrigação imposta, seja no valor usualmente atrelado a multas pela demora no cumprimento da decisão judicial e a indenização por danos morais.

Toda essa discussão, no entanto, é paliativo para o fato que a efetivação do Direito à Saúde passa pela formulação e execução de políticas públicas aptas a implementarem tal direito para toda a população. Enquanto os anseios sociais não forem providos satisfatoriamente, a discussão sobre judicialização da saúde, ainda que em menor grau, estará em debate. 





# Custos do uso da TR nas dívidas fazendárias

■ POR MAILSON FERREIRA DA NÓBREGA

**“A questão talvez mais crucial que emerge desse processo diz respeito à insegurança jurídica. É o que decorreria de uma decisão judicial não economicamente fundamentada sobre o critério de correção monetária de débitos judiciais da União, adotando-se o uso arbitrário da TR em determinando período da duração da dívida. Precatórios foram adquiridos por investidores nacionais e estrangeiros na suposição de que se trata de dívida da mesma solidez dos títulos do Tesouro. Afinal, o emissor é o mesmo, isto é, a União.”**

O Supremo Tribunal Federal está prestes a retomar o julgamento sobre o critério de correção monetária de débitos judiciais do setor público. Em decisões anteriores, a Corte julgou inconstitucional a utilização da Taxa Referencial (TR) para tal finalidade e decidiu que tal indicador deveria ser substituído pelo IPCA-E (uma variação do IPCA). Desta vez, o STF deve discutir se a TR deveria ser usada retroativamente, no período de 2009 e 2015, compreendendo débitos judiciais de natureza não tributária, na fase anterior à sua transformação em precatórios.

A relevância da decisão que vier a ser tomada extrapola os limites do julgamento em questão. Sabemos que os membros do mais alto tribunal do país têm clareza sobre o conceito de correção monetária e os critérios adequados para sua adoção. É preciso preservá-los, sob pena de se instalar insegurança jurídica prejudicial ao próprio setor público.

A correção monetária busca manter o poder de compra de um determinado valor. Ela não pode ser confundida com o conceito de juros, que representam a remuneração pelo uso do capital durante determinado período de tempo.

A correção monetária impede que um devedor obtenha ganhos em detrimento do seu credor, por força de mudança no valor nominal de moeda. Para tanto, aplica-se um índice de preços para reajustar o valor da dívida até o momento do seu resgate.

Um índice de preços como o IPCA mede a inflação de um conjunto de produtos e serviços referentes ao consumo das famílias em certo período. É a medida oficial da inflação no país e baliza o sistema de metas para a inflação operado pelo Banco Central. O IPCA é amplamente utilizado para a correção monetária de valores e contratos. Desde 2016, com o teto de gastos da União criado pela emenda constitucional nº 95, o IPCA tornou-se o indexador do documento oficial mais importante, o Orçamento da União.

Quanto à TR, ela não é um índice de preços. Nunca teve a função de medir a inflação. Quando criada em 1991, representava a taxa média da remuneração de depósitos a prazo captados pelo sistema financeiro. Ao longo do tempo, várias modificações em sua fórmula de cálculo e as próprias mudanças no ambiente macroeconômico fizeram com que o indicador perdesse esse papel. Hoje, a TR não reflete qualquer taxa de juros praticada no mercado.

A TR tampouco possui relação direta com a inflação. Sua taxa acumulada nos últimos anos representa uma pequena parte da variação de preços no período. Em relação ao IPCA, a diferença acumulada nos últimos 10 anos é de 67,7 pontos percentuais. Essa distância só tende a aumentar, pois a TR não muda desde setembro de 2017.


Uma vez que a TR não guarda qualquer relação com a variação de preços da economia, é inadequado utilizá-la para corrigir monetariamente condenações judiciais contra a Fazenda, especialmente na fase “pré-precatório”. Essa prática carece de racionalidade econômica e gera prejuízos aos titulares desses créditos, pela não recomposição da perda do poder de compra da moeda no tempo. Mais, seria incoerente utilizar a TR para um período (antes da expedição do precatório) e o IPCA para outro (após a expedição). Ou seja, o impacto de se adotar a TR nessa fase dos processos é extremamente danoso aos credores.

Embora seja clara a inadequação da TR como critério de correção monetária, segmentos do setor público alegam que a aplicação do IPCA-E para atualizar monetariamente débitos fazendários em fase pré-precatório ocasionaria danos financeiros insuportáveis, o que carece de fundamento.

É preciso aqui fazer uma distinção muito clara entre a União e os demais entes federados. A insistência no uso da TR tem origem em Estados e municípios, os quais, mesmo beneficiados por várias emendas constitucionais sobre precatórios, não se utilizam dos diversos instrumentos legais destinados a quitar os atrasados e agora confiam que a Corte admita o que vem rechaçando ao longo das últimas décadas. Mais absurda ainda é a extensão de tal salvaguarda à União, que não pode alegar insolvência e há anos já utiliza o IPCA para correção de seus débitos judiciais. Por isso, a adoção desse índice não acarretará qualquer efeito econômico relevante para o Tesouro.

A questão talvez mais crucial que emerge desse processo diz respeito à insegurança jurídica. É o que decorreria de uma decisão judicial não economicamente fundamentada sobre o critério de correção monetária de débitos judiciais da União, adotando-se o uso arbitrário da TR em determinando período da duração da dívida. Precatórios foram adquiridos por investidores nacionais e estrangeiros na suposição de que se trata de dívida da mesma solidez dos títulos do Tesouro. Afinal, o emissor é o mesmo, isto é, a União.

A adoção da TR ocasionaria perdas financeiras consideráveis. Equivaleria a um confisco, confirmado pelo tribunal supremo do país, cujas decisões ao longo de sua existência primaram por garantir a segurança jurídica. A perda de substancial parcela dos créditos dos investidores criaria dúvidas sobre a disposição do Tesouro de honrar sua dívida futura. É razoável admitir que a insegurança poderia acarretar expectativas de novas mudanças arbitrárias de regras em favor do setor público, provocando a elevação dos prêmios de risco e, por consequência, o aumento do custo da dívida pública. Esse custo adicional poderia superar em muito o valor da economia que ocorreria se o STF validasse o uso da TR, que é estimada pela Tendências em R\$ 5,6 bilhões, equivalente a apenas 0,1% da dívida pública federal.

Por último, tendo em vista que a remuneração dos títulos públicos constitui o piso da taxa de juros da economia, a insegurança jurídica e o consequente aumento da percepção de risco da União poderiam implicar a elevação do custo do crédito em todas as suas modalidades, prejudicando tanto as pessoas físicas que tomam empréstimos para antecipar o consumo quanto as empresas que os usam para financiar capital de giro e investimento. Além disso, a insegurança jurídica também poderia implicar um aumento do custo de capital (o retorno demandado pelos investidores), uma vez que ela afeta o risco institucional do país como um todo. 



ARQUIVO PESSOAL

**MAILSON FERREIRA DA NÓBREGA** foi Ministro da Fazenda e consultor técnico e chefe da divisão de análise de projetos do Banco do Brasil. É membro de conselhos administrativos de empresas no Brasil e no exterior. Foi diretor-executivo do European Brazilian Bank, Eurobraz, em Londres. Publicou os livros "O Brasil em transformação" e "O futuro chegou". Em 2013, recebeu o prêmio de Economista do Ano, concedido pela Ordem dos Economistas do Brasil.

# A Criança, o Presidente e a canalhice: Uma análise ética e jurídica

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**R**ecentemente houve a divulgação em grandes veículos midiáticos, sendo o principal e original o Jornal “O Estado de São Paulo”, mas com repetição sistemática em vários outros informativos de massa, tais como Veja online, Uol, Revista Fórum, Catraca Livre, Carta Capital, Yahoo, dentre outros, da suposta “notícia” (sic) de que uma criança de apenas 8 (oito) anos de idade, em uma cerimônia do feriado de Páscoa, teria se negado a cumprimentar o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro.

