

conceito jurídico

ano IV | março de 2020 | nº 39



Carlos Ely Eluf

Solução judicial para o colapso financeiro da indústria e do comércio – Pág. 7



O Direito em tempos de pandemia



TENDÊNCIAS

Roberto Livianu

Trabalho da Lava Jato ajudará País a enfrentar pandemia



CONJUNTURA

Kiyoshi Harada

Tributação antecipada e efeitos colaterais



COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Rômulo de Andrade Moreira

A nova súmula do Superior Tribunal de Justiça e o princípio da correlação

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito
jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, 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, Nélson 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.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

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.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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


zakarewicz
editora





ARQUIVO PESSOAL

Amadeu Garrido de Paula

A crise mais profunda

Um vírus (algo insignificante ante a dimensão da raça humana) gerou-nos a mais profunda crise, pelo menos dos tempos modernos: crise existencial.

Demonstração eloquente da correção da filosofia de Jean Paul Sarte: a existência precede a essência.

Quer isso dizer que nossas elucubrações, sistemas de pensamento, ideias e conceitos sobre o significado do homem sobre a terra, sucedem às vicissitudes da existência. Não há formulações cognitivas anteriores às cruas contingências da vida material, ideias inatas, tampouco dissertações anteriores à contingência física, que possam ser admitidas como verdadeiras. Este momento tornou isto muito claro.

E se a existência é anterior à essência, as condições materiais nos condicionam antes de qualquer formulação filosófica, teológica, antes de qualquer idealismo. Um invisível, a olho nú, vírus, foi a prova.

Não há dialética idealista e tampouco da natureza ou histórica. Inexiste plano preestabelecido. Destino traçado, um grande plano universal fora do qual estaríamos equivocados.

Por mais que isto nos destrua, o certo é que vivemos respondendo às cabeçadas às variáveis incontornáveis da natureza. Num plano divino não estaria implantado o coronavírus, simplesmente porque não há esse plano.

Não se quer dizer que energias superiores nos guiem; mas não nos comandam. São elas que concedem ao homem a capacidade conceitual capaz de superar os adversários da natureza. E os homens – somente eles – os capazes de produzir a inteligência necessária à vida.

Revirados de perna para o ar seculares modos de viver, estamos compelidos a adaptar costumes, reformular projetos, nossos seres se tornam abruptamente agentes de condutas completamente distintas.

Venceremos o vírus. Porém, o novo momento histórico nos imprimirá marcas indelévels. 

AMADEU GARRIDO DE PAULA é poeta e ensaísta literário, é advogado, atuando há mais de 40 anos em defesa de causas relacionadas à Justiça do Trabalho e ao Direito Constitucional, Empresarial e Sindical.

#TÃNAHORA
DE FALAR SOBRE
EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL.



JUNTOS NO ENFRENTAMENTO DA EXPLORAÇÃO
SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

ACESSE: LIBERTA.ORG.BR

  **INSTITUTOLIBERTA**

- 3** **A crise mais profunda**
Amadeu Garrido de Paula
COM A PALAVRA
- 10** **A cura do coronavírus e o Sistema Cep/Conep**
Eudes Quintino de Oliveira Júnior
DIREITO E BIOÉTICA
- 16** **Não repetir 2009**
Samuel Pessoa
PAINEL ECONÔMICO
- 20** **Neste ano eu não morro**
Karen Luise e Robson de Oliveira
DESTAQUE
- 26** **O coronavírus, o Direito Penal e a "Escolha de Sofia": medicina de catástrofe**
Joaquim Leitão Júnior e Paulo Reyner Camargo Mousinho
CAPA
- 35** **Telemedicina: não foi por amor, foi pela dor**
Sandra Franco
CAPA
- 49** **Redução de tributos, uma ferramenta óbvia. Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19**
Ariane Costa Guimarães, Gláucia Lauletta Frascino e Isabel Bueno
CAPA
- 53** **Chega de Golpes!**
Flávio Filizzola D'Urso
CAPA
- 7** **Solução judicial para o colapso financeiro da indústria e do comércio**
Carlos Ely Eluf
ENTREVISTA
- 13** **ALERTA: Coaching vs. Psicoterapia – O necessário limite a ser observado!**
Fernando Borges Vieira
PAINEL DO LEITOR
- 18** **Os sete erros da reforma tributária**
Paulo Rabello e Miguel Silva
PROPOSTAS E PROJETOS
- 22** **O Direito nos tempos de pandemia**
Daniela Chammas
CAPA
- 33** **Menos corporativismo, mais comprometimento**
Claudio Lottenberg
CAPA
- 37** **O coronavírus: uma pandemia jurídica trabalhista e a MP 927/2020**
Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Letícia Costa Mota Wenzel
CAPA
- 51** **O equívoco da imposição de cobertura do teste do Covid-19 às operadoras de planos de saúde**
Fernando Bianchi
CAPA
- 55** **Compliance Officer: A Missão**
David Rechulski
GESTÃO EMPRESARIAL

58

TENDÊNCIAS

Trabalho da Lava Jato ajudará país a enfrentar pandemia

Roberto Livianu

62

IN VOGA

Regulamentação da Cannabis e a prática médica

Eduardo G. D'Alessandro e Mario Barros Filho

68

ENFOQUE

Pessoas físicas e jurídicas devem declarar operações em dinheiro. Declaração de Operações Liquidadas com Moeda em Espécie (“DME”)

Luís Rodolfo Cruz e Cruz e Aline Cruvinel

80

PLANEJAMENTO FINANCEIRO

Emoções à flor da pele

Marcia Dessen

99

DIREITO EMPRESARIAL

A internacionalização das Startups e a validade jurídica dos novos negócios

Gisele Truzzi e Marcelo Nogueira

105

VISÃO JURÍDICA

As modalidades licitatórias aplicáveis à execução de obras e à prestação de serviços de engenharia

(Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 e Projeto de Lei nº 1292, de 1995)

Marinês Restelatto Dotti

122

PORTAL JURÍDICO

Conheça as particularidades da Sociedade Limitada Unipessoal

Lívia Moraes

60

CONJUNTURA

Tributação antecipada e efeitos colaterais

Kiyoshi Harada

65

GESTÃO DE ESCRITÓRIO

“Lockstep” ou “Eat-what-you-kill” em escritórios de advocacia: Nenhum dos dois!

José Paulo Graciotti

72

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

O novo pregão eletrônico. Novidades do Decreto nº 10.124, de 20 de setembro de 2019. Quarta Parte

Ivan Barbosa Rigolin

82

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Lei anticrime e crimes hediondos

Eduardo Luiz Santos Cabette e Gianfranco Silva Caruso

102

CONTEXTO

Direitos de clientes nas operações digitais em plataformas para o mercado financeiro e day-trade

José Antonio Milagre, Carolina Bonfim Coelho e Emily Lucila de Oliveira

118

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

A nova súmula do Superior Tribunal de Justiça e o princípio da correlação

Rômulo de Andrade Moreira

126

PONTO DE VISTA

Proteção animal: considerações

João Paulo Oliveira Dias de Carvalho



Carlos Ely Eluf

ARQUIVO PESSOAL

Solução judicial para o colapso financeiro da indústria e do comércio

A pandemia do coronavírus está provocando enormes consequências na indústria e no comércio. Os estragos são de grande impacto, com a evidente possibilidade de um caos sócio econômico no país. A inadimplência do comércio e da indústria, incluindo lojas, shoppings centers, academias, restaurantes, construção civil e setores industriais, motivo pelo qual os empresários não poderão honrar os débitos contraídos anteriores à deflagração da epidemia; é palpável, e eles não terão capacidade financeira para honrar suas contas com fornecedores, o fisco e os colaboradores. E para falar sobre a solução judicial para o colapso financeiro da indústria e do comércio, convidamos o Advogado Carlos Ely Eluf que é coordenador e conselheiro de prerrogativas da OAB-SP. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *Em sua opinião, qual o reflexo mais preocupante que iremos enfrentar com a pandemia do coronavírus?*

CARLOS ELY ELUF – Risco do aumento vertiginoso do desemprego, atingindo cerca de 50 milhões de brasileiros.

CONCEITO JURÍDICO – *Na sua visão, o que podemos esperar como consequência?*

CARLOS ELY ELUF – Cifras alarmantes é o que preconizam os empresários dos setores da indústria e do comércio, cuja taxa de desemprego poderá subir acima de 30%, batendo os índices de todas as crises anteriores em larga escala, principalmente no Brasil, onde o número de desempregados, atualmente, é de mais de 10 milhões de pessoas, sendo que as consequências serão inimagináveis.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual a posição da equipe econômica para esse caos?*

CARLOS ELY ELUF – Em que pese o esforço da equipe econômica para tentar minimizar esta situação, os estímulos ofertados pelo governo federal não passam de um pequenino grão de areia situado em um imenso deserto.

CONCEITO JURÍDICO – *E o que está sendo liberado não será o suficiente para as micro e pequenas empresas saírem desse sufoco?*

CARLOS ELY ELUF – Nem mesmo a liberação pela equipe econômica governamental de cerca de 147 bilhões em estímulos à economia, além de mais de 55 bilhões pelo BNDES para ajudar as micro e pequenas empresas, não passarão de um mero paliativo para minimizar a maior crise econômica que o país enfrenta. O risco palpável nos próximos meses é de pessoas com graves dificuldades financeiras, além do aumento da criminalidade, com saques e assaltos desenfreados, que se prenunciam ocorrer com celeridade.

CONCEITO JURÍDICO – *Com relação ao comércio, qual deve ser o foco de atuação das políticas econômicas?*

CARLOS ELY ELUF – Com a economia paralisada, principalmente nas pequenas e médias empresas, é necessário apoiar o comércio local, pois os pequenos empreendedores já vivem momento de crise. Mesmo com uma mobilização nacional na ajuda do governo e do Congresso para amenizar o caos econômico, mais de 30 milhões de brasileiros serão impactados com as medidas até agora preconizadas e anunciadas. Provavelmente, será pouco para salvar empresas economicamente deficitárias, ante a paralisação de suas atividades.

CONCEITO JURÍDICO – *E qual o “remédio” jurídico para aqueles que não conseguem dar continuidade em suas atividades comerciais e industriais?*

CARLOS ELY ELUF – Entendemos que neste estado de fragilidade econômico-financeira, o melhor remédio (e o menos dispendioso para salvaguardar a continuidade dos negócios) é o lenitivo legal advindo da Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial e extrajudicial do empresário e da sociedade empresarial. Requerer judicialmente esta providência evita a quebra e bancarrota das sociedades comerciais, resguardando o devedor da sanha de seus credores, que estão também necessitados de numerário, para gerirem seus negócios e darem continuidade aos mesmos. Esta medida, que certamente irá proliferar pela ausência de opções mais iminentes e viáveis,

deverá ser requerida ao juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil.

CONCEITO JURÍDICO – *E como se dá o processo da recuperação judicial?*

CARLOS ELY ELUF – O processamento da recuperação judicial será recebido com bons olhos pelo Poder Judiciário, sensível a este baque econômico. Desde que deferida, suspende todas as ações e execuções em face do devedor, abrangendo até aquelas dos credores dos sócios das empresas incluídas pelo acatamento deste favor judicial. Além de credores e fornecedores provenientes de relação de consumo, também poderão ser favorecidos os devedores à exclusão ou modificação de créditos oriundos da relação de trabalho, sendo que esta última modalidade, segundo o art. 8º daquela lei, é processada perante a Justiça Trabalhista, com seus respectivos créditos inscritos no quadro geral de credores, pelo valor determinado em sentença. As execuções de natureza fiscal não serão suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, a não ser que já exista parcelamento de débitos fiscais nos termos do Código Tributário Nacional. O juízo nomeará um administrador judicial de sua confiança, cabendo à empresa em recuperação entregar em juízo a relação de seus credores, sendo que todo esse procedimento será fiscalizado pelo Ministério Público, para posterior homologação do quadro geral de credores. Depois, ocorrerá uma deliberação por parte dos credores sobre o plano de liquidação de seus débitos pela empresa beneficiária deste favor legal.

CONCEITO JURÍDICO – *Existe algum pré-requisito para o pedido da recuperação judicial?*

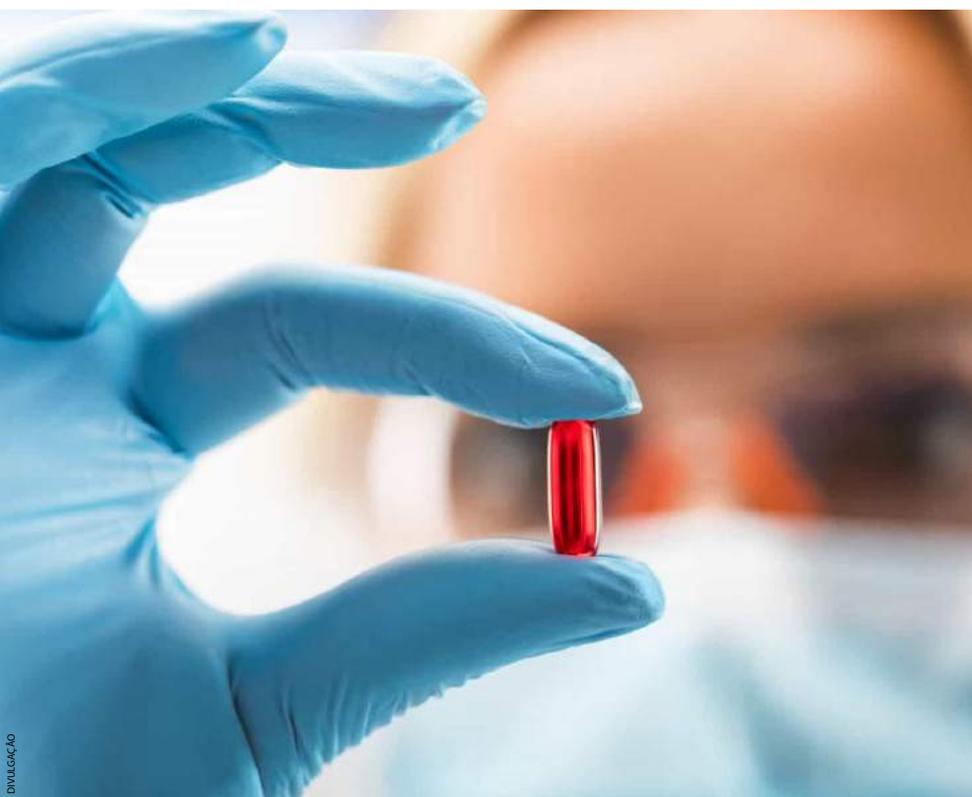
CARLOS ELY ELUF – A empresa devedora terá que exercer, dentre outros requisitos, sua atividade há mais de 2 anos, e estarão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes até a data do pedido do favor legal, ainda que não vencidos. E são meios de recuperação judicial a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das dívidas da empresa que solicitou a referida medida. Ocorrerá um plano de recuperação judicial a ser apresentado pelo devedor no prazo de 60 dias após a decisão que deferir o processamento do pedido de recuperação, e caberá aquele demonstrar a viabilidade econômica de sua empresa e as garantias dos credores já existentes.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o recado que o Sr. deixa para nossos leitores?*

CARLOS ELY ELUF – Entendemos poder opinar, com fulcro na vasta experiência que adquirimos em nossa carreira profissional, com este tipo de procedimento, que visa salvaguardar os devedores probos, honestos e com conduta ilibada, dos malefícios de uma falência que é, sem dúvida, a pior solução para todos. Desta forma, não vislumbramos outra modalidade viável para darmos continuidade aos negócios em geral e garantir empregos, pois este é o objetivo precípua do bem-estar social, seriamente comprometido com esta situação de emergência, que deixa os empresários sem meios de subsistência econômica. 

A cura do coronavírus e o Sistema Cep/Conep

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



“A pesquisa existente no Brasil a respeito da cura do coronavírus segue rigorosamente o protocolo estabelecido, conferindo ampla tutela protetiva ao participante. Somente após, apresentando resultado que traga benefícios para o ser humano, é que será autorizada a divulgação para a distribuição nacional. Por enquanto, trata-se de um protocolo de pesquisa.”

Em tempo de infestação do coronavírus, que aflige não só a população brasileira como a mundial, principalmente após a decretação da pandemia pela Organização Mundial da Saúde, o medo e a insegurança grassam em abundância. Os veículos de comunicação, como se anunciassem recordes olímpicos, contabilizam, cada vez mais e em maior proporção, os números dos infectados e dos mortos pelo vírus.

Neste clima, muitos oportunistas e também os mal-intencionados das redes sociais aproveitam para disseminar notícias revestidas com certo ânimo apocalíptico, de que determinado medicamento ou até mesmo uma inofensiva receita caseira são indicados para combater o coronavírus, com promessa de sucesso. E pior. Muitas pessoas, guiadas pela ingenuidade, acreditam e levam adiante o aconselhamento, assim como repassam a ineficaz indicação feita.

Exemplo típico é a droga hidroxicloroquina, desenvolvida originariamente para o combate à malária, lúpus, afecções reumáticas e dermatológicas, objeto de estudos atualmente pela Food and Drug Administration (FDA), dos Estados Unidos, e, no Brasil, pelo Sistema Cep/Conep. Tal fato, quando anunciado pelas autoridades, provocou alvoroço para adquirir o medicamento considerado recomendado para pacientes infectados e até mesmo para agir na prevenção à contaminação. A automedicação, sem conhecer a potencialidade negativa da droga, acarreta danos à saúde, pois o remédio pode ser pior do que a doença, além do que irá impedir o acesso ao paciente que dele necessita regularmente. O certo é que não há, até o momento, nenhum medicamento recomendado pelas agências de saúde. Muito menos vacina que, em razão da longa e demorada peregrinação científica, provavelmente estará à disposição ao longo de um ano.

O que se desenvolve atualmente no Brasil – e é interessante a comunidade conhecer – é projeto de pesquisa com acompanhamento pelas instâncias institucionais denominadas CEPs (Comitês de Ética em Pesquisa) e CONEP (Conselho Nacional de Ética em Pesquisa), ligadas ao Conselho Nacional de Saúde, responsáveis pela condução ética e técnica, assim como pela proteção do colaborador da pesquisa. Os Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs) apresentam-se como órgãos colegiados interdisciplinares e independentes, de relevância pública, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos participantes da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir com o desenvolvimento da pesquisa dentro dos padrões éticos. Os CEPs procuram agregar os mais diferentes segmentos da comunidade, recrutando médicos, psicólogos, juristas, professores, religiosos, bioeticistas, cientistas, pessoas que exerçam lideranças na comunidade, pacientes e quaisquer outros que tenham condições de fazer uma leitura ética atrelada à participação do ser humano em pesquisas.

A Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), por sua vez, é um órgão colegiado, multidisciplinar, vinculado ao Conselho Nacional de Saúde,

tem como tarefa principal considerar o indivíduo sempre em primeiro plano, examinar os aspectos éticos de pesquisas envolvendo seres humanos em áreas temáticas especiais, encaminhadas pelos CEPs das instituições e trabalhar principalmente na elaboração de normas específicas para essas áreas, dentre elas: genética humana, reprodução humana, alterações da estrutura genética de células humanas, organismos geneticamente modificados, funcionamento de biobancos para pesquisa, novos dispositivos para a saúde, pesquisas em populações indígenas, pesquisas conduzidas do exterior e aquelas que envolvam aspectos de biossegurança. Tem também função consultiva, deliberativa, normativa e educativa, atuando conjuntamente com a rede de Comitês de Ética em Pesquisa organizados nas instituições onde as pesquisas se realizam.¹

No caso da droga mencionada, em razão de algumas evidências já observadas e que indicam possíveis benefícios, o protocolo de pesquisa, seguindo rigorosamente a Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional da Saúde e outras normas pertinentes, permite selecionar doentes que se encontram contaminados pelo coronavírus e em estado grave para que façam o uso acompanhado do medicamento. Mas, para tanto, há de se observar uma regra fundamental atrelada ao princípio da autonomia da vontade do paciente, que é a confecção do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Referido documento, elaborado com linguagem clara e acessível, compreende a anuência do participante da pesquisa ou de seu representante legal, livre de vícios, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza do estudo, seus objetivos, métodos, riscos, benefícios previstos, tanto os atuais como os potenciais, individuais e coletivos, os responsáveis pelo acompanhamento e até mesmo o direito à indenização em caso de dano provocado em razão da pesquisa.

Percebe-se, desta forma, que a pesquisa existente no Brasil a respeito da cura do coronavírus segue rigorosamente o protocolo estabelecido, conferindo ampla tutela protetiva ao participante. Somente após, apresentando resultado que traga benefícios para o ser humano, é que será autorizada a divulgação para a distribuição nacional. Por enquanto, trata-se de um protocolo de pesquisa. 

NOTA

- 1 Tanto é que o Ofício Circular nº 4/2020/CONEP/SECINS/ do Ministério da Saúde, demonstra total preocupação com a emergência internacional de saúde pública decretada, que assim se manifesta: “Considerando a relevância do potencial impacto do 2019-nCoV para a sociedade brasileira e a premência das iniciativas que visam ampliar o conhecimento sobre a epidemiologia, diagnóstico, tratamento e inibição da propagação da doença, vem informar que os protocolos de pesquisa sobre a virose serão analisados em caráter de urgência e com tramitação especial na Conep”.



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.



ALERTA: *Coaching* vs. Psicoterapia – O necessário limite a ser observado!

■ POR FERNANDO BORGES VIEIRA

“*Coaching* não é psicoterapia; *coach* não é psicólogo e *coachee* não é paciente, razão pela qual recomenda-se aos *coaches* que busquem a capacitação adequada e atuem no limite destas.”

Com maior razão nas últimas duas décadas, muito se questiona sobre o limite de atuação de um *coach*, sobretudo quando se tem por comparação àquela reservada aos psicólogos. Este questionamento é muito salutar, não apenas e tão-somente para impedir o exercício de profissão regulamentada, mas – sobretudo – em defesa dos interesses dos próprios *coachees*.

Ao início, desde já se afirme com integral convicção: embora haja algumas similitudes, os objetivos e os processos de *coaching* e de psicoterapia são muitos distintos. Embora ambos se dediquem, grosso modo, ao aprimoramento do ser humano, é preciso guardar cautela e traçar o limite que separa a atuação de um *coach* e a atuação de um psicólogo – esta condição é de vital importância, sendo relevante estabelecer critérios objetivos que dirimam, por fim, esta questão.

Para que se compreenda, pois, a distinção entre o processo de *coaching* e de psicoterapia, entendo por oportuno defini-los, mesmo que em breve notícia, antes de enfrentarmos nosso propósito.

Trata-se o *coaching* de metodologia por meio da qual se busca gerenciar as habilidades do *coachee* e direcioná-las à consecução de um determinado escopo. As ferramentas e técnicas aplicadas visam, de forma objetiva, o aprimoramento do potencial humano, capacitando

o *coachee* ao autoconhecimento, auxiliando-o no desenvolvimento de sua inteligência emocional e resiliência, apresentando técnicas de gestão de tempo e organizando o planejamento de metas, dentre outros benefícios.

Perceba-se, a atuação do *coach* conserva foco no estado presente do *coachee* e atua no sentido de potencializar sua capacidade de organizar seu futuro por meio de objetivos específicos e mensuráveis; por conseguinte, não se trará de processo de cura.

Já a psicoterapia, ato privativo de psicólogos, tem por maior – mas não única – razão o tratamento de distúrbios e transtornos mentais. Inclusive, os profissionais conservam a habilidade de ingressar, no decorrer do procedimento psicoterapêutico, em questões pretéritas e profundas da vida de seus pacientes e – após psicodiagnóstico – empregar sobre os mesmos técnicas capazes de fazê-los administrar ou superar desajustes e perturbações da psique.

Evidente que a psicoterapia segue muito além destas breves considerações, mas o propósito da presente manifestação não é o de enfrentá-las de modo absoluto, bastando que seja vinculada a ideia de cura ou de o quanto mais perto dela possa se chegar.

Por que, então, há certa confusão entre *coaching* e psicoterapia? A resposta é simples: porque ambos processos atingem o íntimo das pessoas e as fazem conhecer a si mesmas, a ponderar e refletir sobre suas próprias vidas, a reconhecer e enfrentar – se caso – os temores que porventura tenham e reprogramar suas condutas. O desígnio de ambos processos é determinar o crescimento humano e promover o avanço de uma vida com mais qualidade.

Quais, pois, as diferenças fundamentais estabelecidas – e que devem ser observadas, entre a atuação de um *coach* e de um psicoterapeuta? Para facilitar a necessária compreensão, buscamos tratar das principais distinções de forma esquemática:

COACHING	PSICOTERAPIA - PSICOLOGIA
Profissão ainda não regulamentada É uma abordagem pragmática direcionada a objetivos específicos	A profissão de psicólogo é regulamentada pela Lei 4.119/62 É uma abordagem clínica direcionada ao tratamento de distúrbios emocionais
Auxilia cliente funcional a ser mais funcional Busca a possibilidade de desenvolvimento humano Explora habilidades e potencialidades	Auxilia paciente disfuncional a se tornar funcional Busca a razão (o porquê) de uma determinada disfunção ou transtorno Explora emoções e sentimentos relacionados a medos e sofrimento
Tem foco em possíveis soluções para o futuro É uma prática proativa - busca se antecipar a possíveis problemas Não se concentra no problema do <i>coachee</i> e sim em seus recursos	Tem foco em situações pretéritas relacionadas ao sofrimento É uma prática reativa - explora problemas já existentes Concentra-se no problema para a partir deste busca superá-lo
Reforça novos comportamentos e atitudes O período do processo de <i>coaching</i> é determinado	Reforça a superação por meio do enfrentamento da emoção O período do processo de psicoterapia dificilmente é determinado
O resultado é específico e relacionado às metas estabelecidas	O resultado é mais abrangente e repercute de um espectro mais amplo

Há, por certo, outras tantas distinções, mas cremos ser estas as mais agudas.

Perceba-se, tanto o *coaching* como a psicoterapia balizam suas ações na mudança comportamental do indivíduo e por esta razão é que alguns *coaches* acabam por ingressar em seara restrita àqueles profissionais formados em psicologia – não se olvidando a psiquiatria.

Aos *coaches* se recomenda cautela, não apenas pela possibilidade de vir a exercer atos privativos de profissão regulamentada, mas principalmente para que não

ingresse na psique humana e acabe por provocar malefícios ao *coachee* ou agravar condição de desequilíbrio emocional.

Aos *coaches* se recomenda cautela maior ainda, seja quanto à escolha do processo ao qual pretende se submeter, seja na eleição do profissional ao qual confiará referido processo.

Um profissional não habilitado ou pouco preparado poderá, certamente, provocar um dano irreparável em desfavor daquele sob sua orientação e, ao invés de ampará-lo em busca do aprimoramento pessoal e profissional, poderá – além de frustrar suas expectativas – guiá-lo por onde não deveria seguir.

Neste aspecto, uma ressalva, qual seja: não compete ao *coach* estabelecer as metas de seus clientes (como chegamos a observar) e sim propiciar que o próprio *coachee* as determine, auxiliando-o – de modo técnico – a organizar seu caminho em direção ao atingimento de seus objetivos. *Coach* é mero instrumento à disposição daqueles que não sabem qual caminho percorrer, pois muitas vezes sequer sabem onde querem chegar; *coach* é meio.

Eis a importância do *coachee* confiar seu “treinamento” a profissionais solidamente capacitados e reconhecidos por seu comprometimento ético, a profissionais que sabem reconhecer o limite entre o *coaching* e a psicoterapia, tutelando e garantindo o bem-estar e a segurança emocional do ser humano.

Reconhecer o *coach* até que momento pode seguir é medida de segurança que se impõe; reconhecer o *coach* as ferramentas e técnicas a serem utilizadas é medida de eficácia a ser observada e, reconhecer o *coach* a eventual necessidade de interrupção do “treinamento” e encaminhamento do *coachee* a psicoterapeuta, é medida de maior acerto.

Hão sim os *coaches* de empregar técnicas e ferramentas científicas, jamais olvidando qualquer oportunidade para que os *coachees*, por si só, tenham condições de reprogramar comportamentos, estabelecer metas factíveis e mensuráveis e desenvolver atividades voltadas ao atingimento destas. Entretanto – enquanto a profissão de *coach* ainda pende de regulamentação¹ – de se ter extremada cautela em seu exercício e, independentemente de qualquer amparo legal, de se ter responsabilidade.

Em suma, *coaching* não é psicoterapia; *coach* não é psicólogo e *coachee* não é paciente, razão pela qual recomenda-se aos *coaches* que busquem a capacitação adequada e atuem no limite destas. 

NOTA

- 1 Tramita no Senado Federal sugestão de projeto, de iniciativa popular, para criminalizar a atividade do coach. A sugestão legislativa (SUG 26/2019) tramita perante a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH). A relatoria é do senador Paulo Paim (PT-RS), ainda pendente de análise. Fonte: Agência Senado (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/23/criminalizacao-ou-regulamentacao-do-coaching-esta-em-discussao-no-senado>)



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

Não repetir 2009

■ POR SAMUEL PESSOA



“O melhor candidato é a aprovação, conjuntamente com o pacote fiscal emergencial, da emenda constitucional emergencial para vigorar pelos próximos cinco anos, ao menos, para permitir a reconstrução da estabilidade fiscal.”

Em 2009, como resposta à grande crise financeira internacional, o governo expandiu o gasto público e os empréstimos do BNDES, entre outras medidas. Era política contracíclica para estimular a economia.

A política, correta em 2009, perenizou-se. Os excessos já estavam claros na virada de 2009 para 2010. Começamos a cavar o buraco que terminou na grande crise brasileira de 2014-2016.

Assim, é muito importante que sejam transitórias todas as medidas que têm sido desenhadas para sustentar a renda e o emprego formal durante a crise produzida pela parada súbita da economia em consequência do enfrentamento da pandemia da COVID-19.

Não podemos repetir os erros de um passado tão próximo.

Além de recursos adicionais para a saúde, que o Tesouro tem transferido às secretarias, o pacote mínimo inclui: alguma ação para sustentação de renda dos trabalhadores informais; um programa de financiamento, com risco do Tesouro, para a sustentação do emprego formal; e algum programa de sustentação da receita dos estados e municípios.

Na última quinta-feira, o Congresso Nacional aprovou auxílio de R\$600 mensais por três meses aos trabalhadores do setor informal.

Para os trabalhadores do setor formal, será necessário cortar os custos das empresas e compartilhar a queda do produto ao longo do período de calamidade entre empregados, empregadores e governo.

O ideal é que os salários dos setores parados sejam reduzidos à metade e que o seguro desemprego pague metade desta queda. O trabalhador terá queda de 25% do salário, fato permitido pelo artigo 503 da CLT nas atuais circunstâncias.

A queda de 25% do salário pode ser compensada pela liberação do FGTS, como sugeriu recentemente Pérsio Arida.

Evidentemente os servidores públicos devem ser incluídos no esforço fiscal dos atuais tempos de guerra. Os salários do serviço público, como do setor privado, deveriam ser reduzidos em 25%.

Ecoando a proposta de Nelson Barbosa no Blog do Ibre, <https://blogdoibre.fgv.br/posts/linha-de-credito-do-bc-para-o-setor-nao-bancario>, o governo enviou ao Congresso Nacional um projeto de emenda constitucional (PEC) que permite ao Banco Central, em momentos de calamidade, a compra de títulos públicos e privados. Prepara o caminho para uma operação de sustentação da folha de pagamento de empresas.

Finalmente o tema mais delicado: algum programa de sustentação da renda dos estados e municípios.

Se o Tesouro sustentar a renda dos estados e municípios – por exemplo, garantir a receita de ICMS, ISS e o FPE nos níveis de 2019 –, o custo do programa será muito elevado. A receita total de ICMS, ISS, FPE e FPM é da ordem de 11% do PIB. Uma frustração de receita por três meses de 75% tem custo fiscal de 2,1% do PIB ou R\$150 bilhões.

Com todos os programas somados, incluindo a queda de receita da União, teríamos um déficit primário em torno de 8% do PIB. É um pouco menor do que países desenvolvidos têm feito, mas parece excessivo para uma economia emergente que já parte de um nível excessivo de dívida.

Ou seja, temos o seguinte dilema: o pacote que parece razoável para enfrentarmos a crise nos legará um nível de dívida muito elevado.

Penso que não escaparemos de, conjuntamente com o pacote fiscal temporário aprovar medidas que sinalizem construção de um equilíbrio fiscal a longo prazo.

O melhor candidato é a aprovação, conjuntamente com o pacote fiscal emergencial, da emenda constitucional emergencial para vigorar pelos próximos cinco anos, ao menos, para permitir a reconstrução da estabilidade fiscal. 



SAMUEL PESSOA é Pesquisador do Instituto Brasileiro de Economia (FGV) e da Julius Baer Family Office (JBFO); Doutor em economia pela USP.

Os sete erros da reforma tributária



■ POR PAULO RABELLO E MIGUEL SILVA

“É possível melhorar (e muito) a proposta em análise no Congresso, desde que os pagadores da conta possam ser ouvidos e acatados.”

Tramitam no Congresso Nacional duas propostas bem semelhantes de reforma tributária. Uma delas, nascida no Senado – a PEC 110 –, é apadrinhada pelo presidente Davi Alcolumbre (DEM-AP), e a outra, criada da costela da 110, foi encampada pela Câmara. É a PEC 45, adotada com carinho pelo presidente Rodrigo Maia (DEM-RJ). Os padrinhos querem juntar as duas PECs e correr com a aprovação de um texto unificado. Mas essa pressa súbita é o que deixa os que pagam a conta dos tributos em estado de pânico. Muitos contribuintes serão duramente afetados. Em um país que ostenta a carga mais elevada do mundo em relação a seu nível de renda, a reforma deveria desonerar, além de simplificar a estrutura tributária, facilitando a vida do contribuinte e melhorando a competitividade das empresas. Se não fosse pedir demais, a reforma deveria tornar o sistema de impostos mais justo, fazendo pagar mais quem pode mais. Mas nada disso está no radar.

Arriscamos mudar para piorar: a carga tributária vai aumentar; cumprir tarefas fiscais ficará mais difícil; o que vem por aí comerá renda dos pobres e remediados. A pressa, nessa hora, é a pior conselheira. Nuvens grossas de iniquidade tributária pairam sobre nossas cabeças. Mas quais são, afinal, os sete erros das duas PECs?

1) Prometer alíquota única no novo imposto de consumo (o imposto sobre bens e serviços, IBS), quando, de fato, cada estado e município poderá mexer na sua parcela. Precisaremos de um aplicativo para saber das 5 570 alíquotas.

2) Projetar uma transição a perder de vista, de cinco a dez anos. Ou seja, continuaremos a pagar tributos antigos, além dos novos, o oposto da simplificação tão esperada.

3) Tratar “serviços” como “mercadoria”, sendo que o contribuinte não tem como deduzir créditos tributários de um serviço prestado, como consegue deduzir de um produto industrializado. Com isso, a reforma triplicará a alíquota do imposto sobre qualquer trabalho de cunho personalizado (mais de 50% do PIB). E não fica nisso. Todos os bens essenciais, do tipo alimentos e medicamentos, serão sobretaxados. A PEC 45 promete reembolsar os mais

pobres enviando um cheque pelos Correios (sim, uma restituição de IBS). Nenhuma dúvida sobre se a carga tributária final aumentará sobre a massa da população.

4) A arrecadação do novo IBS será 100% dos estados e municípios de “destino”, onde ocorre o consumo final, deixando ZERO para os locais “produtores”. Conclusão: haverá fortes perdas para os estados produtores, do Sul ao Centro-Oeste, e prejuízos aos municípios mais dinâmicos. Que governadores e prefeitos aceitarão tais perdas de mão beijada?

5) A proposta cala sobre justiça fiscal quando não toca no imposto de renda, mantendo a regressividade do sistema ao taxar principalmente o consumo.

6) Manter a contribuição do empregador para o INSS de 20% sobre a folha salarial, prejudicando mais uma vez o lado do trabalhador.

7) Esquecer a repartição imediata do IBS, que deveria ir para estados e municípios sem ingerência federal.

A carga de tributos vai aumentar, e o sistema ficará ainda mais complicado e injusto com os pobres.

Diante dessa relação de defeitos, é de se perguntar o que estão os congressistas fazendo ao tentar aglutinar duas versões ruins da mesma coisa. Mas não se pode desistir tão facilmente. Pelo lado de fora da fortificada cidadela chamada Brasília, há um país real que vive o dia a dia dos cidadãos e pode ajudar a desentortar as propostas oficiais. Os secretários de Fazenda dos estados prepararam uma PEC alternativa que conserta vários erros apontados. Há também a nossa proposta, a do Atlântico Instituto de Ação Cidadã, que contorna defeitos e cria soluções. Esses dois textos são convergentes e procuram simplificar. Propomos um desenho que pode evitar os sete erros da proposta do Congresso:

1) Cinco níveis nacionais de alíquota no IBS, para acomodar os serviços pessoais na faixa mais reduzida e, daí, subindo de faixa, dos essenciais aos bens poluentes ou perigosos para a saúde. Fica eliminado o imposto seletivo, por ser ocioso nesse novo desenho.