**“Somente a reação das vítimas, da sociedade e dos órgãos públicos encarregados de fazer valer a legalidade é que poderão conter esse surto de irresponsabilidade, falta de ética, incompetência e descaso pelas normas regentes do convívio civilizado, que tem sido característica do jornalismo tupiniquim, inclusive de forma que chega a ser ridícula para os próprios órgãos de imprensa e seus componentes.”**





Até mesmo uma espécie de frase de efeito com intuito de massificação foi lançada, segundo consta pelo Yahoo com o seguinte teor:

“Diante de Bolsonaro, nesta Páscoa, somos todos Yasmin’s”<sup>1</sup>

A imagem da criança foi amplamente divulgada (imagem e nome), inclusive numa filmagem na qual estaria retratada a suposta negativa de cumprimento tão alardeada. Não se sabe de eventual autorização dos pais ou responsáveis para tal conduta dos veículos de “informação” (sic), o que, ademais, seria inócuo sob o ponto de vista jurídico. Certamente inexistiu, pois que se tratava de uma notícia falsa, as tão malfadadas “Fake News”.

Ocorreu que na realidade, a criança foi usada com fins de politicagem barata, sensacionalismo tosco, sem a menor consciência ética e de responsabilidade. Muito ao reverso, a filmagem na qual se aponta a suposta negativa de cumprimento é parcial, deixando-se de fora dolosamente o que explicava clara e evidentemente o ato da criança, efetivamente negativo. Na verdade, a criança teria recepcionado o Presidente de forma natural, sem qualquer atitude de repulsa. Durante as conversas descontraídas e brincadeiras, o Presidente, que, segundo consta, é palmeirense, teria indagado da menina e das demais crianças presentes se alguém ali era palmeirense. É nesse momento e apenas nele que a criança faz um gesto de negação com a cabeça e cruza os braços. Não havia ali repulsa ao presidente, mas apenas a manifestação de que não era torcedora desse time de futebol então mencionado pelo Presidente numa simples brincadeira.

É incrível como pode ser possível que, para além da óbvia canalhice que caracteriza tal conduta da imprensa, haja também uma enorme incompetência até mesmo para fazer o mal. Era evidente que a verdade iria aparecer rapidamente, como apareceu, pois bastava mostrar a filmagem por inteiro para desmentir cabalmente a narrativa mentirosa.

Quando isso ocorre, tais veículos se apressam para retirar os conteúdos do ar, certamente não por qualquer sentimento de pudor, mas apenas para tentar ocultar o que não é passível de ocultação ou desfazer o passado, o que é impossível, visando evitar responsabilidades civis, administrativas e penais ligadas à questão. A conduta é tão grotesca, em todo seu desenvolver que chega a ser reconhecível como uma má fé pueril, ridícula mesmo. Não há como compreender de outra forma essa atitude de veículos de comunicação que até pouco tempo execravam a potencial filmagem de jovens simplesmente cantando o hino nacional e saudando da Bandeira brasileira. Isso para, no seguimento, instrumentalizarem uma criança sem o menor pudor, causando-lhe danos à imagem e reputação.

Ainda outro dia assistia a um filme chamado “Cães Selvagens” (Imagem Filmes). Trata das desventuras de três criminosos insanos, que são enviados a diversas tarefas ilegais para as quais são pagos. No entanto, agem de forma extremamente irracional e descontrolada, chegando, durante o sequestro encomendado de um bebê, a matar o pai da criança com um tiro de escopeta na cabeça, sendo que este seria a pessoa que iria ser a responsável pelo pagamento do resgate! Tanta insanidade termina, como não poderia deixar de ser, com a derrocada total do grupo criminoso.

Ora, esses “Cães Selvagens”, infelizmente, nos remetem à nossa imprensa que parece composta, com honrosas exceções, de mercenários soltos a esmo para



encontrar alguma “notícia” (sic) ou “fato” (sic) que possa, de qualquer forma, por mais boçal que seja, manchar a imagem do atual governo federal. Na verdade, a designação como “Cães Selvagens”, especialmente no caso concreto, torna-se um eufemismo, uma metáfora fraca e por demais generosa, talvez leniente. Seria necessário encontrar uma espécie animal mais carniceira e de inteligência bem mais limitada, talvez uma “Hiena Selvagem com um cérebro de Galinha”; é, parece que somente uma quimera poderia constituir uma boa representação metafórica da imprensa neste caso.

Observe-se que ainda que fosse verdade que a criança houvesse recusado o cumprimento do Presidente da República num evento, isso não teria qualquer espécie de relevância em termos políticos, como pretenderam fazer com a mentira deslavada que espalharam de forma irresponsável e canalha. O que teriam feito seria a ignominiosa politização de um fato banal, envolvendo apenas uma criança. O ridículo e descabido que marcaria tal conduta se mostra por inteiro na frase de efeito acima mencionada do Yahoo, que toma o suposto ato ou omissão de uma criança como se fosse uma postura política de pretensa “resistência” (sic) ou coisa que o valha!

Na realidade, mesmo que fosse verdade que a criança houvesse negado cumprimento ao Presidente da República, isso seria um nada, uma insignificância. Uma criança pode recusar o abraço ou qualquer cumprimento de um adulto pelos mais variados e indecifráveis motivos, como, por exemplo, timidez, influência de terceiros, medo irracional, simples capricho de momento, desejos de outras atividades ou coisas naquela hora, achar “o tio feio” (sic) ou seja lá o que for. O que seria inimaginável é que fosse uma atitude política conscientemente tomada como ato de “resistência” (sic) a ideias, programas políticos, pautas, discursos etc. Essa pretensão politizadora da conduta de uma criança de tenra idade é, ela mesma, maldosamente infantil e delirante, uma espécie de transformação mágica de uma criança em um adulto pequeno militante! Talvez, a partir dessa insanidade, as grandes corporações midiáticas passem a contratar crianças de 8, 5, 7 anos de idade para fazerem nos jornais comentários políticos, previsões, prognósticos e sugestões para gestão de recursos públicos, análises de ciência política etc. Criemos “cotas” para que crianças se candidatem para cargos políticos, obviamente após uma alteração na Constituição Federal e na legislação eleitoral, afinal elas estariam, segundo esse “pensamento” (sic), extremamente engajadas na vida política e seriam capazes de norrear os caminhos ideológicos, econômicos, sociais etc. A que ponto de sandice chegamos!?

Ocorre que a conduta desses “jornalistas” (sic) não é somente delirante, irreal, irresponsável e imoral, ela é também ilegal e criminosa. Não fosse pura mentira, seria um sensacionalismo da pior espécie e uma exploração e exposição criminosa da criança. O fato de ser mentirosa a narrativa, somente torna ainda mais reprovável a prática dessa atividade a que se dá o nome de “jornalismo” (sic) por falta de uma definição suficientemente descritiva do seu conteúdo abjeto e pervertido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prima, cumprindo mandamento constitucional (art. 227, CF), pela preservação da dignidade humana das crianças e adolescentes, na condição especial de “pessoas humanas em processo de desenvolvimento” (art. 15, ECA). Impõe o respeito incondicional às crianças e adolescentes, o qual consiste na inviolabilidade não somente física, mas psíquica e moral, abrangendo a “preservação da imagem” e da “identidade” (art. 17, ECA). Estabelece

como dever de todos de zelar pela dignidade das crianças e adolescentes, preservando-os de tratamentos vexatórios ou constrangedores (art. 18, ECA). É mais do que notório o fato de que a criança envolvida teve desrespeitadas todas essas garantias legais e constitucionais.

Infelizmente não se configura o crime do art. 232, ECA, que trata da submissão a vexame ou constrangimento de criança ou adolescente. Ocorre que há exigência de que o autor tenha “autoridade, guarda ou vigilância” com relação ao menor – vítima. O crime é, portanto, próprio, afastando a possibilidade de responsabilização dos jornalistas envolvidos.<sup>2</sup>

Não obstante há ilegalidade administrativa, com fulcro no art. 247, § 1º, do ECA, eis que houve injustificável divulgação da imagem, nome e até localização da criança envolvida, referindo-se a atos por ela praticados (ou melhor, supostamente praticados, falsamente imputados à criança pela imprensa, o que se afigura ainda mais reprovável). Tal infração é passível de multa, prevendo originalmente o § 2º do mesmo dispositivo também a suspensão da atividade do veículo de imprensa ou de comunicação de massa. Entretanto, tal penalidade foi considerada inconstitucional pelo STF na Adin nº 869 – 2, de 04.08.1999. Resta ainda, no mesmo § 2º, a possibilidade de determinação judicial de apreensão de eventuais exemplares em que tal notícia conste, o que não foi abrangido pela declaração de inconstitucionalidade acima mencionada, assim como a penalidade de multa prevista no § 1º.<sup>3</sup>

Observe-se que a negativa de cumprimento a um indivíduo de forma acintosa, pode configurar crime de injúria e, conseqüentemente, o respectivo ato infracional, que teria sido falsamente atribuído à criança em tela (art. 103, ECA c/c art. 140 e 141, I, III e IV, CP). Magalhães Noronha nos brinda exatamente com o exemplo dessa espécie de conduta omissiva injuriosa, consistente na recusa ofensiva de cumprimento.<sup>4</sup> No mesmo sentido manifesta-se, na atualidade, Andreucci, apresentando a negativa de cumprimento como uma conduta omissiva injuriosa, tendo como fundamento o

“fato de que a vida em sociedade impõe às pessoas, em determinadas ocasiões, o dever de praticar atos de cortesia, na falta dos quais, reunidos os demais pressupostos legais (‘animus injuriandi’, por exemplo), poderia ocorrer a ofensa”<sup>5</sup>

Ademais, Bitencourt conceitua a injúria como “expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo”, traduzindo “sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado”. “A injúria é essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno”.<sup>6</sup> Seria indubitável, portanto, que a negativa acintosa de cumprimento em ato público configuraria a injúria em sua forma majorada, constituindo ato infracional, o qual, diga-se de passagem, pode ser perpetrado tanto por criança como por adolescente, somente variando as medidas a serem impostas (para as crianças medidas de proteção, para os adolescentes, medidas sócio – educativas – inteligência dos arts. 105 c/c 101, ECA).<sup>7</sup> Acontece que a criança não fez nada disso. Foi tudo resultado de um ardil por parte da mídia, causando, ainda mais reprovável dano à imagem e à honra da criança envolvida.

Nesse contexto, muito embora não tenha havido instauração de qualquer procedimento contra a criança, até porque totalmente descabido, já que se

tratava de uma mendacidade escancarada da imprensa, trata-se de divulgação de imagem, identidade e localização da menor com imputação de conduta que configuraria, ao menos em tese, ato infracional. A violação às normas estatutárias e constitucionais que dizem respeito à proteção à infância e à juventude é absolutamente patente.

Na seara criminal é pacificado que as crianças e adolescentes podem ser vítimas de crimes contra a honra, pois que são pessoas dotadas de todos os atributos dessa condição.<sup>8</sup> Na medida em que, embora de forma afetadamente vangloriosa, os jornalistas responsáveis acabam descrevendo e imputando à criança a prática de conduta que pode configurar ato infracional, atingem indubiosamente não somente sua imagem, mas também sua honra, eis que a *caluniam*, pois o ato infracional nada mais é do que a conduta prevista como infração penal (crime ou contravenção) perpetrado por menores (crianças ou adolescentes – arts. 103 c/c 105, ECA). No caso concreto, tendo em vista que a calúnia foi praticada por meios de comunicação de massa de grande alcance, espalhando-se pela rede mundial de computadores, trata-se de crime majorado nos termos do art. 138 c/c 141, III, CP. E não somente o “jornalista” (sic) responsável inicial pela divulgação da falsidade contra a criança (pertencente, segundo consta, ao Jornal “O Estado de São Paulo”), mas todos aqueles que, sabendo falsa a imputação, a propalaram ou divulgaram de qualquer forma (inteligência do art. 138, § 1º c/c 141, III, CP) deverão responder pela ofensa. Entretanto, a ação penal será privada e dependerá de oferta de Queixa-Crime por parte dos representantes legais da criança, devidamente assistidos por advogado constituído ou mesmo pela Defensoria Pública, acaso hipossuficientes economicamente (art. 145, “caput”, CP).

Doutra banda, quanto ao Presidente da República, o ato constitui, sem a menor dúvida crime contra a honra de Difamação, conforme disposto no art. 139 c/c 141, I, III e IV, CP. Há agora três causas especiais de aumento de pena: a vítima é Presidente da República (art. 141, I, CP); a Difamação se deu por meio de comunicação de massa, o qual, sem dúvida facilita em muito a divulgação da ofensa (art. 141, III, CP); finalmente o Presidente da República é maior de 60 anos (art. 141, IV, CP). A ação será, porém, pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça (art. 145, parágrafo único, CP).<sup>9</sup>

A competência e atribuição para investigação também divergem. No caso da criança a competência é da Justiça Comum Estadual e a atribuição para investigação da Polícia Civil Estadual. Já com relação ao Presidente da República, considerando o atingimento de interesse da União (a vítima é um funcionário público federal, inclusive um funcionário público “sui generis”, Presidente da República) a competência é da Justiça Comum Federal (art. 109, IV, CF) e a atribuição investigatória é da Polícia Federal (art. 144, incisos I e IV, CF). Mesmo que se cogite, no caso do Presidente da República, de eventual crime contra a segurança nacional, a competência e atribuição continuarão as mesmas (pode-se cogitar de infração ao art. 26 e seu Parágrafo Único, da Lei 7.170/83). Em qualquer caso, também, haverá a responsabilização tanto do autor original da Difamação, quanto de tantos quantos a divulgaram ou propalaram dolosamente. No caso do Código Penal, a difamação não contém previsão similar à calúnia quanto à propalação ou divulgação, mas é nítido que todo aquele que divulga ou propala uma difamação com dolo, comete, por si mesmo, novo crime de difamação independente. Quanto à Lei de Segurança Nacional há previsão do instituto da

propalação ou divulgação, tanto para a Calúnia, quanto para a difamação (vide art. 26, Parágrafo Único, da Lei 7.170/83).

Tendo em vista a abundância de ilicitudes perpetradas pela ação tresloucada de “jornalistas” (sic), é mais do que óbvio que haverá também responsabilidade civil, seja dos órgãos de imprensa (Pessoas Jurídicas), seja dos “Jornalistas” (sic) (Pessoas Físicas) responsáveis pelos danos morais e eventualmente materiais ocasionados à criança – vítima e ao Presidente da República. Chacon chama a atenção para a possibilidade legal de que o dano moral derive da infração penal contra a honra, o que se adequa perfeitamente ao caso em testilha.<sup>10</sup> Assim o determina expressamente o art. 186 do Código Civil ao asseverar que todo aquele que voluntariamente “violou direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Mesmo que esteja a exercer um direito de que é titular (como o da liberdade de imprensa e informação), se abusa desse direito, se o “excede” manifestamente em seus limites, violando seu fim social, os bons costumes e a boa-fé, como claramente ocorre no caso enfocado, também há configuração inequívoca de ato ilícito (inteligência do art. 187, do Código Civil). Como consequência do ato ilícito deriva a obrigação de indenizar de acordo com o art. 927, do Código Civil, atingindo, como já exposto, pessoas físicas e jurídicas (vice art. 932, III, do Código Civil). A extensão dos danos e os valores das indenizações deverão ser apurados no devido processo legal na área cível (art. 944, do Código Civil). Ainda no campo civil é de se lembrar que ambos os atingidos pelos vários ilícitos perpetrados também têm a possibilidade legal de exercício do chamado “Direito de Resposta”, por meio da Lei nº 13.188/15 (arts. 1º e 2º). Note-se que a retirada do conteúdo, procedida após o desmascaramento das falsidades alardeadas e nem mesmo a retratação já exercida espontaneamente por alguns veículos, impede o direito de resposta, nos termos do art. 2º, § 3º, da lei de regência. Consentir com esse tipo de manobra seria permitir a lei o que se poderia chamar de “conduta do morcego”, o qual, segundo o dito popular, “morde e assopra” suas vítimas.<sup>11</sup>

Por fim, a responsabilidade administrativa de pessoas físicas e jurídicas também deverá ser promovida pelo E. Juízo da Infância e Juventude do local da infração, esperando-se uma iniciativa rigorosa do Ministério Público a fim de provocar o Judiciário a aplicar as devidas medidas, conforme já exposto neste texto. Não é, em absoluto, admissível que tudo isso, que toda essa falta de ética e legal passe despercebida e impune.