2) Transição imediata do sistema antigo para o novo, após um período anual de teste, por meio de uma câmara de compensação, denominada Operadora Nacional de Distribuição da Arrecadação (Onda). Ela será capaz de capturar os pagamentos por leitura digital de qualquer transação efetuada, com repartição automática e diária da receita aos estados e municípios.

3) Manutenção da carga sobre os prestadores de serviços e consumidores de bens essenciais, já que serão enquadrados nas faixas mais baixas do IBS, cujas alíquotas não poderão ser alteradas pelos entes federados.

4) Retenção pela Onda de 4% do IBS para os estados ou municípios de origem da produção, de modo a compensar os custos incorridos na fiscalização do imposto e na manutenção da infraestrutura para produzir o bem, além dos impactos sobre o meio ambiente.

5) Redução da presença federal no IBS, dando, porém, à União a arrecadação exclusiva do IR, cuja receita, em dez anos, deverá subir até compensar a redução, em 4 pontos, da alíquota média do IBS de 29% para 25%.

6) Mudança da incidência do INSS do empregador da folha salarial para a nova base de cálculo, que será o lucro bruto da empresa, antes de juros. Será a vez de o rendimento do capital contribuir para a Previdência pública, como já reza a Constituição.

7) Afastamento da influência política sobre a Onda, mantendo a operadora da repartição do IBS como um órgão neutro e técnico. A Rússia fez algo semelhante, com sucesso.

É possível melhorar a proposta do Congresso, desde que os pagadores da conta possam ser ouvidos e acatados. 



ARQUIVO PESSOAL

PAULO RABELLO é economista e autor da proposta do Atlântico.



ARQUIVO PESSOAL

MIGUEL SILVA é tributarista e autor da proposta do Atlântico.



Karen Luise



Robson de Oliveira

Neste ano eu não morro

Em 2019 falou-se muito em diversidade e inclusão racial, pauta que vem sempre acompanhada de interesse por nossas histórias de sucesso. No entanto, estamos distantes do dia que poderemos dizer que vivemos numa sociedade inclusiva. De fato, ascendemos, passamos a ocupar espaços e caminhamos rumo ao topo de diferentes carreiras profissionais. Práticas excludentes permanecem nos deixando de fora do protagonismo profissional, razão pela qual cada lugar ocupado é motivo de regozijo, demonstrando avanço (incipiente) em direção a um resgate histórico e civilizatório.

Mas permitam-nos falar para além de trajetórias de superação individual, que carregam dores, feridas, cicatrizes e não representam a complexidade de nossa existência, pois o destaque a histórias de exceção vividas por negros reforça a mensagem de que “se um conseguiu todos conseguem”.

Ao contrário, preferimos questionar os motivos pelos quais uma sociedade compreende que os negros devem experimentar tantas adversidades para lograr êxito.

Uma das respostas a essa pergunta encontra-se no cerne do que é o racismo estrutural, ou seja, esse é o “fluxo natural” de funcionamento das coisas. Não é à toa que 131 após a abolição da escravatura a população negra brasileira ainda não atingiu representação proporcional nos poderes de Estado. Somos iguais “apenas” perante a lei!

Pretendemos falar sobre como a população negra sofre, chora, sangra e morre todos os dias, em razão do racismo.

Morre-se por necessidades básicas suprimidas. Morre-se por péssimos serviços educacionais, que não permitem competir com a população branca privilegiada. Morre-se pela exploração no trabalho e violência policial. Morre-se com a negação de capacidades, habilidades e conhecimentos próprios. Morre-se com cada olhar discriminatório e preconceituoso, que agride, fere e destrói dentro de um sistema que negligencia vidas de determinadas pessoas em razão da cor da sua pele.

Morre-se diariamente pelos limites e obstáculos impostos por pessoas brancas, que devem estar dispostas a realizar mudanças estruturais, reconhecendo seu lugar de privilégio, e assim, sua responsabilidade nas tantas formas de opressão e exclusão dos negros.

Questionamos esses privilégios, clamando para que nossas brilhantes histórias de superação e sucesso não se sobreponham às necessidades da população negra, que adoce, sofre e morre em decorrência do racismo.

Precisamos deixar de confortar a branquitude, que se vê aliviada por não precisar de abrir mão de privilégios.

Não queremos transmitir ao nosso povo a mensagem de que o caminho do sucesso inclui noites sem dormir, falta de alimento, dobro de horas de estudos para compensar as precariedades na educação recebida. Não queremos contar sobre a difícil escolha entre o pagamento da inscrição na universidade, concursos e cursos e o de contas essenciais para sobreviver.

Pelo contrário, queremos que entendam serem legítimos os desejos de estudar, formar, constituir famílias, escrever livros e que estas aspirações são nossos direitos. É possível sonhar e viver!

Assim, nossos processos de conquista constituem-se em um fazer político que conclama todos a desconstruir a utopia de que o racismo não existe e incentiva os negros a lutar, perseguir sonhos, não calar diante de injustiças, para que as barreiras do sistema sejam quebradas, construindo uma sociedade inclusiva que nos fortaleça, valorize e nos respeite.

Neste ano de 2020 desejamos que a sociedade compreenda, definitivamente, que toda a vez que uma pessoa negra sofre racismo todos os negros sofrem juntos e que toda a vez que uma pessoa negra morre vítima do racismo, consequentemente todos os negros morrem também.

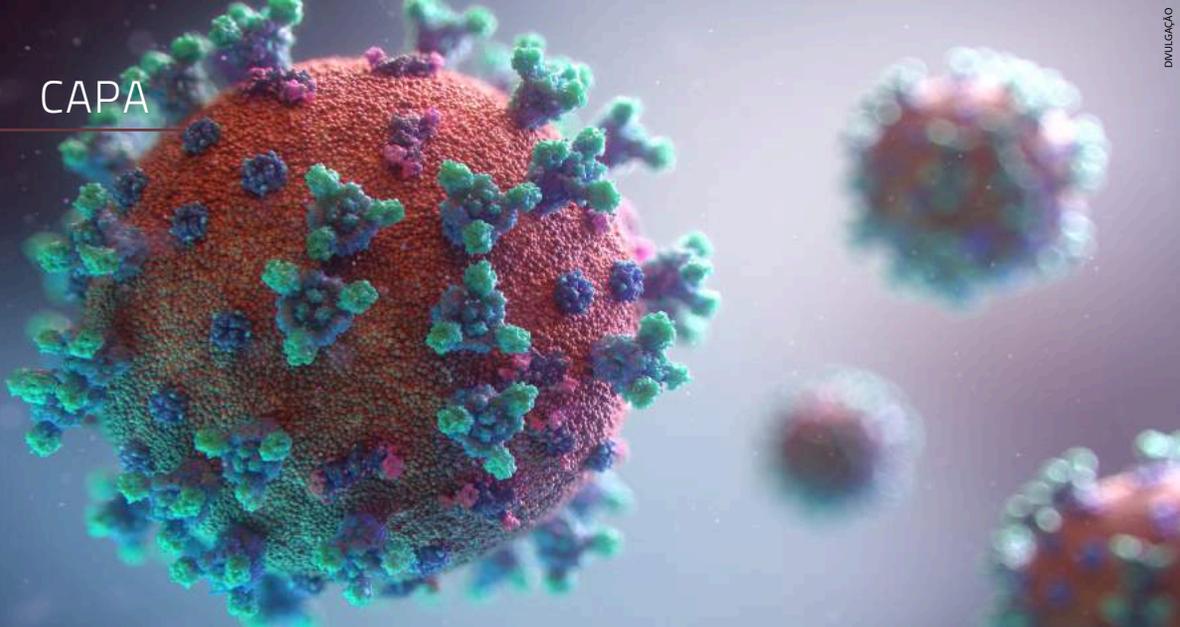
Assim foi no ano que passou. Muitos negros morreram por conta do sistema racista estrutural e institucionalizado em nosso país, o que nos motiva a protestar com veemência pelo despertar da nossa sociedade, para que juntos possamos reconstruí-la de forma plural e justa.

É essa a nossa esperança, que em 2020 negros e negras não morram, tampouco sobrevivam! Desejamos que possam contar com a dignidade de que deve ser dada a todos os seres humanos, independentemente da cor da sua pele e da sua condição social.

Que toda pessoa negra possa VIVER! 🇧🇷

KAREN LUISE é Juíza de Direito na 1ª Vara do Júri de Porto Alegre/RS, Membro da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Presidente do Instituto de Acesso à Justiça, da Associação dos Juizes para a Democracia, da Comissão da Verdade Sobre a Escravidão no Rio Grande do Sul e do Comitê de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

ROBSON DE OLIVEIRA é advogado do Escritório Demarest Advogados, vencedor do Chambers Diversity & Inclusion Awards 2019, na categoria Future Leader- Minority Lawyers, membro do Comitê D Raizes do Demarest Advogados, da Comissão de Igualdade Racial da OAB/SP e do Fórum de Prevenção e combate à Discriminação Racial no Trabalho do Ministério Público do Trabalho – MPT/SP, Coordenador do Projeto Incluir Direito, autor de artigos publicados.



O Direito nos tempos de pandemia

■ POR DANIELA CHAMMAS

“Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem.”

Barão de Montesquieu

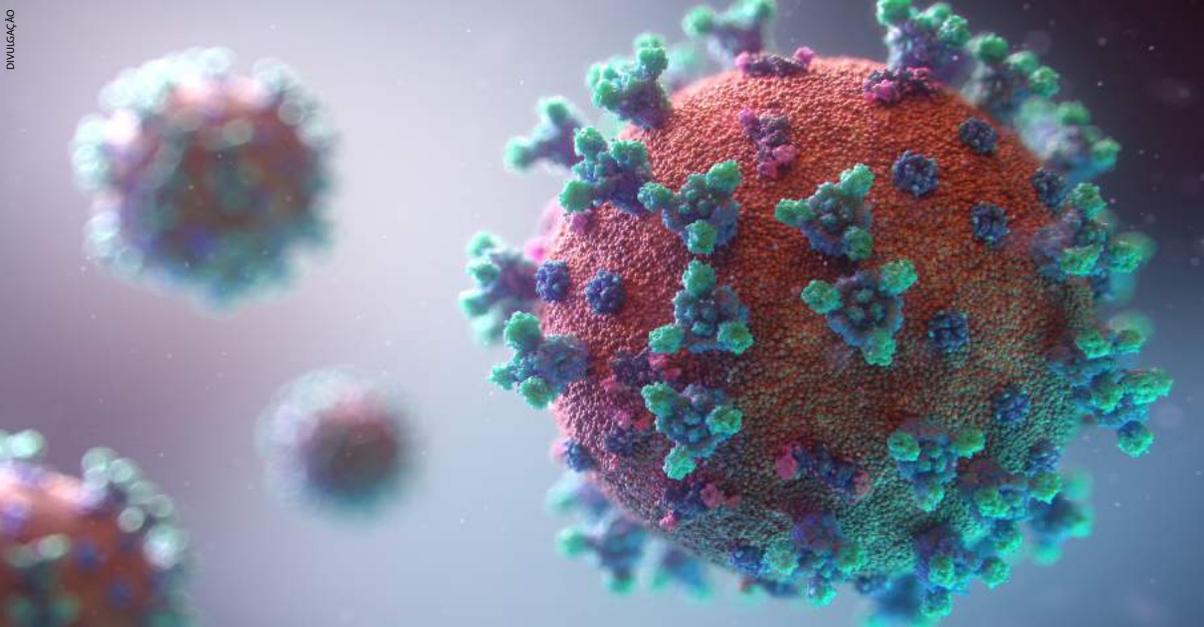
Por pandemia entende-se um fenômeno patológico que alcança simultaneamente grande número de pessoas em uma zona geográfica muito vasta. Ela difere da epidemia por sua maior dimensão, seja por sua propagação territorial, ou pela gravidade das ocorrências, resultando em número expressivo de casos severos ou mortes (VENTURA e SILVA, 2008).

Para o Direito pandemia significa provável restrição das liberdades fundamentais, compreendendo quarentena, interdição ou limitação de viagens, recrudescimento do controle fronteiriço, podendo haver o fechamento de fronteiras. Além dessas medidas, há também a imposição de terapias, supressão ou restrição de reuniões públicas, vacinação obrigatória, e até mesmo a ingerência na maneira de como se realizam os funerais.

Somadas às interdições mais comuns, Agamben acrescenta que “a vida, que, com as declarações dos direitos, tinha sido investida como tal do princípio de soberania, torna-se agora ela mesma o local de uma decisão soberana” (AGAMBEN:2007, p.149).

O Estado Democrático de Direito, ao tratar do problema das pandemias, visando o combate eficaz, procura restringir um dos pilares da globalização econômica que é a livre circulação de pessoas.

Os principais desafios que as pandemias requerem ao Direito são, dentre outros, garantir o direito à saúde em momentos de exacerbação da crise, bem



“Segundo Sledziewski (2007), em face aos perigos sanitários, a democracia precisa tomar um partido ético que coloque o homem no centro de todas as decisões e defenda sua humanidade.”

como conceber e gerir o “estado de exceção” instalado, em maior ou menor grau, frente aos grandes riscos sanitários.

No que concerne a peste como fenômeno jurídicopolítico, sabe-se que a fita que mede a excepcionalidade é a Constituição. A ela cabe definir quem deve decretar um estado de exceção e por quais motivos; quem poderá controlá-lo, e se o controle se dará a priori ou *a posteriori*. Cabe também à Carta Magna decidir quais princípios devem ser obedecidos, e quais serão os seus limites.

Por esse motivo a Constituição em sua primeira parte procura discernir as peculiaridades do estado de exceção motivado pelas pandemias. Em seguida, estão elencadas nesta expressão outras situações como estado de urgência, estado de sítio, estado de necessidade, estado de alerta, estado de prevenção, estado de guerra interna, suspensão das garantias, lei marcial, poderes de crise, poderes especiais, toque de recolher, e todas as medidas adotadas pelos governos que submetem o exercício dos direitos humanos a restrições que ultrapassam aquelas regularmente autorizadas em situações ordinárias (DESPOUY: 1997, p. 8).

“Há no mundo tantas pestes quanto guerras. E, no entanto, as pestes e guerras pegam as pessoas sempre tão desprevenidas” (CAMUS: 1947, p. 41). Apesar de a proteção da saúde pública estar entre as hipóteses das normas que justificam estados de exceção, a excepcionalidade ensejada por uma pandemia não se trata do único campo onde se decide sobre a vida e a morte em nome do interesse coletivo. Agamben (2007), ensina que “se ao soberano, na medida em que decide sobre o estado de exceção, compete em qualquer tempo o poder de decidir qual vida possa ser morta sem que se cometa homicídio, na idade da biopolítica este poder tende a emancipar-se do estado de exceção, transformando-se em poder de decidir sobre o ponto em que a vida cessa de ser politicamente relevante”.

A singularidade quase não diz respeito ao número de mortos em diferentes países “porque um homem morto só tem peso se foi visto morto, cem milhões de

cadáveres semeados através da história são apenas uma fumaça na imaginação” (CAMUS:1947, p. 42). É fato que não há um modo de estabelecer uma hierarquia quantitativa da mortandade humana que justifique diferentes graus de excepcionalidade. A exceção se justifica pela “conservação da civilização, mesmo nos casos em que cada um está inclinado a ser regido apenas por seus próprios instintos” (PITCHO, 2007; p. 40).

O importante é a forma como uma democracia define e conserva a população diante do risco. Atualmente vive-se em uma sociedade hiperconsumista em que são absolutos os interesses individuais. Então, “o resultado é que nós continuamos a colocar em primeiro plano nossos sentimentos pessoais” (CAMUS:1947, p. 68).

Contudo, as demonstrações de altruísmo, as reações de indignação, bem como as redes de solidariedade multiplicadas a nível mundial mostram que o tempo presente está mais propenso ao renascimento do questionamento moral.

A exceção fundada na pandemia incute medo na população por intermédio dos meios de comunicação. A força do argumento de restrição dos direitos humanos pela preservação da vida é representada pelo predomínio da segurança e da saúde pública, como interesse coletivo, sobre aqueles interesses individuais.

Torna-se, portanto, decisivo saber quem enuncia o interesse público na democracia. A subsistência do estado de necessidade esgota o problema da legitimidade do estado de exceção, seja para aqueles que acreditam que “a necessidade não conhece nenhuma lei”, como para os que propugnam que “a necessidade cria a sua própria lei” (AGAMBEN:2004, p. 40).

O direito internacional admite o estado de exceção preconizando o respeito, em qualquer caso, dos seguintes princípios: legalidade – a necessidade de decretação deve estar prevista na Constituição; proclamação – medida pública sob a forma de uma declaração oficial; notificação – que deve se endereçada à comunidade internacional em razão da impossibilidade temporária de atendimento a dadas obrigações; transitoriedade – garantindo que as medidas limitem-se ao tempo estritamente imprescindível; ameaça excepcional – perigo atual ou iminente a toda a população de um Estado e própria existência organizada da comunidade; proporcionalidade – adequando as medidas adotadas à gravidade da crise; não discriminação – as restrições devem atingir a todos; compatibilidade, concordância, além de complementaridade com as normas internacionais (DESPOUY: 1997, p. 15-25).

Uma das peculiaridades do estado de exceção que se justifica pela pandemia é o fato de que sua decretação depende de um procedimento de cooperação internacional. A OMS aguarda a notificação dos Estados para decretar uma urgência, mas detém uma ingerência em seus assuntos, pelo interesse público mundial, no combate a esta urgência.

Nos tribunais regionais de direitos humanos, os juízes cumprem o papel de fiscalizar a aplicação dos princípios que coíbem o uso abusivo de medidas de exceção. Aos magistrados se dá o poder de questionar os motivos que levam os Estados a suspender direitos, além de declarar a ilegalidade de medidas que se baseiem exclusivamente em motivos discriminatórios (DESPOUY: 2008, p. 7-8).

No caso das pandemias, “as principais questões colocadas aos juízes estão relacionadas às prioridades de tratamento. Seria equitativo que as populações de risco, não raro as pessoas mais vulneráveis, fossem desprezadas em benefício daqueles que dispõem dos meios para se proteger e eventualmente tratar-se? O controle das decisões do Poder Executivo pela autoridade judiciária poderia ser

descartado em nome da maior eficácia do dispositivo de luta contra pandemia, em detrimento do respeito às liberdades públicas? Finalmente, como prevenir sem excluir”? (MAGENDIE:2007, p.7).

A Lei nº 13.979/2020 foi sancionada no Brasil especificamente para tratar de “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”. O diploma traz em seu contexto mecanismos que devem ser trabalhados pelas autoridades sanitárias buscando conter o avanço da doença.

No entanto, como medir a necessidade e a excepcionalidade na saúde pública, quando se leva em conta que “a saúde terá sempre um conceito próprio em cada comunidade?” (DALLARI: 2009, p. 99).

A gestão em saúde é pouco viável num quadro de concentração de poder, seja no que atine à relação entre Estado e sociedade, seja no que diz respeito às decisões tomadas por diferentes pastas do Executivo, bem como por diferentes esferas de governo.

Para (não) concluir, pode-se dizer que, segundo Sledziewski (2007), em face aos perigos sanitários, a democracia precisa tomar um partido ético que coloque o homem no centro de todas as decisões e defenda sua humanidade. 

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- CAMUS, Albert. *La Peste*. Paris: Gallimard, 1947.
- DALLARI, Sueli. “O conteúdo do direito à saúde”. In: COSTA, Alexandre et al. *O Direito Achado na Rua – Introdução Crítica ao Direito à Saúde*. Brasília: UnB, 2009, p. 91-101.
- DESPOUY, Leandro. *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados a la Asamblea General (A/63/271)*. Genebra: ONU, 12 de agosto de 2008.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Le bonheur paradoxal – Essai sur la société d’hyperconsommation*. Paris: Gallimard, 2006.
- MAGENDIE, Jean-Claude. “Pandémie grippale: étique et démocratie”. In: *Actes du premier colloque Éthique & Pandémie grippale – Enjeux éthiques, défis démocratiques*. Revue Pandémiques. Hors-Série. Paris: Espace étique/AP-HP, janeiro de 2006, p. 4-11.
- PITCHO, Benjamin. “L’état d’exception se justifie-t-il en droit?”. *Actes du premier colloque Éthique & Pandémie grippale – Enjeux éthiques, défis démocratiques*. Revue Pandémiques. Hors-Série. Paris: Espace étique/AP-HP, janeiro de 2006, p. 37-40.
- VENTURA, Deisy. “Direito Internacional Sanitário”. In: ARANHA, Márcio; TOJAL, Sebastião (Orgs.). *Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e Magistratura Federal*. Brasília: UnB, 2002, p. 543- 562.
- _____. “Uma visão Internacional do Direito à Saúde”. In: COSTA, Alexandre et al. *O Direito Achado na Rua - Introdução Crítica ao Direito à Saúde*. Brasília: UnB, 2009, p. 77-88.
- SILVA, Marcelo. “La société internationale et les grandes pandémies”. Resenha. *Revista de Direito Sanitário*, v. 9, 2008, p. 280-283.
- SASSOLI, Marco. “La définition du terrorisme et le droit international humanitaire”. *Revue québécoise de droit international*. Volume Hors-série: Hommage à Katia Boustany, 2007, p. 29-48.
- SLEDZIEWSKI, Elisabeth. “Penser les crises sanitaires comme des crises morales et politiques”. *Actes du premier colloque Éthique & Pandémie grippale*. In: Marcelo Catoni e Felipe Machado. (Org.).
- WEBER, Rolf; WEBER, Romana. “International ordre public for terrorism-related Internet content”. *Humboldt Forum Recht*, 4/2009, S. 1, p. 52-73.



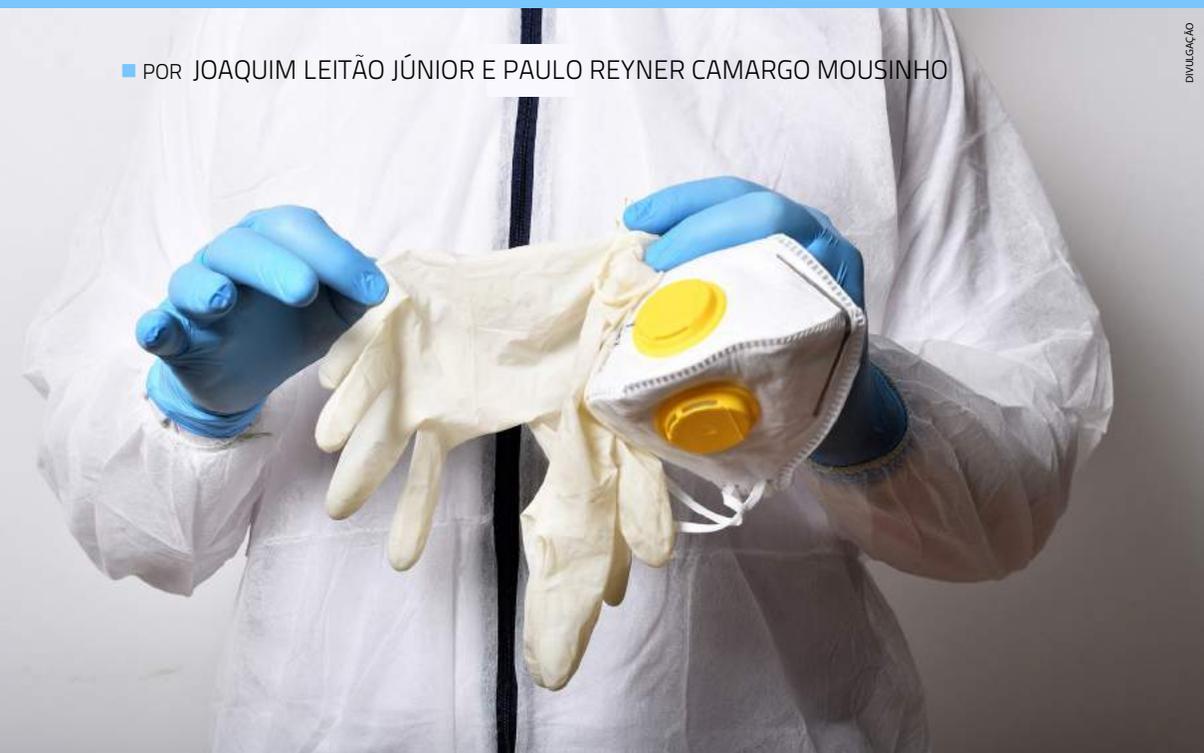
ARQUIVO PESSOAL

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

O coronavírus, o Direito Penal e a “Escolha de Sofia”: medicina de catástrofe¹

■ POR JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR E PAULO REYNER CAMARGO MOUSINHO

DIVULGAÇÃO



“A dinâmica dos atendimentos médicos no contexto da pandemia do coronavírus encontra poucos precedentes históricos recentes. A escolha entre quem deve ser atendido, ou não, pertence aos profissionais que estão lidando com a situação concreta, impondo-se o estabelecimento protocolos nacionais de bioética, a exemplo do que vem ocorrendo no âmbito internacional.”

Atravessamos os últimos dias por um cenário desolador que nos lembram as séries de ficção científica conjugadas com produções cinematográficas de Hollywood como “The Walking Dead”, “Resident Evil” entre outras, cujos vírus se propagam no meio social de maneira alarmante, causando o caos social de efeitos inimagináveis, tal como ocorre com o coronavírus, guardando obviamente as devidas proporções.

Tem sido noticiado por meio da mídia que no Brasil, infelizmente, não teria leitos, respiradores entre outros equipamentos de logística suficientes para enfrentar o novo coronavírus, implicando no colapso do Sistema Único de Saúde.

Ademais, os recursos orçamentários e de saúde são finitos, ou seja, se esgotam. Embora isso não seja levado em consideração normalmente no processo de decisão e nas escolhas feitas para cada paciente num primeiro momento, quando os recursos se tornam extremamente escassos por não permitirem o tratamento de vários pacientes que poderiam ser beneficiados, surge um enorme problema que acaba impondo se cogitar medidas racionais e práticas.

Somado a isso, temos um ordenamento jurídico repleto de prioridades asseguradas para idosos, crianças, adolescentes, jovens, portadores de necessidades especiais, portadores de patologias graves e os integrantes de grupos de vulneráveis – além de ordens judiciais com liminares concedidas – no caso de falta de leitos e equipamentos, como proceder?

O NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Em termos numéricos, até o dia 22 de março, o novo coronavírus já teria chegado a 114 países e a todos os continentes, exceto a Antártida, infectando mais de 323,6 mil pessoas, levando cerca de 13 mil delas à morte.¹

No Brasil, já são 25 mortes e 1546 casos confirmados, segundo o Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta.²

Temos o dever de trazer à tona a afirmação do Ministro Mandetta feita em reunião no Congresso com os presidentes das duas Casas e líderes partidários que a expectativa é uma expansão vertiginosa da pandemia viral. Mandetta pediu que fossem liberados R\$ 5 bilhões de recursos para combater a pandemia e disse que o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual dependem exclusivamente os quase 70% de brasileiros que não têm plano de saúde, não suportará a demanda criada pelo novo coronavírus.

“A ESCOLHA DE SOFIA” (SOPHIE’S CHOICE)

Para entendermos melhor a expressão “A Escolha de Sofia” (Sophie’s Choice), importante ressaltar que tem origem em um filme estadunidense de 1982, do gênero drama, dirigido e roteirizado por Alan J. Pakula e baseado no romance de 1979 de William Styron.³

Em verdade, trata de um drama que uma cidadã por nome de “Sofia” passa, sendo mãe polaca, filha de pai antisemita, presa num campo de concentração de Auschwitz durante a Segunda Guerra e que é forçada por um soldado nazista a fazer uma difícil e dolorosa escolha que lhe afetaria pelo resto de sua vida. Ela (Sofia) é obrigada a escolher entre seus 2 (dois) filhos apenas 1 (um) filho que sobreviverá ou se não escolher nenhum ambos morrerão, impondo aquela à terrível decisão de escolha, onde 01 (um) ou os 02 (dois) filhos inevitavelmente iriam para a câmara de gás.

Este trauma é relembrado por Sofia em 1947, quando ela, residindo em Nova York e casada com um judeu americano, acaba por viver um triângulo amoroso com um aspirante a escritor.

“A escolha de Sofia” neste contexto, é uma expressão que exterioriza a imposição de se adotar uma decisão difícil sob pressão e enorme sacrifício.

A “ESCOLHA DE SOFIA” E O CORONAVÍRUS

Transportando isso para o mundo jurídico e para o campo da bioética, a “escolha de Sofia” quer dizer ‘escolhas difíceis’ e na prática isso significa fazer “escolhas trágicas” de acordo com a chance de sucesso de tratamento de cada paciente, considerando a idade do paciente, doenças preexistentes, a gravidade do seu estado e a possibilidade de reverter esse quadro.

Apesar de ser reputada como uma decisão drástica e excepcional, é uma deliberação que perpassa pelo crivo racional, já que a situação levada ao extremo (completa saturação dos recursos na UTI) cria um “gargalo” no atendimento à população a ser superado.

Caso se faça a opção de escolher tratar o paciente ‘errado’, se usará muito tempo e recursos finitos com alguém que não se recuperará e será salvo, deixando de atender duas ou três outras pessoas com maiores chances de cura, que podem falecer em razão da opção feita e inviável sob a ótica médica. Dentro da “escolha de Sofia”, o dilema surge: seria legal optar pelo tratamento do paciente que tenha maior chance de recuperação em detrimento daquele com maior probabilidade de óbito?

Não é difícil observar situação semelhante no contexto vivenciado pela pandemia do coronavírus no cenário internacional, bastando um olhar ao caos italiano, que pode facilmente se estender ao Brasil.

A situação é a seguinte: os hospitais estão lotados de pessoas infectadas por COVID-19, todas em estado grave com Síndrome Respiratória Aguda Grave – SARS, entre elas estão crianças, jovens, adultos, idosos, doentes crônicos, estes dois últimos grupos com alto risco de morte. Sabe-se que há necessidade de leitos com respiradores para o atendimento das vítimas, que não existem em número suficiente. Qual paciente deve o profissional da área de saúde priorizar?

A resposta surge quase que intuitivamente, aqueles que têm mais chances de viver. No entanto, o caso não nos parece tão simplista assim. Sabe-se que idosos e portadores de doenças crônicas, objetivamente considerados, têm maior probabilidade de não responder bem ao tratamento, portanto, menor chance de recuperação. Por isso poderíamos simplesmente deixá-los sem atendimento?

Na Itália, por exemplo, que se vive o drama do coronavírus de maneira gravíssima, as autoridades de saúde e a comunidade médica já cogitam empregar o método de “escolha de Sofia”⁴. Aliás, conforme reportagem, a Itália já prevê deixar pacientes de covid-19 com mais de 80 anos morrerem.

Caro leitor, seria simples se nós fossemos seres apenas racionais, mas como você se sentiria ao levar seu ente querido (mãe, avós, esposas, filhos etc) para o hospital em grave crise respiratória e fosse barrado logo na entrada, sob o argumento de que os leitos estariam separados para pessoas com maior chance de vida? A discussão adentra a Bioética e o Direito. Daí a importância de discutirmos esse tema.

MEDICINA DE CATÁSTROFE

Após certa pesquisa, encontramos com destaque as recomendações éticas específicas sobre atendimento na crise por pandemia do COVID-19 da Sociedade Espanhola De Terapia Intensiva – SEMICYUC - para a tomada de decisão sobre quem vai ter acesso aos cuidados intensivos em caso de escassez de leitos. Os protocolos

seguem o princípio de dar oportunidade aquele que mais se beneficiará. Para isso, eles aplicam escores específicos de prioridade, que vão de 1 a 4.

As recomendações éticas para a tomada de decisão na situação excepcional de crise por pandemia COVID-19 nas unidades de cuidados intensivos situam-se na denominada *Medicina de Catástrofe*. Veja um pouco sobre o tema:

“Una pandemia global, como la del SRAS-COVID-19, puede abrumar la capacidad de las instalaciones ambulatorias, los departamentos de emergencias, los hospitales y los servicios de medicina intensiva (SMI). Impacta en los recursos disponibles, tanto a nivel de estructuras, de equipamientos y de profesionales, con graves consecuencias en los resultados de los pacientes, de sus familias, de los propios profesionales sanitarios y de la sociedad en general.

Esta situación excepcional se debe manejar como las situaciones de “medicina de catástrofe”, aplicando una atención de crisis excepcional basada en la justicia distributiva y en la asignación adecuada de los recursos sanitarios.”

Conforme a SEMICYUC espanhola, os princípios chaves na gestão de situações de crises são justiça, dever de cuidar, dever de administrar recursos, transparência, consistência, proporcionalidade e responsabilidade.

Em caso de desproporção entre as demandas e as possibilidades, é lícito estabelecer uma triagem de ingresso entre os pacientes, baseado no princípio da justiça distributiva, evitando seguir o critério habitual de ‘o primeiro a chegar é o primeiro a receber assistência’. Devem-se adotar critérios estritos de ingresso em UTI’s baseado em maximizar o benefício do bem comum.

O documento espanhol assevera também que todo o paciente maior de 80 anos afetado por SARS, tem direito a receber assistência sanitária e se determinar a intensidade terapêutica, seguindo critérios objetivos de idoneidade e expectativas de resolução do processo com base na qualidade de vida e funcionalidade. O documento exterioriza que só ingressará nas UTI’s pacientes com prioridade 1 e 2, conforme escores pré-estabelecidos no indigitado documento.

Dada a sua importância, deixamos ao final do nosso texto um ‘link’ para ‘download’ do documento original em língua espanhola.

BIOÉTICA E MEDICINA

DIEGO GRACIA, psiquiatra e professor de História da Medicina e Bioética e diretor de pós-graduação da disciplina na Complutense Universidade de Madri e do Instituto de Bioética da Fundação para Ciências em Saúde da mesma cidade, em entrevista concedida no VI Congresso Brasileiro de Bioética em 2005, em Foz do Iguaçu/PR, explicou que:

“Penso que, no dia a dia do médico, essa seja a regra de outro, a função dele é conseguir trabalhar as decisões de tal maneira que sejam prudentes, ainda que distintas das que seguiram outros colegas.

Numa decisão clínica há representantes de várias especialidades, tentando resolver qual é a terapêutica mais adequada a determinado paciente. Diferentes médicos podem discordar em relação ao indicado àquele doente e todos estarem atuando bem. A função da ética não é buscar uma unanimidade. É evitar que as decisões sejam imprudentes.

Uma deliberação em ética, sim, mas também é clínica. Não existe nenhum médico que inclua a totalidade de fatores referentes ao paciente durante uma tomada de decisão: se explorar exaustivamente o doente, nunca lhe passará um tratamento. Morreriam todos que caíssem em suas mãos.

Toda pessoa que diz ‘tenho um problema ético’ quer dizer, ‘tenho um conflito de valores’. Se um conflito ético não tem solução, não há como deliberar.”

REFLEXOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Entendemos que a “escolha de Sofia” poderia gerar celeumas sobre eventual tipificação de homicídio entre outros delitos, já que a ninguém seria dado o direito de escolher quem vive ou morre como se Deus fosse, tendo o profissional médico o dever de envidar esforços para salvar qualquer vida, conforme juramento de Hipócrates quando da formatura no curso de medicina.

O Código de Ética Médica no Brasil adotou importantes modificações referentes ao direito de autonomia da pessoa doente e à modalidade de assistência a pacientes diagnosticados como “fora de possibilidades terapêuticas de cura” ou terminais, em vista dos cuidados paliativos, podendo nos trazer soluções práticas sobre a ortotanásia, a boa morte, a morte sem sofrimento. Mas esse não é o caso, pois o paciente deseja viver e quer o tratamento, que nem sequer é iniciado.

Algumas indagações surgem nesse dilema: o profissional de saúde poderia se negar a atender, mesmo em estado grave, os integrantes do chamado grupo de risco (idosos e portadores de doenças crônicas) no Brasil? Quais seriam os reflexos penais dessa negativa?

O tema é delicado e não há precedentes sobre o assunto. Precisamos nos valer de determinantes sociais, valores morais, critérios científicos e definições legais para o enfrentamento técnico da questão.

Fazendo um recorte ilustrativo quanto à situação do idoso, a Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso, com fundamento no texto constitucional, prevê no art. 3º como obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida e à saúde. O § 1º do mesmo artigo ainda deixa mais expresso que a garantia à prioridade compreende, entre outras, acesso à rede de serviços de saúde. Como essa previsão, a Lei estabelece ações que permitam o envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Não obstante o atendimento prioritário ao idoso, há um plexo de segmentos sociais que demandam atenção detida. À criança e ao adolescente, por exemplo, o art. 227 da CF/88 também determina prioridade absoluta no atendimento do direito à vida e à saúde.

Diante dessa celeuma, pragmaticamente, como escolher entre um idoso e uma criança infectados por COVID-19, ambos em estado grave?

Caso o profissional de saúde opte por atender qualquer deles, ante a falta de leitos suficientes para acomodar ambos, entendemos que a situação se encaixa com perfeição na excludente de ilicitude de estado de necessidade, nos termos do art. 24 do Código Penal, pois praticou fato para salvar de perigo atual (Síndrome Respiratória Aguda Grave provocada por COVID-19), que não provocou por sua vontade, nem podia evitar (é uma pandemia iniciada na China!), direito de outrem, qual seja, a saúde, a vida daquele que vai obter tratamento adequado.