Somente a reação das vítimas, da sociedade e dos órgãos públicos encarregados de fazer valer a legalidade é que poderão conter esse surto de irresponsabilidade, falta de ética, incompetência e descaso pelas normas regentes do convívio civilizado, que tem sido característica do jornalismo tupiniquim, inclusive de forma que chega a ser ridícula para os próprios órgãos de imprensa e seus componentes. Sempre lembrando que essa postura reprovável não é uma característica que se possa generalizar, embora esteja se alastrando e repetindo de modo bastante preocupante. ☒

## NOTAS

1 GONÇALVES, Fábio. “Tenho medo de ir à escola”, diz a pequena Yasmin vítima de Fake News do Estadão. Disponível em <http://estudosnacionais.com/noticias/tenho-medo-de-ir-a-escola-diz>

- a-pequena-yasmin-vitima-de-fake-news-do-estadao/?fbclid=IwAR2cWgm7ABUtomeneFpx-zJEueZqI3ZKVRNEjzaEhQwWZeXpm9TvdL8qTTTE, acesso em 22.04.2019.
- 2 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 301.
  - 3 ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 596-597.
  - 4 MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. Volume 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 127. Também expõe o mesmo exemplo, referindo-se a Magalhães Noronha, o autor contemporâneo Cezar Roberto Bitencourt. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 443.
  - 5 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 353.
  - 6 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 442.
  - 7 Cf. SANTOS, Clilton Guimarães dos. *Direito da Infância e Juventude*. São Paulo: CPC, 1992, p. 143-146.
  - 8 Ver por todos: DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 503.
  - 9 É bom lembrar que não é porque o STF considerou não recepcionada a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) pela Constituição Federal de 1988, por intermédio da ADPF 130, que os Jornalistas têm alguma espécie de carta branca ou salvo – conduto para o cometimento de infrações penais por meio da imprensa. Respondem normalmente, dentro dos parâmetros da ordem jurídica penal, administrativa e civil vigente.
  - 10 CHACON, Luis Fernando Rabelo. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.
  - 11 “Acredita-se que inicialmente esta expressão tenha surgido a partir da observação feita sobre o comportamento dos morcegos. Os morcegos são conhecidos por sugarem o sangue de suas vítimas, sem que estas percebam. Na tentativa de explicar este fato, antigamente as pessoas alegavam que o morcego assoprava a ferida feita nas suas presas para poder aliviar a dor. No entanto, hoje em dia, sabe-se que a saliva dos morcegos tem características anestésicas, por isso é que os animais não sentem dores enquanto são atacados por este mamífero voador”. SIGNIFICADO de morde e assopra. Disponível em <https://www.significados.com.br/morde-e-assopra/>, acesso em 22.04.2019.

## REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHACON, Luis Fernando Rabelo. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Fábio. “Tenho medo de ir à escola”, diz a pequena Yasmin vítima de Fake News do Estadão. Disponível em <http://estudosnacionais.com/noticias/tenho-medo-de-ir-a-escola-diz-a-pequena-yasmin-vitima-de-fake-news-do-estadao/?fbclid=IwAR2cWgm7ABUtomeneFpx-zJEueZqI3ZKVRNEjzaEhQwWZeXpm9TvdL8qTTTE>, acesso em 22.04.2019.
- MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. Volume 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.
- SANTOS, Clilton Guimarães dos. *Direito da Infância e Juventude*. São Paulo: CPC, 1992.
- SIGNIFICADO de morde e assopra. Disponível em <https://www.significados.com.br/morde-e-assopra/>, acesso em 22.04.2019.







# As implicações da nova Lei nº 13.827/2019. Aplicação das Medidas Protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha por Delegado de Polícia ou por policiais

■ POR MARCEL GOMES DE OLIVEIRA E JOAQUIM LEITÃO JUNIOR

**“A nova Lei nº 13.827/2019 traz muitas velharias e muitos assuntos ignorados propositalmente pelo Estado e de novidade traz a necessidade de refletirmos sob os aspectos positivos e negativos para nosso futuro como país e sociedade organizada, onde nem o legislador ordinário observa a tecnicidade e o enfrentamento adequado de problemas de índole criminal e social, mormente quanto à condição da mulher, vítima de violência.”**

**F**oi noticiada a sanção da mais recente e nova Lei nº 13.827/2019, que em síntese além de reforçar que cabe ao Poder Judiciário, permite também que as Medidas Protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha sejam aplicadas por Delegado de Polícia ou por policiais, com chancela “a posteriori” do Poder Judiciário.

O que afinal essa nova Lei nº 13.827/2019 traz de velharia e novidade para refletir no aspecto positivo e negativo?

A resposta é simples: vai depender da ótica de quem e como se visualiza a problemática, acerca dos velhos problemas conhecidos que assolam nossas mulheres e com os problemas triviais de pano de fundo – que são imensos.

Sob a ótica da proteção firmada pelo Brasil perante a comunidade internacional, sem sombras de dúvidas, é um grande avanço e permitirá maior segurança a mulher, se realmente as medidas protetivas forem eficazes para evitar novas agressões com evoluções.

Quando o texto faz alusão que qualquer “policial”, em caso de não se ter Delegado, apesar de louvável, o legislador como pano de fundo reconhece que o Estado brasileiro não investiu nas Polícias Judiciárias, e o mais grave de todas as constatações: o Estado não investiu no seu cidadão com políticas públicas.

De qualquer forma, essas são algumas das poucas constatações sumárias que se extrai num primeiro momento.

Os pontos positivos da nova Lei nº 13.827/2019:

- É um avanço na proteção da mulher, alvo de violência doméstica e familiar. Diga-se de passagem que esses agressores eram agraciados por liberdade provisória e, na maioria das vezes, o resultado eram mais agressões ou até mesmo a morte da mulher. Se a medida for eficaz, a tendência é que haja reduções de óbitos e violência, em face da mulher;

- Prestigia e traz mais segurança à vítima de violência de gênero e doméstica;
- Amplia o rol de agentes públicos que poderão conferir essa medida;
- Traz possível economicidade temporária ao erário público;
- Trouxe a nomenclatura de Delegado de Polícia (art. 12-C, inciso II, da nova Lei nº 13.827/2019), para evitar que outras forças ou cargos de policiais diversos se arvorem da expressão “Autoridade Policial”;

- Traz claramente a possibilidade de o Delegado de Polícia conferir a medida protetiva na Lei Maria da Penha, ainda que dependa de homologação judicial, o mesmo se dando com relação ao “policial” numa acepção muito ampla e genérica (cujas críticas estarão mais adiante);

- Outra mudança promovida e vista como positiva pela Lei nº 13.827/19 foi a inserção do art. 38-A na Lei Maria da Penha, segundo o qual: “Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência. Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.” Se o Banco de dados for mantido de maneira adequada, e permitir efetivamente que as Polícias Judiciárias entre outras forças policiais vinculadas a Segurança Pública tenham acesso, será bem-vindo para evitar o problema de que atualmente as medidas protetivas hoje, na grande maioria, estão sob sigilo

nos sites do Poder Judiciário, e não se informa às Delegacias de Polícia sobre as mesmas, o que acaba sendo um desserviço à sociedade e a própria vítima.

Os pontos negativos da nova Lei nº 13.827/2019:

- Para nós é inconstitucional a Lei no ponto que permite outros “policiais” que não Delegados de Polícia aplicar a medida, pois há uma clara invasão do legislador ordinário nas atribuições constitucionais e legais previstas que deixa o Delegado de Polícia responsável pela direção da persecução penal para apurar a autoria e materialidade delitiva. O Delegado de Polícia é quem preside os procedimentos e não faz sentido em violação a toda sistemática permitir que cargos diversos daquele, apliquem as medidas protetivas. Além disso, a redação legislativa com todo respeito, abre margens para usurpação da atividade técnico-jurídica encarregada ao Delegado de Polícia de carreira e coloca em xeque o princípio ínsito a qualquer atividade policial que é o princípio da hierarquia, a partir do momento que amplia essa esfera de possibilidade com “chancela legal”. Em outras palavras, o próprio legislador abre margens para uma verdadeira balbúrdia legislativa e principiológica, colocando em perigo toda aquela construção sólida criada academicamente e cientificamente ao longo dos anos da unidade do nosso ordenamento.

- A nova Lei pode representar um desserviço, inclusive dificultando a aplicação do art. 24-A<sup>1</sup>, da Lei Maria da Penha, uma vez que gerará problemas em sua aplicabilidade, diante do seu texto que na esfera penal é interpretado preferencialmente de maneira estrita e taxativa.

- Permite que “policiais” sem experiência jurídica e sem formação jurídica na maioria das vezes, procedam avaliação inadequada e coloque a vítima em situação ainda de maior vulnerabilidade, diante da necessidade de exame técnico-jurídico, onde esse múnus na esfera policial é atribuída constitucionalmente e legalmente a carreira jurídica do Delegado de Polícia;

- Deixa o Estado numa situação cômoda de mais uma vez querer resolver problemas com legislações e mais legislações, ao invés de atacar o problema na causa e não apenas nas consequências que também deve ser atacado;

- Pode ser outro passo subliminar para querer depois permitir que outras forças permitam a realizar Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), sob argumento se pode conceder medida protetiva que é o mais, poderia o menos que é confeccionar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) ao arrepio da Constituição Federal e da Lei e o pior ainda de tudo: com a chancela do Poder Legislativo e do Poder Executivo quem deveriam dar o exemplo de respeitar a Carta Maior e as leis.

- As diversas forças policiais poderão desrespeitar a hierarquia e querer conceder medidas protetivas sem que seja por Delegado de Polícia, mesmo sendo o caso de haver Delegado na comarca ou na localidade – semelhante ao que já tentam fazer ao arrepio da Constituição Federal e da Lei com o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), chancelado inclusive por alguns Tribunais de Justiça e o próprio Ministério Público que deveriam proteger a Constituição e as próprias leis;

- A expressão “policial” é muito ampla e acreditamos que surgirá divergências para interpretação restritiva no sentido de ser aquela expressão “policial” seria o que trabalha com atos eminentemente cartorários (como escrivão, investigadores e inspetores), em detrimento de uma outra interpretação que defenderá que a expressão “policial” seria geral e ampliativa para abarcar todos os policiais (inclusive policiais militares entre outros);

• Outra mudança promovida e que de primeira vista pode ser visualizada como negativa pela Lei nº 13.827/19 foi à inserção do art. 38-A na Lei Maria da Penha, segundo o qual: “Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência. Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.”

A terminologia “juiz competente” do artigo supra apesar de recomendável, esbarra numa colidência legal, pois antes dessa redação e apenas com a existência do então art. 24-A, da Lei Maria da Penha se fazia alusão “§ 1º: A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas (incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)”, o que acaba gerando mais insegurança jurídica e um desserviço à sociedade e a própria vítima, pois para todos os efeitos legais, o art. 24-A, § 1º, da Lei Maria da Penha, continua em vigor e criará mais um conflito aparente de lei a ser resolvido. Pela cronologia será fácil superar isso, aplicando a lei mais recente, agora se for de especialidade e até mesmo de conferir maior proteção a mulher (conforme mandamento da própria Lei Maria da Penha) teremos problemas de interpretações e de linhas de entendimentos diversas.

O legislador precisa observar os pontos de contatos com as leis e entre as leis com as nuances das medidas para evitar contradições legais que denominamos terminologicamente de “contraponto legislativo”, “colidência legislativa” ou “suicídio legislativo”;

• Cria também uma insegurança jurídica, para aqueles que sustentam que as matérias de “restrições de direito” no âmbito da Lei Maria da Penha seriam de reserva de jurisdição (mormente de ir e vir assegurados constitucionalmente) e poderiam ser inconstitucionais as medidas outorgadas pela nova Lei nº 13.827/2019, quando se conferiu ao agente policial e até mesmo ao Delegado de Polícia, agentes esses não detentores da reserva jurisdicional; Esse argumento para nós não prospera, pois em muitas vezes os Delegados já restringem direitos maiores dentro do direito de ir e vir (liberdade), quando ratificam (ou decretam) a prisão flagrancial de conduzidos com suas deliberações iniciais, até que haja análise do Poder Judiciário;

• Desprestigia atribuições constitucionais e legais de outros cargos;

• Abre brechas e é um “golpe sorrateiro” para o ciclo completo policial, ainda que de maneira sutil e subliminar. Esse argumento ganha mais força, quando analisamos o antigo Projeto de Lei nº 13.505/2017, que através do veto presidencial impediu a autorização de medidas protetivas de urgência a mulher vítima de violência doméstica pelo Delegado de Polícia, e na sequência, sobreveio este Projeto de Lei, hoje corporificado na Lei nº 13.827/2019;

• Fecha os olhos para a problemática de o Estado ignorar as frentes da educação, saúde, distribuição de renda, cultura, infraestrutura entre outras que devem andar de mãos dadas com a segurança pública e demonstra querer resolver as coisas na “caneta” por Lei, com atropelo a boa técnica redacional legislativa e da preservação da unidade do ordenamento jurídico em si;

• A interpretação a ser dada “aos seus dependentes” do caput do art. 12-C, inserido pela nova lei nº 13.827/2019 também traz mais problemas. Quais são esses problemas? Vejamos: “Art. 12-C: Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida

ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.” Indaga-se: aplica-se a Lei Maria da Penha se o dependente for criança ou adolescente do sexo masculino? Observe ainda a conjunção alternativa “ou”, portanto, verificada a existência de risco à vida da mulher ou de qualquer dos seus dependentes (filhos ou filhas) o agressor poderá ser afastado do lar? Este é outro ponto da nova lei que suscitará debates acalorados.

- A sanha punitiva do legislador mais uma vez entrou na vedação da liberdade provisória prevista no § 2º do art. 12-C, nestes termos: “§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.” É de ressaltar que o STF ao longo dos últimos anos declarou ser inconstitucional a vedação automática da liberdade provisória (vide HC 104339 e RE 1098325)<sup>2</sup> e, este parágrafo, mais uma vez, suscitará discussões acerca da sua (in)constitucionalidade.

- Cria a problemática de como será instrumentalizada (veiculada) a medida protetiva conferida em sede policial pelo Delegado de Polícia e policial: se por meio de mandado? Por meio de notificação? Despacho de deliberação (de conteúdo decisório) da concessão da medida protetiva policial? A Lei deve trazer um conteúdo seguro para o seu operador;

- A Lei possibilita apenas o afastamento do agressor do lar, quando muitas das vezes são necessárias as demais medidas previstas na Lei Maria da Penha; Cria-se uma proteção deficiente à vítima, onde a Lei não poderia ter sido tão tímida como fora;

Ademais, como ficará o art. 24-A, da Lei Maria da Penha? Indagamos isso porque a lei faz alusão ao descumprimento de “decisão judicial”, que pressupõe se dar no mundo fenomênico, após a notificação (ou intimação) do suposto agressor e descumpridor da medida.

Vejamos a sua redação disposta no art. 24-A, da Lei Maria da Penha:

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

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

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

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

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

E a notificação (ou intimação) do art. 24-A, da Lei Maria da Penha será feita por quem?

Essa notificação (ou intimação) continuará do mesmo jeito, ou seja, será realizada por oficial de justiça (senhor meirinho) vinculado ao Poder Judiciário ou com a superveniência da nova Lei nº 13.827/2019 alterará o quadro em que a notificação seria feita por policiais e Delegados de Polícia?

Fato é que as novas medidas protetivas outorgadas ao Delegado de Polícia e ao policial, despertarão discussões desta índole. Pensamos sem prejuízo de compreensão diversa, que essas notificações eventualmente realizadas pelos Delegados de Polícia ou por policiais antes da chancela do Poder Judiciário, via homologação, e




da notificação (ou intimação) judicial não terão o condão de atrair o crime do art. 24-A, da Lei Maria da Penha.

Mas qual o crime cometerá quem descumprir a ordem do Delegado de Polícia ou de policial antes da homologação judicial, ou seja, antes das 24 horas do prazo que a medida deverá ser comunicada ao Poder Judiciário?

Certamente, terão vozes advogando crime de desobediência – que para nós estaria sepultada pelos próprios argumentos que o STJ na época serviu para refutar quando se descumpria as mesmas medidas protetivas da Lei Maria da Penha –, sem contar o possível crime de coação no curso do processo por abranger medidas inclusive flagranciais ou de procedimentos policiais em cursos. Talvez nesse ponto, a nova Lei nº 13.827/2019 criaria até uma situação mais gravosa também em relação ao investigado (suspeito) até então ao art. 24-A, da Lei Maria da Penha.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, a nova Lei nº 13.827/2019 traz muitas velharias e muitos assuntos ignorados propositalmente pelo Estado e de novidade traz a necessidade de refletirmos sob os aspectos positivos e negativos para nosso futuro como país e sociedade organizada, onde nem o legislador ordinário observa a tecnicidade e o enfrentamento adequado de problemas de índole criminal e social, mormente quanto à condição da mulher, vítima de violência.