Como último requisito do Estado de Necessidade resta “cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. A circunstância, *in casu*, é a ausência de leitos suficientes para todos os pacientes. Sobre a razoabilidade, no entanto, nossa compreensão é que a vida humana não pode ser aferida como de maior ou menor valor. Assim, a vida do idoso não tem menor valor que a da criança ou vice-versa. O estado de necessidade é caracterizado pelo conflito de interesses lícitos, consoante nos ensina Cleber Masson⁵.

A teoria unitária, adotada pelo art. 24, *caput* e § 2º do CP, traduz que o estado de necessidade é causa de exclusão de ilicitude, desde que o bem sacrificado seja de igual ou inferior valor ao bem jurídico preservado. Sendo a vida de todos de igual valor, tal requisito também se mostra preenchido.

A classificação doutrinária indica, ainda, estado de necessidade agressivo, pois para preservar o bem jurídico (vida), o médico pratica ou deixa de praticar o fato (realizar o atendimento adequado) contra bem jurídico pertencente a terceiro inocente (vida/saúde), ou seja, pessoa que não provocou a situação de perigo, o paciente não atendido.

Sob outro aspecto, pode o médico agir sob o amparo do estrito cumprimento do dever legal (sentido amplo) caso haja disciplinamento e objetivação normativa sobre os critérios de escolha de atendimento dos pacientes infectados pelo COVID-19, com o estabelecimento de escores, tal como ocorreu na Espanha.

Uma vez que as autoridades de Saúde e Sanitárias definam critérios, ao cumprí-los o médico também estaria amparado por essa excludente (CP, art. 23, III).

Critérios racionais podem ser adotados, o mais usual é o atendimento daqueles que chegam primeiro, diante da ausência de leitos para atender os que chegam depois; outro critério, por exemplo, seria transferir pessoas que não estão respondendo ao tratamento para cuidados paliativos. À luz do entendimento dos critérios estabelecidos pela bioética médica espanhola, o máximo benefício do bem comum nos parece um bom norte a ser seguido.

Finalmente, no campo do Direito Penal, pode ainda ser altercada a possibilidade de inexigibilidade de conduta diversa, compreendida a impossibilidade de comportamento diferente do adotado, em razão do conflito de deveres, pertinente a causa supralegal de excludente de culpabilidade. Situação semelhante é citada por Cirino do Santos⁶ no exemplo do maquinista que para evitar colisão com trem de passageiros, acarretando a morte de muitos deles, desvia o trem de carga des governado para trilho diferente, causando a morte de alguns trabalhadores.

De todo modo, se a “Escolha de Sofia” for feita dentro de parâmetros razoáveis, estará amparada pelo Direito. Ressalta-se, por fim, a necessidade de respeito à dignidade humana de todos os pacientes, que pode ser representado no direito à triagem com critérios objetivos justos, e informações adequadas sobre o seu estado de saúde, as condições do sistema de atendimento e dos próprios critérios estabelecidos.

Ainda temos uma temática correlata que dialoga sobre o assunto como eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido, embora não será tratada na oportunidade.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após profunda reflexão, chegamos à conclusão que a “Escolha de Sofia”, no caso do atendimento médico aos pacientes infectados por coronavírus (COVID-19),

não competindo em regra aos juristas. A dinâmica dos atendimentos médicos no contexto da pandemia do coronavírus encontra poucos precedentes históricos recentes. A escolha entre quem deve ser atendido, ou não, pertence aos profissionais que estão lidando com a situação concreta, impondo-se o estabelecimento de protocolos nacionais de bioética, a exemplo do que vem ocorrendo no âmbito internacional.

Embora a escolha não caiba em regra aos juristas, a análise da razoabilidade, da objetividade e da racionalidade dos critérios pode ser objeto de questionamento no âmbito do Direito Penal, em ponderação difícilíssima, diante da complexidade do tema.

Mormente a pandemia do COVID-19 seja assunto recente, a saúde pública brasileira passa por situação alarmante há bastante tempo, havendo notícias desde sempre acerca da falta de leitos, de medicamentos, de profissionais, desorganização no atendimento e, inclusive, crimes comissivos por omissão em determinados casos.

Talvez não percebamos, mas todos os dias, seja antes ou durante (e provavelmente após) a pandemia vivenciada, as “Sofias”, representadas pelos profissionais de saúde, tenham que fazer escolhas dramáticas. Talvez vivamos, no Brasil, em constante estado de “medicina de catástrofe”. Se pudermos extrair algo positivo disso tudo, que seja a clareza da necessidade de se estruturar e priorizar a Saúde Pública do nosso país – dentre outros segmentos que também merecem prioridade até como fator de prevenção. 

NOTAS

- 1 Dados disponíveis em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51987873>>. Acesso 22.03.2020.
- 2 Fonte: Ministério da Saúde, dados obtidos no dia 22.03.2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46573-coronavirus-25-mortes-e-1-546-casos-confirmados>>. Acesso em 22.03.2020.
- 3 A Escolha de Sofia (filme). Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Escolha_de_Sofia_\(filme\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Escolha_de_Sofia_(filme))>. Wikipedia – A Enciclopédia Livre. Acesso em 21 de março de 2020.
- 4 Coronavírus: Médicos na Itália podem ter de fazer ‘escolha de Sofia’ por quem vai receber tratamento. Em questão de dias, a Itália tornou-se o segundo país mais afetado pela pandemia do novo coronavírus – e a situação continua a se agravar. O total de casos confirmados ultrapassou 15 mil, e já foram registradas mais de mil mortes. Publicado no Globo.com em 13 de março de 2020. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2020/03/coronavirus-medicos-na-italia-podem-ter-de-fazer-escolha-de-sofia-por-quem-vai-receber-tratamento.html>>. Acesso em 21 de março de 2020.
- 5 MASSON. Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed. rev. atual., Método, São Paulo: 2014, p. 204.
- 6 SANTOS, Juez Cirino do. *A moderna teoria do fato punível*. Freitas Bastos, 2000, p. 268.

ARQUIVO PESSOAL



JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR é Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso. Atualmente Assessor Institucional da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça 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. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas e autor de artigos jurídicos.

ARQUIVO PESSOAL



PAULO REYNER CAMARGO MOUSINHO é Delegado de Polícia Civil no Amapá. Atualmente Assessor Institucional da Polícia Civil do Estado do Amapá. Ex-Policia Militar. Graduado em Direito pela Universidade do Distrito Federal – UDF, Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública. Autor do livro *Peças e Prática da Atividade Policial* e de diversos artigos jurídicos. Administrador do site Justiça & Polícia e Professor de cursos preparatórios para carreira de Delegado de Polícia, Instrutor da Academia Integrada de Formação e Aperfeiçoamento – AIFA.



Menos corporativismo, mais comprometimento

■ POR CLAUDIO LOTTENBERG

“Quem sabe a partir desta pandemia a sociedade possa estar preparada para ser menos corporativista e mais comprometida com a ética relacional. O mundo está mudando e temos que evoluir. Vamos superar o coronavírus com duras perdas, mas a sociedade tem que aprender a viver num novo padrão relacional.”

A sociedade contemporânea é pautada pelo que fazemos, como construímos nossas relações com os outros e na forma como consumimos os bens produzidos. Somos indivíduos sociais, e não eremitas isolados no mundo. Além disso, afirmamos nossa posição social com base naquilo que possuímos, nos lugares que frequentamos, nos relacionamentos que estabelecemos, no estilo de vida que escolhemos e na nossa reputação.

A evidente mudança na forma como interagimos uns com os outros e com o consumo está transformando o ser humano, que está muito mais exposto à opinião dos outros e a uma maneira diversa da tradicional em termos de acesso.

Em poucos cliques, todos nós podemos contar experiências, engajar grandes grupos contra uma política empresarial, denunciar ações, avaliar produtos, opinar sobre os mais variados temas, encurtar distâncias e ter acesso com um padrão de maior equidade mesclando um liberalismo com o direito social.

O coronavírus não é uma família nova no mundo. Este tipo mais recente era desconhecido. Tem características de ser muito mais transmissível; porém, até menos grave que os anteriormente descritos. Entretanto, justamente por seu alto potencial de disseminação, tem maior impacto.

Em 80% dos casos a Covid-19 será resolvida ambulatorialmente, e 20% dos pacientes infectados necessitarão de internação, sendo que 5% precisarão de recursos de terapia intensiva com ventilação. O problema está numa eventual necessidade da utilização em massa desses recursos, e aí o sistema de saúde não suportará.

Comunidade médica e autoridades demonstram pleno entendimento desse processo, atuando de maneira correta – com os limites evidentes. Estamos buscando aquilo que se chama achatamento epidemiológico para que os casos graves não aconteçam de forma simultânea a ponto de saturar o sistema.

A questão é o sistema de saúde e como sua estrutura tem sido planejada frente às necessidades da sociedade e diante das oportunidades que o mundo contemporâneo apresenta. Não é o caso aqui de criticar o modelo centrado no hospital, pois ele sempre será referência, mas vale a pena questionar novamente: para que servem os hospitais que têm sido tomados, em grande maioria, por casos de baixa complexidade?

Não é de hoje que chamo a atenção para que tiremos de dentro do hospital o que pode ser resolvido com alternativas de natureza ambulatorial. Não se trata de tarefa fácil, pois exige altos investimentos, tanto em infraestrutura como recursos humanos, além da desmistificação do modelo hospitalocêntrico. Embora já tenhamos avançado nessa direção, sigo defendendo uma maior flexibilização dos atos da assistência e volto a insistir na necessidade de maior aproveitamento da tecnologia. O uso da telemedicina, por exemplo, facilitará acesso, monitoramento, acompanhamento e, sobretudo, racionalização dos recursos para o que é mais simples. Um país onde o número de aparelhos celulares ultrapassa o número de cidadãos e 85% das pessoas vivem em cerca de 450 cidades está bem estabelecido no mundo digital.

No modelo de transmissão comunitária, a simples visita de qualquer pessoa a um ambiente hospitalar potencializa o risco de contaminação, sendo que muitas vezes esta busca poderia ser feita de forma remota. Pacientes que precisam apenas de orientação e acompanhamento acabam procurando hospitais e, muitas vezes, são admitidos, ocupando espaço de quem de fato necessitaria daquele tipo de instalação.

Neste momento, muito se fala sobre a falta de recursos. Mas, além de recursos, faltam organização de estrutura, engajamento por parte do próprio paciente, maior integração de times na prática do atendimento e utilização do mundo digital que aproxima e democratiza o processo assistencial.

Quem sabe a partir desta pandemia a sociedade possa estar preparada para ser menos corporativista e mais comprometida com a ética relacional. O mundo está mudando e temos que evoluir. Vamos superar o coronavírus com duras perdas, mas a sociedade tem que aprender a viver num novo padrão relacional. 



CLAUDIO LOTTENBERG é Oftalmologista, é presidente do Instituto Coalizão Saúde; foi secretário municipal de Saúde de SP (2005, gestão José Serra).



Telemedicina: não foi por amor, foi pela dor

■ POR SANDRA FRANCO

“É necessário ampliar a regulamentação para situações presentes no cotidiano e que estão ocorrendo à margem de protocolos rígidos. Agora, em tempos de COVID-19, os médicos, por sobrevivência, precisarão fazer uso da telemedicina. Enfim, sempre o que sobrevive, a qualquer tempo, é aquele que se adapta às mudanças. É a hora de mudanças definitivas.”

Após anúncio do ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, afirmando a necessidade de a Telemedicina ser regulamentada com urgência para ser usada como arma na crise do COVID-19, o CFM (Conselho Federal de Medicina) autorizou, em caráter excepcional, o uso da telemedicina, em três modalidades: teleorientação e o telemonitoramento e a teleinterconsulta.

Já estava atrasado tal anúncio, a propósito. Em 2019, o CFM chegou a publicar uma Resolução CFM nº 2.227/2018, revogada no mesmo mês em que foi publicada, após uma gritaria dos CRMs de vários Estados e de alguns médicos, que alegavam não terem sido consultados a respeito dos termos expressos na Resolução, o que não correspondeu a verdade. Não se entrará aqui no mérito dessa questão. Fato é que passaram dois anos dessa resolução sem que uma nova fosse publicada.

Ainda assim, podemos utilizar dois artigos dos Código de Ética Médica que justificam o uso da Telemedicina desde logo.

Observando o art. 36, que dispõe ser vedado ao médico “abandonar paciente sob seus cuidados”; e, nesse mesmo sentido, segue o art. 37: “Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento. Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina”.

Nesse sentido, a questão ética estaria superada, embora o CFM não tenha sido claro quanto à liberação da teleconsulta em seu Ofício encaminhado ao Ministério da Saúde.

Mais dois momentos jurídicos podem ser destacados como corroboradores da admissibilidade para o uso da Telemedicina: a Lei nº 13.979 de fevereiro de 2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus e o pedido para o reconhecimento de estado de calamidade pública.

A lei que reconhece a emergência em saúde, bem como a constatação de um momento de flagelo coletivo são sim autorizadores para medidas de exceção. Se retomarmos o art. 37 do Código de Ética Médica, a conclusão será a de que estão presentes os requisitos de urgência ou emergência ali previstos para tornar ético o atendimento à distância do paciente, mesmo sem o exame clínico.

Ninguém mais deseja enfrentar horas em uma fila de banco para pagar uma conta, e muitos se recusam a sair de casa para fazerem suas compras, desde roupas até remédios. Essa realidade não é diferente na área da saúde. Se os tempos são outros, quiçá com uma guerra declarada contra o vírus.

Vale esclarecer que nunca houve ilegalidade na Telemedicina, ainda que haja um médico e um paciente em cada ponta. Há sim uma lacuna regulamentadora ética à espera dessa regulamentação que está sendo preparada pelo Conselho Federal de Medicina.

Fato é que todos os envolvidos, legalmente, apresentam responsabilidade solidária e proporcional para a eventualidade de algum dano ao paciente.

Ademais questões como direito à privacidade, garantia da inviolabilidade das informações, confidencialidade, tratamento de dados pessoais, registro das informações dos pacientes, dentre outras, são extremamente relevantes e não podem ser desprezadas nesta discussão entre disrupção digital, telemedicina e legislação correlata.

A telemedicina é uma realidade há muito tempo presente em outros países. A ferramenta (em um conceito amplo) é utilizada em hospitais e planos de saúde de outros países do mundo como, por exemplo, EUA, Austrália e Inglaterra, especialmente para a teletriagem, o que traz uma grande redução de custos no atendimento e experiência positiva ao cidadão que não precisa se deslocar horas para ter sua consulta, em casos de baixa complexidade.

Prova de que os órgãos Reguladores reconheceram a importância da incorporação da tecnologia no atendimento à distância está na recente notícia de que a Anvisa se manifestou favoravelmente à utilização de assinatura digital nos receituários médicos, desde que no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICPB). É necessário ampliar a regulamentação para situações presentes no cotidiano e que estão ocorrendo à margem de protocolos rígidos. Agora, em tempos de COVID-19, os médicos, por sobrevivência, precisarão fazer uso da telemedicina.

Enfim, sempre o que sobrevive, a qualquer tempo, é aquele que se adapta às mudanças. É a hora de mudanças definitivas. 



ARQUIVO PESSOAL

SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, doutoranda em Saúde Pública, MBA/FGV em Gestão de Serviços em Saúde, fundadora e ex-presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP) entre 2013 e 2018, membro do Comitê de Ética para pesquisa em seres humanos da UNESP (SJC) e presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde.



O Coronavírus: uma pandemia jurídica trabalhista e a MP 927/2020

■ POR FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO, JOUBERTO DE QUADROS PESSOA
CAVALCANTE E LETÍCIA COSTA MOTA WENZEL

Em poucos meses, o mundo se deparou com uma pandemia global, causado novo tipo de coronavírus (COVID-19). A proliferação da doença em escala global trouxe inúmeros problemas para a sociedade, causando perdas de vidas humanas, o colapso do sistema de saúde e abalando de forma significativas todas as economias, inclusive dos países mais ricos, como o próprio Estados Unidos e aqueles integrantes da União Europeia.

Diariamente, diversos especialistas da área da saúde, econômica e jurídica trazem informações sobre o colapso social e econômico vivido, sendo certo que “o mundo, a economia e o direito não estavam preparados para um problema em escala global”.

Seguindo as orientações da Organização Mundial da Saúde, diversas medidas são adotadas pelas autoridades públicas, entre elas, o distanciamento social e restrições à circulação de pessoas e ao exercício de atividades econômicas.

Em decorrência desse contexto, os setores da economia e os representantes dos trabalhadores exigem medidas rápidas e adequadas por parte da União para as empresas que estão em colapso.

No Brasil, a União vem sinalizando com diversas medidas econômicas e um regramento trabalhista específico para o período de situação de calamidade pública.

Até o presente momento, foi editada a MP 927, em 22.03.2020, e, em caráter complementar, a MP 928, no dia 23.03.2020, revogando parte da MP anterior (art. 18).

Além de trazer alguns problemas sistêmicos, é certo que a MP 927 é insatisfatória para atender os diversos problemas causados pela pandemia do coronavírus.

Nesse breve estudo, nosso objetivo é trazer algumas considerações sobre as principais alterações advindas com a MP 927 e suas interações com o sistema jurídico de proteção laboral.

APLICAÇÃO DA MP 927: SETORES DA ECONOMIA E TRABALHADORES

De plano, as regras advindas pela MP 927 somente atingem os “trabalhadores” do setor formal da economia. Para os trabalhadores da economia informal e outros grupos vulneráveis são necessárias outras regras de proteção, as quais devem ser disciplinadas por normas específicas, possivelmente, outras Medidas Provisórias.

Como norma federal em matéria trabalhista, a MP 927 se aplica a todos os setores da economia, sendo que alguns setores e profissões podem ter regras especiais que precisam ser analisadas de forma sistêmica, por exemplo, atletas profissionais e trabalhadores avulsos.

Além da relação de emprego tradicional disciplinada pela CLT, os dispositivos da MP 927 são aplicáveis: (a) aos trabalhadores temporários (Lei nº 6.019/74); (b) trabalhadores rurais (Lei nº 5.889/73); (c) no que couber, aos empregados domésticos (LC nº 150/2015), tais como jornada, banco de horas e férias (art. 32, I e II, MP 927).

Algumas regras, como a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, é permitido de forma específica para estagiários e empregados aprendizes (art. 5º, MP). Como é sabido, os estagiários não são disciplinados ou amparados pelas regras da CLT e possuem uma legislação especial (Lei nº 11.788/2008).

Por fim, o teor da MP está sujeito a aprovação pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias (art. 62, CF).

“FORÇA MAIOR” COMO O FUNDAMENTO JURÍDICO DA ALTERAÇÃO BILATERAL INDIVIDUAL POR ESCRITO DURANTE A PANDEMIA E O CONTRATO DE TRABALHO

Na sua essência, a MP dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6, de 20.03.2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus), decretada pelo Ministro de Estado da Saúde, em 03.02.2020, nos termos do disposto na Lei nº 13.979, de 06.02.2020 (art. 1º, *caput*, MP 927).

Na órbita trabalhista, por opção legislativa, o estado de calamidade pública (Decreto Legislativo 6/2020), constitui hipótese de força maior (art. 501, CLT) (art. 1º, parágrafo único, MP 927).

Na CLT, força maior é todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente (art. 501, *caput*). Por sua vez, não caracterizam a força maior: (a) a imprevidência do empregador; (b) os fatos que não afetam substancialmente, nem que são suscetíveis de afetar a situação econômica e financeira da empresa (art. 501, §§ 1º e 2º).

Como exemplos de situações que não caracterizam a força maior, temos: (a) medidas governamentais de caráter geral no campo da economia; (b) extinção de

setor obsoleto da empresa; (c) incêndio, inexistindo seguro contra fogo; (d) mau tempo, em atividade realizada a céu aberto; (e) falência e recuperação judicial (art. 449, CLT).

Ocorrendo o motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte: (a) sendo estável, de acordo com os arts. 477 e 478; (b) não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa; (c) no caso de contrato por prazo determinado, a metade da indenização prevista no art. 479 (art. 502, I e II, CLT); (d) a multa rescisória é de 20% (art. 18, § 2º, Lei nº 8.036/90).

Alguns especialistas têm mencionado a possibilidade de redução salarial de forma unilateral pelo empregador, nos termos do art. 503, CLT. Parece-me nos equivocada essa afirmativa, na medida em que sempre houve um concessão dos juslaboralistas que o art. 503, CLT, não foi recepcionado pela Constituição Federal, a qual exige o processo de negociação coletiva para afastar o princípio da irreduzibilidade salarial (art. 7º, IV, CF).

No caso da comprovação da falsa alegação do motivo de força maior, é garantida a reintegração aos empregados estáveis e, aos não estáveis, o complemento da indenização já percebida, assegurado a ambos o pagamento da remuneração atrasada (art. 504, CLT).

Além disso, a CLT disciplina a figura do *factum principis*, ou seja, no caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade pública ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do ente de direito público responsável (art. 486, CLT). Apesar da literalidade do dispositivo legal, o entendimento predominante na jurisprudência é que a paralisação temporária ou definitiva da atividade econômica, ainda que por ato de autoridade pública, está no risco da atividade econômica do empregador e não se reconhece o dever de indenizar pelo Estado. Seguramente, os debates em torno da responsabilidade civil e trabalhista do Estado pelos danos econômicos causados decorrentes da suspensão da atividade empresarial em situação de calamidade pública vai desafiar os operadores do Direito.

Durante a ocorrência do período da calamidade pública, nos termos da MP 927, o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição Federal (art. 2º).

Pela determinação legal e de forma temporária, o ajuste contratual individual é o modelo normativo que irá regular a relação jurídico trabalhista (contrato individual de trabalho), em que a liberdade contratual negocial individual irá se sobrepor às demais fontes (legal e negocial coletiva), excetuando-se, quando a alteração violar os limites estabelecidos na Carta Política de 1988. Essa limitação, em especial, está inserida nos direitos sociais dos trabalhadores, os quais são previstos no art. 7º, I a XXXIV, CF.

Essa ressalva se torna importante, na medida em que a norma constitucional é a base de todo o ordenamento jurídico, sendo inadmissível que se tenha essa derrogação por um ajuste normativo em nível de acordo individual entre empregado e empregador.

No fundo, não é admissível, por exemplo, acordos individuais para a redução ou a supressão de salário, pois, a redução salarial somente é admissível por negociação coletiva (art. 7º, VI, CF).

Por outro lado, como a quase totalidade dos direitos trabalhistas estão previstos nos diversos incisos do art. 7º, muitas serão as discussões administrativas e ou judiciais quanto a aplicação da MP 927.

Por fim, mesmo que o ajuste escrito entabulado “seja possível” estar em desacordo com os modelos infraconstitucionais (legal e negocial coletivo), a Constituição Federal assegura o direito de ação (art. 5º, XXXV), além do que não se pode deixar de lado a aplicação sistêmica e teleológica dos princípios constitucionais e trabalhistas (princípio protetor e princípio da irrenunciabilidade do Direito do Trabalho, em especial, os art. 468, *caput*, e art. 9º, CLT). A essência normativa do Direito estar em ser protetiva. Não é porque estamos em uma época de crise, que o trabalhador sofrerá, sem ter o direito de reivindicar, as pressões do empregador, diante de uma alteração contratual imposta, que de bilateral nada o é, a não ser um papel assinado pelas partes (empregado e empregador). Em suma, é válida a opção legislativa, contudo, cada caso há de ser analisado face a principiologia informativa do Direito do Trabalho.

De forma simplista e insatisfatória, para o enfrentamento aos diversos problemas econômicos e trabalhistas, a MP, de forma exemplificativa, prevê: (a) o teletrabalho; (b) a antecipação de férias individuais; (c) a concessão de férias coletivas; (d) o aproveitamento e a antecipação de feriados; (e) o banco de horas; (f) a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; (g) o direcionamento do trabalhador para qualificação; (h) o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) (art. 3º).

Como dito, o elenco legal é exemplificativo, logo, a priori, o teor das alterações pode alcançar quanto outra temática ou grupos de temáticas relacionadas com o Direito do Trabalho.

TELETRABALHO

Durante o estado de calamidade pública, o empregador unilateralmente (*ius variandi*) poderá alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho (art. 4º, *caput*, MP).

Apesar da regra específica para o teletrabalho (art. 4º), a própria MP prevê que os empregados e empregadores poderão celebrar acordos individuais para as questões de natureza trabalhista (art. 2º) e também exige um contrato escrito ou mesmo aditivo contratual em relação à aquisição e manutenção de equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada para o trabalho remoto (art. 4º, § 3º). O que parece um pouco mais adequado ao sistema de proteção trabalhista (art. 468, CLT).

Na estrutura da CLT, a transformação da prestação de serviços de presencial para a modalidade teletrabalho exige o ajuste bilateral individual (art. 75-C, § 1º, CLT). Já o retorno ao módulo presencial, o que pode ser feito por imposição unilateral do empregador (art. 75-C, § 2º).

A alteração contratual unilateral deve ser comunicada ao empregado com antecedência de, no mínimo, 48 horas, por escrito ou por meio eletrônico (art. 1º, § 2º, MP 927).

Para o legislador consolidado, a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho é cláusula expressa do contrato de trabalho e, portanto, deverá ser por escrito, com as especificações de quais atividades serão realizadas pelo empregado (art. 75-C, *caput*). O prazo mínimo para a alteração contratual é de 15 dias (art. 75-C, § 2º).

Para o legislador da MP 927, teletrabalho é o trabalho remoto ou trabalho a distância em que a prestação de serviços ocorre preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, sem o direito a percepção de horas extras (art. 62, III, CLT) (art. 4º, § 1º).

Há uma certa identidade do indicado na MP com a previsão consolidada (art. 75-B), ou seja, o teletrabalho caracteriza-se pela prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. O parágrafo único do art. 75-B possibilita que o teletrabalhador também possa exercer atividades nas dependências da empresa.

Quanto à jornada de trabalho, não só pela MP 927, como pelo legislador consolidado (art. 62, III), o teletrabalhador não tem direito à percepção de horas extras. Porém, a existência ou não de jornada suplementar para o teletrabalhador haverá de ser constatada em função do caso concreto (princípio da primazia da realidade), analisando-se, por exemplo: a existência de ferramentas de controles de horário, o número de horas dispendido para a realização das tarefas; o tempo para a realização de cada tarefa; o prazo estipulado para a entrega da tarefa; o número de toques, programas de controle de acesso e de jornada de trabalho etc. Somente em face das peculiaridades de cada situação é que se pode dizer se o teletrabalhador possui ou não um controle indireto sobre a sua prestação diária dos serviços e, conseqüentemente, deverá ser remunerado pela jornada extraordinária realizada.

Além disso, a MP assegura que o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo. Por regra, não há direito a nenhum regramento especial de critério de regime de duração de trabalho para o teletrabalho, exceto se houver previsão expressa em acordo individual ou coletivo.

No que se refere à estrutura material necessária à prestação de serviços, como equipamentos tecnológicos, software etc., importante lembrar que os custos da prestação de serviços sempre são do empregador (art. 3º e art. 458, § 2º, I, CLT). Pela CLT (art. 75-D) e pela própria MP 927, as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de 30 dias, contado da data da mudança do regime de trabalho (art. 4º, § 3º).

Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho

remoto ou do trabalho a distância: (a) o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; (b) na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador (art. 4º, § 4º, I e II).

Pode parecer, *a priori*, que há um conflito de normas (art. 4º, § 4º, II, colida com o disposto nos §§ 1º e 5º), contudo, não há essa colisão. Quando o empregador não conceder as ferramentas, o teletrabalhador, mesmo diante da não possibilidade do exercício das suas tarefas, terá direito a remuneração equivalente à sua jornada normal de trabalho.

De acordo com MP (art. 33), não se aplicam aos trabalhadores em regime de teletrabalho as regulamentações sobre trabalho em teleatendimento e telemarketing (arts. 227 a 230, CLT).

ANTECIPAÇÃO DE FÉRIAS INDIVIDUAIS

Durante o período de excepcionalidade, o empregador informará ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, 48 horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado (art. 6º, *caput*, MP 927). A CLT prevê que o empregado deve ser avisado previamente com, no mínimo, 30 dias de antecedência (art. 135, *caput*).

Quanto ao período mínimo, as férias não poderão ser gozadas em períodos inferiores a cinco dias corridos (art. 6º, § 1º, I; MP), podendo ser concedidas por ato do empregador, ainda que o período aquisitivo a elas relativo não tenha transcorrido (art. 6º, § 1º, II). Razoáveis os termos da flexibilização legal das férias individuais, visto que permite o afastamento do trabalhador, sem prejuízo dos seus salários, contudo, com a possibilidade de que tais dias sejam deduzidos de suas férias, seja em termos de períodos aquisitivos completos como incompletos.

De forma adicional, o empregado e o empregador poderão negociar a antecipação de períodos futuros de férias, mediante acordo individual escrito (art. 6º, § 2º). Não se vê com bons olhos essa possibilidade ilimitada de antecipação. Se o período de calamidade durar vários meses, o empregado ficará vários anos sem a possibilidade de um descanso anual, o que seguramente será, no futuro, prejudicial para a sua saúde. Faltou uma regra que conjugasse os interesses da empresa e a saúde do emprego.

Na estrutura da CLT (art. 134, § 1º), por exceção, o período de 30 dias corridos poderá ser fracionado em três lapsos temporais distintos, desde que haja concordância do empregado, sendo que um deles não poderá ser inferior a catorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um. Por outro lado, é vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado (art. 134, § 2º).

Os trabalhadores que pertençam ao grupo de risco do coronavírus serão priorizados para o gozo de férias, individuais ou coletivas (art. 6º, § 3º, MP). A medida é insuficiente para os trabalhadores do grupo vulnerável, na medida em que eles deveriam ser imediatamente afastados do ambiente de trabalho.

O empregador poderá suspender as férias ou licenças não remuneradas dos profissionais da área de saúde ou daqueles que desempenhem funções essenciais, mediante comunicação formal da decisão ao trabalhador, por escrito ou por meio

eletrônico, preferencialmente com antecedência de 48 horas (art. 7º. MP). A regra compatível e se mostra necessária com o momento atual de crise social e econômica.

O pagamento da remuneração das férias poderá ser efetuado até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do período de descanso anual (art. 9º, MP). Em relação ao pagamento do acréscimo constitucional (1/3 sobre as férias), o empregador poderá optar por efetuar o pagamento do acréscimo após sua concessão, até a data em que é devida a gratificação natalina (13º salário) (art. 1º, Lei 4.749/65), ou seja, até o dia 20 de dezembro (art. 8º, MP). Assim, não se aplica o prazo de pagamento das férias previsto na CLT (até dois dias antes do início das férias) (art. 145, *caput*, CLT; Súmula 450, TST).

O eventual requerimento por parte do empregado de conversão de um terço de férias em abono pecuniário (até 10 dias trabalhados) estará sujeito à concordância do empregador (art. 8º, parágrafo único, MP).

Em havendo a extinção do pacto laboral, os valores ainda não adimplidos relativos ao descanso anual deverá ser feito juntamente com o pagamento das demais verbas rescisórias (art. 10, MP 927).

FÉRIAS COLETIVAS

A seu critério, o empregador poderá conceder férias coletivas e deverá notificar o conjunto de empregados afetados com antecedência de, no mínimo, 48 horas, não aplicáveis o limite máximo de períodos anuais e o limite mínimo de dias corridos previstos na legislação consolidada (art. 11, MP 927). As comunicações legais prévias previstas na CLT ao Ministério da Economia e a comunicação aos sindicatos representativos da categoria profissional (art. 139, § 2º e § 3º), durante o período de calamidade pública, estão dispensadas (art. 12, MP 927).

As regras são válidas, visto que o empregado se afasta do local de trabalho, contudo, sem prejuízo dos seus salários.

Comparando as regras da MP com os dispositivos consolidados, na estrutura da CLT tem-se que:

a) é facultada ao empregador (ato unilateral) a concessão de férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou ainda setores da empresa (art. 139, CLT). O empregador não necessita consultar os empregados a respeito da data da concessão das férias coletivas (art. 136). A concessão das férias coletivas ocorre quando se tem a queda no volume da produção, o que é comum nas montadoras, como também no período do Natal até o Ano Novo;

b) as férias coletivas poderão ser divididas em dois períodos, desde que nenhum deles seja inferior a 10 dias (art. 139, § 1º, CLT). Para o empregado estudante, menor de 18 anos, as férias devem coincidir com o período escolar (art. 136, § 2º), logo, o empregador não tem como obrigá-lo a sair de férias coletivas, exceto se houver a coincidência com as suas férias escolares. No caso da concessão das férias coletivas em período diverso das escolares, as mesmas devem ser consideradas como licença remunerada. Nessa hipótese, as férias normais serão gozadas juntamente com as férias escolares, respeitando-se o período concessivo. As faltas do empregado no curso do período aquisitivo não podem ser descontadas das férias coletivas (art. 130, § 1º). Para os empregados contratados pelo regime de tempo parcial, também poderá haver a concessão das férias coletivas. No caso dos membros de uma família, os quais prestem serviços no mesmo estabelecimento ou empresa,

de acordo com o art. 136, § 1º, se assim o desejarem, terão direito a gozar férias coletivas no mesmo período, exceto se não resultar prejuízo para o serviço;

c) o empregador deverá comunicar ao órgão local da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (extinto Ministério do Trabalho), com a antecedência mínima de 15 dias, as datas de início e fim das férias coletivas, precisando quais os estabelecimentos ou setores abrangidos pela medida. Em igual prazo, o empregador enviará cópia da aludida comunicação aos sindicatos representativos da respectiva categoria profissional e providenciará a afixação de aviso nos locais de trabalho (art. 139, §§ 2º e 3º, CLT).

As microempresas e empresas de pequeno porte estão desobrigadas de fazer a comunicação à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (art. 51, V, LC 123/06).

A inobservância dessas formalidades (comunicação e notificação ao sindicato) não gera a nulidade quanto à concessão das férias coletivas, porém, a empresa estará sujeita à sanção administrativa cabível.

DO APROVEITAMENTO E DA ANTECIPAÇÃO DE FERIADOS

Do ponto de vista da legislação brasileira, os feriados podem ser civis ou religiosos. Os civis são: (a) os declarados em lei federal; (b) a data magna do Estado fixada em lei estadual; (c) os dias de início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal (art. 1º, I a III, Lei nº 9.093/95).

Os dias destinados aos feriados civis, de acordo com a legislação federal, correspondem: a) 1º de janeiro (Dia da Paz Mundial, Lei nº 662/49); b) 21 de abril (Tiradentes, Lei nº 662); c) 1º de maio (Dia do Trabalho, Lei nº 662); d) 7 de setembro (Independência do Brasil, Lei nº 662); e) 12 de outubro (Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil, Lei nº 6.802/80); f) 2 de novembro (Dia de Finados, Lei nº 662); g) 15 de novembro (Proclamação da República, Lei nº 662); h) 25 de dezembro (Natal, Lei nº 662).

Por sua vez, os feriados religiosos são os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a 4, nestes incluída a Sexta-Feira da Paixão (art. 2º, Lei nº 9.093/95). Nesses feriados, geralmente, tem-se a inclusão do dia de fundação dos próprios Municípios.

Além dos feriados mencionados, outros não podem ser criados, exceto se for o caso de uma nova lei federal.

Em vários Municípios, o Dia da Consciência Negra também é feriado (20 de novembro).

Pela estrutura da MP, empregadores poderão antecipar o gozo de feriados não religiosos federais, estaduais, distritais e municipais e deverão notificar, por escrito ou por meio eletrônico, o conjunto de empregados beneficiados com antecedência de, no mínimo, 48 horas, mediante indicação expressa dos feriados aproveitados (art. 13, *caput*). Já quanto aos feriados religiosos, o aproveitamento dependerá de concordância do empregado, mediante manifestação em acordo individual escrito (art. 13, § 2º).

As regras são válidas, visto que o empregado se afasta do local de trabalho, contudo, sem prejuízo dos seus salários. Porém, deveria ocorrer um limite temporal para fins de aproveitamento dos feriados. Sem isso, o empregado pode ter que compensar os feriados por vários anos seguidos, visto que irá laborar tantos feriados quantos sejam os dias não laborados durante o período da pandemia.

Por fim, os feriados não religiosos poderão ser utilizados para compensação do saldo em banco de horas (art. 13, § 1º). Os feriados antecipados poderão ser compensados com eventual saldo positivo acumulado no sistema de banco de horas.

SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO (BANCO DE HORAS)

Estão autorizadas a interrupção das atividades pelo empregador e a constituição de regime especial de compensação de jornada, por meio de banco de horas, em favor do empregador ou do empregado, estabelecido por meio de acordo coletivo ou individual formal, para a compensação no prazo de até 18 meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública (art. 14, *caput*, MP 927).

A CLT somente permite a compensação, em se tratando de banco horas, até o limite de seis meses (banco de horas individual, art. 59, § 5º) ou até o limite de doze meses (banco de horas coletivo, art. 59, § 2º).

A compensação de tempo para recuperação do período interrompido poderá ser feita mediante prorrogação de jornada em até duas horas, que não poderá exceder dez horas diárias (art. 14, § 1º, MP 927). Citada regra está em sintonia com a CLT (art. 59, § 2º).

O critério de como se dará a compensação do saldo de horas fica a critério do empregador, independentemente de convenção coletiva ou acordo individual ou coletivo (art. 14, § 2º, MP 927). Apesar de muitas vezes isso ser a realidade, essa regra não é razoável dentro da lógica de proteção trabalhista e precisa ser repensada. Se é exigível o acordo para estabelecer a compensação, claro está que a forma da compensação estará delimitada no próprio acordo, assim, citada regra não poderá ser invocada, ante os termos da regra pactuada (art. 468, CLT, se o acordo for individual; art. 7º, XXVI, CF, valorização da autonomia privada coletiva).

A SUSPENSÃO DE EXIGÊNCIAS ADMINISTRATIVAS EM SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO

Durante o período da calamidade pública, fica suspensa a obrigatoriedade de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, exceto do exame demissional (art. 15, *caput*, MP 927). É uma forma de evitar que o empregado tenha que frequentar ambientes propensos ao contágio pelo coronavírus.

A regra é de que se tem a suspensão dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, os quais são exigidos legalmente (art. 168, CLT), com exceção do demissional, cuja exigência regular pode ser dispensada caso o empregado tenha realizado o exame ocupacional há menos de 180 dias (art. 15, § 3º).

Após o encerramento do estado de calamidade pública, os exames serão realizados no prazo de 60 dias (art. 15, § 1º). Nada obsta, mediante parecer médico, que o exame não seja postergado, como forma de se evitar prejuízo à saúde do trabalhador.

Na hipótese de o médico coordenador de programa de controle médico e saúde ocupacional considerar que a prorrogação representa risco para a saúde do empregado, o médico indicará ao empregador a necessidade de sua realização (art. 15, § 2º).

Também fica suspensa a obrigatoriedade de realização de treinamentos periódicos e eventuais dos atuais empregados, previstos em normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho (art. 16, *caput*, MP 927). É uma forma de evitar que o empregado tenha que frequentar ambientes propensos ao contágio pelo coronavírus.

Os treinamentos serão realizados no prazo de 90 dias, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública (art. 16, § 1º).

Em época de inovações tecnológicas, nada obsta que os treinamentos sejam realizados na modalidade de ensino à distância, contudo, caberá ao empregador observar os conteúdos práticos, de modo a garantir que as atividades sejam executadas com segurança (art. 16, § 2º).

As comissões internas de prevenção de acidentes (CIPA) poderão ser mantidas até o encerramento do estado de calamidade pública e os processos eleitorais em curso poderão ser suspensos (art. 17).

O DIFERIMENTO DO RECOLHIMENTO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

Nos termos do art. 19, *caput*, MP 927, fica suspensa a exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências de março a maio de 2020.

Tal regra se aplica a todas as empresas, inclusive empregadores domésticos, que poderão fazer uso da prerrogativa independentemente: a) do número de empregados; b) do regime de tributação; c) da natureza jurídica; d) do ramo de atividade econômica; e) da adesão prévia (art. 19, parágrafo único, I a V).

Por se tratar de mera suspensão, a regra legal não fere o direito social do FGTS, como previsto no art. 7º, III, na medida em que o direito do trabalhador está preservado.

Os recolhimentos legais serão realizados de forma parcelada, sem a incidência da atualização, da multa e dos encargos (art. 22, Lei nº 8.036/90) (art. 20, *caput*, MP 927), sendo que o pagamento será quitado em até seis parcelas mensais, com vencimento no sétimo dia de cada mês, a partir de julho de 2020 (art. 15, *caput*, Lei nº 8.036) (art. 20, § 1º, MP 927).

Para usufruir do diferimento do FGTS (parcelas de março, abril e maio/2020) (art. 20, § 2º, I e II, MP 927), o empregador está obrigado a declarar as informações até a data de 20 de junho de 2020. Trata-se de um prazo peremptório para a aquisição do direito à moratória parcial e temporária quanto as parcelas fundiárias de março a maio de 2020. As informações levam a: a) constituir declaração e reconhecimento dos créditos delas decorrentes; b) caracterizar confissão de débito; c) constituir instrumento hábil e suficiente para a cobrança do crédito de FGTS; d) considerar os valores não declarados em atraso, obrigando, assim, o empregador ao pagamento integral da multa e dos encargos (art. 22, Lei nº 8.036) (art. 20, § 2º, I e II, MP 927).

Em caso de extinção do contrato de trabalho, de forma automática, fica rompida a moratória prevista no art. 19, MP 927, sendo que o empregador ficará obrigado: a) ao recolhimento dos valores correspondentes, sem incidência da multa e dos encargos devidos, caso seja efetuado dentro do prazo legal estabelecido para sua realização, inclusive, com a antecipação do vencimento quanto as parcelas vincendas; b) ao depósito dos valores próprios da rescisão contratual (art. 21, MP 927).

ESTABELECEMENTOS DE SAÚDE E A JORNADA DE TRABALHO

Para os estabelecimentos de saúde e os seus empregados, é permitido, mediante acordo individual escrito, mesmo para as atividades insalubres e para a jornada de 12x36 (art. 26, I e II, MP 927):

a) prorrogação da jornada na forma do art. 61, CLT, em caso de necessidade imperiosa, o elastecimento da jornada legal ou convencionada, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto. A jornada pode ser prorrogada em até 4 horas diárias (art. 61, § 2º);

b) adoção de escalas de horas suplementares entre a 13ª e a 24ª hora do intervalo interjornada, sem que haja penalidade administrativa, garantido o repouso semanal remunerado (art. 67, CLT). A regra legal autoriza a adoção de escalas de trabalho, reduzindo o intervalo interjornadas. Isso significa que a empresa poderia criar escalas, exemplificativamente, de 12x14 ou 12x16, em evidente prejuízo à saúde física e mental do trabalhador. Nesta hipótese, o empregado teria um repouso mínimo semanal de 24 horas consecutivas.

As horas suplementares computadas poderão ser compensadas, no prazo de 18 meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública, por meio de banco de horas ou remuneradas como hora extra (art. 27, Medida Provisória nº 927).

O CORONAVÍRUS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Nos termos da MP 927, os casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal (art. 29, MP 927).

Do ponto de vista legal, se houver o contágio no ambiente de trabalho, a doença ser considerada com uma doença do trabalho (art. 20, Lei nº 8.213).

Contudo, é temerário e precoce a afirmativa de que o empregador possa vir a ser responsabilizado por acidente de trabalho ou doença do trabalho, caso o seu empregado tenha algum tipo de incapacidade ou venha a óbito em decorrência da patologia.

Os sintomas do coronavírus não se entrelaçam necessariamente com as condições efetivas do meio-ambiente do trabalho, sendo que o seu contágio pode ocorrer em qualquer local.

Não há um regramento legal específico para o empregador adote medidas de segurança e saúde específicas para essa patologia.

Assim, se o empregador adotar os cuidados gerais recomendados pelo Ministério da Saúde e pelas normas trabalhistas, não vemos como poderá ser responsabilizado civil por eventual contágio ocorrido no ambiente de trabalho.

Contudo, em alguns casos específicos, dependendo do local de trabalho e das atividades exercidas, tem-se a possibilidade da caracterização da responsabilidade civil objetiva do empregador, precipuamente, para os trabalhadores da área da saúde (art. 927, CPC). É evidente que há situações peculiares, em que se tem a presunção plena dos requisitos da responsabilidade civil, em especial, pelo risco profissional ou pelo risco criado pela atividade econômica.

ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS

Os acordos e as convenções coletivas vencidos ou vincendos, no prazo de 180 dias, contado da data de entrada em vigor MP 927 (dia 22.03.2020), poderão ser

prorrogados, a critério do empregador, pelo prazo de 90 dias, após o termo final deste prazo (art. 31, MP 927).

ATUAÇÃO AO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO

Durante o período de 180 dias, contado da data de entrada em vigor da MP, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora, exceto quanto às seguintes irregularidades: a) falta de registro de empregado, a partir de denúncias; b) situações de grave e iminente risco, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas à configuração da situação; c) ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas às causas do acidente; d) trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil (art. 31, MP 927).

APLICAÇÃO RETROATIVA DA MP 927

Por previsão expressa, o legislador entendeu por bem considerar convalidadas as medidas trabalhistas adotadas por empregadores que não contrariem a MP tomadas no período dos 30 dias anteriores à data de sua entrada em vigor (art. 36, MP).

De longa data, se admite que a lei tenha efeitos retroativos, mas sempre preservando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

O efeito *ex tunc* trazido pela MP exige razoabilidade e cautela por parte dos operadores do Direito e poderá gerar inúmeros debates, pois constitucionalmente se tem o princípio da irretroatividade das normas jurídicas (art. 5º, XXXVI, CF).

Assim, a aplicação automática de todas as regras trazidas pela MP 927 não é simples e merece cautela.

Não se pode, de forma automática, admitir a aplicação da MP aos fatos anteriores a sua própria existência, sob pena de se convalidar violações aos direitos sociais dos trabalhadores. Os fatos ocorridos antes da MP devem ser analisados com razoabilidade e à luz da ordem jurídica vigente à época.

Dessa forma, o citado dispositivo pode ser analisado pelo prisma de que as alterações contratuais ocorridas antes da MP e que se coadunam com a estrutura normativa da nova regra legal, de forma concreta, devem ser convalidadas, contudo, para fatos posteriores a vigência da MP. 

ARQUIVO PESSOAL



FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO é Desembargador Federal do Trabalho (TRT 2ª Região). Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP. Autores de diversos livros e artigos jurídicos, entre eles, *Direito do Trabalho* (9. ed., 2018), *Direito Processual do Trabalho* (8. ed., 2018) e *Prática Jurídica Trabalhista* (11. ed., 2020), pela Editora Atlas.

ARQUIVO PESSOAL

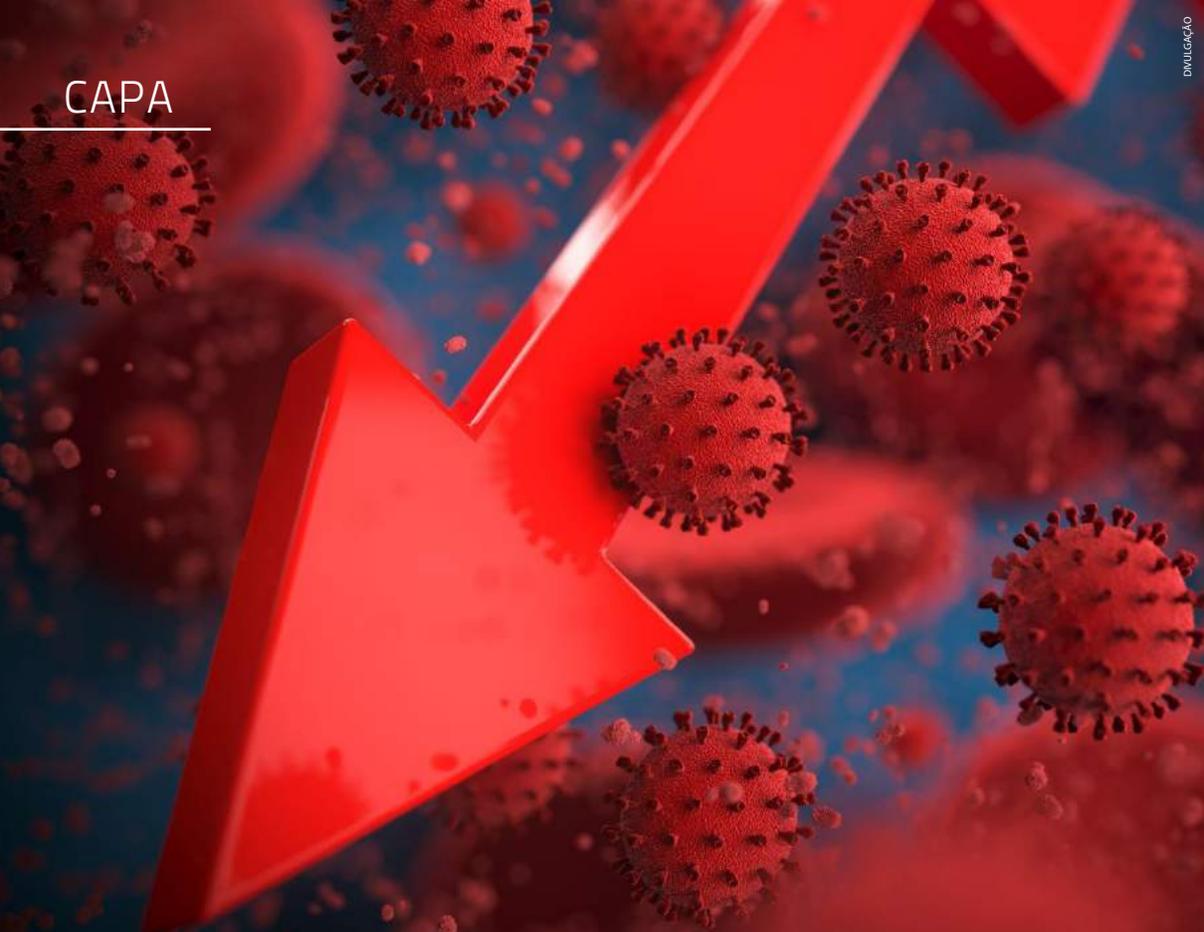


JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa), no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e outros diversos cursos. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

ARQUIVO PESSOAL



LETÍCIA COSTA MOTA WENZEL é Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Curso de Pós-Graduação Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Assessora de Desembargador – TRT 2ª Região.



Redução de tributos, uma ferramenta óbvia Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19

■ POR ARIANE COSTA GUIMARÃES, GLAUCIA LAULETTA FRASCINO E ISABEL BUENO

“Há uma certeza diante deste cenário de incertezas: é imprescindível o engajamento dos atores políticos para ajustar a legislação, de modo a acomodar as necessárias isenções e remissões tributárias, que, mais do que recomendáveis, são fundamentais para superarmos a crise da saúde e da economia.”

O coronavírus mudará o rumo da história mundial. Seus impactos não têm precedentes. Ao Brasil, incumbe priorizar as medidas de contenção à disseminação da doença e à proteção da saúde dos mais vulneráveis, mas há outra responsabilidade que lhe cabe: preservar a “saúde” das empresas e, assim, dos empregos. A redução ou eliminação de tributos, ainda que temporariamente, é uma das ferramentas óbvias e que deve ser utilizada em momentos graves como este.

O Ministério da Economia vem anunciando antecipações de pagamentos a aposentados e pensionistas, além de facilitação de desembaraço aduaneiro de produtos médicos. Provê-se recursos para uma parcela frágil da população e adotam-se medidas de desburocratização para gerar recursos de saúde.

Em relação a medidas tributárias, o governo vai diferir, em três meses, o pagamento do FGTS e do Simples, e reduzir em 50% a contribuição ao Sistema “S”, além de zerar as alíquotas de importação e de IPI para produtos médico-hospitalares e bens necessários ao combate à Covid-19. Medidas acertadas e necessárias, mas que podem se mostrar insuficientes para que superemos a crise com os menores danos possíveis.

O exemplo de fora do país pode ser elemento importante nessa discussão. A União Europeia já anunciou flexibilização das regras de endividamento nacional, permitindo, assim, gastos acima da receita na Itália. O Reino Unido também lançou um plano de estímulo econômico de 30 bilhões de libras, e o novo ministro das Finanças anunciou frentes para auxílio no fluxo de caixa, incluindo suspensão por um ano do imposto sobre a propriedade de pequenas empresas. Nos EUA, o presidente Donald Trump avisou que solicitará ao Parlamento a aprovação de isenção de impostos sobre a folha de pagamentos.

O Brasil não deveria dispensar medidas semelhantes. O país possui tributos que incidem sobre o lucro e sobre a receita. Isso significa que resultados negativos podem eliminar a tributação sobre o lucro, mas mantêm a oneração sobre a receita, mesmo que esta grandeza venha a ser reduzida nominalmente. Sem falar nos encargos sobre a folha de salários, que continuam sendo devidos ainda que trabalhadores estejam afastados ou reclusos.

Num país que já possuía cerca de 13 milhões de desempregados antes da atual crise do coronavírus, a desoneração da contratação formal de trabalhadores deve ser pensada como política para a proteção dos empregos e para minimizar impactos econômicos negativos nos negócios e na vida das pessoas.

As indiscutíveis relevância e urgência desse tipo de ação justificam a utilização de medida provisória para a concessão de isenções e remissões de tributos sobre a folha de pagamentos (incluindo contribuição ao INSS e a terceiros).

Em um momento crítico como este, muita coisa pode ser feita. É fundamental que a saúde e a integridade dos indivíduos sejam preservadas, e a manutenção de empregos é crucial para isso. Há uma certeza diante deste cenário de incertezas: é imprescindível o engajamento dos atores políticos para ajustar a legislação, de modo a acomodar as necessárias isenções e remissões tributárias, que, mais do que recomendáveis, são fundamentais para superarmos a crise da saúde e da economia. O governo possui as ferramentas para tanto e pode agir. Essa é a nossa esperança. 



ARIANE COSTA GUIMARÃES é Especialista em Direito Tributário e sócia do escritório Mattos Filho.



GLAUCIA LAULETTA FRASCINO é Especialista em Direito Tributário e sócia do escritório Mattos Filho.



ISABEL BUENO é Especialista em Direito Tributário e sócia do escritório Mattos Filho.



O equívoco da imposição de cobertura do teste do COVID 19 às operadoras de planos de saúde

■ POR FERNANDO BIANCHI

“Não é razoável impor mais essa obrigação não contemplada nos cálculos atuariais, que lastreiam os preços dos contratos de planos de saúde, para atender uma necessidade circunstancial, sob pena de abalo do sistema de assistência privada como um todo. Portanto, cabe ao Estado editar e fiscalizar protocolos de correta elegibilidade para a realização dos referidos testes, bem como arcar com os custos de sua operacionalização.”

Com a pandemia do corona vírus declarada pela OMS – Organização Mundial da Saúde –, não demorou para que se passasse a sustentar que a responsabilidade pelos custos do respectivo teste para sua detecção fosse imputado às operadoras de planos de saúde.

Não obstante o clamor público da situação, sob uma análise técnica, tal obrigação de cobertura não deveria existir.

Historicamente, tanto antes como após a Lei dos Planos de Saúde – Lei nº 9.656/98 –, situações de epidemias, pandemias, cataclismas, desastres naturais e congêneres sempre foram cláusulas de exclusão de coberturas dos planos de saúde.

Ademais, medidas de saúde pública jamais foram de responsabilidade direta das operadoras privadas, tanto que campanhas de combate a outras epidemias, como o fornecimento de vacinas à população, não têm cobertura imputada aos planos de saúde.

Até porque, diferentemente do que ocorre em outros países, conforme previsão constitucional, o Estado Brasileiro tem a obrigação de prestação de saúde integral.

Portanto, em verdade, a obrigação de custeio dos testes de detecção do corona vírus deveria recair, exclusivamente, sobre o Estado e não sobre os planos de saúde privados.

Importante destacar que a própria Lei nº 13.979/20, que trata das medidas de enfrentamento do surto do corona vírus, prevê em seu art. 3º, § 2º, II o direito do paciente de receber tratamento gratuito a ser prestado pelo estado. Logo, as operadoras não deveriam ser instadas a arcarem com tal custo.

Já a Portaria do MS nº 356 de 11.320, que regulamenta a Lei nº 13.979/20, em seu art. 8º dispõe expressamente que os exames de diagnóstico do corona vírus realizados em laboratórios privados, devem ser validados por laboratórios de referência nacional. Tal previsão implica na ausência de utilidade na imposição às operadoras de planos de saúde, de prestarem cobertura dos custos do exame junto a sua rede privada de laboratórios, considerando que tal análise deveria ser feita diretamente pelos laboratórios de referência nacional indicados na citada legislação as custas do Estado.

Importante lembrar que nem mesmo a figura do ressarcimento ao SUS se aplicaria ao caso, já que não há previsão de cobertura contratual nos contratos de plano de saúde para tal exame.

Por outro prisma, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, restou pacificada a natureza taxativa do rol de procedimento da ANS, ou seja, a não obrigatoriedade de cobertura de procedimentos que não tenham expressa previsão.

A adoção de medidas circunstanciais no âmbito regulatório, como por exemplo, a criação de DUT – Diretrizes de Utilização – sobre cobertura de procedimento inexistente ou antecipação de atualização do rol de procedimentos obrigatórios da ANS, feita pela RN/ANS nº 453, que a rigor ocorre a cada dois anos, fere princípios legais.

Outra questão relevante é a reação da grande massa populacional diante de situações de epidemias. Se forma um desespero geral que, sob a garantia de ausência de custo para o beneficiário do plano, provoca utilização desenfreada e sem efetiva necessidade ou correta indicação médica, congestionando os centros diagnósticos e provocando colapso e deficiência dos recursos para os casos com efetiva indicação.

O desequilíbrio da equação econômica financeira do contrato de planos de saúde será uma realidade, pois com pouca oferta e grande demanda os respectivos custos dos referidos testes serão inflacionados, causando grande abalo na capacidade assistencial para os demais usuários do sistema de saúde privada.

Não é razoável impor mais essa obrigação não contemplada nos cálculos atuariais, que lastreiam os preços dos contratos de planos de saúde, para atender uma necessidade circunstancial, sob pena de abalo do sistema de assistência privada como um todo.

Portanto, cabe ao Estado editar e fiscalizar protocolos de correta elegibilidade para a realização dos referidos testes, bem como arcar com os custos de sua operacionalização. 



FERNANDO BIANCHI é Advogado Especialista em Direito Médico e da Saúde, Sócio da Miglioli e Bianchi Advogados e Ex Membro das Comissões de Direito Médico e de Planos de Saúde – OAB/SP.



Chega de Golpes!

■ POR FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO

“Fica o alerta de que criminosos estão se aproveitando deste momento de caos mundial e de pânico, para multiplicar suas vítimas. E, somente através da informação verdadeira, do cuidado redobrado e do conhecimento de como estes crimes estão sendo cometidos, é que se poderá minimizar a quantidade de vítimas e os efeitos destes golpes.”

Este título traduz o desabafo de uma sociedade que já não suporta mais ser bombardeada, diariamente, com imensa quantidade de tentativas de golpes.

Nem mesmo neste momento de crise mundial, com a pandemia do coronavírus (Covid-19), os golpistas param de criar novas formas de cometer crimes e prejudicar as pessoas.

Ao que parece, nestes últimos anos, as tentativas de golpes tem aumentado, especialmente em razão das facilidades que a internet tem trazido para o cometimento destes crimes.

A própria Organização Mundial da Saúde (OMS) tem sido vítima de cybercriminosos, que usam o seu símbolo para aplicar golpes financeiros, com a solicitação de doações, utilizando-se da credibilidade e do trabalho desenvolvido contra o coronavírus, por esta respeitada entidade, para enganar suas vítimas.

No Brasil, há relatos de crimes que foram cometidos por indivíduos que se passaram por integrantes de equipe para a coleta domiciliar de exame do novo coronavírus, de um renomado hospital, se aproveitando da atual vulnerabilidade da sociedade, para realizar assaltos em residências.

Os crimes ocorreram após a localização, na internet, de um falso telefone deste hospital. Então, os golpistas agendaram a falsa realização da coleta domiciliar, por meio de aplicativo de troca de mensagens instantâneas. Porém, após entrarem na residência da vítima, foi anunciado o roubo.

Este próprio hospital, devido ao número de golpes, fez um alerta em suas redes sociais, advertindo que seus colaboradores, que realizam a coleta domiciliar, sempre utilizam uniforme e crachá, na tentativa de evitar que novos casos, com este mesmo *modus operandi*, ocorram.

Há também o golpe através de aplicativo de celular, que promete apresentar um mapa interativo e dados estatísticos sobre o novo coronavírus, todavia, na verdade, trata-se de golpe que se utiliza de *malware (ransoware)*, que irá criptografar os dados do celular da vítima, e solicitar um resgate, em bitcoins, para o desbloqueio do aparelho.

Como se não bastasse, está sendo divulgado um *link* falso para cadastro, que promete o envio gratuito, a quem se cadastrar, de frasco de álcool em gel. Este *link*, que já foi desmentido pela empresa que está produzindo o álcool em gel, na verdade, buscam captar os dados das vítimas, para utilizá-los em golpes futuros.

Interessante notar que, apesar do acréscimo de formas e da quantidade de tentativas de golpes neste momento de pandemia, mesmo em momentos mais tranquilos, esta já é uma realidade enfrentada por todos, seja *online* ou mesmo *offline*.

Essas tentativas vão desde o recebimento de um boleto falso, até mesmo a formas mais complexas de golpes, como o convite para eventos inexistentes de pessoas famosas, a substituição do código de barras da guia de pagamento, realizada por um programa malicioso, e até mesmo pedidos de auxílios falsos, ou seja, os criminosos não se cansam de tentar enganar a todos.

Curioso observar que alguns dos golpes se adequam ao momento vivido, como no presente caso do coronavírus, ou ao calendário anual de obrigações, começando com os carnês falsos de IPTU, que são recebidos desde o início do ano, e passando pelas falsas comunicações da Receita Federal, cobrando algum tributo inexistente (especialmente nesta época de entrega de Declaração do Imposto de Renda).

Já outros são atemporais, desde o clássico *phishing* (através de e-mail falso com solicitação para atualizar o *token* da instituição bancária, por exemplo), até os mais modernos, com a invasão de aplicativos de mensagens e a solicitação de envio de dinheiro, feita através um número de celular conhecido.

Portanto, fica o alerta de que criminosos estão se aproveitando deste momento de caos mundial e de pânico, para multiplicar suas vítimas. E, somente através da informação verdadeira, do cuidado redobrado e do conhecimento de como estes crimes estão sendo cometidos, é que se poderá minimizar a quantidade de vítimas e os efeitos destes golpes, especialmente neste momento tão sofrido da humanidade. 



FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO é Advogado Criminalista, Mestrando em Direito Penal na USP, pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal), com Especialização pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), integrou o Conselho Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (2018) e foi Conselheiro Estadual da OAB/SP (gestão 2016-2018).

Compliance Officer: A Missão

■ POR DAVID RECHULSKI

Desde o advento da lei anticorrupção brasileira, a posição do *Compliance Officer* adquiriu um protagonismo nunca antes tão destacado em nosso país. Se antes este profissional era responsável, preponderantemente, por polícias antifraudes, sobretudo em empresas não transnacionais, hoje ele tem sob sua gestão a coordenação e implementação de políticas de integridade indispensáveis para a própria sobrevivência das corporações, pois sua função engloba a ampla mitigação de riscos legais, não só para a Companhia, como, também, para a própria administração pública e a sociedade civil em face da empresa.

E, para tanto, uma das formas mais eficazes que se pode contemplar é considerar o desenvolvimento de políticas que alcancem também o *Criminal Compliance*, buscando evitar a subsunção de ações ou omissões potencialmente factíveis no ambiente corporativo aos tipos penais previstos em lei.

Contudo, a adoção desta natureza de medidas ainda enfrenta alguma resistência no âmbito empresarial, uma vez que, até pouco tempo atrás, não havia qualquer tradição de investimentos em algo considerado como risco remoto. Não obstante, o risco está muito mais perto do que se pode supor, o que se percebe a medida em que há um contínuo anseio punitivista, que tomou conta de nossa sociedade de tal modo, que, enquanto o pêndulo não se reequilibrar, arrastará inocentes pelo



caminho da persecução penal, pois se tem visto que as presunções acusatórias estão sendo tratadas como vizinhas da certeza!

Logo, para a devida avaliação dos riscos corporativos nesse cenário, exsurge com notória importância avaliar-se a omissão penalmente relevante e as teorias da cegueira deliberada e do domínio do fato.

A figura da omissão penalmente relevante está prevista no art. 13, § 2º, do Código Penal, e se aplica quando o omitente poderia e deveria agir para evitar o resultado, quedando-se inerte. De acordo com o Código Penal, tal dever incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância; a quem criou, com seu comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado; ou a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado lesivo e nada fez para tanto.

“A prevenção ainda é o melhor e mais eficaz meio de salvaguarda, cuja gestão tem que receber a mesma atenção e investimentos, como a de qualquer área de negócios em uma empresa. Isso é, pois, uma receita de boa sobrevivência nos tempos atuais, onde os reflexos criminais podem implicar na eliminação da capacidade de recuperação de uma empresa!”

Nesse sentido, é precisamente nessa terceira modalidade de dever de agir em que está inserida a figura do *Compliance Officer* - ou do executivo encarregado desse papel -, que, em função de contrato, ou mesmo por situação de fato no âmbito da corporação, coloca-se, efetivamente, na posição de garantidor da não ocorrência dos resultados lesivos a que alude a lei anticorrupção. Sua missão, antes mais restrita, evoluiu para um espectro extremamente mais amplo, passando a contemplar



a proteção da Administração Pública contra a própria Companhia, não apenas em face de ações institucionais, mas também diante de ações individuais impróprias que advenham dos integrantes desta em seu interesse ou benefício, direto ou indireto, exclusivo ou não, mediante a prática de atos corruptivos.

Logo, pode-se afirmar que houve uma clara mudança de paradigma acerca do papel institucional do *Compliance Officer*, passando este a ser, agora, primordialmente responsável pela gestão da integridade das condutas corporativas para com a Administração Pública, pela gestão do risco em bem desta e pela assunção efetiva dos deveres de cuidado, tudo perpassado pela relativização do princípio da confiança interna em relação às pessoas dos gestores, funcionários e prepostos da companhia, ante o interesse da própria Administração Pública.

Desse modo, o *Compliance Officer* tem o dever de tudo fazer ao seu alcance para impedir a prática daquelas condutas associadas à corrupção, à subvenção da prática de atos ilícitos, às fraudes nos procedimentos licitatórios, e outras correlatas, especialmente por meio da implementação de um programa de *compliance* efetivo. Ao se omitir, seja ao não implementar um programa de *compliance* efetivo, seja ao não fiscalizar-lhe o cumprimento, ainda que podendo fazê-lo, e assim concorrer para a ocorrência do resultado lesivo a que lhe comanda a lei evitar, poderá ele ser envolvido no cenário das apurações para avaliar-se a relevância de sua omissão diante do crime perpetrado.

E não se olvide a possibilidade de que, ante o constante desvirtuamento de teorias importadas, seja o *Compliance Officer* omitente ora acusado de se colocar propositadamente em estado de cegueira deliberada, alegando-se que um dito desinteresse em melhor conhecer ou investigar a fundo algum fato potencialmente ilícito no âmbito da empresa implicaria na assunção dolosa do risco da ocorrência de um resultado lesivo que poderia (e deveria) ter sido evitado se ele buscasse conhecê-lo; ora acusado, com base na teoria do domínio do fato, de ter concorrido para um determinado delito na medida em que, como membro de uma estrutura de poder organizada (a empresa), com recursos à sua disposição, deveria saber da existência de ações voltadas à prática do delito e tê-las evitado.

Com efeito, na medida em que a prática de um ato de corrupção por algum funcionário da companhia é, sociologicamente, um ato provável, o risco de responsabilização da empresa exorbita da esfera do possível, trazendo consigo consequências nefastas, como a estigmatização da imagem da empresa, a implicação pessoal criminal dos gestores, sua exploração política e seu julgamento pelo tribunal da mídia, além de perdas econômicas que vão desde a redução do valor dos produtos e serviços ofertados, redução de investimentos e novos negócios, redução do valor de mercado da Companhia, e finalmente, o pagamento de altas indenizações e multas milionárias. Portanto, a prevenção ainda é o melhor e mais eficaz meio de salvaguarda, cuja gestão tem que receber a mesma atenção e investimentos, como a de qualquer área de negócios em uma empresa. Isso é, pois, uma receita de boa sobrevivência nos tempos atuais, onde os reflexos criminais podem implicar na eliminação da capacidade de recuperação de uma empresa! 



ARQUIVO PESSOAL

DAVID RECHULSKI é sócio do David Rechulski Advogados.



Trabalho da Lava Jato ajudará país a enfrentar pandemia

■ POR ROBERTO LIVIANU

“Nosso cobertor social, conforme números que apresentei, é curto e não cobre a todos. Mas esta decisão do STF permitirá a mitigação de parte dos efeitos desta crise sem precedentes a partir do trabalho sério e profissional da Lava Jato, cujos frutos se reverterão para a própria sociedade, gerando a sensação social de justiça efetivamente distribuída, protegendo seres humanos, salvando vidas, sem prejuízo de outras ações que estão sendo e precisam ser de fato realizadas.”

Seis anos depois do início do trabalho histórico e corajoso anticorrupção da operação Lava Jato, que já recuperou mais de 4 bilhões de reais desviados dos cofres públicos, eis que o Brasil se defronta com a aproximação do olho do furacão da pandemia do coronavírus, que já matou quase 14.000 seres humanos em todo o planeta, cujo potencial devastador nos preocupa, tendo em vista a carência de leitos hospitalares com respiradores em nosso país, onde 100 milhões de pessoas não possuem acesso a saneamento básico e 65 milhões não têm acesso a água potável. Como pedir a estas pessoas que se protejam?

Como revela o Uol, cerca de 60% dos municípios brasileiros, nos quais vivem 33,3 milhões de pessoas não possuem um respirador disponível sequer em suas unidades de saúde. Muitos deles sequer deveriam ter sido transformados em municípios a meu ver e isto se deu obviamente por interesses menores – o bem comum não prevaleceu.

Trava-se guerra de *fake news*. Muitos desinformam, outros cultuam sadicamente o pânico e outros tantos chegam ao ponto da barbárie de afirmar que simplesmente não existe pandemia, lembrando o negacionismo do holocausto nazista. Nesta linha, o direito à informação e à transparência são instrumentos inalienáveis do cidadão e, por isto, causa perplexidade a suspensão abrupta dos prazos de resposta previstos na lei de acesso à informação via MP 928, publicada no dia 23 último. Ampliar prazos de resposta é plausível, mas simplesmente instalar a opacidade em lugar da transparência evidencia enfraquecimento democrático e descumprimento dos compromissos assumidos em 2011 quando o Brasil foi cofundador da OGP. A Coreia do Sul é o melhor exemplo mundial de enfrentamento da pandemia com total transparência.

A pandemia Coronavírus Brasil tem lugar num cenário de muitos e muitos anos de coronelismo patrimonialista e cultura de compadrio, desvios de verbas num contexto de corrupção sistêmica, má gestão e mais algumas doses de des-caso acumulado por parte do poder público que em poucas semanas lamentavelmente deixará um legado de agonia, tristeza e mortes, pois em muitos momentos não haverá respiradores para todos os doentes que provavelmente submeterão ao colapso do sistema de saúde.

Apesar disto, depois de longo processo de negociação nos Estados Unidos, a força-tarefa da Lava Jato conseguiu celebrar acordo histórico com o Departamento de Justiça daquele país em relação a processo que por ali tramitava referente aos desvios cometidos por dirigentes da Petrobrás que lesaram a sociedade e seus acionistas, e havia discussão acerca do destino a ser dado a tal montante, tendo-se cogitado a constituição de fundação que seria gerida por um conselho curador social, tendo a matéria ficado pendente de deliberação no Supremo Tribunal Federal.

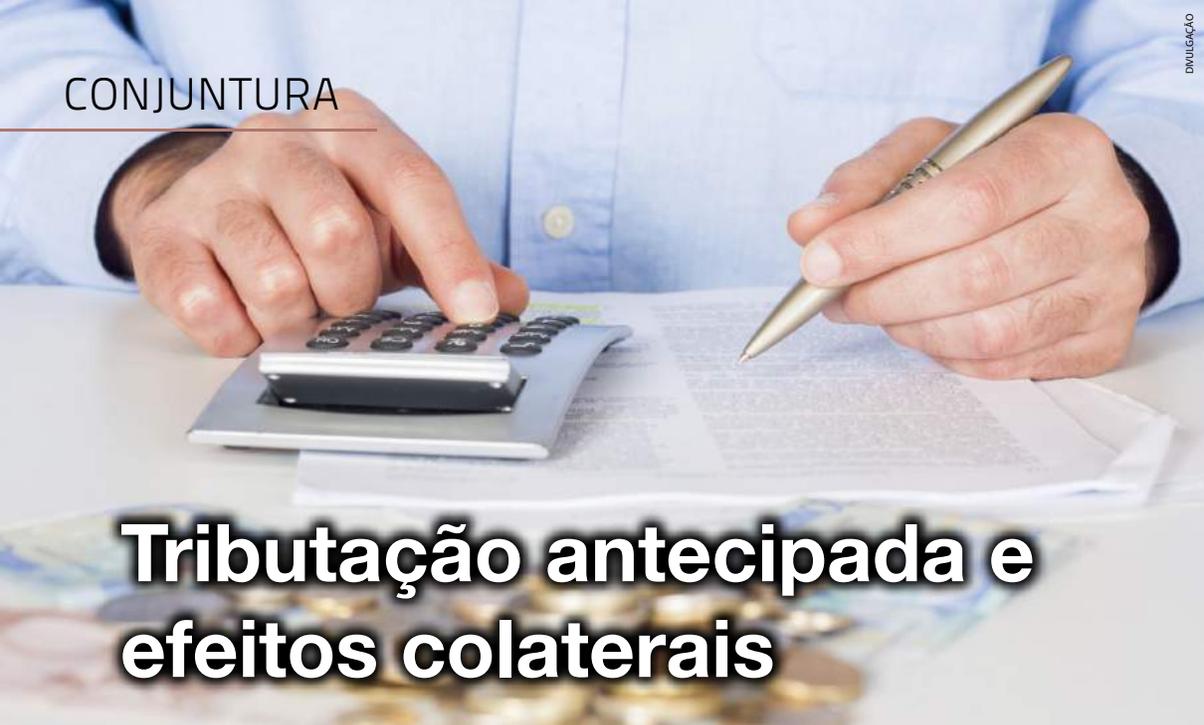
Após pedido neste sentido da Procuradoria-Geral da República e manifestação favorável da Advocacia-Geral da União, da Câmara dos Deputados e Senado Federal, o ministro Alexandre de Moraes decidiu destinar a verba de R\$ 1,6 bilhão ao Ministério da Saúde para colaborar na contenção da pandemia de coronavírus no país e para cuidar dos doentes prioritários.