O crime deve ser combatido não apenas nas suas consequências, mas acima de tudo nas suas causas, e com investimentos às Polícias e respeito a ordem constitucional, legal e técnica, para evitarmos com todo o respeito, 5 (cinco) novas “atrapalhadas jurídicas”. 

## NOTA

- 1 Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018). § 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018). § 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018). § 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018).
- 2 STF reafirma inconstitucionalidade da regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas: O Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade de regra prevista na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que veda a concessão de liberdade provisória a presos acusados de tráfico. A decisão foi tomada pelo Plenário Virtual no Recurso Extraordinário (RE) 1038925, com repercussão geral reconhecida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431>.



ARQUIVO PESSOAL

**MARCEL GOMES DE OLIVEIRA** é Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa – DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso – ACADEPOL/MT.



ARQUIVO PESSOAL

**JOAQUIM LEITÃO JUNIOR** é Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente Assessor Institucional e Coordenador da Assessoria Jurídica da Diretoria da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos.

# Contratação de leiloeiro oficial por meio de credenciamento



DIVULGAÇÃO

■ POR MARINÊS RESTELATTO DOTTI

**“Segundo o Projeto de Lei nº 1292/1995, que almeja revogar a Lei nº 8.666/93, se a administração pública optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial deverá selecioná-lo (contratá-lo) mediante licitação na modalidade pregão, adotando o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizando como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão, observados os valores dos bens a serem leiloados.”**

**D**ispõe a Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI, que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação, assegurando-se aos concorrentes igualdade de condições.

A alienação de bens da administração pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, deve ser precedida de avaliação prévia. A necessária realização de ampla e séria pesquisa e a correspondente fixação de preço mínimo de arrematação, em conformidade com o praticado pelo mercado, afasta a aplicação da Lei nº 8.429/92, a lei de improbidade administrativa. De acordo com o seu art. 10, inciso IV, configura ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa<sup>1</sup>, que permita ou facilite a alienação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas em seu art. 1º, por preço inferior ao de mercado.

A alienação de bens da administração pública pode efetivar-se por meio de leilão. Segundo o art. 22, § 5º, da Lei nº 8.666/93, leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista em seu art. 19<sup>2</sup>, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor de avaliação. Já o art. 17, § 6º, do mesmo diploma, preceitua que para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto em seu art. 23, inciso II, alínea “b”, ou seja, até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais)<sup>3</sup>, a administração poderá permitir a utilização da modalidade leilão.

O Projeto de Lei nº 1292/1995, que almeja revogar a Lei nº 8.666/93, também dispõe sobre a utilização do leilão, definindo-o com a modalidade de licitação utilizada para a alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, a quem oferecer o maior lance. A utilização da modalidade licitatória leilão, sublinhe-se, permite à administração pública obter propostas mais vantajosas em razão da disputa pela maior oferta (ou maior lance) que ocorre entre os licitantes.

## **CLASSIFICAÇÃO DOS BENS MÓVEIS INSERVÍVEIS**

Para a legitimidade da licitação que vise o desfazimento de bens móveis da administração, deve ser designada comissão especial de avaliação, conforme previsto no art. 10 do Decreto federal nº 9.373/18, o qual dispõe sobre a alienação, a cessão, a transferência, a destinação e a disposição final ambientalmente adequadas de bens móveis no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

As classificações e avaliações de bens serão efetuadas por comissão especial, instituída pela autoridade competente e composta por três servidores do órgão ou da entidade, no mínimo. De acordo com o art. 3º do citado Decreto, para que seja considerado inservível, o bem será classificado como: a) ocioso – bem móvel que se encontra em perfeitas condições de uso, mas não é aproveitado; b) recuperável – bem móvel que não se encontra em condições de uso e cujo custo da recuperação seja de até cinquenta por cento do seu valor de mercado ou cuja análise de custo e benefício demonstre ser justificável a sua recuperação; c) antieconômico – bem móvel cuja manutenção seja onerosa ou cujo rendimento seja precário, em virtude

de uso prolongado, desgaste prematuro ou obsolescência; ou d) irrecuperável – bem móvel que não pode ser utilizado para o fim a que se destina devido à perda de suas características ou em razão de ser o seu custo de recuperação superior a cinquenta por cento do seu valor de mercado ou de a análise do seu custo e benefício demonstrar ser injustificável a sua recuperação.

O art. 6º do Decreto preceitua que os bens móveis inservíveis ociosos e os recuperáveis poderão ser reaproveitados, mediante transferência interna ou externa. Já o art. 7º estabelece que os bens móveis inservíveis cujo reaproveitamento seja considerado inconveniente ou inoportuno serão alienados em conformidade com a legislação aplicável às licitações e aos contratos no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, indispensável a avaliação prévia.

## LEILOEIRO

O leilão, modalidade licitatória que visa alienar bens inservíveis da administração, pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente. Quando for designado servidor da administração para atuar como leiloeiro, este não fará jus a qualquer remuneração pelo serviço prestado, por aplicação do disposto na Lei nº 13.707/18, a qual dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2019, *in verbis*:

Art. 17. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com: [...] VII – pagamento, a qualquer título, a agente público da ativa por serviços prestados, inclusive consultoria, assistência técnica ou assemelhados, à conta de quaisquer fontes de recursos;

A administração pública, quando da alienação de bens móveis ou imóveis, pode valer-se de leiloeiro oficial<sup>4</sup>, desde que devidamente matriculado em Junta Comercial do estado ou do Distrito Federal, estando desobrigada de arcar com o pagamento de comissão a esse profissional em decorrência do serviço prestado (venda do bem), conforme disposto no Decreto nº 21.981/32. Compete-lhe, no entanto, observar que os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo. O leiloeiro que for designado para realizar os leilões, verificando, em face da escala, que não lhe toca a vez de efetuarlos, indicará à repartição ou autoridade que o tiver designado aquele a quem deva caber a designação, sob pena de perder, em favor do prejudicado, a comissão proveniente da venda efetuada.

Os leiloeiros cobrarão somente dos compradores a comissão pela venda do bem, correndo as despesas de anúncios, reclamos e propaganda dos leilões por conta da parte vendedora, ou seja, a administração pública está desobrigada de arcar com o pagamento de comissão ao leiloeiro oficial pela venda do bem, competindo-lhe arcar com os custos de publicação do edital. A comissão será suportada pelo comprador ou arrematante, observados os percentuais fixados no art. 24 do Decreto nº 21.981/32.

## CONTRATAÇÃO DE LEILOEIRO OFICIAL

E como se efetiva a contratação de leiloeiro oficial pela administração pública? A Lei nº 8.666/93 não dispõe, especificamente, a respeito. Já o Projeto de Lei nº

1292/1995 estabelece que se a administração pública optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, deverá selecioná-lo mediante licitação na modalidade pregão, adotando o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizando como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão, observados os valores dos bens a serem leiloados. O art. 24 do Decreto nº 21.981/32, que regula a profissão de leiloeiro, preceitua que a taxa de comissão dos leiloeiros será regulada por convenção escrita que, sobre todos ou alguns dos efeitos a vender, eles estabelecerem com os comitentes. Em falta de estipulação prévia, regulará a taxa de 5% (cinco por cento) sobre móveis, mercadorias, joias e outros efeitos e a de 3% (três por cento) sobre bens imóveis de qualquer natureza.

Diante da estrita observância de escala de antiguidade<sup>5</sup> dos leiloeiros oficiais matriculados na Junta Comercial e da não incidência de pagamento relativo à comissão por parte da administração – ou seja, não há despesa para a administração pública no tocante à atividade desempenhada pelo leiloeiro (impossibilitando a definição de critério de julgamento da melhor proposta na licitação) – extrai-se ser inviável a realização de procedimento licitatório para a seleção de leiloeiro, o que torna juridicamente possível a contratação por meio do credenciamento, cujo fundamento legal repousa no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Tal solução é extraída de questionamento constante na obra<sup>6</sup> “1000 perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira”. Assim:

244. A contratação de leiloeiro, registrado na Junta Comercial competente, pode ser realizada por meio de credenciamento?

A profissão de leiloeiro é exercida mediante matrícula concedida pelas Juntas Comerciais do Distrito Federal e dos estados, de acordo com as disposições do Decreto Federal nº 21.981/32, que regulamenta a atividade de leiloeiro.