Nosso cobertor social, conforme números que apresentei, é curto e não cobre a todos. Mas esta decisão do STF permitirá a mitigação de parte dos efeitos desta crise sem precedentes a partir do trabalho sério e profissional da Lava Jato, cujos frutos se reverterão para a própria sociedade, gerando a sensação social de justiça efetivamente distribuída, protegendo seres humanos, salvando vidas, sem prejuízo de outras ações que estão sendo e precisam ser de fato realizadas.

Os danos à cadeia econômica produtiva nacional serão expressivos, sendo inquestionável o efeito recessivo da pandemia a nível global. Que possa crescer irreversivelmente o sentimento de solidariedade global. O grande desafio que se apresenta é o de salvar o maior número possível de vidas, e, ao mesmo tempo, gerar o menor dano possível à economia. É o momento de observar e reconhecer os grandes líderes não narcisistas, que têm talento para gerir as piores crises com sensibilidade, transparência e criatividade para lidar com os mais agudos dramas humanos, sabendo conservar a vitalidade da atividade produtiva. 



ROBERTO LIVIANU é Procurador de Justiça, atuando na área criminal; Doutor em direito pela USP. Idealizou e preside o Instituto Não Aceito Corrupção.



Tributação antecipada e efeitos colaterais

■ POR KIYOSHI HARADA

“O regime de substituição tributária não mais desperta interesse do fisco estadual por causa da necessidade de restituir o excesso de arrecadação, por determinação do STF. Quanto mais inchada for a base de cálculo da substituição tributária, maior será o volume de imposto a ser restituído.”

A inserção do § 7º ao art. 150 da Constituição Federal pela Emenda nº 3/93, motivada pela gula do fisco, tem trazido efeitos colaterais indesejáveis, além de relativizar a teoria do fato gerador da obrigação tributária. A obrigação tributária em qualquer legislação tributária do mundo surge somente com a ocorrência do fato gerador no mundo da realidade. Não antes, como decorrência do princípio da segurança jurídica. O Brasil, país que mais tributa no planeta, se levada em conta a contrapartida representada pelos serviços públicos deficientes, por meio de uma Emenda espúria introduziu a técnica de tributação antecipada, sabendo ou devendo saber que isso traria efeitos colaterais perversos, além de aumentar a burocracia tributária.

Levou-se mais de uma década para o STF decidir pela restituição do imposto pago a maior se na operação de venda pelo substituído, o valor do imposto efetivamente devido for menor (RE nº 593849).

Durante lustros os contribuintes ficaram submetidos ao clima de dúvidas e de insegurança jurídica, por conta de decisões contrárias da Suprema Corte que negava o direito à restituição proclamada pela Constituição com lapidar clareza, sob o equivocado fundamento de que a substituição tributária é definitiva, descabendo ulterior complementação ou restituição do imposto. Claro! O que não é definitiva é a base de cálculo da tributação antecipada, porque o próprio texto constitucional estabeleceu uma presunção relativa ao dispor sobre “fato gerador presumido”, e não, “fato gerador fictício” que equivaleria a uma presunção absoluta. O fato gerador apresenta vários aspectos, e um deles é exatamente o aspecto quantitativo que é a base de cálculo e alíquota. E essa base de cálculo, na hipótese de substituição tributária, é apenas presumida, comportando prova em sentido contrário.

Agora, nova insegurança jurídica vem surgindo. A quem cabe a restituição do ICMS recolhido a mais? Ao substituinte que pagou o imposto, ou ao substituído que revendeu a mercadoria por um preço menor do que aquele que serviu de base para a tributação antecipada? A respeito dessa questão remetemos o leitor ao nosso artigo intitulado “A quem pertence a diferença do PIS-COFINS no regime de substituição tributária?” (Tributario.com.br, publ. de 20.01.2020). Tanto para o ICMS-ST, como para o PIS-COFINS-ST o procedimento é idêntico.

Outra questão tormentosa, ainda não enfrentada pela jurisprudência, diz respeito à compensação do ICMS-ST. Não há legislação estadual regulando o assunto. O Convênio ICMS nº 52/17 vedava essa compensação, mas, seus dispositivos foram suspensos por uma liminar concedida pelo STF nos autos da ADI nº 5866-DF. Esse Convênio veio a ser revogado posteriormente, e, em seu lugar foi firmado o Convênio ICMS nº 142/18, que é silente sobre a matéria.

O fato é que o Convênio, como um instrumento normativo subalterno à legislação estadual não pode se sobrepor à lei, muito menos ao texto constitucional. A hierarquia a ser observada é a seguinte: Constituição Federal, Lei Complementar, Lei Estadual e Convênio.

O certo é que pela jurisprudência do STF a matéria concernente à substituição tributária só pode ser versada por lei complementar (ADI nº 4.628, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 24.11.2014).

O ICMS-ST é o mesmo ICMS previsto no inciso II, do art. 155 da CF. A única diferença reside no regime de arrecadação que é feita antes da ocorrência do fato gerador por criação do legislador constituinte derivado, sempre disposto a aumentar a arrecadação a qualquer custo para a manutenção desse Estado perdulário que sequer cabe dentro do PIB, mas, que traz benefícios desmesurados e ilegítimos para os detentores do poder político.

Logo, a compensação é autoaplicável por força do disposto no inciso I, do § 2º, do art. 155 do Texto Magno, com as restrições previstas no inciso II desse mesmo parágrafo, que proíbe a compensação de crédito nas hipóteses de isenção e de não incidência, salvo disposição em contrário da legislação.

Ora, posto que a ST não configura hipótese de isenção ou de não incidência, ao contrário, hipótese de tributação antecipada, não se vê razão para obstar o direito à compensação a pretexto de omissão da legislação estadual.

A grande verdade é que o regime de substituição tributária não mais desperta interesse do fisco estadual por causa da necessidade de restituir o excesso de arrecadação, por determinação do STF. Quanto mais inchada for a base de cálculo da substituição tributária, maior será o volume de imposto a ser restituído.

O astuto legislador constituinte derivado, ao instituir a famigerada tributação antecipada, contou com a confusão que se instauraria na jurisprudência dos tribunais até chegar a uma conclusão correta. Deu certo! O fisco estadual tirou proveito da sua astúcia por mais de uma década. A decisão da Corte Suprema veio com efeito modulatório, para colocar a salvo os Estados que se enriqueceram ilícitamente com a tributação antecipada e exacerbada. É realmente um país impressionante, cheio de surpresa e de criatividade, tanto para praticar o bem, quanto para praticar o mal. Por enquanto nessa luta do bem contra o mal este último está ganhando de goleada, infelizmente. 



KIYOSHI HARADA é Sócio fundador da Harada Advogados Associados. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.



Regulamentação da Cannabis e a prática médica

■ POR EDUARDO G. D'ALESSANDRO E MARIO BARROS FILHO

“Cabe agora ao CFM atualizar sua posição, em especial quanto às restrições impostas pela resolução em vigor às afecções de saúde onde tais medicamentos podem ser aplicados e a quais especialidades estariam aptas a prescrevê-los para que seus profissionais possam atuar no campo dos cannabinóides, seguros de não estarem sujeitos a sanções de ordem ética. Igualmente, o Estado é cobrado a exercer seu poder regulador de temas relacionados (como, por exemplo, do plantio), para que defina um ambiente regulatório harmonioso e equilibrado, sob pena de permanecer à mercê de decisões judiciais norteadoras da conduta para poucas pessoas.”

Durante o vapor da chegada ao Brasil do surto da doença infecciosa causada pelo COVID-19, último coronavírus descoberto em dezembro de 2019, entrou em vigor no dia 10 de março a Resolução nº 327, publicada pela diretoria colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) em 09 de dezembro de 2019, que dispõe sobre os regulamentos referentes à fabricação, importação, comercialização, prescrição, dispensação, monitoramento e fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais.

Nesta resolução da autarquia, salienta-se que tais produtos devem conter predominantemente canabidiol (CBD), considerado o componente de maior valor medicinal e limita-se o componente de tetraidrocanabinol (THC), o principal componente psicodisléptico da Cannabis, a uma concentração de 0.2%, exceto nos casos em que tais medicamentos sejam destinados a pessoas sem outras alternativas terapêuticas.

Os produtos derivados de Cannabis já vinham sendo abordados pela ANVISA desde 2015, quando houve a retirada do CBD da lista de substâncias proscritas, permitindo assim o seu uso desde que com indicação médica formal. Porém, em que pese ser atribuição do Poder Executivo a de regulamentar o tema, sua inércia levou a serem cada vez mais frequentes decisões judiciais relacionadas ao assunto.

A atual resolução da ANVISA almeja responder à demanda de cuidadores de pacientes com doenças refratárias a medicamentos usuais, em especial síndromes epilépticas graves em crianças, buscando viabilizar o acesso a mais pessoas do que aquelas que, por meio da citada judicialização, vinham conseguindo autorizações pontuais de importação e uso de CBD. Tais decisões judiciais baseavam-se em prescrições e laudos médicos periciais que indicavam possível benefício em situações desafiadoras, mobilizando o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) e conseqüentemente o Conselho Federal de Medicina (CFM) a normatizar a atuação médica no campo dos canabinóides. É um avanço, mas a complexidade e a multifatorialidade do tema exige cada vez mais debate e participação de outros órgãos do Poder Executivo e também do Poder Legislativo.

O CFM e seus conselhos regionais (CRMs) constituem uma autarquia com atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. É sua atribuição “promover, por todos os meios e o seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exerçam”. Inquestionavelmente é uma instituição de relevante representatividade e que exerce protagonismo e influência sócio-cultural no Brasil. Dessa maneira, a atuação do CFM é indispensável para a saúde brasileira e, em especial, para que os médicos encontrem segurança ao atuarem – vez que também se trata de instituição que exerce papel regulador da medicina e fiscalizador da ética.

Veja que, em um primeiro momento, o canabidiol foi abordado pelo CREMESP pela Resolução nº 268, de 7 de outubro de 2014, sendo esta ratificada e ampliada pela Resolução CFM nº 2.113, de 16 de dezembro de 2014. A

Resolução do CFM nº 2.113/2014, aborda o “uso compassivo” definido como “medicamento novo promissor, para uso pessoal de pacientes e não participantes de programa de acesso expandido ou de pesquisa clínica, ainda sem registro na ANVISA, que esteja em processo de desenvolvimento clínico, destinado a pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida e sem alternativa terapêutica satisfatória com medicamentos registrados no país”.

A mesma resolução restringe a prescrição compassiva do canabidiol às especialidades de neurologia (e suas áreas de atuação), neurocirurgia e psiquiatria e apenas para epilepsias mioclônicas graves da infância e da adolescência refratárias a tratamentos convencionais, exige o cadastro dos médicos prescritores e dos pacientes no sistema CRM/CFM para monitoramento de segurança e eventos adversos, impede a prescrição de *Cannabis in natura* para fins medicinais e determina prazo de dois anos para a revisão da Resolução, visto que à época as evidências eram inconclusivas tanto quanto à eficácia quanto à segurança sustentada do uso. Infelizmente, esta revisão não aconteceu.

Em 2020, ainda temos ausência de evidências conclusivas sobre o CBD. Permanecem incertezas quanto a mecanismos de ação, interações com outras drogas e reações adversas. No entanto, suas indicações se proliferaram com produtos sendo comercializados no mercado mundial como analgésicos, anti-eméticos, anti-inflamatórios e ansiolíticos a amplo espectro populacional, desde atletas a pacientes com câncer. Fatos como esses demandam socialmente do Estado que ele exerça seu poder regulador, bem como estabeleça uma harmonia sistêmica do tratamento da questão no ordenamento jurídico.

Vejamos que, seguindo a resolução da ANVISA, o Conselho Federal de Farmácia (CFF) garantiu o amparo ético à prática dos farmacêuticos com sua Resolução 680 de 20 de fevereiro de 2020 no que tange à dispensação de medicamentos derivados da Cannabis, trazendo inestimável segurança à atuação de seus profissionais. Cabe agora ao CFM atualizar sua posição, em especial quanto às restrições impostas pela resolução em vigor às afecções de saúde onde tais medicamentos podem ser aplicados e a quais especialidades estariam aptas a prescrevê-los para que seus profissionais possam atuar no campo dos cannabinóides, seguros de não estarem sujeitos a sanções de ordem ética. Igualmente, o Estado é cobrado a exercer seu poder regulador de temas relacionados (como, por exemplo, do plantio), para que defina um ambiente regulatório harmonioso e equilibrado, sob pena de permanecer à mercê de decisões judiciais norteadoras da conduta para poucas pessoas. 



ARQUIVO PESSOAL

EDUARDO G. D'ALESSANDRO é Médico, especialista em Clínica Geral, especialista em Acupuntura, área de atuação em Dor.



ARQUIVO PESSOAL

MARIO BARROS FILHO é Advogado, Professor do Curso de Medicina da Faculdade Israelita de Ciências da Saúde do Hospital Albert Einstein e sócio fundador do escritório BFAP Advogados.

“A adoção de um sistema misto de relativização de sócios, levando em consideração atributos objetivos e subjetivos é primordial para a minimização da sensação de insatisfação de todos os componentes e para a perenização da sociedade.”



DIVULGAÇÃO

“Lockstep” ou “Eat-what-you-kill” em Escritórios de Advocacia: Nenhum dos dois!

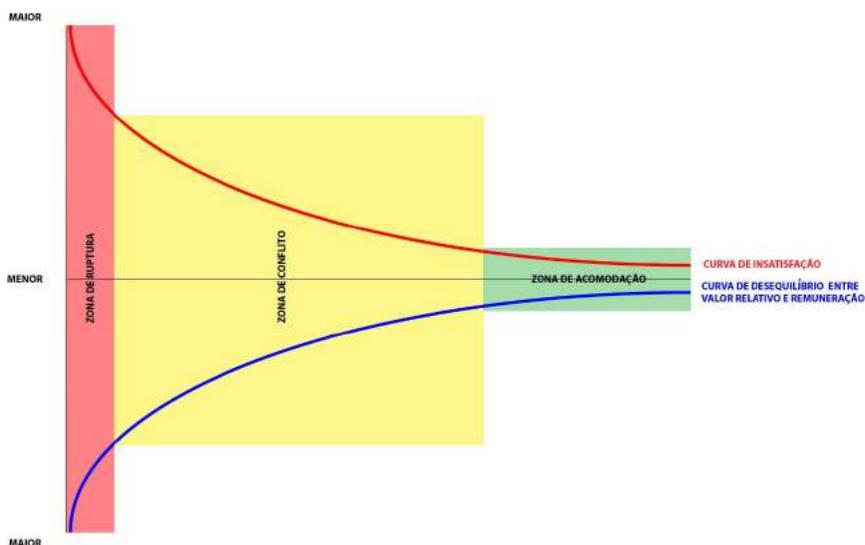
■ POR JOSÉ PAULO GRACIOTTI

Existem dezenas de artigos escritos por vários autores sobre esses dois sistemas (eu mesmo já me aventurei nesse tema), mas nesta discussão específica quero detalhar um pouco mais as diferenças, vantagens e desvantagens, incentivos e desincentivos de ambos.

O motivo mais importante numa ruptura societária é quando ocorre um desequilíbrio entre o valor relativo que um determinado sócio tem na sociedade (normalmente traduzido pela sua participação) e a sua visão de valor agregado que contribui à mesma sociedade (normalmente sentido pela sua participação, ou de sua equipe no faturamento global da sociedade ou de sua dedicação).

Como estamos falando de sensações, a análise torna-se mais complexa, pois vai depender de como aquele determinado sócio reage causada pelo desequilíbrio sentido e dependem de fatores individuais subjetivos e emocionais, tais como: personalidade do sócio; auto confiança; relação de empatia com os demais; tempo de dedicação à sociedade; fase da vida; capacidade de argumentação e negociação interna, etc.. Além desses existem alguns fatores objetivos, tais como: grau de transparência dos sócios gestores (se este não fizer parte desse seletor grupo); qualidade e confiabilidade dos sistemas e dos relatórios produzidos e principalmente das regras de determinação da compensação societária.

Podemos traduzir isso no gráfico mostrado a seguir, onde existem três zonas de descompasso entre as duas sensações descritas anteriormente:



Existem duas curvas explicitadas nesse gráfico, sendo a azul representado a sensação de desequilíbrio sentida pelo sócio e a vermelha o grau de insatisfação causado por essa sensação.

Como não existem situações extremas de desequilíbrio total ou equilíbrio total, essas curvas são assintóticas, ou seja, não tocam os eixos. Também existem três zonas demarcadas (com todas as limitações de uma interpretação subjetiva), ou seja, a de *ruptura* onde existe um descompasso enorme e considerado não negociável, a de *conflito* onde o descompasso é sentido como possivelmente negociável e a terceira, de *acomodação* onde a situação tende a ser tolerada. Cabe notar que não existe uma situação de satisfação total, pois é característica do ser humano sempre achar que vale mais do que aquilo que ou outros percebem de si.

Todos os modelos de remuneração ou compensação societária, como o próprio nome diz, são modelos e como tais não conseguem abranger a totalidade de situações possíveis, causando esses desequilíbrios tratados no gráfico. Quanto maior for a rigidez e/ou simplicidade do sistema, maior será a ocorrência de situações que geram insatisfação.

Um pouco de insatisfação é benéfico, pois acaba sendo o motor para as atitudes positivas e de crescimento, porém muita insatisfação gera desmotivação e atitudes disruptivas. Além disso, nós humanos temos uma capacidade enorme de adaptação e como a água (que sempre acha o caminho mais fácil para se deslocar), também nos adaptamos aos sistemas e procuramos sempre achar o caminho mais fácil e interessante e que exija o menor esforço.

Lockstep basicamente se caracteriza pela relativização de sócios e colaboradores pelo seu grau de senioridade e apresenta algumas consequências quando analisamos sob o prisma do gráfico anterior.

A premissa principal do sistema é que sócios com o mesmo tempo de sociedade ou experiência são equivalentes e tem a mesma importância para a sociedade, o que na minha humilde opinião quase sempre não é verdade. O sistema induz as seguintes situações e comportamentos:

a) Como valorizar basicamente o tempo de dedicação, há uma forte valorização dos mais velhos, com a conseqüente maior remuneração destes e induzindo à acomodação natural devido à própria remuneração e à idade.

b) Sócios mais jovens (principalmente das novas gerações) são pouco incentivados a esperar anos (as vezes dezenas) para se tornarem sócios mais bem remunerados.

c) O sistema não contempla sócios “fora da curva”, com capacidades e atributos muito diferentes, como por exemplo, capacidade extrema de captação.

d) A relação de atributos para que os sócios sejam considerados equivalentes costumam tender para o subjetivo o que torna a sensação de equilíbrio sentida pelos sócios mais jovens complicada.

e) Normalmente existe um sócio gestor ou um comitê gestor, pela própria definição do sistema, composto pelos mais *seniors*, que determina a relativização entre sócios, o que também contribui para a insatisfação dos mais jovens e diferentes.

Eat-What-You-Kill, como o próprio nome define, a remuneração ou compensação societária depende basicamente da contribuição líquida à sociedade pelo próprio sócio e/ou sua equipe e por ser simples de implementação, pois exige apenas o controle de faturamento é bastante atrativo para incorporações de sócios externos. Como a anterior, também, apresenta conseqüências e distorções quando colocamos a análise sob o prisma do gráfico de insatisfação.

a) Estimula a individualidade e a criação de “escritórios dentro de escritórios”

b) Dificulta a integração prejudicando a eficiência global do escritórios com a má utilização das ociosidades das equipes.

c) É praticamente auto determinante, não exigindo a existência de órgãos de controle e determinação de quotas.

d) Desestimula qualquer iniciativa de participação em atividades institucionais.

e) Por ser bastante fácil a agregação de sócios externos, a manutenção da filosofia empresarial vai se deteriorando ao longo do tempo.

f) Normalmente o sócio mais importante é aquele que tem o faturamento maior e não obrigatoriamente é um líder ou gestor competente.

A governança, gestão e liderança em um escritório depende de vários atributos dos sócios gestores necessários perenização da sociedade tais como: visão de negócios, capacidade de liderança, respeito profissional e pessoal, reconhecimento de sua importância interna, conhecimento e experiência técnico-jurídica importância e reconhecimento no mercado; capacidade de gerenciamento de equipe e clientes; além de capacidade de captação de clientes; representação na carteira atual de clientes; dedicação à instituição e trabalho individual como advogado (horas) e capacidade gerencial e financeira. Várias outras podem e devem ser discutidas e definidas de acordo com a filosofia empresarial adotada.

A adoção de um sistema misto de relativização de sócios, levando em consideração atributos objetivos (importantes para a saúde financeira) e subjetivos (importantes para a integração, atração e manutenção dos talentos, principal ativo do escritório) é primordial para a minimização da sensação de insatisfação de todos os componentes e para a perenização da sociedade. 



JOSÉ PAULO GRACIOTTI é consultor, palestrante internacional, autor do livro “Governança Estratégica para escritórios de Advocacia”, já editado em 3 idiomas, sócio e fundador 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.

Pessoas físicas e jurídicas devem declarar operações em dinheiro. Declaração de Operações Liquidadas com Moeda em Espécie (“DME”)

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ E ALINE CRUVINEL

“Em prejuízo da aplicação das multas previstas na norma, na hipótese de não apresentação da DME ou de sua apresentação com incorreções ou omissões, a RFB poderá formalizar comunicação ao Ministério Público Federal, quando houver indícios da ocorrência dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, previstos na Lei nº 9.613/98.”



O trabalho de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ocultação de capitais cresce a cada dia, a cada nova oportunidade de controle por parte do Poder Público. Neste sentido, em 1º de janeiro de 2018, entrou em vigor a Instrução Normativa RFB nº 1761 de 2017¹, que instituiu a obrigação de informar à Receita Federal do Brasil (“RFB”) operações envolvendo compra e venda de bens e direitos, prestação de serviços, aluguel ou outras operações que envolvam transferência de moeda em espécie no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)².

Segundo a FENACON³, a comunicação de tais informações ao Poder Público/Fisco, com relação a operações relevantes em espécie, tem sido uma direção adotada por diversos países como medida de combate à prática de ilícitos financeiros, entre os quais a lavagem de dinheiro e o financiamento ao tráfico de armas e ao terrorismo.

A DECLARAÇÃO DE OPERAÇÕES LIQUIDADAS COM MOEDA EM ESPÉCIE DEVE SER ENVIADA À RFB ATÉ O ÚLTIMO DIA ÚTIL DO MÊS SUBSEQUENTE AO MÊS DO RECEBIMENTO DOS VALORES EM ESPÉCIE

As informações devem ser prestadas ao fisco mediante o envio de formulário eletrônico denominado Declaração de Operações Liquidadas com Moeda em Espécie (DME) disponível no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (e-CAC) no *website* da RFB na internet, no endereço <http://rfb.gov.br>.

São obrigadas à entrega da DME as pessoas físicas (naturais) ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que, no mês de referência, tenha recebido valores em espécie cuja soma seja igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (art. 4º – *caput*), ou o equivalente em outra moeda estrangeira, decorrentes das operações supracitadas, realizadas com uma mesma pessoa física (natural) ou jurídica.

A obrigação não se aplica a operações realizadas em instituições financeiras, tampouco em outras instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (art. 4º, § 2º).

A DME abrangerá informações sobre a operação ou conjunto de operações de uma mesma pessoa física ou jurídica, conforme disposto no *caput* do art. 7º⁴, e conterá:

- I – identificação da pessoa física ou jurídica e CNPJ/CPF que efetuou o pagamento, da qual devem constar o nome ou a razão social;
- II – o código do bem ou direito objeto da alienação ou cessão ou do serviço ou operação que gerou o recebimento em espécie, constante da Instrução Normativa;
- III – a descrição do bem ou direito objeto da alienação ou cessão ou do serviço ou operação que gerou o recebimento em espécie;
- IV – o valor da alienação ou cessão ou do serviço ou operação, em real;
- V – o valor liquidado em espécie, em real;
- VI – a moeda utilizada na operação; e
- VII – a data da operação.

Caso a operação que gerou o recebimento em espécie tenha sido realizada entre o declarante e mais de uma pessoa física (natural) ou jurídica, as informações a que se refere o inciso I supra, a elas relativas, devem constar do mesmo formulário eletrônico (art. 7º, § 1º).

Caso a operação que gerou o recebimento em espécie tenha sido realizada entre o declarante e pessoa física (natural) ou jurídica domiciliada no exterior, não

inscrita no CPF ou CNPJ, respectivamente, deverão ser informados o Número de Identificação Fiscal (NIF) da pessoa no exterior e o país de residência ou domicílio fiscal (art. 7º, § 2º).

E, ainda, na hipótese de operações em que for utilizada moeda estrangeira, o valor em real será apurado com base na cotação de compra para a moeda, divulgada pelo Banco Central do Brasil, correspondente ao dia útil imediatamente anterior ao do recebimento (art. 7º, § 3º).

A não apresentação da DME ou sua apresentação fora do prazo acima ou com incorreções ou omissões sujeita o declarante às seguintes multas:

HIPÓTESE	Pessoa Física (Natural)	Pessoa Jurídica	Pessoa Jurídica – casos especiais *
Apresentação Fora do Prazo (extemporânea)	R\$ 100,00 (cem reais) por mês ou fração	R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) por mês ou fração	R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês ou fração
Não apresentação ou apresentação com informações inexatas ou incompletas ou com omissão de informações	1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) do valor da operação	3% (três por cento) do valor da operação a que se refere a informação omitida, inexata ou incompleta, não inferior a R\$ 100,00 (cem reais)	3% (três por cento) do valor da operação a que se refere a informação omitida, inexata ou incompleta, não inferior a R\$ 100,00 (cem reais)

* se o declarante for pessoa jurídica em início de atividade, imune ou isenta, optante pelo Simples Nacional ou que na última declaração apresentada tenha apurado o Imposto sobre a Renda com base no lucro presumido

A multa de 3% por informações inexatas, incompletas ou omissas será reduzida em 70% para as empresas do SIMPLES (art. 9º, § 1º). As multas por apresentação extemporânea serão reduzidas em 50% quando o declarante cumprir a obrigação acessória antes de qualquer procedimento de ofício (art. 9º, § 3º).

Aos declarantes, informamos que o manual está disponível no site da Receita Federal do Brasil: <http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/dme-declaracao-de-operacoes-liquidadas-com-moeda-em-especie/manual-dme.pdf>

Por fim, vale ressaltar que, em prejuízo da aplicação das multas previstas na norma (alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 9º), na hipótese de não apresentação da DME ou de sua apresentação com incorreções ou omissões, a RFB poderá formalizar comunicação ao Ministério Público Federal, quando houver indícios da ocorrência dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, previstos na Lei nº 9.613/98⁵ (e suas alterações, especialmente a Lei nº 12.683/2012⁶). 

NOTAS

- 1 Instrução Normativa RFB nº 1761 de 2017. Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) relativas a operações liquidadas em espécie. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?i-dAto=88018&visao=compilado>. Acesso em 26.fev.2020
- 2 Instrução Normativa RFB nº 1761 de 2017. “CAPÍTULO II – DA OBRIGATORIEDADE DE APRESENTAÇÃO DA DME – Art. 4º São obrigadas à entrega da DME as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que, no mês de referência, tenha recebido valores em espécie cuja soma seja igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), ou o equivalente em outra moeda, decorrentes das operações a que se refere o art. 1º, realizadas com uma mesma

pessoa física ou jurídica. § 1º O limite a que se refere o caput será aplicado por operação se esta for realizada entre o declarante e mais de uma pessoa física ou jurídica, independentemente do valor recebido de cada pessoa. § 2º A obrigação instituída por esta Instrução Normativa não se aplica a instituições financeiras nem a instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=88018&visao=compilado>. Acesso em 26.fev.2020

- 3 <http://www.fenacon.org.br/noticias/receita-federal-disponibiliza-manual-de-preenchimento-da-dme-2964/>
- 4 Instrução Normativa RFB nº 1761 de 2017. “CAPÍTULO IV – DAS INFORMAÇÕES QUE DEVEM CONSTAR DA DME – Art. 7º A DME abrangerá informações sobre a operação ou conjunto de operações de uma mesma pessoa física ou jurídica, conforme disposto no caput do art. 4º, e conterá: I – identificação da pessoa física ou jurídica que efetuou o pagamento, da qual devem constar o nome ou a razão social e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); II – o código do bem ou direito objeto da alienação ou cessão ou do serviço ou operação que gerou o recebimento em espécie, constante do Anexo I ou do Anexo II, respectivamente, desta Instrução Normativa; III – a descrição do bem ou direito objeto da alienação ou cessão ou do serviço ou operação que gerou o recebimento em espécie; IV – o valor da alienação ou cessão ou do serviço ou operação, em real; V – o valor liquidado em espécie, em real; VI – a moeda utilizada na operação; e VII – a data da operação. § 1º Se a operação que gerou o recebimento em espécie for realizada entre o declarante e mais de uma pessoa física ou jurídica, nos termos do § 1º do art. 4º, as informações a que se refere o inciso I do caput, a elas relativas, devem constar do mesmo formulário eletrônico. § 2º Se a operação que gerou o recebimento em espécie for realizada entre o declarante e pessoa física ou jurídica domiciliada no exterior, não inscrita no CPF ou CNPJ, respectivamente, deverão ser informados o Número de Identificação Fiscal (NIF) da pessoa no exterior e o país de residência ou domicílio fiscal. § 3º Nas operações em que for utilizada moeda estrangeira, o valor em real será apurado com base na cotação de compra para a moeda, divulgada pelo Banco Central do Brasil, correspondente ao dia útil imediatamente anterior ao do recebimento. § 4º Nas operações em que for utilizada moeda estrangeira sem cotação divulgada pelo Banco Central do Brasil o valor deve ser convertido em dólar dos Estados Unidos da América com base no valor fixado pela autoridade monetária do país de origem da moeda, correspondente ao dia útil imediatamente anterior ao do recebimento, e em seguida em real, com base na regra prevista no § 3º”. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=88018&visao=compilado>. Acesso em 26.fev.2020
- 5 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em 26.fev.2020
- 6 Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em 26.fev.2020



LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ é Advogado e Consultor em São Paulo, Brasil. Sócio de Cruz & Creuz Advogados. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2019); Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne – Califórnia (2018); Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP (2010); Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP (2010); Pós-graduado em Direito Societário – LLM – Direito Societário, do INSPER (São Paulo) (2005); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.



ALINE CRUVINEL é Advogada em São Paulo. Advogada Associada de Cruz & Creuz Advogados. Pós-Graduada em Direito Corporativo e Compliance pela Faculdade Escola Paulista de Direito – EPD; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.



O novo pregão eletrônico. Novidades do Decreto nº 10.124, de 20 de setembro de 2019 Quarta parte

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“No momento em que em todo o mundo somente se fala e se cogita em transparência, acessibilidade a dados públicos, votações abertas e proibição de qualquer segredo em licitação; neste momento em que o povo brasileiro não mais suporta a sujeira infinita dos negócios embaixo dos panos e das negociatas criminosas que obviamente são secretas, surge esta idéia de “fechamento” no pregão eletrônico, que arremete as instituições para trás!”

O art. 30 reproduz, praticamente sem alteração, o art. 24 do Decreto nº 5.450/05 até o seu § 5º, e como aquele denomina fase competitiva a etapa de lances, após terem sido classificadas as propostas. Para nós a fase competitiva teve início em verdade com as propostas, porque se são classificadas, e se algumas são desclassificadas, então a competição já começa quando de sua mera apresentação ao ente público.

De diferente existe a previsão do § 3º deste decreto, que prestigia a regra de que o critério pode ser o do maior desconto, como também a regra de que o edital pode ter previsto diferença mínima entre os lances, que pode ser em valor como pode ser em percentual, e desse modo adapta o texto anterior para abrigar a novidade – que de resto é de boa qualidade.

O que já se questionava no decreto anterior, e que por mantido neste também se questiona, são as regras dos §§ 3º e 4º, segundo as quais cada novo lance só será aceito se for inferior ao menor registrado no sistema (§ 3º), e a de que não serão aceitos lances iguais (§ 4º).

Ainda que o critério seja o do menor preço, o fato é que algum licitante, por ter atingido preço mínimo suportável, pode querer empatar e ir a desempate – preferindo apostar na sorte a vender a preço que não lhe serve –, ou então pode querer cobrir lance de um licitante mas não de outro, porque por exemplo sabe que esse último será inabilitado, e não interessa bater seu lance.

São hipóteses materialmente possíveis, e não deveria o sistema bloquear aos licitantes tais possibilidades de ação, entendemos firmemente. No pregão presencial fica mais fácil compreender isso afirmado, porque os lances correm à vista de todos, sem tela, senha, login, chave de acesso, fricotes eletrônicos e outras macaquices virtuais, pelas quais nutrimos aversão a mais profunda.

Mas mesmo assim também no eletrônico fazemos a mesma objeção às regras dos parágrafos mencionados, simplesmente porque injustas, anti-isonômicas, antidemocráticas e desnaturadoras do pregão em jogo de azar para os participantes.

O art. 31, patético, incompreensível e inadmissível, estabelece dois modos de disputa, o aberto – que precisaria ser o único –, e o aberto e fechado. O primeiro se constitui de lances públicos e sucessivos, com prorrogações, e o segundo, além dos lances públicos, tem o último lance fechado. Eis a quintessência do ridículo!

No momento em que em todo o mundo somente se fala e se cogita em transparência, acessibilidade a dados públicos, votações abertas e proibição de qualquer segredo em licitação; neste momento em que o povo brasileiro não mais suporta a sujeira infinita dos negócios embaixo dos panos e das negociatas criminosas que obviamente são secretas, surge esta idéia de “fechamento” no pregão eletrônico, que arremete as instituições para trás!

Qual a razão desse vacilo? Prevenção de golpes? Deve ser, porque este é o país do golpe que não tem fim, da velhacaria, da malandragem e da putrefação das instituições – que se criam hoje e se corrompem amanhã –, mas, convenhamos, existem maneiras e maneiras de se a combater. E o lance fechado, o segredo, a reserva em matéria de ofertas ao poder público, que serão pagas com dinheiro público, não é uma delas.

Não percebe o autor que o segredo favorece a negociata, a ilicitude, a corrupção? Não sabe que quem gosta do escuro é o bandido? Não se trata aqui, evidentemente, de segredos de estado nem de estratégias de guerra, mas de lances em uma licitação para comprar, por exemplo, milho de pipoca, feijão fradinho ou maracujá francês... e temos lance secreto para isso?

Precisaria o decreto expungir de seu texto o modo fechado, mas enquanto tal não ocorre – se com sorte vier a ocorrer – o que se recomenda aos editais de pregão eletrônico e aos seus autores é que, por sua conta, passem ao largo dessa nefasta novidade, tão benvinda quanto uma broncopneumonia dupla ou um desastre de trens. O legislador, e o decretador, perdem amiúde as mais excelentes oportunidades de se omitir.

Mas nem tudo é infâmia, eis que o parágrafo único do artigo fixa que no modo aberto o edital preverá – não apenas poderá prever, mas preverá, no imperativo – diferença mínima entre os lances, seja em valor, seja em percentual, o que parece boa idéia na medida em que de outro modo algum licitante pode oferecer lances sempre um centavo abaixo dos menores registrados, batendo no peito e bradando

– Dieu et mon droit! E o nada recomendável remédio contra tais licitantes é inseticida, que nem sempre está à mão.

Esta previsão do parágrafo, eminentemente organizativa e a evidenciar que pregão não é a festa do caqui, faz falta ao pregão presencial. Pode inequivocamente, entretanto, ser adotada a regra das diferenças mínimas no pregão presencial, porque a mera omissão dessa previsão na lei do pregão não significa a proibição de que o edital a consigne, já que nenhum direito de ninguém será prejudicado com a adoção dessa medida eminentemente organizativa e de interesse geral¹.

O art. 32 cuida do modo aberto de disputa, e o art. 33 do modo aberto e fechado. São muitas e especiosas as regras de tempo para os lances no modo aberto. O envio de lances dura dez minutos, e após isso a sessão será automaticamente prorrogada quando houver lance oferecido nos dois últimos minutos daqueles dez.

A prorrogação será de dois minutos (§ 1º), renovando-se a cada novo lance dentro desse período. Em não os havendo, encerra-se a sessão automaticamente (§ 2º). Pelo § 3º, por fim, encerrada a sessão sem prorrogação, o pregoeiro poderá reabrir a sessão de lances visando obter menor preço com relação ao até então mais baixo – e, diz o texto, justificadamente. Ora, que rematada redundância, quando é o próprio decreto que justifica a reabertura: tentar obter menor preço.