As Juntas Comerciais organizam a lista dos leiloeiros matriculados, classificados por antiguidade, com as anotações que julgarem indispensáveis, publicando-a em edital afixado à porta de suas sedes e no diário oficial, ou, onde este não houver, em jornal de maior circulação, durante o mês de março de cada ano, com a data das respectivas nomeações, podendo as repartições públicas requisitar a lista a qualquer tempo, para execução do disposto no art. 42 do Decreto nº 21.981/32, segundo o qual, nas vendas de bens móveis ou imóveis pertencentes à União, estados e municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo. O leiloeiro que for designado para realizar os leilões de que trata o art. 42, verificando, em face da escala, que não lhe toca a vez de efetuarlos, indicará, à repartição ou autoridade que o tiver designado, aquele a quem deva caber a designação, sob pena de perder, em favor do prejudicado, a comissão proveniente da venda efetuada.

Nas vendas de bens públicos, móveis ou imóveis, os leiloeiros cobrarão dos compradores somente a comissão sobre os bens arrematados, correndo as despesas de veiculação de anúncios e propaganda dos leilões por conta da parte vendedora (a administração pública), segundo dispõe o mencionado art. 42, § 2º. Ou seja, a administração pública está desobrigada de arcar com o pagamento



de comissão ao leiloeiro pela venda do bem. Tal ônus é do comprador ou arrematante, no percentual fixado no art. 24, parágrafo único, do referido Decreto. Confira-se o dispositivo citado:

Art. 42. Nas vendas de bens moveis ou imóveis pertencentes à União e aos Estados e municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo.

§1º O leiloeiro que for designado para realizar os leilões de que trata este artigo, verificando, em face da escala, que não lhe toca a vez de efetuarlos, indicará à repartição ou autoridade que o tiver designado àquele a quem deva caber a designação, sob pena de perder, em favor do prejudicado, a comissão proveniente da venda efetuada.

§ 2º Nas vendas acima referidas os leiloeiros cobrarão somente dos compradores a comissão estabelecida no parágrafo único do artigo 24, correndo as despesas de anúncios, reclamações e propaganda dos leilões por conta da parte vendedora. (grifamos)

Diante da estrita observância de escala de antiguidade dos leiloeiros matriculados na Junta Comercial e da não incidência de pagamento relativo à comissão por parte da administração – ou seja, não há despesa para a administração pública no tocante à atividade desempenhada pelo leiloeiro (impossibilitando a definição de critério de julgamento da melhor proposta na licitação) – extrai-se ser inviável a realização de procedimento licitatório para a seleção de leiloeiro, o que torna juridicamente possível a contratação por meio do credenciamento, cujo fundamento legal repousa no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

O requisito exigido para a definição daquele que atuará na alienação de bens pertencentes ao patrimônio público, reitera-se, é o cumprimento de escala de antiguidade, iniciando-se pelo mais antigo, dentre os credenciados pelo órgão ou entidade pública.

## CRENCIAMENTO

O credenciamento consiste em contrato pelo qual a administração pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o poder público, a título oneroso. Encontra supedâneo na inviabilidade de competição do art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, ou seja, trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação. Caracteriza-se pelo fato de a administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, competição excludente entre os interessados. Aplica-se a objetos em que as diferenças personalizadas (empresas ou profissionais) têm pouca relevância para o interesse público, dado o nível técnico da atividade, já regulamentada ou de fácil verificação, como ocorre, por exemplo, com os leiloeiros oficiais. Todos os interessados credenciados poderão ser contratados nas condições estabelecidas, o que inviabiliza a competição.

É vedado à administração utilizar o credenciamento para o efeito de escolher o credenciado que entenda ser o melhor para a consecução do objeto. Esse procedimento não assegura que todos serão contratados. Na verdade, quando a administração utiliza o credenciamento para contratar profissional ou empresa

que se ajuste ao perfil traçado pela administração, também exclui aqueles que o desatendam, sendo este o fator desigualador que legitima o *discrímen*, que, de outra forma, ofenderia a isonomia. Cumpre à administração desenvolver metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal, afastando qualquer tipo de favorecimento ou privilégio, por aplicação do princípio da isonomia. No caso da contratação de leiloeiro oficial pela administração pública, requisita-se o profissional obedecendo-se, rigorosamente, a escala de antiguidade entre os credenciados para atendimento das demandas, iniciando-se pelo mais antigo, cumprindo-se, assim, os princípios da legalidade e isonomia.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, o credenciamento configura uma hipótese de inviabilidade de competição decorrente da possibilidade de a administração contratar empresas ou profissionais de um determinado setor em igualdade de condições, observados os requisitos de qualificação (Acórdão nº 141/2013 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 008.671/2011-7). Ainda segundo a Corte de Contas federal, embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão (Acórdão nº 351/2010 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Processo nº 029.112/2009-9).

Processa-se o credenciamento por meio de edital de chamamento de interessados, in casu, deleiloeiros oficiais, que atendam aos requisitos previamente definidos (matrícula em Junta Comercial de estado ou do Distrito Federal), o qual, em regra, deverá estar permanentemente aberto para recebimento da documentação exigida, permitindo-se, assim, amplo e contínuo acesso de interessados às contratações da administração. Se a contratação esgota-se em período determinado, sem previsão de continuidade, não há, por evidente, razão para que a administração mantenha o chamamento permanentemente aberto.

No credenciamento compete à administração pública definir o valor da contratação, contudo, no credenciamento de leiloeiros oficiais tal obrigação não encontra aplicabilidade tendo em vista que a administração pública está desobrigada de arcar com o pagamento de comissão a esse profissional pela venda do bem, afastando-se o caráter oneroso da relação jurídico-contratual, típico do credenciamento. O pagamento de comissão ao leiloeiro, reitera-se, é de exclusiva responsabilidade do comprador ou arrematante, observando-se os percentuais fixados no art. 24 do Decreto nº 21.981/32.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal estabelece em seu art. 37, inciso XXI, que as obras, serviços, compras e, inclusive, as alienações de bens, móveis e imóveis, devem ser precedidas de um procedimento seletivo prévio que assegure igualdade de condições a todos os interessados. A modalidade licitatória denominada leilão materializa o comando constitucional que exige licitação prévia para a alienação de bens do

patrimônio público da União, estados, Distrito Federal e municípios, a qual pode ser cometida a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente.

Segundo o Projeto de Lei nº 1292/1995, que almeja revogar a Lei nº 8.666/93, se a administração pública optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial deverá selecioná-lo (contratá-lo) mediante licitação na modalidade pregão, adotando o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizando como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão, observados os valores dos bens a serem leiloados.

A contratação de leiloeiro oficial, nada obstante o disposto no referido Projeto de Lei acerca da utilização da modalidade pregão, adequa-se, eficazmente, ao instituto jurídico do credenciamento, cujo fundamento legal repousa no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, senão vejamos:

(a) de acordo com o art. 42 do Decreto nº 21.981/32, que regula a profissão de leiloeiro oficial, “nas vendas de bens móveis ou imóveis pertencentes à União, aos estados e aos municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo”; há, portanto, uma ordem sequencial a ser atendida pela administração quando da contratação de leiloeiros oficiais, o que torna inviável o procedimento seletivo prévio desses profissionais por meio de licitação;

(b) a não incidência de pagamento relativo à comissão por parte da administração pública – ou seja, não há despesa para a administração no tocante à atividade desempenhada pelo leiloeiro, inexistindo, portanto, o caráter oneroso da relação jurídico-contratual entre a administração e este profissional – impossibilita a definição de critério de julgamento da melhor proposta, tornando, também por esse motivo, inviável a realização de procedimento licitatório para a seleção de leiloeiro oficial;

(c) a taxa de comissão dos leiloeiros, segundo o art. 24 do Decreto nº 21.981/32, paga exclusivamente pelo arrematante do bem, deve ser regulada por convenção escrita, sendo que, em falta de estipulação prévia, regulará a taxa de 5% (cinco por cento) sobre móveis, mercadorias, joias e outros efeitos e a de 3% (três por cento) sobre bens imóveis de qualquer natureza; há, portanto, prévia definição da comissão a ser paga ao leiloeiro oficial, sendo descabida qualquer fixação de percentual de comissão pela administração pública.