O ambiente que o decreto cria para o pregão eletrônico é de um mercado de peixe, propício a quem mais grita, com o pregoeiro com sua equipe funcionando como um despertador coletivo, todos perseguindo preços menores a todo custo, e torcendo a corda dos proponentes até onde conseguem...

O cenário é absolutamente indigno da Administração pública, e francamente desprezível, que não raro obtém preços sabidamente inexecutáveis os quais muitíssimas vezes não são honrados pelos aventurecos proponentes.

Antes de embarcar numa semelhante rinha de galo pensamos que deve prevalecer o bom-senso e a razoabilidade na condução do procedimento pelo pregoeiro, e não, como talvez a chefia lhe tente determinar, a obsessão insana por preços irrisionários nos quais muita vez nem o pregoeiro intimamente acredita – mas aceita. Como se afirma, isso é pedir para acontecer.

Imagine-se, então que aquele pregão obtém um vencedor que simplesmente não vem contratar, ou então que contrata mas não entrega o objeto, ou então que entrega uma mercadoria tosca e inaceitável... que prejuízo, de toda ordem, se enseja ao ente apregoador!..

Resulta então sempre mais econômico e produtivo lidar com preços reais e correntes de mercado, com entrega assegurada porque o negócio foi bom para ambas as partes, que com aqueles forcejamentos – e ainda que se esteja diante de interesse público, porque todos sabem que o barato sai caro e também para a Administração, e que ninguém faz milagre, e que saco vazio não para em pé. Anexins populares não faltam para a hipótese.

Verifica-se, a esta altura, a importância de uma prévia e confiável pesquisa de preços, que indique as realidades do mercado, e não uma desavisada esperança da Administração. E que a pesquisa oriente solidamente o pregoeiro, e não sirva de mero adereço ornamental ao processo.

O art. 33, com seus seis parágrafos, verifica o modo aberto e fechado de disputa. Trata-se de uma completa e insalvável frivolidade, absolutamente imprestável para o que quer que seja. O autor melhor faria se utilizasse seu tempo para fazer ginástica ou para escrever horóscopos de almanaque de farmácia.

Resumamos ao máximo e saiamos rapidamente deste atraso de vida: o prazo para envio de lances é de quinze minutos, encerrado o qual o sistema ativa o aviso de encerramento dessa etapa em até dez minutos, aleatoriamente, e esse pode ser o tempo a decorrer, se o sistema não encerrar antes.

Encerrada a etapa, o sistema abre oportunidade ao autor da proposta mais baixa e aos das propostas de valor até dez por cento superior àquela, querendo, façam novas ofertas, uma cada proponente em até cinco minutos, fechada. Após decorridos esses minutos passam a ser abertos os valores, se houver.

Em inexistindo ao menos três ofertantes que tenham tempo a jogar fora com esta brincadeira de péssima inspiração e que parte do pressuposto de que o proponente não sabe o que quer nem tem a mínima noção do preço que deve pedir, então os três mais bem classificados podem oferecer lance final e fechado em outros cinco minutos.

Encerrado tudo isso o sistema classificará as propostas em ordem crescente de valores, mas, acredite-se, se não houver o último lance final referido o sistema – ou o pregoeiro, porque o autor do decreto deve haver se perdido e o texto não informa se é o sistema ou o pregoeiro que reinicia a tragédia – reinicia a fase fechada de lances.

Mas não acabou! Se não houver classificado no lance fechado, então o pregoeiro poderá – justificadamente, diz o decreto, como se tudo isso tivesse alguma justificativa ou alguma explicação racional – admitir o reinício da etapa fechada.

Até este ponto contamos quatro ou cinco reinícios de etapa de lances, mas podemos ter saltado algum. Duvida-se um pouco da higidez mental do autor deste artigo, possivelmente um grande gozador, como desta inteira idéia de lance fechado para comprar feijão. Merece uma bolsa de estudos na Venezuela, ou o prêmio framboesa jurídica em grau supremo.

Pregoeiros e autoridades: não se submetam e a este ridículo interminável!

Finjam que o modo fechado não existe, e adotem apenas o modo aberto, que é o único sério, idôneo, consentâneo com as regras e as tendências mundiais de transparência e de publicidade, e que respeita a sua inteligência. Este art. 33 precisaria ser desinfetado do decreto com creolina, ou de vez exorcizado.

Os arts. 34 e 35 praticamente repetem os §§ 10 e 11 do art. 24 do decreto anterior sobre o pregão eletrônico.

De alteração existe apenas, no art. 35, a regra de que se a desconexão do pregoeiro persistir por mais de dez minutos o fato será comunicado aos participantes e a sessão somente poderá após decorridas vinte e quatro horas daquela comunicação. Não existia esse prazo na regra anterior.

Bom que assim seja, para que os licitantes não fiquem à mercê dos fatos e da vontade do pregoeiro quanto à reabertura.

Os arts. 36 e 37, que devem ser de mesma procedência do autor do modo fechado de disputa, são, como aquele modo todo, a quintessência da bisonhice demagógica num texto regulamentar. Resulta o fino do grosso.

Ao invés de determinar que qualquer empate será decidido por sorteio – e o autor antes deve ter cogitado de prorrogação e pênaltis, porém refletindo sobre o tema ter-se-á dado conta da pouca adequação dessa metodologia ao caso –, não o faz.

O decreto dá mil voltas e remete, antes ao critério de desempate da lei das micro e das pequenas empresas (LC 123/06, arts. 44/5) porém isso só valerá no pregão eletrônico se houver MPEs entre os finalistas, ou de outro modo não terá aplicação.

Em seguida, fracassando aquilo, parte para o quixotesco e absolutamente inútil § 2º do art. 3º da lei de licitações, com seus românticos critérios de desempate – introduzidos naquela lei em péssima hora e possivelmente ainda virgens no direito brasileiro.

Apenas então, se não se aplicar ou se fracassar tudo aquilo, o sistema sorteará o vencedor – que é o que toda pessoa honesta de propósito quer ver ocorrer desde o início!

Apenas uma observação: considerando a técnica deste pregão eletrônico, em que é proibido oferecer lance igual a algum outro registrado, empate somente ocorrerá se dentro da definição de empate dada pela lei das MPEs – o que só si em é outro embuste, que redefiniu a palavra empate para uma situação que iguala dez com nove. Para a LC 123/06, dez empatam com nove, se o autor da oferta de dez for MPE e o da de nove não.

Esse é o nível moral e técnico da legislação brasileira, uma das explicações de nossa humilhação internacional permanente.

O art. 38 abre o Capítulo IX – Do julgamento. É, um pouco reformulado, o conjunto dos §§ 8º e 9º do art. 24 no decreto anterior.

Quem imagina que a negociação entre o pregoeiro e o vencedor da maratona-o-disséia anterior terminou infelizmente enganou-se: ainda virá negociação. O pregão eletrônico deve pretender vencer os licitantes pelo cansaço, e que peçam o preço que a Administração quiser que peçam. Só lhe falta dizer que o preço a pedir é x^2 .

Por este decreto a autoridade parece negar que o licitante tenha vontade própria, ou que tenha consciência dos preços que pede. É indignamente tratado, mais ou menos como uma criança brincando de licitar, um incapaz ou um autômato que o sistema precisa manipular do começo ao fim do procedimento.

E não se trata aqui de combate a fraudes e velhacarias, o que é sempre salutar e necessário; não, a questão passa a ser de menosprezo absoluto à inteligência e ao discernimento do licitante – e, convenhamos, também à do pregoeiro e à da sua equipe, igualmente maltratados por este decreto. O decreto claramente desconfia tanto de licitantes quanto da equipe condutora do pregão, e os trata a todos com rédea muito curta...

No art. 38, como se disse, o tormento prossegue. Como se já não fora bastante o conjunto das negociações até este ponto, o pregoeiro deve ainda abrir a possibilidade de o vencedor até este momento melhorar ainda mais sua oferta.

O texto do caput dá idéia de que o licitante precisará reformulá-la, o que é absolutamente falso. Ele melhora a oferta se quiser, jamais podendo ser prejudicado se não o fizer porque já se submeteu a toda e dura maratona anterior e a venceu, qualificando-se portanto a ser o adjudicatário e a contratar, sem ter de melhorar patavina.

Trata-se de uma gentil intimidação que o decreto sugere, mas que não pode ser tida como ordem ao pregoeiro ou ao vencedor. O pregoeiro apenas pergunta e ou propõe, mas não determina nada, e o licitante aceita ou não, não podendo ser prejudicado pela recusa.

O § 2º manda que o edital fixe prazo não inferior a duas horas, podendo portanto ser maior que isso, para que seja remetida aquela nova proposta pelo vencedor – se ele o fizer –, com documentos se for o caso, e isso constitui novidade com relação ao decreto anterior.

O art. 39, como se anunciara antes, é mais um atestado de que a fera do apocalipse já desembarcou na terra, e aqui se entronizou.

Importante que se diga: não é invenção deste decreto, mas reprodução da insensatez contida já na própria lei do pregão presencial, de 2.002, depois repetida nos dois decretos anteriores do pregão eletrônico e, agora, por terceira vez, neste decreto.

Disséramos em passado remoto que se cuidadas do início as enfermidades mentais podem ter cura ou ao menos controle, porém hoje, dezessete anos passados da lei do pregão, já não mais cremos na cura do autor desta aleivosia, se acaso está vivo.

Tanto na lei do pregão presencial quanto neste terceiro decreto do eletrônico existem dispositivos que simplesmente não fazem nenhum sentido. Referem-se a) os incisos XI e XVI do art. 4º da lei do pregão, que brigam entre si, e b) o art. 39 deste decreto com relação a alguns anteriores, como os arts. 28 e 38, e com os quais também conflita.

Na lei do pregão, se já temos propostas definitivamente classificadas no inciso XI do art. 4º, então como imaginar que venham, no inciso XVI, a ser novamente classificadas ou desclassificadas? Seria algo como aplicar terapia de choque a um cadáver.

E o pregão presencial repete esse contrassenso no art. 39 – que ignora que as propostas já estão classificadas e que o pregão eletrônico já tem um vencedor –, ao prever que o pregoeiro examinará a proposta vencedora quanto a compatibilidade da oferta com o objeto, quanto ao preço etc, etc!..

Como, se o licitante já venceu o certame?

Se o preço era inaceitável, então a proposta não teria sido classificada!

Se a oferta era incompatível com o objeto do pregão, idem, seria desde logo desclassificada, e sem remédio !

Então, pelas barbas da baleia branca, como reventilar a esta altura um assunto que já está e já foi resolvido por inteiro no passado, e o qual de tão relevante determinou o próprio rumo do pregão?

O art. 39 deve ser pulado, ignorado e desconsiderado pela Administração pública brasileira, como se nunca fora escrito, porque *ad impossibilia nemo tenetur*, ou seja, ninguém é obrigado ao impossível.

Se a regra não faz sentido, se a sua aplicação destrói todo o sistema arduamente construído pelas outras regras, então por tudo quanto é sagrado não pode ser considerada – ou de outro modo não existe regime jurídico que pare em pé.

O ordenamento jurídico de um país não pode admitir dar-se tiros no pé a todo tempo! A norma precisa ter coerência interna, e higidez lógica, e racionalidade operacional, ou não tem como até mesmo existir!

A quem esteja considerando subversivas estas palavras, ou as considerando um convite à desobediência civil, formulam-se algumas perguntas:

– alguém no país já tentou sequer entender o que significa o § 3º, do art. 55, da lei de licitações, em vigor ?;

– alguém ainda pede CGC como documento de habilitação em licitações, como autoriza o art. 29, inciso I, da lei de licitações, em pleno vigor?;

– alguém ainda pede certidão negativa de concordata nas habilitações, como autoriza o art. 31, inciso II, da lei de licitações, em pleno vigor?;

– alguém consegue delimitar o sentido exato da regra do § 6º, do art. 22, da lei de licitações, em pleno vigor?;

– alguém consegue formular alguma justificativa para a existência legal do próprio pregão, quando a lei de licitações – que reúne as normas gerais de licitação e

de contratos administrativos no Brasil, as quais se impõem às normas locais –, no art. 22, § 8º, determina que:

É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

Diante disso, alguém consegue justificar a legalidade do pregão?

Se alguém responder satisfatoriamente a qualquer destas perguntas – e se poderiam formular milhares de outras com base nas insânias de morder a nuca que pululam na legislação brasileira em vigor –, então a recomendação de desconsiderar o art. 39 do decreto do pregão eletrônico constitui subversão.

O art. 40 adentra outro terreno pantanoso, uma charneca jurídica da pior qualidade, que é o assunto inteiro da habilitação. O legislador brasileiro – ou como neste caso o decretaire – é aquele que gosta de ser iludido, e de viver num permanente conto de fadas. Continua a imaginar que a habilitação serve para alguma coisa, e com isso repete os incisos do art. 27 da lei de licitações – a acrescenta outro ainda!

Consta da lista, além de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, e cumprimento das normas de proteção ao trabalho do menor, também a regularidade com as fazendas – como se a regularidade fiscal já não fosse isso mesmo!... – tudo isso para se comprar batata doce ou fécula de milho!

E o que é pior: pela redação do caput parece ser uma ordem a de exigir essa documentação, pois está escrito:

Art. 40. Para a habilitação dos licitantes será exigida, exclusivamente, a documentação relativa, e não, como na lei de licitações, o facultativo “limitar-se-á a”, ou “conforme o caso”...

Então, para construir Itaipu pela lei de licitações pode ser exigido isto e aquilo, mas para comprar chuchu *precisa ser exigido tudo que existe de documentação habilitatória na legislação brasileira!!* É o absurdo dos absurdos!

Não pode ser pior! O Brasil *galopa* para trás! O direito brasileiro parece o exterminador do futuro...

Praticamente se repete o art. 14 do decreto anterior, inclusive o parágrafo único, com apenas uma modificação de nenhuma relevância no inciso V. O anterior dizia “quando for o caso”, e este reza “quando necessário”, ambos se referindo a regularidade fiscal.

Bastante preferível é a fórmula bem mais resumida e sintética constante da lei do pregão, art. 4º, inciso XIII, que como habilitação exige prova de regularidade junto às fazendas respectivas dos licitantes, ao FGTS e à seguridade social, e que deixa livre ao edital formular exigências quanto a qualificação técnica e econômico-financeira, sem muita ênfase ou taxatividade. Sim, porque... exigir qualificação técnica para vender mandioquinha?...

A Lei nº 10.520/02 com efeito e quanto a este ponto deixa a Administração e o licitante *respirarem*, enquanto que este decreto, repetindo a ladainha medieval do decreto anterior, mantém o atraso de vida e a mentalidade burocrática, improdutiva, anacrônica e ineficiente da própria lei de licitações – devendo o autor imaginar que está servindo grandemente à sua pátria.

Poucas vezes devem ter existido legisladores tão inábeis a cuidar de habilitação dos outros...

O art. 41 é a nova versão, melhorada, do art. 15 do decreto anterior. O *caput* reduz a anterior exigência de tradução juramentada para tradução livre, o que é sempre bom por arejar a nauseabunda forma originária.

Acrescenta-se um parágrafo único, que mais ou menos desdiz o acima afirmado. Burocratiza por demais a situação, informando que quando um estrangeiro vencer pregão de registro de preços – o que já parece estranho, salvo se mantiver empresa no país – os documentos necessários à assinatura do contrato devem ser traduzidos por tradutor juramentado, ou *consularizados*. Viva a criatividade vernacular!

O autor do decreto – e nós sempre assim nos referimos ao autor, que evidentemente não é o sr. presidente da república – não se conformou com a simplificação do *caput*, a deu um jeito de burocratizar... neste assunto que todo em si tem importância operacional e substantiva mínima.

O art. 42 simplesmente reproduz o art. 16 do decreto anterior, nesta matéria consideravelmente embaraçosa: consórcio de empresas para vender bens comuns ou prestar serviços comuns? Isso seria mesmo necessário, sobretudo em pregões *eletrônicos* nos quais todos se escondem atrás de telas e de virtualismo de todo matiz? Algo como um *consórcio oculto*?..

Poderá, entretanto e com efeito, ser recomendável o consórcio, por exemplo sempre que o volume dos bens ou dos serviços a entregar seja gigantesco, tal que exija ou que recomende união de esforços entre empresas, na tese de que a união faz a força. Mesmo assim, sempre muito mais compreensível é o consórcio para grandes obras ou para grandes contratos de serviço, fora da simplicidade fundamental dos objetos do pregão.

Fica desse modo a carga de cada ente apregoador abrir ou não para consórcios os seus pregões eletrônicos, essa abertura se afigurando francamente excepcional à regra, que evoca a ideia de *matar tico-tico com canhão*. E, nessa conformidade do excepcional, qualquer abertura para consórcios precisará estar expressamente anunciada no edital, porque o silêncio do edital quanto a isso simplesmente exclui aquela possibilidade.

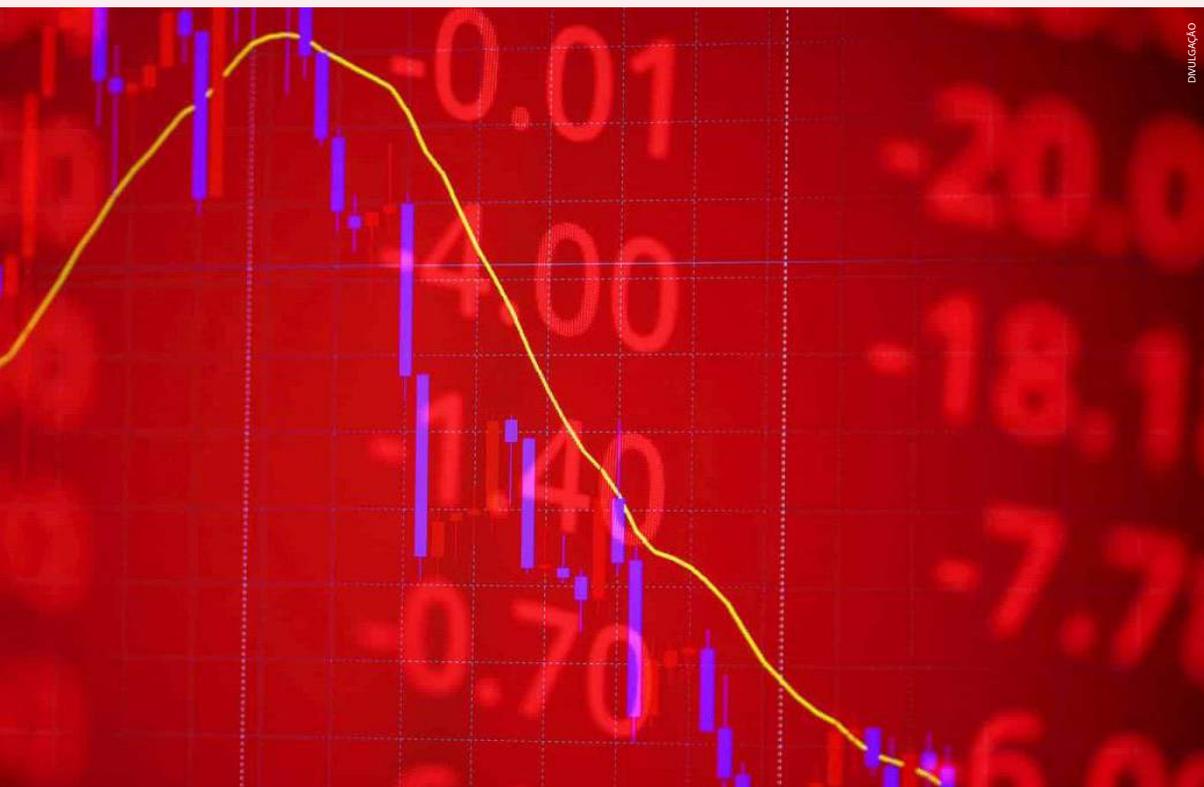
Os incisos e o parágrafo único que seguem praticamente reproduzem os incisos e o parágrafo único do art. 16 do decreto anterior, e a alteração, puramente de estilo, precisa ser procurada com microscópio para ser detectada. Não se tratando de novidade portanto, a matéria não será aqui comentada, seguindo-se o escopo deste artigo. 

NOTAS

- 1 Sem dizer de potencial grande economia de tempo. E contrapor a ideia de que fixar diferenças mínimas pode ser discriminatório a licitantes com menos *balas na agulha*, respeitosamente, parece ser excesso de moralismo, algo como demagogia. Convence tanto quanto a judiciosa tese da Terra plana.
- 2 Porém se disser e o licitante concordar, provavelmente o sistema se lhe reabrirá para que melhore a oferta.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.



Emoções à flor da pele

■ POR MARCIA DESSEN

“Certamente um aprendizado para todos, pensar no individual e no coletivo com responsabilidade, controlar a ansiedade e o estresse, manter a calma, fazer o melhor que for possível dadas as circunstâncias de cada um.”

Estamos vivendo um turbilhão de acontecimentos ruins, com enorme impacto em nossas vidas. Governos, empresas e pessoas estão reavaliando suas políticas e hábitos para tentar preservar vidas e evitar o caos. A saúde, de cada um de nós e das pessoas com as quais nos relacionamos, é a primeira coisa a ser preservada. O isolamento que nos protege fisicamente requer atenção e cuidado com nossa saúde mental e emocional.

As emoções estão à flor da pele. O momento é tenso, precisamos de equilíbrio, bom senso e espírito de solidariedade.

A Covid-19 acertou em cheio não apenas a saúde de todos mas a economia dos países. O “mercado” tem demonstrado, de forma contundente, o impacto negativo na economia como um todo.

Mas, afinal, quem é o senhor mercado? Um grupo de pessoas que agem e reagem, movidos por fatos, expectativas e emoções, nem sempre bem-sucedidos em manter a calma e a razão, quando são dominados por sentimentos incontroláveis de preservação.

Investidores vivenciaram a experiência dolorosa de forte desvalorização dos recursos investidos em ativos de renda variável. Os ativos de renda fixa, de longo prazo e taxa prefixada, também foram impactados negativamente.

A reação em manada complica ainda mais as coisas. Todos querendo vender, sair ou reduzir o risco, e pouquíssimos compradores, dispostos a entrar em um mercado no qual todos buscam a porta de saída.

A interrupção das negociações em Bolsa, mecanismo denominado *circuit breaker*, impõe uma paralisação forçada, dando às pessoas a chance de parar, pensar, entender o que está acontecendo, avaliar o impacto e tomar decisões não impulsivas.

O mecanismo de *stop loss*, limite de perda definido por investidores e gestores de carteiras, obriga-os a vender ativos, mesmo que essa atitude contrarie sua percepção pessoal, mesmo que o preço esteja muito abaixo do que o tecnicamente estimado.

O mecanismo foi criado exatamente para afastar as emoções das decisões racionais que precisam ser tomadas. Entretanto, como aumenta a pressão de venda, contribui ainda mais para a queda dos preços e a ampliação das perdas.

Alguns investidores em fundos de investimento cogitaram resgatar suas cotas tentando preservar parte do capital investido, mas descobriram que o dinheiro permanece em risco por mais 30 ou 60 dias, conforme a regra de conversão das cotas no momento do resgate.

O administrador do fundo acata o pedido de resgate em D-zero, dia do pedido, entretanto, o cotista não sabe o valor pelo qual suas cotas serão convertidas em dinheiro.

O gestor tem 30 dias (ou mais) para decidir que ativos irá vender e quando fará a venda, gerando caixa para pagar os resgates solicitados.

Esse é outro mecanismo que tenta afastar as pessoas, investidores e gestores profissionais, de emoções que comprometam a tomada de decisão. Pressão e estresse não são bons companheiros na hora de decidir.

Pausa também para pensar se houve planejamento antes de investir, se a quantia de recursos alocada em risco foi adequada, refletir se a hipótese de perdas foi considerada, se o risco foi devidamente avaliado e como reagiríamos a ele.

Certamente um aprendizado para todos, pensar no individual e no coletivo com responsabilidade, controlar a ansiedade e o estresse, manter a calma, fazer o melhor que for possível dadas as circunstâncias de cada um. 



MARCIA DESSEN é Planejadora financeira CFP (“Certified Financial Planner”), autora de “Finanças Pessoais: O Que Fazer com Meu Dinheiro”.



Lei anticrime e crimes hediondos

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E GIANFRANCO SILVA CARUSO

“Respostas legislativas rápidas e atrapalhadas, como em parte se vê no “pacote anticrime” (embora ele tenha méritos na maioria de suas proposições), só podem ser menos severamente julgadas pela História, caso tenham sido motivadas pelo reconhecimento parlamentar de que há um déficit de proteção estatal para com a vida e a segurança do cidadão e uma urgente necessidade de garantir representatividade, legitimidade e eficiência à própria autoridade estatal.”

A Lei nº 13.964/19, conhecida midiaticamente como “Lei Anticrime”, promoveu uma série de alterações na legislação criminal brasileira. Como o chamado “pacote” trouxe modificações no Código Penal, no Código de Processo Penal e em leis especiais, mister um cuidado especial do intérprete, entre outras questões, com a natureza da norma modificada (se penal, processual penal ou mista), eis que disso decorre, por exemplo, o critério que deva ser adotado para dirimir eventuais conflitos entre as leis no tempo.

Dentre essas alterações estão várias modificações na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Neste breve trabalho o intento é o de analisar essas alterações e suas consequências práticas e teóricas.

Como se verá, conquanto o legislador tenha “ementado” a lei com a rubrica de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal e a *mens legis* fosse de recrudescer o tratamento penal visando combater a notória sensação de insegurança na sociedade e a crescente crença na impunidade – ou ao menos na existência de uma justiça tardia (que Rui Barbosa já falava não se tratar nada além de injustiça)¹ – é certo que, em alguns aspectos, a lei foi claramente mais benéfica ao agente, não somente esmorecendo no trato com o crime como retrocedendo no propósito de ser mais rigorosa com esse flagelo (eis que deve retroagir para beneficiar agentes que praticaram a infração sob a vigência de norma penal mais grave).

O HOMICÍDIO COMO CRIME HEDIONDO

A redação do art. 1º, inciso I da Lei nº 8.072/90 restou praticamente intacta, mantendo os mesmos equívocos e apenas acrescentando uma nova impropriedade.

A impropriedade acrescida é muito simples. A Lei nº 13.964/19, em seu art. 2º, criava um inciso VIII nas qualificadoras do crime de homicídio. Porém, tal acréscimo foi objeto de veto e, portanto, neste ponto, não houve alteração do texto do Código Penal. A qualificadora seria, se houvesse sido aprovada, a de cometer o homicídio com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.

Acontece que no art. 5º da Lei nº 13.964/19, que tratou de tecer as modificações na Lei dos Crimes Hediondos, acabou sendo mantida, entre parêntesis, a menção de um suposto art. 121, § 2º, VIII, CP, como crime hediondo, o que constitui uma espécie de *fantasma jurídico*, já que não encontra correspondência no Código Penal.

Em outras palavras, o presidente vetou a criação de uma nova forma qualificada de homicídio e, como o legislador – na Lei dos Crimes Hediondos – enumera os crimes que ele define como tal e tenta esclarecer a que crime se refere, fazendo expressa referência ao artigo no qual ele está definido; com o veto presidencial apenas à criação da qualificadora e não ao inciso que pronuncia os homicídios hediondos, houve a referência a uma figura de homicídio que sequer nasceu no mundo jurídico.

De resto, perdeu o legislador a oportunidade de erigir em crime hediondo todo e qualquer homicídio e não somente aquele cometido em atividade típica de grupo de extermínio e os qualificados. Afinal, atentando contra o mais relevante bem jurídico (a vida humana), não há cabimento que não seja hediondo o homicídio doloso apenas porque simples ou não cometido em atividade típica de grupo de extermínio, enquanto crimes que não afetam a vida diretamente e alguns sequer violentos, são catalogados como hediondos.

Outra perda de oportunidade foi a de corrigir a menção que se faz ao homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio. Ali consta entre parêntesis referência ao art. 121, CP. Ora, na verdade, após o advento da Lei nº 12.720/12, todo homicídio praticado em atividade de grupo de extermínio não é tipificado no art. 121, “caput”, CP, como dá a entender a redação legal, mas sim na figura majorada do art. 121, § 6º, parte final, CP. Portanto, a menção entre parêntesis deveria ser ao art. 121, § 6º, CP e não ao art. 121, CP, conforme acabou mantido. Isso não é um detalhe ou filigrana, pois faz com que, equivocadamente, muitos ainda insistam na possibilidade teórica da existência de casos de homicídios hediondos simples, desde que perpetrados em atividade típica de grupo de extermínio. Ora, isso, na realidade, é hoje inviável, pois que todo homicídio nessas circunstâncias é majorado, nos termos do art. 121, § 6º, CP e não simples, conforme art. 121, “caput”, CP.²

O ROUBO COMO CRIME HEDIONDO

Na redação original da Lei nº 8.072/90, o roubo somente tinha uma figura considerada como crime hediondo, qual seja, a do “latrocínio”, ou, mais tecnicamente, roubo qualificado pela morte (art. 157, § 3º, II, CP). Aliás, frise-se que a Lei dos Crimes Hediondos foi a primeira legislação brasileira a fazer uso da palavra “latrocínio”, a qual até então era apenas uma espécie de jargão criminal.

A Lei nº 13.964/19 altera e amplia a redação do art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.072/90. Não se vê mais a utilização do jargão “latrocínio” na letra da lei. E não é mais somente o roubo qualificado pela morte que é considerado como crime hediondo.

Agora integram esse rol as seguintes figuras:

a) o roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V, CP), conhecido como uma das modalidades do chamado “sequestro – relâmpago”. Hipótese, portanto, de *novatio legis in pejus*, sem força retroativa.

b) o roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I, CP) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B, CP). Esta última figura foi acrescida ao Código Penal também pela própria Lei nº 13.964/19. Igual hipótese de *novatio legis in pejus*, sem força retroativa.

c) o roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º, I e II, CP). Mantida a qualificação como hediondo do chamado “latrocínio”, ora designado tecnicamente como roubo qualificado pelo resultado morte, acrescenta-se também o roubo qualificado pelo resultado lesão grave, sendo, neste ponto, *novatio legis in pejus*, sem retroação. É de se observar que quando a lei se refere a “lesões graves”, alude “às lesões graves em sentido amplo (art. 129, §§ 1º e 2º), abrangendo as lesões graves em sentido estrito e também as doutrinariamente denominadas “lesões gravíssimas”.³

Assim, pode-se concluir que para os casos ocorridos antes do início de vigência da chamada “Lei Anticrime”, somente será considerado hediondo o “latrocínio” ou roubo qualificado pela morte. Todas as inclusões procedidas, configuram *novatio legis in pejus*, sem força retroativa.

A EXTORSÃO COMO CRIME HEDIONDO

Também o crime de extorsão, na redação original da Lei nº 8.072/90, somente era considerado como hediondo no caso de qualificação pelo resultado morte (art. 158, § 2º, CP).

Acesa polêmica surgiu com uma alteração procedida pela Lei 11.923/09.

Na ocasião, o legislador se esqueceu de ajustar a Lei dos Crimes Hediondos e permaneceu lá consignado que a extorsão qualificada pela morte, prevista no art. 158, § 2º, CP era hedionda, sem a menor menção ao então novo § 3º do mesmo artigo. Na ocasião tivemos a oportunidade de nos posicionar contrariamente à hediondez, já que o novo § 3º, do art. 158, CP não estava, de forma alguma, previsto expressamente no rol de crimes hediondos da Lei nº 8.072/90, o qual, como todos sabem, é taxativo e não admite ampliação por analogia.⁴ Não obstante, a tese da irrazoabilidade de que o legislador previsse como hedionda a extorsão com morte *sem* sequestro e não assim a catalogasse quando com morte *e* sequestro, superou a enorme falha legislativa, que tendeu a ser consertada por via doutrinário – jurisprudencial. Neste sentido, se manifestaram pela hediondez do art. 158, § 3º, parte final, CP, independente da falta de menção na Lei nº 8.072/90, Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes.⁵ E mais, o Informativo STJ 590 apresenta o sequestro com restrição da liberdade como um mero desdobramento, de modo a tender a acatar esse entendimento à época.

Contudo, com o advento da chamada “Lei Anticrime”, passou a ser previsto como hediondo somente o crime de extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, bem como esta em ocorrendo lesão grave ou morte, com expressa e indubitosa indicação somente do art. 158, § 3º, CP, sem nenhuma referência ao art. 158, § 2º, CP que anteriormente constava do inciso III do art. 1º, da Lei nº 8.072/90.

Dessa maneira, a única infeliz conclusão a que se pode chegar é que a extorsão em geral não é considerada como crime hediondo, mesmo aquela qualificada pela morte ou lesão grave, não sendo acompanhada de sequestro.

Trata-se de aplicação inequívoca do Princípio da Legalidade. E desta feita, não há falar em alguma desproporção, ao menos interna à extorsão, pois aquela considerada como hedionda será a mais gravosa, ou seja, a em que ocorre também o sequestro.

A situação é bem diferente daquela outrora ocasionada pela Lei nº 11.923/09, pois ali a extorsão qualificada pela morte sem sequestro era hedionda e a também qualificada pela morte com o acréscimo do sequestro não o seria, autorizando o ajuste da situação pela doutrina e jurisprudência por via da aplicação do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Entretanto, atualmente, a situação se inverte, a figura mais gravosa é mantida como hedionda e a menos gravosa é afastada do quadro da hediondez, não havendo meios para recorrer à razoabilidade ou proporcionalidade.

Nesse quadro, a legalidade é a única que se impõe, embora se lamente a omissão legislativa e o tratamento totalmente destoado com relação ao crime de roubo. Nesse passo, talvez o único argumento plausível para uma revisão da situação seja mesmo a desproporção entre o tratamento dado ao roubo e à extorsão como crimes hediondos, mas não se acredita que isso possa ter força para superar a letra da lei. Eventualmente, pode ser útil para uma futura alteração e ajuste legislativo, servindo apenas como proposta de “*lege ferenda*”.

Observe-se ainda que também a extorsão com sequestro prevista na parte inicial do art. 158, § 3º, CP é hedionda, mesmo havendo apenas lesões leves ou ausência de lesões, uma vez que a redação separa com vírgulas as situações do sequestro, das lesões e da morte.

Ademais cabe observar que, de forma errônea, a lei menciona “ocorrência de lesões corporais”, quando, na verdade, as lesões previstas no § 3º do art. 158, CP são apenas as graves ou gravíssimas.

No caso da extorsão com sequestro, pode haver lesões leves ou mesmo ausência de lesões e o crime continuará a ser hediondo por previsão expressa e autônoma na primeira parte do inciso III do art. 1º, da Lei nº 8.072/90 com nova redação dada pela Lei nº 13.964/19.

É de anotar que essa alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 constitui, em parte, *novatio legis in melius*. A suposta “Lei Anticrime” retira expressamente a qualificação hedionda que existia indubitavelmente com relação à extorsão qualificada pela morte, prevista no art. 158, § 2º, CP, de modo que deve retroagir para beneficiar réus e condenados extorsionários que levaram suas vítimas à morte.

Por outro lado, no que se refere aos casos de extorsão com sequestro e desta com resultado lesões graves ou gravíssimas, trata-se de *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir.

É que, conforme acabou se considerando, a hediondez atingia a extorsão com morte e sequestro, inobstante a redação omissa da Lei dos Crimes Hediondos diante da alteração da Lei nº 11.923/09, mas não chegava a alcançar a extorsão com sequestro apenas e nem mesmo a extorsão com sequestro e lesões graves ou gravíssimas, o que agora é expressamente determinado.

Didaticamente, pode-se resumir, que: a extorsão simples (art. 158, *caput*, CP) não era e continua não sendo crime hediondo; a extorsão circunstanciada pelo concurso de agentes ou emprego de arma (art. 158, § 1º, CP) não era e continua não sendo crime hediondo; a extorsão qualificada pela lesão grave (art. 158, § 2º, CP) não era e continua não sendo crime hediondo; a extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º, CP) era crime hediondo e deixou de ser; e extorsão com sequestro (art. 158, § 3º, CP), seja com mera restrição à liberdade da vítima, com lesão corporal ou morte, ressalvando o dissenso doutrinário acima mencionado, não era crime hediondo e passou a ser.

O FURTO COMO CRIME HEDIONDO

Pela primeira vez uma modalidade de furto é prevista como crime hediondo. Trata-se do furto qualificado pelo emprego de explosivo previsto no art. 155, § 4º-A, CP (art. 1º, inciso IX, da Lei nº 8.072/90, com nova redação dada pela Lei nº 13.964/19).

Essa previsão torna-se inexplicável diante da omissão havida em crime patrimonial violento como a extorsão, conforme acima exposto.

Entretanto, foi a opção legislativa. E é preciso notar que apenas a figura do furto com emprego de explosivo (art. 155, § 4º-A, CP) é erigida a crime hediondo, não o furto que tem por *objeto material* explosivo (art. 155, § 7º, CP).