O credenciamento caracteriza-se pela contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela administração, não havendo relação de exclusão. Para sua legitimidade, no entanto, devem ser observados os seguintes requisitos:

a) chamamento de interessados, in casu, de leiloeiros oficiais, por meio de edital, garantindo-se igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a administração;

b) exigência, no edital de chamamento, de comprovação de matrícula do leiloeiro em Junta Comercial de estado ou do Distrito Federal;

c) estipulação, como regra, de que o edital permanecerá aberto para recebimento da documentação exigida, permitindo-se, assim, amplo e contínuo acesso de interessados às contratações da administração;

d) requisição do profissional com observância da escala de antiguidade entre os credenciados para atendimento das demandas, iniciando-se pelo mais antigo, cumprindo-se, assim, os princípios da legalidade e isonomia; e

e) não interferência, da administração, no percentual de comissão a ser pago ao leiloeiro, de exclusiva responsabilidade do arrematante do bem e em conformidade com o disposto no art. 24 do Decreto nº 21.981/32. **C**

## NOTAS

- 1 Impõe-se a verificação do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão e o resultado verificado, a existência de dolo (deliberada intenção) ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/92 (que causam prejuízo ao erário), exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos artigos 9º e 11 da mesma Lei (enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), os quais se prendem ao elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo.
- 2 Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: I – avaliação dos bens alienáveis; II – comprovação da necessidade ou utilidade da alienação; III – adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.
- 3 Decreto nº 9.412/18, atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666/93.
- 4 De acordo com o art. 2º do Decreto nº 9.412/18, para ser leiloeiro, é necessário provar: (a) ser cidadão brasileiro e estar no gozo dos direitos civis e políticos; (b) ser maior de vinte e cinco anos; (c) ser domiciliado no lugar em que pretenda exercer a profissão, há mais de cinco anos; (d) ter idoneidade, comprovada com apresentação de caderneta de identidade e de certidões negativas dos distribuidores, no Distrito Federal, da Justiça Federal e das Varas Criminais da Justiça local, ou de folhas corridas, passadas pelos cartórios dessas mesmas Justças, e, nos Estados, pelos Cartórios da Justiça Federal e Local do distrito em que o candidato tiver o seu domicílio. Apresentará, também, o candidato, certidão negativa de ações ou execuções movidas contra ele no foro civil federal e local, correspondente ao seu domicílio e relativo ao último quinquênio. Ainda segundo o referido Decreto, notadamente o seu art. 3º, não podem ser leiloeiros: (a) os que não podem ser comerciantes; (b) os que tiverem sido destituídos anteriormente dessa profissão, salvo se o houverem sido a pedido; e (c) os falidos não reabilitados e os reabilitados, quando a falência tiver sido qualificada como culposa ou fraudulenta.
- 5 O art. 42 do Decreto nº 21.981/32 preceitua que nas vendas de bens moveis ou imóveis pertencentes à União e aos Estados e municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo.
- 6 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 376-377.



**MARINÊS RESTELATTO DOTTI** é Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora da seguinte obra: Governança nas contratações públicas – Aplicação efetiva de diretrizes, responsabilidade e transparência – Interrelação com o direito fundamental à boa administração e o combate à corrupção. Coautora das seguintes obras: a) Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas; b) Limitações constitucionais da atividade contratual da administração pública; c) Convênios e outros instrumentos de Administração Consensual na gestão pública do século XXI. Restrições em ano eleitoral; d) Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação; e) Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP; f) Microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas; g) Comentários ao RDC integrado ao sistema brasileiro de licitações e contratações públicas; h) 1000 perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira; e i) Comentários à lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/16. Colaboradora nas obras: a) Direito do estado: Novas tendências; b) Direito Público do Trabalho – Estudos em homenagem a Ivan D. Rodrigues Alves; c) Contratações públicas – Estudos em homenagem ao professor Carlos Pinto Coelho Motta; d) Licitações públicas – Estudos em homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes; e) Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos; e f) Temas Atuais de Direito Público. Professora no curso de especialização em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da UniRitter – Laureate International Universities. Conferencista na área de licitações e contratações da administração pública.



*Ricardo Freitas Silveira*

ARQUIVO PESSOAL

## Civic Techs fomentam a litigância

**A** cada ano cresce o número de iniciativas dos setores público e privado em busca da desjudicialização. Boa parte dos juízes, promotores e advogados tem consciência de que a excessiva litigiosidade brasileira é prejudicial para todos os agentes, sem exceção. O orçamento de 90 bilhões de reais do Poder judiciário é insuficiente para enfrentar os mais de 80 milhões de processos judiciais em tramitação.

O Poder Judiciário brasileiro, através do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, promove campanhas de conscientização, eventos e diversas iniciativas sobre os métodos adequados de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Inclusive, integram as metas do CNJ ampliar a utilização destes métodos nos mais diversos tipos de processos.

A SENACON – Secretaria Nacional do Consumidor – que é vinculada ao Ministério da Justiça tem incentivado a utilização da plataforma Consumidor.Gov como canal efetivo para que consumidores apresentem as suas reclamações e negociem diretamente com as empresas de forma a evitar a judicialização. Somente em janeiro de 2019, esta plataforma realizou mais de 60.000 atendimentos.



A iniciativa privada, desde 2015, também contribui para a desjudicialização por meio de plataformas de acordo que conectam as partes e buscam uma composição sem a utilização da estrutura pública. As chamadas *lawtechs* com atuação especializada em ODR's – Online Dispute Resolution – são as iniciativas que conectam a inovação, a tecnologia e a busca pela desjudicialização.

Outro ponto de contato entre o segmento jurídico e a inovação pertence às *civictechs*, novas empresas que apresentam soluções tecnológicas para ampliar a participação e engajamento dos cidadãos junto à esfera pública. Existem ideias incríveis com potencial de impactar milhares de brasileiros, como, por exemplo, aplicativos que conectam o cidadão aos políticos e gestores públicos.

Acontece que existem iniciativas privadas através das *civictechs* que tem fomentado o litígio sob o manto do empreendedorismo cívico. São aplicativos e sites que, supostamente fundamentados no engajamento social do cidadão, prometem indenizações para consumidores como base na insatisfação decorrente da prestação do serviço.


Em alguns casos, tais empresas compram o direito do consumidor, isto é, adiantam o pagamento de eventual indenização antes da negociação ou de eventual processo judicial. Nota-se que o objetivo não é a solução do conflito ou o reestabelecimento do diálogo entre as partes, mas sim única e exclusivamente a indenização em dinheiro.

Nos dias atuais, com o avanço das tecnologias como inteligência artificial e big data, é possível identificar a localização, preferências e os hábitos dos consumidores. Por exemplo: ao frequentar um restaurante, o consumidor pode dar sua opinião positiva ou negativa, mas pela iniciativa de uma *civic tech* o consumidor visualizará na *time line* da sua rede social uma campanha específica dizendo o seguinte: “não gostou do jantar, o prato demorou muito, nós resolvemos pra você, receba R\$ 500,00 imediatamente”.

Nos Estados Unidos é comum encontrar publicidade de advogados que prometem indenizações em dinheiro e o financiamento de processos judiciais quando se trata de acidentes, mas não para questões consumeristas do dia a dia. O criativo empreendedor brasileiro adaptou a ideia para um sistema de defesa do consumidor que tem em andamento 25 milhões de processos com um custo que pode chegar a R\$ 2.000,00 por ação.

O risco de uma nova explosão da judicialização é enorme e com consequência para toda a sociedade, sem exceção. Todos os segmentos que ofertam produtos e serviços para consumidores podem ser objeto deste tipo de iniciativa. E, considerando a quantidade de brasileiros com acesso às redes sociais, todas as iniciativas a favor da desjudicialização podem sofrer um duro golpe.

Como as propostas de indenização são apresentadas por empresas, a OAB tem atuado no sentido de impedir este tipo serviço, seja porque tal prática caracteriza captação de clientes, seja porque o ajuizamento de eventual ação judicial não ocorrerá através de um escritório de advocacia.

Inovar é preciso. Desjudicializar é fundamental. O empreendedorismo cívico através das *civictechs* merece ser amplamente divulgado e valorizado, mas não pode ter sua imagem associada à judicialização e à indústria de indenizações. 

LANÇAMENTO

# TRANSGÊNEROS

Tereza Rodrigues Vieira

ORGANIZADORA



R\$ **98**,00

**778** páginas

**Frete incluso**

Fone: (61) 3263-1362

[zkeditora.com](http://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*