E aqui se encontra outra anomalia inaceitável promovida pela suposta “Lei Anticrime”. O furto com emprego de explosivo é considerado crime hediondo. Já o roubo com emprego de explosivo (art. 157, § 2º-A, II, CP) não é considerado como crime hediondo! Nem é preciso explicar como a proporcionalidade, razoabilidade e até a racionalidade legal foram aviltadas por esse tratamento absurdo.

Obviamente a qualificação hedionda não pode retroagir a casos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19, pois que se trata de *novatio legis in pejus*.

A AMPLIAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º DA LEI Nº 8.072/90

A Lei nº 13.964/19 altera e amplia o rol de crimes hediondos previstos no Parágrafo Único, do art. 1º, da Lei nº 8.072/90.

Mantém intacta a previsão do Genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56) como modalidade de crime hediondo.

Também mantém previsão do crime previsto no art. 16, da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) como hediondo.

Neste ponto, perdeu, o legislador, a oportunidade de esclarecer se está se referindo somente ao *caput* do art. 16, do Estatuto do Desarmamento ou também às figuras equiparadas do seu antigo parágrafo único, hoje § 1º, o que tem, desde a sua primeira previsão pela Lei nº 13.497/17, gerado grande polêmica.⁶

Para melhor compreender as complicações promovidas pela novel legislação em relação a essa infração, é oportuno observar a estrutura do crime previsto no art. 16, do Estatuto do Desarmamento.

Em sua redação original, o Estatuto cunhou esse crime estruturando no *caput*, dentre outras condutas, a de possuir ou portar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, ao passo que no parágrafo único algumas condutas semelhantes, porém nem sempre tendo como objeto material arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito (como é o caso do inciso IV, que tratava de qualquer arma de fogo (de uso permitido, proibido ou restrito), quando ostentar numeração suprimida, adulterada ou raspada). Para tanto, valeu-se da expressão “nas mesmas penas incorre”, para dar, às condutas previstas no parágrafo, o mesmo tratamento dado aquelas previstas na cabeça do artigo.

Nenhum deles era hediondo desde 2003.

Em 2017, o legislador resolveu conduzir o crime de “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16, da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003”. Foi assim que o legislador conduziu esse delito ao *status* de hediondo.

Agora, em 2019, ele modificou o Estatuto do Desarmamento para:

i) Excluir do *caput*, do art. 16, arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido (O *caput* passou a tratar apenas de armas e acessórios de uso restrito)

ii) Dividir o então parágrafo único em dois parágrafos, ficando o primeiro com a mesma redação e o segundo para tratar das mesmas condutas previstas no *caput* e no parágrafo primeiro, agora como uma forma qualificada se o objeto material for arma de fogo (não tratou de acessórios nem munições) de uso proibido.

Modificou, ainda, a Lei dos Crimes Hediondos, para prever com tal o crime de “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16, da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003”.

Feitas essas observações prévias, começam as questões controvertidas em torno do “pacote anticrime”.

Entendemos que a reiteração da redação fazendo referência somente ao art. 16 sem menção do seu atual § 1º e incisos aparenta reforçar a tese de que somente será considerada como hedionda a figura do *caput* e não as equiparadas. Quisesse de outra forma, o legislador poderia ter constado agora expressamente do texto o §1º. e incisos, mesmo porque todos são cientes da polêmica surgida.

Entretanto, ao alterar a redação do art. 16, da Lei nº 10.826/03, substituindo o antigo parágrafo único e incisos por um § 1º e incisos, bem como criando um novo § 2º, para tratar da qualificadora para armas de uso *proibido*, outra tonalidade é atribuída à questão.

Acontece que, como se disse, o legislador se referiu no texto do novo art. 1º, parágrafo único, inciso, II, da Lei 8.072/90, como sendo hediondo o porte e a posse ilegal de armas de uso *proibido*. Então a referência não foi ao *caput* e sim ao art.

16, § 2º, do Estatuto do Desarmamento, embora, erroneamente, haja referência somente ao art. 16.

Assim sendo, parece mais correto entender que hedionda será a conduta prevista no art. 16, § 2º, e também aquelas equiparadas do § 1º, desde que envolvam armas de fogo de uso *proibido*. Ao reverso do que se poderia pensar inicialmente, é a conduta do *caput*, do art. 16, do Estatuto, que se refere a armas de uso *restrito*, que não é considerada como hedionda.

É incrível como o legislador é capaz de virar e revirar o ordenamento jurídico e manter as mesmas polêmicas e falhas, por vezes apenas as invertendo.

Como já se expôs acima, na redação original que tornou o art. 16 do Estatuto do desarmamento como crime hediondo (Lei nº 13.497/17), fez o legislador menção às armas de uso restrito e se olvidou das de uso proibido, gerando discussão acerca da questão de se somente seriam hediondos os casos envolvendo armas de uso restrito e não de uso proibido. Tomou-se posição pela abrangência tanto das de uso restrito como de uso proibido na época, mesmo porque seria absurdo considerar as de uso meramente restrito como situações de hediondez e assim não considerar as mais gravosas, de uso proibido.⁷ Alinha-se a essa questão da proporcionalidade um método de interpretação da norma que é a interpretação extensiva, para declarar que o legislador acabou por dizer menos do que desejava (*lex minus dixit quam voluit*).

Mas, agora o legislador faz o inverso. Menciona as armas de fogo (e só as armas de fogo, silenciando quanto acessórios e munições) de uso proibido e olvida as de uso restrito. Parece mesmo uma brincadeira de mau gosto, uma espécie de dança das cadeiras legislativa.

Parece que a menção aos casos mais gravosos (armas proibidas) e o silêncio quanto aos menos gravosos (armas restritas) leva ao entendimento de que agora somente são hediondos a posse e o porte ilegal de armas proibidas, conforme acima já defendido.

Afastada estaria a questão da inversão da proporcionalidade que acontecia com a Lei nº 13.497/17, citando as armas de uso restrito e esquecendo-se das de uso proibido.

Esse entendimento ganha reforço ao perceber que a própria Lei nº 13.964/19 alterou a redação do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, deixando uma pena menor no “caput” para armas de uso *restrito* e reservando uma pena bem mais elevada (figura qualificada) para os casos de armas de uso *proibido* no art. 16, § 2º, do mesmo diploma.

Não obstante, poderá surgir quem entenda que certamente a *mens legis* foi a de manter tudo como dantes, não de retirar a hediondez relativa às armas de uso *restrito*. Ademais, há que observar que embora passe a Lei nº 8.072/90 a mencionar em seu art. 1º, Parágrafo Único, inciso II, apenas as armas de uso proibido, também faz menção direta ao art. 16, da Lei nº 10.826/06, no bojo do qual é tipificada a conduta do porte ou da posse ilegais seja de armas de fogo de uso *restrito* ou de uso proibido, variando entre o *caput* e o § 1º. A menção a ambas as figuras está expressa no corpo do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, considerando o *caput* e o § 2º. Ora, se é esse crime previsto no art. 16 o considerado como hediondo, então ele abrange armas de uso *restrito* e de uso *proibido*.

Entretanto, entendemos que essa posição não resiste a uma análise mais pormenorizada diante da nova redação dada ao Estatuto do Desarmamento em cotejo com a nova dicção da Lei dos Crimes Hediondos.

Por outro lado, também o legislador por vezes ajusta equívocos cometidos. Quando da edição da Lei nº 13.497/17 já se criticava o fato de que o art. 16 do Estatuto do Desarmamento fosse erigido a crime hediondo e não o fossem os arts. 17 (comércio ilegal interno de armas de fogo) e 18 (tráfico internacional de armas de fogo). Havia ali clara violação da proporcionalidade.⁸

Em boa hora foram os arts. 17 e 18 da Lei nº 10.826/03 erigidos a crimes hediondos, regularizando essa anomalia do nosso ordenamento jurídico – penal. Trata-se, pois, de *novatio legis in pejus*, sem, portanto, força retroativa.

Observe-se que antes da Lei nº 13.497/17 haver procedido de forma desproporcional, o crime do art. 16 do Estatuto era absorvido como crime – meio para os delitos dos arts. 17 e 18 do mesmo diploma. Com a elevação do art. 16 a crime hediondo essa natural consunção tornou-se inviável, pois seria inconcebível que um crime hediondo fosse absorvido por um crime não hediondo.⁹ Agora, também essa anomalia é solvida pela Lei nº 13.964/19. Sendo tanto o art. 16 como os arts. 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento previstos como crimes hediondos, novamente é possível a aplicação da consunção em havendo a prática do art. 16 como crime – meio ou crime instrumental¹⁰ para o comércio interno ilegal ou o tráfico internacional de armas de fogo.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação ao delito de roubo praticado com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. Antes que o crime previsto no art. 16, do Estatuto do Desarmamento fosse considerado hediondo, era plenamente defensável que o roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido absorvesse o crime de perigo da legislação especial. Com a condução do art. 16, em 2017, à categoria de crime hediondo, não seria mais desarrazoado entender pelo concurso formal de infrações, na espécie, eis que, apesar da natureza de perigo ou dano dos delitos, seria estranho que um crime não hediondo absorvesse um hediondo. Daí porque, sustentávamos a possibilidade de concurso entre as infrações, inclusive para correta aplicação dos institutos da progressão de regime e livramento condicional. Evidentemente que, com a condução do roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido à categoria de hediondo, despicienda torna-se essa discussão sendo possível se concluir novamente pela absorção do crime de perigo pelo patrimonial.

Essa conclusão talvez só não possa beneficiar eventuais agentes processados e até condenados por dois delitos, na forma do concurso de crimes, porque, para eles, como não se admite a combinação de leis penais, seria melhor a responsabilidade por um crime de roubo com o aumento previsto no § 2º-A e acréscimo decorrente da exasperação pelo crime de perigo do que crime único com a nova pena prevista no art. 157, § 2º-B, mínima de 8 anos de reclusão.

Passa também a prever como crime hediondo, a Lei nº 13.964/19, o crime de organização criminosa, quando direcionada esta à prática de crimes hediondos ou equiparados. Observe-se que então não é hediondo simplesmente o crime previsto no art. 2º e sua combinação com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13. Mister se faz que seja ele direcionado à prática de crimes hediondos ou equiparados (v.g. extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas etc.).

Um dos chamados crimes equiparados a hediondos é o Terrorismo, tratado na Lei nº 13.260/16. E no seu caso específico há que considerar uma situação diferenciada, eis que existe previsão especial de um crime de organização terrorista no art. 3º., da Lei Antiterror:¹¹

A Lei nº 13.260/16 cria uma subespécie de organização criminosa: a “organização terrorista”. Já há a previsão da “organização criminosa” na Lei nº 12.850/13, mais especificamente em seu art. 1º, § 1º, e art. 2º. Ademais, no art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 12.850/13, é afirmado que seus dispositivos se aplicam às organizações terroristas, “entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos”. Este inciso II, do art. 1º, § 2º, da Lei do Crime Organizado, foi incluído pela própria Lei 13.260/16. Desse modo, dúvida não pode haver quanto a ser a organização criminosa terrorista uma subespécie de organização criminosa, submetida aos ditames da Lei nº 12.850/13 em tudo aquilo que não conflitar com a Lei nº 13.260/16. Ou seja, na lacuna da Lei Antiterror, aplica-se, no que couber, a Lei do Crime Organizado. Há um comando de integração entre os diplomas (inteligência dos arts. 16 e 19 da Lei nº 13.260/16 c/c art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 12.850/13 – nova redação).

E efetivamente o art. 3º, da Lei 13.260/16, é lacunoso quanto à definição legal do que venha a ser uma “organização terrorista”. A verdade é que o termo é apenas mencionado no dispositivo legal, sem qualquer especificidade. Ora, então para buscar os requisitos de reconhecimento de uma organização criminosa terrorista é preciso abeberar-se na Lei nº 12.850/13, mais especificamente em seu art. 1º, § 1º, de maneira que para que um grupo possa ser considerado como uma “organização terrorista” deverá satisfazer os seguintes requisitos:

a) Associação de quatro ou mais pessoas (crime plurissubjetivo ou de concurso necessário), exigindo um número mínimo de quatro integrantes, sem o que pode até haver prática de crime de terrorismo, mas não em organização terrorista, senão em mero concurso de agentes ou, no máximo uma associação criminosa;

b) Organização estruturada com divisão de tarefas entre seus componentes;

Observe-se que a partir daqui diverge a organização terrorista pelo Princípio da Especialidade da organização criminosa em geral. Na organização terrorista a finalidade (dolo específico do tipo) é o de cometer atos de terrorismo definidos na Lei nº 13.260/16 e não a prática de outras infrações penais para obtenção de vantagem de qualquer natureza. Também não é necessário que os atos de terrorismo tenham caráter transnacional, pois que o terrorismo pode ser interno ou externo.

Não parece proceder o entendimento de que a organização terrorista poderia ser caracterizada independentemente dos requisitos supramencionados, previstos na Lei nº 12.850/13, constituindo a Lei nº 13.260/16 um subsistema independente em termos de organização criminosa. Isso porque a própria Lei nº 13.260/16 promove clara e evidentemente a sua necessária integração com a Lei nº 12.850/13, conforme acima demonstrado. Na realidade a infração penal prevista no art. 3º, da Lei Antiterror, é um chamado “crime remetido”,¹² pois para sua integração é preciso o complemento dos requisitos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, para o qual é remetido o intérprete por força do art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 12.850/13 c/c art. 19 da própria Lei nº 13.260/16.

Nessa toada não parece restar dúvida alguma de que, nos estritos termos do art. 1º, Parágrafo Único, V, da Lei nº 8.072/90, com nova redação dada pela Lei nº 13.964/19, o crime “Organização Terrorista” (art. 3º, da Lei nº 13.260/16) é hediondo. Sem a menor dúvida, trata-se de uma “organização criminosa” direcionada à prática de crime equiparado a hediondo, qual seja, o terrorismo. Portanto, inegável, diante da conformação legislativa, sua característica hedionda.

Também é crime hediondo a “associação para a prática de genocídio”, prevista no art. 2º, da Lei nº 2.889/56, mas não por força inciso V, do art. 1º, parágrafo único,

da Lei nº 8.072/90, e sim por determinação expressa do mesmo artigo e parágrafo único, mas em seu inciso I. Acaso não se trate de mera “associação criminosa”, mas de “organização criminosa” para a prática de genocídio, aí sim virá a incidir o inciso V do mesmo dispositivo.

Doutra banda a mera “Associação para o Tráfico de Drogas”, prevista no art. 35, da Lei nº 11.343/06 não é crime hediondo.

Somente haverá crime hediondo se for caracterizada “organização criminosa” para o tráfico de drogas. O mesmo se diga da simples associação criminosa para a prática de crimes hediondos, de acordo com o art. 8º, da Lei nº 8.072/90 c/c art. 288, CP. Não haverá hediondez na “associação”, mas tão somente na “organização criminosa”. É claro que se, para além da associação, vierem as pessoas a praticarem efetivamente crimes de tráfico ou outros hediondos, haverá a aplicação da Lei nº 8.072/90, mas tão somente com relação a tais crimes perpetrados, não com relação à mera associação como crime independente.

A nova redação dada ao Parágrafo Único do art. 1º, da Lei nº 8.072/90 constitui “continuidade normativo – típica” em relação à hediondez do genocídio e do crime do art. 16, do Estatuto do Desarmamento, podendo, portando retroagir a casos pretéritos. Já com relação aos casos de atribuição de hediondez aos crimes de comércio ilegal de armas de fogo, tráfico internacional de armas de fogo e organização criminosa voltada para a prática de crimes hediondos e equiparados, caracteriza-se *novatio legis in pejus*, com proibição de retroatividade maléfica a casos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/19. Também é de observar que em considerando que o art. 16, “caput”, do Estatuto do Desarmamento, tratando de armas de uso *restrito*, deixa de ser hediondo, haverá, neste ponto, *novatio legis in mellius*, com força retroativa benéfica.

A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Os crimes hediondos e equiparados, na redação original da Lei nº 8.072/90, já tiveram regime “integral” fechado, ou seja, não havia progressão de regime.

Acontece que tal sistema foi considerado inconstitucional por violação da individualização da pena, mais especificamente em sua fase executória, conforme evolução jurisprudencial (STF, HC nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006, DJ de 1º.09.2006).

Daí surge a Lei nº 11.464/07, alterando o regime de pena por crimes hediondos e equiparados para “inicialmente” fechado, com direito à progressão ao regime menos gravoso, mediante o cumprimento de ao menos 2/5 da pena para primários e de 3/5 da pena para reincidentes. Essa lei supra citada deu nova redação ao art. 2º e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90.

A partir da decisão acima mencionada e da Lei nº 11.464/07, muito se discutiu, até a Edição da Súmula Vinculante 26, se a lei acima mencionada poderia ou não ser aplicada aos autores de crimes hediondos ou equiparados antes de sua entrada em vigor, tendo prevalecido o entendimento de sua irretroatividade.

No seguimento, vem a Lei nº 13.769/18 e altera a parte final do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, para permitir uma progressão de regime especial com o cumprimento de apenas 1/8 da pena, mesmo em casos de crimes hediondos ou equiparados, desde que preenchidos os requisitos cumulativos previstos no art. 112, § 3º, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84). O benefício se volta para

presas (mulheres) gestantes ou mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, desde que o crime não seja marcado por violência ou grave ameaça, não tenha sido cometido contra o filho ou dependente e a detenta seja primária e de bons antecedentes, bem como com bom comportamento carcerário, não integrando, ainda, organização criminosa.

Todas essas regras legais, porém, são revogadas expressamente pela Lei nº 13.964/19, quando seu art. 19 anuncia a revogação total do § 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, pois era ali que essas normativas de progressão de regime estavam perfiladas.

Portanto, o regime de progressão de 2/5 e 3/5 para crimes hediondos e equiparados não existe mais.

O regime de progressão de 1/8 para crimes hediondos voltado para mulheres em certas condições e obedecidos certos requisitos, conforme art. 112, § 3º, LEP, gerará controvérsias.

Este último regime prossegue válido sem qualquer dúvida, mas somente para crimes comuns (não hediondos ou equiparados¹³) porque a Lei nº 13.964/19 não revogou especificamente o § 3º, do art. 112, da LEP, somente revogou o § 2º, do art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos que permitia a extensão dessa benesse mesmo a crimes hediondos ou equiparados.

Nesse passo, surgirá o entendimento de que com a revogação do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que permitia essa extensão, esta não será mais possível.

Com efeito, assim estava redigido o texto legal que permitia a extensão dessa benéfica forma de progressão para mulheres: “A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)”.

Nessa ordem de ideias, se o legislador revogou a norma que permitia a extensão, ela não mais seria possível de ser aplicada às condenadas por crime hediondo.

Por outro lado, verifica-se que a Lei nº 13.964/19, ao revogar o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que regulava especialmente a progressão de regime, passou toda a normatização desse tema para a Lei de Execuções Penais, em seu art. 112, parágrafos e incisos.

Com essa ideia em mente, certamente também surgirá o entendimento de que a progressão dar-se-á de acordo com as normas do art. 112, incisos I a VII, LEP, bem como seu § 3º, que remanesceu intacto e no bojo do qual não há impedimento de aplicação a casos de crimes hediondos ou equiparados. Assim sendo, há que considerar que satisfeitos pela mulher os requisitos que a LEP exige, terá ela o direito público subjetivo ao regime progressivo ali expresso de forma mais benéfica, independentemente da natureza do crime.

Na mesma esteira, a natureza do crime é objeto de tratamento nos diversos incisos do art. 112, *caput*, LEP, o que não se repete no sistema do art. 112, § 3º, LEP. Não havendo vedação legal, o correto será então a concessão do benefício como vinha ocorrendo. Dessa forma, a revogação do § 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 não ocasiona efeito algum no tratamento especial dado às mulheres nas condições e mediante os requisitos legais do art. 112, § 3º, da Lei nº 7.210/84.

Inicialmente, tendíamos para o fim do benefício para as mulheres devido à revogação expressa da norma de extensão. Essa conclusão não somente parece mais

justa e adequada aos anseios sociais como também evita a instrumentalização de mulheres para a prática de infrações graves como o tráfico de drogas.

Mas, analisando melhor a questão e observando que o tratamento foi transferido *in totum* para a Lei de Execuções Penais pela Lei Anticrime, sem nenhuma vedação de aplicação do § 3º, do art. 112, LEP aos crimes hediondos ou equiparados, bem como sem sua revogação tácita ou expressa, há que reconhecer que a melhor interpretação é a de que nada se altera para a mulher que satisfaça os requisitos legais.

A aplicação deste benefício, todavia, encontra limites na espécie da infração praticada eis que vedado a crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa ou se a mulher integrar organização criminosa. Daí se conclui que, a princípio, ele só poderia ser aplicado aos crimes de epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, comércio ilegal de armas de fogo, tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição e tráfico de drogas, para aqueles que entenderem que este crime não importa em violência contra a sociedade, como já se sustentou para permitir a medida socioeducativa de internação.

No mais, a progressão de regime, seja para crimes hediondos e equiparados, seja para crimes comuns, se regula, doravante, pelo art. 112, I a VIII, da LEP, conforme abaixo se descreve:

a) Para os crimes comuns cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, a progressão se dá com o cumprimento de 16% da pena se o autor for primário e de 20% da pena se o autor for reincidente. A reincidência nesses casos é genérica (art. 112, incisos I e II, LEP). Observe-se que para os primários neste tópico, a Lei nº 13.964/19 constitui *novatio legis in mellius*, já que antes o exigido seria o cumprimento de 1/6 da pena, o que resultaria em pouco mais do que 16%. Já para os reincidentes, anteriormente o requisito objetivo era também de cumprimento de 1/6, de modo que o patamar atual de 20% é *novatio legis in pejus*. Em conclusão, o inciso I do art. 112 da LEP retroage e o inciso II não pode retroagir.

b) Para os crimes comuns cometidos com violência ou grave ameaça, a progressão se dá com o cumprimento de 25% da pena se o agente for primário e de 30% da pena se o agente for reincidente específico em crime marcado pela violência ou grave ameaça (art. 112, incisos III e IV, LEP). Aqui o legislador deixou uma lacuna porque não tratou expressamente do caso do indivíduo reincidente não específico em crime violento ou marcado pela grave ameaça. Por exemplo, um sujeito que comete um crime violento, mas sua condenação anterior não é por crime violento. Não há previsão para o caso. A única solução é entender que esse reincidente genérico irá obter a progressão nos termos do art. 112, III, LEP, cumprindo apenas 25% da pena, já que a parcela de 30% só tem base legal para aplicação em caso de reincidência específica em crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa (inteligência do art. 112, IV, LEP). Em todos esses casos, a LEP não fazia distinção do *quantum* para progressão, que era de 1/6. Portanto, são claramente casos de *novatio legis in pejus* sem força retroativa.

c) Nos casos de crimes hediondos ou equiparados, se o agente for primário, a progressão se dará mediante o cumprimento de 40% da pena (art. 112, V, LEP).

Antes disso a progressão se daria mediante o cumprimento de 2/5 da pena, o que equivale a exatamente os mesmos 40% agora previstos. Dessa forma a regra atual pode retroagir, pois que se trata de simples “continuidade normativo típica”.

d) Nos casos de crimes hediondos ou equiparados, ocorrendo resultado morte e sendo o agente primário, a progressão somente se dará mediante o cumprimento de 50% da pena (art. 112, inciso VI, alínea “a”, LEP). Embora a Lei nº 13.964/19 não tenha alterado as regras do Livramento Condicional para crimes hediondos ou equiparados no art. 83, CP, prosseguindo a exigência de cumprimento de 2/3 da pena e não reincidência específica em crimes da mesma espécie, prevê no dispositivo em estudo a vedação do Livramento Condicional para esses casos de crimes hediondos e equiparados com resultado morte. A nova norma é, portanto, *novatio legis in pejus*, pois aumenta o requisito temporal de progressão e veda o Livramento Condicional. Antes a progressão se daria com cumprimento de apenas 2/5 (equivalente a 40%) e não havia óbice ao Livramento condicional. Desse modo, o novo sistema não pode retroagir a casos pretéritos.

e) Também deverá cumprir 50% da pena para poder progredir aquele que exercer comando individual ou coletivo de organização criminosa estruturada para a prática de crimes hediondos ou equiparados. Não se entende por que não há nesse caso vedação do Livramento Condicional. De qualquer forma, sendo atualmente considerado como crime hediondo o crime de organização criminosa voltada para a prática de crimes hediondos ou equiparados, conforme já visto neste texto (art. 1º, parágrafo único, V, da Lei 8.072/90, com nova redação dada pela Lei nº 13.964/19), a normatização atual constitui *novatio legis in pejus* pelos mesmos fundamentos acima delineados, tirante a questão da vedação do Livramento Condicional. Entendemos que, embora a alínea “b” seja silente, também será necessário, para sua aplicação e não outra mais rigorosa, que o agente seja primário, tal qual ocorre na dicção expressa da alínea “a”. Ademais, há que perceber que somente terá a progressão mais rigorosa da alínea “b” do inciso VI, aquele que exercer liderança da organização. Não será todo participante ou componente de organização criminosa voltada para a prática de crimes hediondos que irá ser submetido a essa exigência maior para progressão. O componente ou participante de organização dessa espécie, que não seja responsável pela liderança ou comando, sendo primário, irá progredir normalmente com o cumprimento de somente 40% da pena, nos termos do art. 112, inciso V, LEP.

f) No art. 112, inciso VI, alínea “c”, LEP, também é prevista a necessidade de cumprimento de 50% da pena para os condenados pela prática do crime de constituição de milícia privada (art. 288-A, CP). Esse crime não é previsto como hediondo pela Lei 8.072/90, mesmo após as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19. O *nomen juris* do crime (“Constituição de Milícia Privada”), pode dar uma falsa impressão de que somente trata das milícias privadas, deixando lacuna quanto aos grupos de extermínio. Mas isso é apenas impressão. O tipo penal, em seu preceito primário, é redigido de forma bastante ampla, se referindo a quaisquer organizações paramilitares, milícias privadas, grupos ou esquadrões. Ademais, no próprio art. 1º, da Lei nº 12.720/12, criadora do tipo penal em destaque, é explicitado que ela se refere “a crimes praticados por grupos de extermínio ou milícias privadas”.¹⁴ Dessa forma o cumprimento de 50% da pena valerá tanto para aqueles que formem milícias privadas, grupos de extermínio, organizações paramilitares ou esquadrões clandestinos. Novamente se tem um caso de *novatio legis in pejus*. Antes da alteração

pela Lei nº 13.964/19, a progressão poderia ocorrer com cumprimento de apenas 1/6 da pena, agora exige-se 50%. Não há possibilidade de retroatividade.

g) Se o indivíduo for reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados, para progredir de regime precisará cumprir ao menos 60% da pena (art. 112, VII, LEP). Pode-se dizer que nesta situação houve continuidade normativo – típica, pois o reincidente sempre tinha de cumprir ao menos 3/5 da pena para progredir, mesmo antes da alteração da Lei nº 13.964/19, o que equivale a 60%. Dessa forma, não há problemas com a retroatividade, pois que esta não é benéfica, mas também não é maléfica. Também nada se altera quanto ao Livramento Condicional, o qual já era vedado e continua sendo, por força do disposto no art. 83, V, CP, tendo em vista tratar-se de reincidente em crimes hediondos ou equiparados. Nesse passo a Lei nº 13.964/19 não trouxe qualquer novidade ou alteração. Uma lacuna, porém, surge: o que fazer se o indivíduo é condenado por crime hediondo ou equiparado e é reincidente, porém não em crime dessa natureza? Por exemplo, um sujeito é condenado por estupro, sendo reincidente, mas por causa de uma condenação anterior por furto simples. Essa situação não foi prevista pela lei e então a única solução é a aplicação da norma referente aos condenados por crimes hediondos, de acordo com o art. 112, V, LEP, sendo o patamar de cumprimento exigido de 40%. Embora nesse inciso mencionado se trate originalmente de agente primário, o reincidente não específico terá de ser ali enquadrado na impossibilidade de impor-lhe o tratamento mais gravoso que só é permitido ao reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados. Nesse conflito, deve prevalecer a norma que melhor se adequa e que é mais benéfica para o infrator. Como antes, a progressão com 3/5 (equivalente a 60%) era aplicável tanto para reincidentes específicos, como para genéricos, no que tange aos genéricos, a Lei nº 13.964/19 criou *novatio legis in mellius*, já que agora a progressão se dará com somente 40% da pena. Dessa maneira, há que retroagir a nova regulamentação para os casos ocorridos antes da vigência da Lei Anticrime. Aqui reside, talvez, um dos grandes lapsos do novo sistema, pois, na esteira de aumentar o rigor com autores de crimes hediondos, acabou beneficiando em grande escala não somente um condenado por crime hediondo mas um reincidente que comete crime hediondo!

h) Finalmente, prevê o art. 112, VIII, LEP a necessidade do cumprimento de 70% da pena para progressão em caso de reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados com resultado morte. A mesma questão do tópico antecedente se apresentará se o autor for condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e for reincidente genérico, sendo o crime gerador da reincidência não hediondo. Porém, o patamar será agora aquele de 50%, conforme art. 112, VI, “a”, LEP, devido a falta de previsão expressa do caso. Por outro lado, se o indivíduo for condenado por crime hediondo ou equiparado com morte e for reincidente específico em crime hediondo ou equiparado, mas este que gera reincidência não for marcado pela morte, a progressão se dará com 60% da pena, nos termos do art. 112, VII, LEP, isso porque o art. 112, VIII se aplica somente aos reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados com morte. Para os reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados com resultado morte, a Lei 13.964/19 criou um sistema mais rigoroso, já que antes seria necessário o cumprimento de apenas 3/5 da pena (equivalente a 60%) e agora se exige 70%, de modo que não poderá haver retroatividade. Configura-se, sem dúvida, *novatio legis in pejus*. O inciso VIII, do art. 112, LEP veda expressamente em sua parte final o Livramento

Condicional, mas essa disposição é redundante e supérflua, pois que tal já resultaria do que já vem disposto há tempos no art. 83, V, CP, que impede o Livramento para aqueles que são reincidentes específicos em crimes hediondos em geral, independentemente até mesmo da presença do resultado morte. Portanto, quanto a essa vedação do Livramento Condicional, ocorre tão somente “continuidade normativo típica”, podendo retroagir normalmente. Na verdade, sequer haverá necessidade de retroação, mas a simples aplicação natural do disposto no art. 83, V, CP.

O TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO E A QUESTÃO DA HEDIONDEZ

Por bastante tempo se discutiu se o chamado “Tráfico Privilegiado”, conforme previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) seria ou não equiparado a hediondo.

Predominava a tese de que o “Tráfico Privilegiado” não seria crime hediondo, já que a Lei 8.072/90 a ele não faz referência. Essa vinha sendo a orientação do STF (v.g. HC nº 118.533). O STJ chegou a editar a Súmula 512, advogando tese contrária, ou seja, pela hediondez do “Tráfico Privilegiado”. Entretanto, o STJ acabou cancelando tal Súmula e adotando o entendimento harmônico com o STF no sentido de que o “Tráfico Privilegiado” não é crime hediondo.¹⁵

Encontra-se na doutrina discussão, sendo que ainda há autores que defendem a hediondez do “Tráfico Privilegiado”.¹⁶ Mas, essa posição torna-se praticamente indefensável com o advento da Lei nº 13.964/19, a qual inseriu no art. 112, § 5º, da LEP (Lei nº 7.210/94) a afirmação de que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006”. Ora, se o “Tráfico Privilegiado” não é considerado como hediondo ou equiparado para fins de Execução Penal, por que o deveria ser para outros fins. Eventual tratamento desigual seria violador até mesmo da proporcionalidade. Parece muito mais crível que o entendimento já endossado pelo STF e pelo STJ acabou legislado, pondo fim à discussão acerca do tema.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.964/19 promoveu consideráveis alterações na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Incrementou o rol de crimes hediondos e perdeu a oportunidade de solucionar algumas questões polêmicas a respeito da enumeração taxativa de crimes ali constante, mas, concomitantemente, solucionou alguns problemas referentes à proporcionalidade, embora tenha criado outros.

As principais alterações, contudo, se dão nas mudanças das regras do regime progressivo de cumprimento de penas, tanto para crimes hediondos e equiparados, como para crimes comuns, com a revogação expressa do § 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 e todo o novo regulamento previsto no corpo do art. 112, parágrafos e incisos da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84). Neste ponto também foram deixadas lacunas e questões que podem gerar polêmica, conforme foi demonstrado no decorrer do presente trabalho.

Mais uma vez, a legislação penal e processual penal perdeu a chance de efetivamente se aperfeiçoar, como propalado pelo legislador, talvez pelo costume, cada vez mais intenso, de se superficializar o debate político sobre temas com enormes reflexões técnicas.

Em verdade, intensificar ou não o rigor penal não é uma mera questão de se criar ou não crimes, aumentar penas ou tentar afastar benefícios há muito tempo inaceitáveis por grande parte da sociedade.

Qualquer proposta nesse sentido precisa considerar os impactos orçamentários e sociais das medidas que se pretende implementar, a estrutura dos órgãos de persecução penal – há muito tempo deixados à margem de investimentos das mais variadas naturezas – e a palavra daqueles que terão a missão profissional de aplicá-las.

Isso requer tempo para discussões no âmbito do parlamento, disposição para se conhecer um pouco dos problemas existentes na legislação e as opiniões dos seus operadores. Requer, ainda, o desarmamento de prévias ideologias com quase nenhuma capacidade para contribuir com ideias e dados verdadeiramente comprometidos com a realização de um dos fins perseguidos pelo Estado que é garantir a segurança para as pessoas.

Respostas legislativas rápidas e atrapalhadas, como em parte se vê no “pacote anticrime” (embora ele tenha méritos na maioria de suas proposições), só podem ser menos severamente julgadas pela História, caso tenham sido motivadas pelo reconhecimento parlamentar de que há um déficit de proteção estatal para com a vida e a segurança do cidadão e uma urgente necessidade de garantir representatividade, legitimidade e eficiência à própria autoridade estatal.

Quem dera fossem apenas essas as justificativas para as ações políticas na área de segurança pública, em todos os níveis de governo, nos vários anos que se passaram desde a promulgação da constituição cidadã. ■

NOTAS

- 1 BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 53. “Mas a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.
- 2 Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 63. E em corroboração à nossa posição em publicação atualizada: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 78.
- 3 Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 227.
- 4 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O novo § 3º do art. 158 do Código Penal e a Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em www.jus.com.br, acesso em 25.02.2020.
- 5 CUNHA, Rogério Sanches, GOMES, Luiz Flávio. Sequestro Relâmpago com morte é crime hediondo. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 25.02.2020.
- 6 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 196-202.
- 7 Op. cit., p. 197-198.
- 8 Op. cit., p. 203-204.
- 9 Op. cit., p. 203-204.
- 10 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 1018. Conforme o autor lusitano, crime instrumental ou crime meio, “são aqueles casos em que um ilícito singular surge, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar e nesta realização esgota o seu sentido e os seus efeitos”.
- 11 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco, Op. cit., p. 395-397.
- 12 Aquele cuja “definição se reporta a outros delitos que passam a integrá-lo”. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. Volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183.
- 13 Conquanto não seja esse o objetivo do presente trabalho, oportuno consignar que o legislador, se tinha mesmo o propósito de elevar o rigor estatal contra autores de infrações penais,

perdeu a chance de extirpar do ordenamento essa infeliz opção de conceder a progressão de regime para a mulher que, preenchendo as condições elencadas no art. 112, §3º, LEP, venha a cumprir 1/8 da pena no regime anterior. Isso porque, em nosso entendimento, deveras desarrazoado que, num país que vive uma escalada de violência e com a crescente sensação de impunidade, seja permitido que alguém, condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime intermediário ou mais gravoso – o que, por si, já indica o maior desvalor da conduta ante as inúmeras vias legais para se evitar o encarceramento – possa progredir de regime descontando pouco mais de dez por cento da pena aplicada. Desafiador encontrar outro país em que um juiz condene alguém a um ano de prisão e esse alguém, após o cumprimento de apenas um mês, já possa obter benefícios! Se não fosse trágica a comparação, seria como se um empresário oferecesse um produto à venda pelo preço regular mas fizesse uma promoção na qual o comprador pagasse apenas 12,5% do valor do produto. Com efeito, se no mercado seria improvável que um empresário com essa prática alcançasse sucesso no capitalismo, não há muita esperança de que um Estado que promova esse tipo de medida na execução penal possa ter grandes resultados no processo de ressocialização da sentenciada e nem mesmo de punição pura e simples, dado o evidente laxismo do regramento.

- 14 Cf. CUNHA, Rogério Sanches. Comentários à Lei 12.720, de 27 de setembro de 2012. Disponível em <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815054/comentarios-a-lei-n-12720-de-27-de-setembro-de-2012>, acesso em 25.02.2020.
- 15 STJ divulga teses sobre tráfico, cotas de condomínio e processo civil. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-14/stj-divulga-teses-trafico-condominio-processo-civil>, acesso em 25.02.2020.
- 16 Cf. GRECO, Rogério. *Leis Penais Especiais Comentadas – Crimes Hediondos e Tortura*. Niterói: Impetus, 2016, p. 91.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O novo § 3º do art. 158 do Código Penal e a Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em www.jus.com.br, acesso em 25.02.2020.
- CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches, GOMES, Luiz Flávio. Sequestro Relâmpago com morte é crime hediondo. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 25.02.2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. Comentários à Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012. Disponível em <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815054/comentarios-a-lei-n-12720-de-27-de-setembro-de-2012>, acesso em 25.02.2020.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 15. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- GRECO, Rogério. *Leis Penais Especiais Comentadas – Crimes Hediondos e Tortura*. Niterói: Impetus, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- STJ divulga teses sobre tráfico, cotas de condomínio e processo civil. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-14/stj-divulga-teses-trafico-condominio-processo-civil>, acesso em 25.02.2020.



ARQUIVO PESSOAL

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



ARQUIVO PESSOAL

GIANFRANCO SILVA CARUSO é Promotor de Justiça na Comarca de Cruzeiro, Estado de São Paulo, Mestre em Direitos de Titularidade Difusa e Coletiva, Pós-graduado em Direito Público e em Direito Penal, Professor de Direito Administrativo e de Direito Processual Penal do Curso de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Co-coordenador do Núcleo Regional, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (Vale Histórico).



A internacionalização das Startups e a validade jurídica dos novos negócios

■ POR GISELE TRUZZI E MARCELO NOGUEIRA

“Não restam dúvidas de que aquela empresa com maior segurança jurídica cria para si relevante atmosfera de credibilidade e isso impacta na confiabilidade, receptividade, convicção e empatia dos futuros clientes e investidores.”

Saiba mais sobre como internacionalizar sua startup e obter a validação jurídica necessária para ingressar em novos mercados.

Nos próximos meses de 2020 as cidades de Nova York, Barcelona e Bogotá serão destinos certos entre os melhores ecossistemas financeiros do mundo, por terem os principais centros de inovação e abrigarem grandes investidores, fomentando a concretização de missões voltadas à inserção de *startups* (empresas nascentes de base tecnológica) que possuam grau de maturidade suficiente para se internacionalizar —; vale dizer, aquelas em busca de oportunidades em nichos de mercado com produtos/serviços realmente inovadores e de alto valor agregado.

À frente destes eventos está o StartOut Brasil – um programa gratuito realizado pelo Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC) em conjunto com o Ministério das Relações Exteriores (MRE), a Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil), o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) e a Associação Nacional de Entidades Promotoras de Empreendimentos Inovadores (Anprotec), que reúne esforços e competências na capacitação em internacionalização, de imersão internacional, conexão a ambientes de inovação, agendas de mapeamento, prospecção de clientes, investidores estrangeiros e apoio para *soft landing* (suporte temporário a empresas de fora interessadas em estabelecer parcerias de negócios em determinada região/país).

Desde 2017, foram promovidos três ciclos de imersão (Buenos Aires, Paris e Berlim), em 2018 outros dois (Miami e Lisboa) e, no ano de 2019, foi a vez de quatro novos polos interessantes (Boston, Toronto, Xangai e Santiago).

Na última edição, 65 *startups* brasileiras com faturamento sólido foram selecionadas dentre 371 que se inscreveram para participar do processo de internacionalização, em diferentes segmentos (exemplificando aqui: de comércio eletrônico [B2B], passando por assuntos focados em saúde a soluções empresariais).

Os esforços continuados deste programa do Governo Federal não param por aí. Reconhecido caso de sucesso e acelerador de retorno positivo social e econômico, o StartOut Brasil está concorrendo ao WSIS Prizes 2020, premiação destinada a avaliar projetos e atividades que alavancam o poder das tecnologias da informação e comunicação (TICs), organizado pela União Internacional de Telecomunicações (ITU) em parceria com Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (Unctad) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud).

O concurso já atraiu mais de 300 mil participantes.

Quem pode participar do ‘StartOut Brasil’?

Empreendedores das *startups* nacionais que dependam de ajuda para se tornarem competitivos no mercado internacional, abertos a desenhos estruturados de capacitação e treinamento para venda de produtos/serviços.

Existem vantagens ao micro e pequeno empresariado?

Certamente.

Para aquelas *startups* convocadas no processo seletivo haverá capacitação por meio de sessões em plataforma virtual e presencial, conexão com mentores voluntários especializados no mercado de cada cidade sediadora do respectivo evento, possibilidade de apresentação de negócio para investidores, formação de contatos com executivos locais, potenciais clientes, parceiros e outras *startups*, incluindo nessa lista interação com prestadores de serviços da região para inserção da empresa no mercado escolhido. São algumas opções.

O que vem depois das parcerias darem certo?

Além do plano pós-missão de imersão internacional que definirá estratégias e encontros de negócios a partir do conhecimento do mercado local onde ocorrem os novos eventos, ainda é fundamental manter o fôlego para estabelecer relações comerciais com empresas, clientes, investidores, desenvolver parcerias e multiplicar acesso a outros mercados.

Tais percepções são definitivamente aplicáveis ao ambiente negocial e mais especificamente, a formalização dos aspectos jurídicos evoluídos desses arranjos contratuais depende da cooperação de inúmeras possibilidades de expansão das marcas, licenças de artefatos ou executáveis (*software*), patentes, transferência simétrica de conhecimentos técnicos específicos (*know-how*), de maneira a preservar o ajuste e objetivos inicialmente traçados pelos contratantes.

Em relação à conformidade legal e validação jurídica: o que minha *startup* precisa ter para ser lançada no mercado de negócio?

É evidente que toda empresa antes de ser divulgada ao mercado precisa ter um mínimo de suporte jurídico.

Sob enfoque para as *startups* que surgem principalmente de modo muitas vezes peculiar, com aporte de terceiros (empréstimos de familiares dos sócios-fundadores), onde em inúmeros casos, há um agrupamento quase simultâneo das aplicações de riquezas diretas ou indiretas dos respectivos sócios e a mão-de-obra propriamente dita, é necessário que a empresa em fase embrionária guarde consigo alguns documentos jurídicos bem definidos a fim de estabelecer condições, direitos e limites que possam servir e proteger cada um dos envolvidos para, assim, garantir saúde jurídica e financeira desses atores.

O primeiro passo a ser implementado desde os rascunhos de uma nova empresa que passa invariavelmente pelo compartilhamento de ideias, centralização de público-alvo, reforços de lastro patrimonial etc., se trata da assinatura de um Termo de Confidencialidade (igualmente chamado *non-disclosure agreement/ NDA*) – que fixará o sigilo das informações circuladas entre sócios, desenvolvedores de sistemas, colaboradores, demais prestadores de serviços envolvidos no início das atividades empresariais.

Tal Termo é essencial a par de impedir a usurpação dos segredos de negócio, situação comum experimentada nas hipóteses de aproveitamento parasitário de sócio dissidente e futuro concorrente desleal ou mesmo ex-empregados demitidos por justamente que buscam vingança.

Um segundo passo ainda que se apresente paralelo à primeira opção, a depender do tipo de sociedade e perfil de investidores, será a validação do acordo pré-investimento formatado na Carta de Intenções (*term sheet/TS*), no Memorando de Entendimento (*memorandum of understanding/MoU*) ou por Acordo de Sócios (*shareholder's agreement/SHA*).

Nesses instrumentos, atribuições e responsabilidades são traçadas com o objetivo de combinar a quem competirá colaborar e até que medida para o fortalecimento das bases negociais na construção da almejada sociedade empresarial, influenciando na redação do contrato social ou estatuto, inscrição do CNPJ, entre outros específicos com clientes, fornecedores, prestadores, colaboradores (celetistas ou pessoa jurídica).

Convém o destaque para outra dica útil que estimula a divulgação acertada da marca e a qualidade que se quer imprimir, como a importância de se desenvolver Termos de Uso e Política de Privacidade para *sites*, portais, aplicativos e outros produtos/serviços tecnológicos à vista, não esquecendo de que é imprescindível uma análise adequada se esses produtos/serviços prestes a serem inseridos no mercado estão de acordo com a nova LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), que entrará em vigor em agosto/2020.

Esse conjunto de iniciativas representa a documentação jurídica preliminar que sua *startup* precisa para seguir alguns critérios de conformidade legal e dar o pontapé inicial às atividades empresariais sem enfrentar problemas.

De toda evidência, não restam dúvidas de que aquela empresa com maior segurança jurídica cria para si relevante atmosfera de credibilidade e isso impacta na confiabilidade, receptividade, convicção e empatia dos futuros clientes e investidores. 



ARQUIVO PESSOAL

GISELE TRUZZI é Advogada especialista em Direito Digital e fundadora de Truzzi Advogados.



ARQUIVO PESSOAL

MARCELO NOGUEIRA é Advogado especialista em Direito Empresarial e consultor de Truzzi Advogados.



Direitos de clientes nas operações digitais em plataformas para o mercado financeiro e *day-trade*

■ POR JOSÉ ANTONIO MILAGRE, CAROLINA BONFIM COELHO E EMILY LUCILA DE OLIVEIRA

“Para as corretoras, a concepção de um ambiente que registre as decisões do trader ou investidor e as atividades do sistema, podendo ser reproduzido (*logging*) a qualquer momento, inclusive com uma robusta “gestão do consentimento” no ambiente digital, demonstra-se fundamental como medida para mitigar riscos, evitando-se ações judiciais, danos e grandes prejuízos para as operações.”

Como o Judiciário vem enfrentando as controvérsias jurídicas envolvendo operações no mercado financeiro na era digital e quais são os riscos do uso de bots para operações.

A informatização, ambientes e bancos digitais vêm promovendo um maior acesso de correntistas às oportunidades de investimentos e realização de operações (como *day-trade*), realizadas de forma online, por meio de *softwares* e plataformas preparadas e desenvolvidas para interagirem com a bolsa de valores, BMF e para a emissão de ordens de compra e venda de ativos, ligadas também ao banco digital ou à corretora. O mesmo está ocorrendo com os criptoativos, como os conhecidos bitcoins.

Se antigamente ordens eram verbais ou por telefone e já levantavam polêmicas ou controvérsias judiciais sobre a atuação das corretoras acerca das ordens emitidas ou não para compra de determinados ativos, no ambiente digital, por diversas características estes problemas jurídicos se ampliaram.

Inicialmente, muitas pessoas que ascendem aos bancos virtuais ou plataformas online de contas já são apresentadas de imediato às plataformas de investimentos. Conquanto algumas são restritas e exigem o consentimento e a assinatura digital para serem ativadas, outras podem ser ativadas por um simples clique. Soma-se isto ao fato de algumas pessoas buscarem investimentos, mas não conhecerem todas as regras e riscos destes ambientes tecnológicos, negligenciando com a segurança das operações.

Temos, dentre vários, dois cenários críticos. Um, onde o correntista ou o titular contrata uma agência corretora para intermediação, como por exemplo, em aplicações em fundos de investimento. Já o outro cenário, quando o próprio correntista ou cliente atua, operando diretamente a compra e venda de ativos e ações.

No primeiro cenário, já entendeu o TJ/SP que a corretora de valores mobiliários é responsável pelo agente autônomo por ela credenciado e que opera em desacordo com as ordens ou com o acordado entre as partes, causando prejuízos ao cliente, sendo condenada a indenizar por danos materiais (Apelação Cível 992.05.134283-8). Embora a Ré tenha argumentado que sua relação contratual se dava unicamente como distribuidora de valores e não com os operadores de mesa, a mesma fora condenada a indenizar o cliente, considerando o contrato de comissão com o mesmo e a expectativa do cliente em perceber ganhos.

Por outro lado, o TJ/RJ já enfrentou questões em que trader emitiu uma ordem de compra que não atendeu o limite de crédito definido pelo banco, momento em que a ordem não foi debitada da conta garantia. O trader acionou a corretora. No entanto, foi demonstrado que o cliente tinha conta negativa e não tinha saldo para cobrir o “crédito”, não havendo assim, provas nos autos de que o limite de crédito do autor era “superior” (Apelação 0092156-48.20138.19.0001). A ação proposta pelo trader foi improcedente. Outras demandas, no entanto, decorrem de ordens que foram disparadas pelos clientes, mas “estranhamente” não foram devidamente processadas. A análise dos registros eletrônicos e uma perícia em informática prévia a uma ação de reparação são essenciais ao sucesso da causa.

São também muito comuns processos nos quais a corretora cobra, via Ação Monitória, os clientes por débitos de ordens autorizadas, e estes negam que tenham dado a ordem. Uma questão de prova técnica em informática. Em processo envolvendo trade junto à BM&F BOVESPA, o Tribunal de Justiça entendeu que não existia nos autos comprovação de ordem ou autorização expressa do Réu para realização das operações. O TJ também considerou o “perfil” do cliente, pronunciando-se em seu julgado que não existiam nos autos, comprovação de que o cliente realizava operações semelhantes à realizada e questionada. Precedente importante e que impõe às corretoras a possível implementação de controles envolvendo medidas técnicas para identificar comportamentos fora do “padrão” de um perfil de cliente.

O caso foi interpretado como responsabilidade objetiva do prestador de serviço e falha na prestação do mesmo, sendo obrigado a reparar os danos. Nestes casos, a perícia em informática ou a perícia digital é sempre considerada necessária para avaliar os consentimentos nos ambientes digitais (TJ/SP Apelação 0157413-24-2010.8.26.0100). Embora, hoje, grande parte dos bancos digitais contem com a autenticação duplo fator, token e uma assinatura digital específica para compra e

venda de ativos (chamada de assinatura), pode ser necessário avaliar se o sistema efetivamente se comportou da forma esperada ou não.

Outras questões jurídicas permeiam o Judiciário quando o assunto é trade ou investimentos digitais, desde propaganda enganosa de ganhos e ausência de avisos sobre riscos ou limites de investimento, o que fizeram com que pessoas perdessem tudo. A responsabilização da corretora por falha no software oferecido é um tema cada vez mais comum. Na maioria dos processos, a perícia em informática auxilia na identificação do ponto controvertido, e muitas vezes irá determinar se houve culpa do cliente ou da corretora e quais as causas da instabilidade. A culpa do cliente pode, em alguns casos, ser demonstrada, caso este não tenha adotado cautelas mínimas de segurança, recomendações básicas (como *stop loss*) ou a estrutura recomendada ou necessária para instalação dos sistemas.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (71004309381 RS) decidiu a questão envolvendo uma possível falha no sistema da corretora e instabilidades decorrentes de atualização do sistema utilizado para corretagem, com isso acontecendo, destaque para a “perda de preço” das ações. Entendeu a corte que a reparação é justificada em virtude das falhas do sistema que prejudicaram a agilidade de negociações da bolsa. Posto isso, a corretora foi condenada em danos materiais emergentes, entretanto, não havendo a comprovação do dano moral.

Neste cenário, como visto, é inegável que falhas entre os agentes digitais que permitem as operações, podem, sobretudo em um mercado de curtíssimo prazo, causar danos graves. O uso de robôs e algoritmos para a tomada de decisões, de responsabilidade de outras empresas e que operam sobre as plataformas, também podem ser grandes fatores de litígios, onde cabe a plataforma demonstrar tecnicamente que não deu causa à perda do cliente, mas sim o “algoritmo” contratado para operar em nome do mesmo.

Cada vez mais comuns são os processos envolvendo falhas, instabilidades e defeitos em agentes computacionais em operações de bolsa e *netbanking* em geral. Em casos como este, recomenda-se aos clientes o registro de todas as atividades (gravações – algumas plataformas gravam o dia), a realização de auditoria especializada em informática para parecer sobre o ocorrido e a adoção de medidas jurídicas para a reparação dos danos causados.

Para as corretoras, a concepção de um ambiente que registre as decisões do trader ou investidor e as atividades do sistema, podendo ser reproduzido (*logging*) a qualquer momento, inclusive com uma robusta “gestão do consentimento” no ambiente digital, demonstra-se fundamental como medida para mitigar riscos, evitando-se ações judiciais, danos e grandes prejuízos para as operações. ❏



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ ANTONIO MILAGRE é Advogado especialista em direito digital, e perito em informática, Pós Graduado em Gestão de Tecnologia da Informação, Mestre e Doutorando Ciência da Informação pela UNESP, Pesquisador em Redes Sociais do NEWSDA-BR da Universidade de São Paulo (USP), Presidente da Comissão de Direito Digital da OAB/SP Regional da Vila Prudente, atuou na Vice-Presidência da Comissão Estadual de Informática da OAB/SP (2013-2015). Arbitro fundador da Câmara Internacional de Arbitragem e Mediação em Tecnologia da Informação, E-commerce e Comunicação (CIAMTEC.br). Consultor convidado na CPI de Crimes Cibernéticos – CPICyber do Congresso Nacional. É professor de Pós-Graduação em diversas instituições. Autor pela Editora Saraiva em co-autoria com o Professor Damásio de Jesus, dos livros e “Marco Civil da Internet: Comentários à Lei nº 12.965/2014” e “Manual de Crimes Informáticos”. É colunista da Rádio Justiça do Supremo Tribunal Federal (STF). Data Protection Officer Certified by EXIN. Fundador do Instituto de Defesa do Cidadão na Internet – IDCI.



ARQUIVO PESSOAL

CAROLINA BONFIM COELHO é especialista em Direito Digital e Dados, membro do escritório José Milagre & Associados.



ARQUIVO PESSOAL

EMILY LUCILA DE OLIVEIRA é especialista em Direito Digital e Dados, membro do escritório José Milagre & Associados.



As modalidades licitatórias aplicáveis à execução de obras e à prestação de serviços de engenharia (Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 e Projeto de Lei nº 1292, de 1995)

■ POR MARINÊS RESTELATTO DOTTI

“No atual sistema jurídico de licitações e no novo marco legal – se mantidas as disposições previstas no texto do Projeto de Lei nº 1292, de 1995 – impõe-se a necessária definição do objeto da licitação como obra, serviço de engenharia, serviço comum de engenharia e serviço especial de engenharia, apta (a definição) a subsidiar o agente público quanto à escolha da modalidade licitatória aplicável ao específico objeto.”

No atual sistema jurídico de licitações, para que a administração pública adote a modalidade licitatória correta aplicável às contratações de obras e serviços de engenharia, faz-se necessária a prévia definição desses objetos, tarefa esta a ser confiada a profissional habilitado.

No que se refere à obra de engenharia, não há na Lei nº 10.520/2002 previsão acerca da possibilidade de contratação por meio da modalidade licitatória denominada de pregão. Referido diploma estabelece a utilização da modalidade para a aquisição de bens e serviços de natureza comum.

No âmbito da administração pública federal há normas a respeito.

O Decreto nº 3.555/2000 é expresse e taxativo na vedação ao uso da modalidade pregão para a licitação de obra de engenharia, *verbis*:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

Da mesma forma o Decreto nº 10.024/2019, que disciplina a utilização do formato eletrônico do pregão:

Art. 4º O pregão, na forma eletrônica, não se aplica a:

I – contratações de obras;

A ausência de previsão na Lei nº 10.520/02 deve ser interpretada no sentido de que, também no âmbito dos estados, Distrito Federal e municípios, a modalidade do pregão não pode ser utilizada nas licitações destinadas à contratação de obras de engenharia. A razão de ser é o princípio da legalidade, um dos pilares da doutrina administrativista, no qual reside o dever de o agente público somente agir de acordo com o que a lei expressamente determina.

A classificação do objeto da licitação como obra, portanto, exige a adoção de uma das modalidades licitatórias convencionais previstas na Lei nº 8.666/1993 (concorrência, tomada de preços ou convite), a ser definida em razão de seu valor estimado (Decreto federal nº 9.412/2018).

No tocante à licitação cujo objeto seja classificado como serviço de engenharia, de natureza comum, adota-se a modalidade licitatória pregão, conforme assentado pelo Tribunal de Contas da União por meio do verbete nº 257 de sua Súmula:

O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

No âmbito do Decreto nº 10.024/2019, a utilização do pregão, no formato eletrônico, para as licitações cujo objeto seja a prestação de serviço de engenharia, encontra o seguinte regramento:

Art. 2º

[...]

§ 1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

[...]

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

[...]

II – bens e serviços comuns – bens cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado;

III – bens e serviços especiais – bens que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade técnica, não podem ser considerados bens e serviços comuns, nos termos do inciso II;

[...]

VI – obra – construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem imóvel, realizada por execução direta ou indireta;

VII – serviço – atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da administração pública;

VIII – *serviço comum de engenharia* – atividade ou conjunto de atividades que necessitem da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado;

[...]

Art. 4º O pregão, na forma eletrônica, não se aplica a:

[...]

III – bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no disposto no inciso III do caput do art. 3º. (grifei)

Extrai-se, pois, que no âmbito da administração pública federal é obrigatória a utilização do pregão, no formato eletrônico, quando o objeto for classificado como serviço comum de engenharia. Sendo classificado como serviço especial de engenharia, o caminho será a adoção de uma das modalidades licitatórias convencionais previstas na Lei nº 8.666/1993 (concorrência, tomada de preços ou convite), a ser definida em razão de seu valor estimado.

DISTINÇÃO ENTRE OBRA E SERVIÇO DE ENGENHARIA NA LEI Nº 8.666/1993

Na Lei nº 8.666/1993 extrai-se o seguinte conceito de obra:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

No tocante ao serviço, o art. 6º, II, da mesma Lei, assim o conceitua:

Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Veja-se que a Lei nº 8.666/1993 apresenta um conceito amplo de serviço, sem detalhar, com maior precisão, o serviço de engenharia.

Para os agentes públicos que atuam na área de licitações e contratos a distinção entre obra e serviço de engenharia é fundamental, pois a partir dela (distinção) define-se a modalidade licitatória aplicável.

DISTINÇÃO ENTRE OBRA E SERVIÇO DE ENGENHARIA NO PROJETO DE LEI Nº 1292, DE 1995

No Projeto de Lei nº 1292, de 1995, que almeja revogar a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e, também, a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), os conceitos de obra e serviço estão assim dispostos:

Art. 6º

[...]

XI – *serviço*: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração;

XII – *obra*: toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel; (grifei)

O Projeto de Lei, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, preocupou-se em definir o serviço de engenharia. Confira-se:

Art. 6º

XXI – *serviço de engenharia*: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem: (grifei)

Com maior precisão, o texto do Projeto de Lei, ainda, conceitua serviço comum de engenharia e serviço especial de engenharia. Assim:

Art. 6º

[...]

XXI [...]

a) *serviço comum de engenharia*: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e

b) *serviço especial de engenharia*: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea a deste inciso; (grifei)

As definições apresentadas no Projeto de Lei nº 1292, de 1995, no tocante à obra, serviço, serviço de engenharia, serviço comum de engenharia e serviço especial de engenharia visam a subsidiar o agente público quanto à escolha da modalidade licitatória aplicável ao específico objeto.

Apropriado seria, no novo marco legal, a adoção do modelo instituído no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (art. 12 da Lei nº 12.462/2011), o qual não contempla modalidades licitatórias, mas, tão-somente, um rito procedimental ordinário, aplicável, indistintamente, a qualquer desses objetos. O rito ordinário do RDC segue o paradigma do pregão (apresentação de propostas, fase

de lances, julgamento, análise dos documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar, recurso, adjudicação e homologação), em razão das vantagens produzidas por essa modalidade, tais como: celeridade, ampliação da disputa, sobretudo quando adotado o formato eletrônico, e economicidade, esta decorrente da ampliação da competitividade e da existência de fase de lances.

Vejam-se que as definições apresentadas na Lei nº 8.666/1993 e no Projeto de Lei nº 1292, de 1995 (nada obstante o maior detalhamento existente no texto do novo marco legal), não são precisas o suficiente para o reconhecimento seguro do que seja obra ou serviço de engenharia, ou seja, não são aptas o suficiente para subsidiarem, com exatidão, a distinção desses objetos. Será necessário, por óbvio, avaliar cada caso concreto e suas peculiaridades para o efeito de distinguirem-se ambos os objetos.

JULGADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Em precedente da Corte de Contas federal há referências a respeito do conceito de obra. Confira-se:

1. Obra de engenharia é a alteração do ambiente pelo homem, sendo irrelevante, para sua caracterização, as técnicas construtivas utilizadas ou os materiais empregados.
2. Configura-se como obra de engenharia a construção de prédio com painéis metálicos pré-fabricados, modulares ou não, ou com qualquer outro material dito não convencional (Acórdão nº 2.470/2013 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Processo nº 015.707/2013-0);

No julgado a seguir, entende o Tribunal de Contas da União que a terraplenagem constitui uma etapa da obra, não cabendo sua classificação como serviço comum de engenharia:

A terraplenagem constitui uma etapa da obra, não cabendo sua classificação como serviço comum de engenharia, razão pela qual é irregular sua contratação mediante utilização da modalidade pregão eletrônico, expressamente vedada pelo art. 6º do Decreto 5.450/2005 (Acórdão nº 592/2016 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 031.644/2015-5).

SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CIRCUITO FECHADO DE TV OU DE QUAISQUER OUTROS MEIOS DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA

A Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 2017, que dispõe sobre a contratação de serviços no âmbito da administração pública federal, estabelece que os serviços de instalação e manutenção de circuito fechado de TV ou de quaisquer outros meios de vigilância eletrônica são serviços de engenharia. Confira-se:

ANEXO VI-A

SERVIÇO DE VIGILÂNCIA

[...]

9. É permitida a licitação:

a) para a contratação de serviços de instalação, manutenção ou aluguel de equipamentos de vigilância eletrônica em conjunto com serviços contínuos de vigilância armada/

desarmada ou de monitoramento eletrônico, sendo vedada a comercialização autônoma de equipamentos de segurança eletrônica, sem a prestação do serviço de monitoramento correspondente; e

b) para a contratação de serviço de brigada de incêndio em conjunto com serviços de vigilância.

9.1. Os serviços de instalação e manutenção de circuito fechado de TV ou de quaisquer outros meios de vigilância eletrônica são serviços de engenharia, para os quais devem ser contratadas empresas que estejam registradas no CREA e que possuam profissional qualificado em seu corpo técnico (engenheiro), detentor de atestados técnicos compatíveis com o serviço a ser executado.

RESOLUÇÃO Nº 1.116, DE 26 DE ABRIL DE 2019 (CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CONFEA)

A Resolução acima citada dispõe que obras e serviços de engenharia e de agronomia, por exigirem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, constituem-se em serviços técnicos especializados. Assim:

Art. 1º Estabelecer que as obras e os serviços de Engenharia e de Agronomia, que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, são serviços técnicos especializados.

§ 1º Os serviços são assim caracterizados por envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, por abarcarem risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por sua complexidade, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

§ 2º As obras são assim caracterizadas em função da complexidade e da multiprofissionalidade dos conhecimentos técnicos exigidos para o desenvolvimento do empreendimento, sua qualidade e segurança, por envolver risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por demandar uma interação de concepção físico-financeira que determinará a otimização de custos e prazos, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

Ao definir serviço de engenharia como sendo serviço técnico especializado, a Resolução nº 1.116, de 26/04/2019 – CONFEA, reflexamente, afasta a utilização da modalidade pregão.

De salientar-se que a Resolução citada não tem força restritiva quanto à utilização da modalidade pregão nas licitações que visem a prestação de serviço de engenharia. Há regramento jurídico específico dispondo a respeito, conforme demonstrado neste texto.

Ademais, caberá à autoridade competente solicitar parecer técnico a profissional habilitado (engenheiro, arquiteto) acerca da classificação correta do objeto da licitação como obra, serviço de engenharia, serviço comum de engenharia ou serviço especial de engenharia, decidindo, a partir da conclusão técnica aplicável ao caso específico, a respeito da utilização da modalidade licitatória adequada.

Não existindo o referido profissional, será adequada a contratação desse especialista, pessoa física ou jurídica, inclusive por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, II, c/c art. 13, I ou II, ambos da Lei nº 8.666/1993.

Sublinhe-se que a assessoria jurídica não possui conhecimento nem qualificação específica para responder à dúvida a respeito da classificação do objeto da licitação como obra ou serviço de engenharia ou, ainda, em relação à natureza deste último (comum ou especial), sendo certo que, ao receber pedido de parecer a respeito, deverá encaminhá-lo ao agente ou setor de engenharia qualificado para esse fim.

Dispõe a Orientação Normativa nº 54, de 25 abril de 2014, da Advocacia-Geral da União, que compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável.

ORIENTAÇÃO TÉCNICA IBR 002/2009, DO INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – IBRAOP

A Orientação Técnica IBR 002/2009, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP (www.ibraop.org.br), constitui importante instrumento a guiar a elaboração de parecer técnico ou laudo, por profissional habilitado, sobre o enquadramento do objeto da licitação ou da contratação direta como obra ou serviço de engenharia. Assim:

3. DEFINIÇÃO DE OBRA

Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66.

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

3.1 Ampliar: produzir aumento na área construída de uma edificação ou de quaisquer dimensões de uma obra que já exista.

3.2 Construir: consiste no ato de executar ou edificar uma obra nova.

3.3 Fabricar: produzir ou transformar bens de consumo ou de produção através de processos industriais ou de manufatura.

3.4 Recuperar: tem o sentido de restaurar, de fazer com que a obra retome suas características anteriores abrangendo um conjunto de serviços.

3.5 Reformar: consiste em alterar as características de partes de uma obra ou de seu todo, desde que mantendo as características de volume ou área sem acréscimos e a função de sua utilização atual.

4. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA

Serviço de Engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

4.1. Adaptar: transformar instalação, equipamento ou dispositivo para uso diferente daquele originalmente proposto. Quando se tratar de alterar visando adaptar obras, este conceito será designado de reforma.

4.2. Consertar: colocar em bom estado de uso ou funcionamento o objeto danificado; corrigir defeito ou falha.

4.3. Conservar: conjunto de operações visando preservar ou manter em bom estado, fazer durar, guardar adequadamente, permanecer ou continuar nas condições de conforto e segurança previsto no projeto.

4.4. Demolir: ato de por abaixo, desmanchar, destruir ou desfazer obra ou suas partes.

4.5. Instalar: atividade de colocar ou dispor convenientemente peças, equipamentos, acessórios ou sistemas, em determinada obra ou serviço.

4.6. Manter: preservar aparelhos, máquinas, equipamentos e obras em bom estado de operação, assegurando sua plena funcionalidade.

4.7. Montar: arranjar ou dispor ordenadamente peças ou mecanismos, de modo a compor um todo a funcionar. Se a montagem for do todo, deve ser considerada fabricação.

4.8. Operar: fazer funcionar obras, equipamentos ou mecanismos para produzir certos efeitos ou produtos.

4.9. Reparar: fazer que a peça, ou parte dela, retome suas características anteriores. Nas edificações define-se como um serviço em partes da mesma, diferenciando-se de recuperar.

4.10. Transportar: conduzir de um ponto a outro cargas cujas condições de manuseio ou segurança obriguem a adoção de técnicas ou conhecimentos de engenharia.

5. LISTA EXEMPLIFICATIVA DE OBRAS DE ENGENHARIA

As atividades relacionadas a seguir atendem à definição estabelecida no item 3 desta Orientação Técnica, sendo que aquelas não incluídas na listagem deverão ser estudadas em particular:

5.1. Construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de: Edificações; Vias Públicas; Rodovias; Ferrovias; Aeroportos; Portos; Hidrovia; Canais; Usinas hidrelétricas, termoelétricas, eólicas e nucleares; Barragens; Açudes; Gasodutos e oleodutos; Pontes e Viadutos; Túneis; Galerias; Adutoras, Estações de tratamento e redes de distribuição de água; Obras de saneamento, drenagem e irrigação; Linhas de transmissão, redes de distribuição e subestações de energia elétrica; Muros de arrimo e obras de contenção; Refinarias, plataformas de prospecção e exploração de petróleo; Recuperação ou ampliação, por meio de dragagem, de canal de aproximação em Portos; Sistemas de tratamento de resíduos sólidos, incluindo aterros sanitários e usinas de compostagem.

6. LISTA EXEMPLIFICATIVA DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA

As atividades relacionadas a seguir atendem à definição estabelecida no item 4 desta Orientação Técnica, sendo que aquelas não incluídas na listagem deverão ser estudadas em particular.

6.1. Conservação, reparação ou manutenção de: Edificações; Vias Públicas; Rodovias; Ferrovias; Aeroportos; Portos; Hidrovias; Canais; Usinas hidrelétricas, termoelétricas, eólicas e nucleares; Barragens; Açudes; Gasodutos e oleodutos; Pontes e Viadutos; Túneis; Galerias; Adutoras, estações de tratamento e redes de distribuição de água; Redes e sistemas de tratamento de esgoto; Redes de drenagem e irrigação; Linhas de transmissão, redes de distribuição e subestações de energia elétrica; Muros de arrimo e obras de contenção; Refinarias, plataformas de prospecção e exploração de petróleo;

6.2. Concerto, instalação, montagem, operação, conservação, reparo, adaptação, manutenção nas atividades desenvolvidas em: sistemas de alarmes em edificações; sistemas de combate à incêndio; sistemas de ventilação e exaustão; sistemas de climatização e ar condicionado; elevadores e escadas rolantes; sistemas de telefonia e comunicação de dados; sistemas de supervisão e automação predial; instalações elétricas, de iluminação, hidrossanitárias, de águas pluviais, de sonorização ambiente, de comunicação e dados; sistemas de controle de acesso ou circuito fechado de televisão; sistemas de proteção contra

descargas atmosféricas; Demolições e implosões; Sinalização horizontal e vertical de vias públicas, rodovias, ferrovias e aeroportos; Paisagismo; Sistemas de tratamento de resíduos sólidos, incluindo aterros sanitários e usinas de compostagem

6.3. As atividades relacionadas a seguir também enquadram-se como Serviços de Engenharia:

Estudos de Viabilidade técnica e econômica; Elaboração de Anteprojeto, Projeto Básico, Projeto Executivo; Estudos técnicos; Pareceres; Perícias e avaliações; Assessorias ou consultorias técnicas; Auditorias de Obras e Serviços de Engenharia; Fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

Estudos de Impacto Ambiental; Ensaio tecnológicos; Levantamentos topográficos, batimétricos e geodésicos; Levantamentos aerofotogramétricos; Sondagens ou outros procedimentos de investigação geotécnica;

AS MODALIDADES LICITATÓRIAS APLICÁVEIS À EXECUÇÃO DE OBRAS E À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA NO PROJETO DE LEI Nº 1292, DE 1995

No Projeto de Lei nº 1292, de 1995, que almeja revogar a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e, também, a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), assim estão dispostos os artigos atinentes à aquisição de bens, à execução de obras e à prestação de serviços, incluindo-se os de engenharia, bem como as modalidades licitatórias aplicáveis à contratação desses objetos, os critérios de julgamento de propostas e o rito procedimental a ser adotado de forma ordinária:

Art. 6º

[...]

XXI – serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do *caput* deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;

b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea *a* deste inciso;

[...]

XXXVIII – concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

a) menor preço;

b) melhor técnica ou conteúdo artístico;

c) técnica e preço;

d) maior retorno econômico;

e) maior desconto;

[...]

XLI – pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto; [...]

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I – preparatória;

II – de divulgação do edital de licitação;

III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV – de julgamento;

V – de habilitação;

VI – recursal;

VII – de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do *caput* deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do *caput* deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

[...]

Art. 28. São modalidades de licitação:

I – pregão;

II – concorrência;

III – concurso;

IV – leilão;

V – diálogo competitivo.

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea *a* do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta Lei.

MODALIDADES LICITATÓRIAS

Quadro representativo

Sistematizam-se os objetos licitáveis, as modalidades licitatórias, os critérios de julgamento de propostas e o rito procedimental previstos no Projeto de Lei nº 1292, de 1995, por meio do seguinte quadro representativo:

OBJETO	MODALIDADE	CRITÉRIO DE JULGAMENTO DE PROPOSTA	RITO PROCEDIMENTAL ORDINÁRIO (FASES)
Serviço comum de engenharia	Concorrência (art. 6º, inciso XXXVIII) Pregão (art. 29, parágrafo único c/c o art. 6º, inciso XXI, alínea "a")	Menor preço Melhor técnica ou conteúdo artístico Técnica e preço Maior retorno econômico Maior desconto	Preparatória; De divulgação do edital de licitação; De apresentação de propostas e lances, quando for o caso; De julgamento; De habilitação; Recursal; De homologação.

Serviço especial de engenharia	Concorrência (art. 6º, inciso XXXVIII)	Menor preço Melhor técnica ou conteúdo artístico Técnica e preço Maior retorno econômico Maior desconto	Preparatória; De divulgação do edital de licitação; De apresentação de propostas e lances, quando for o caso; De julgamento; De habilitação; Recursal; De homologação.
Obra de engenharia	Concorrência (art. 6º, inciso XXXVIII e art. 29, parágrafo único)	Menor preço Melhor técnica ou conteúdo artístico Técnica e preço Maior retorno econômico Maior desconto	Preparatória; De divulgação do edital de licitação; De apresentação de propostas e lances, quando for o caso; De julgamento; De habilitação; Recursal; De homologação.
Serviços comuns	Pregão (art. 6º, inciso XLI)	Menor preço ou maior desconto	Preparatória; De divulgação do edital de licitação; De apresentação de propostas e lances, quando for o caso; De julgamento; De habilitação; Recursal; De homologação.
Serviços especiais	Concorrência (art. 6º, inciso XXXVIII)	Menor preço Melhor técnica ou conteúdo artístico Técnica e preço Maior retorno econômico Maior desconto	Preparatória; De divulgação do edital de licitação; De apresentação de propostas e lances, quando for o caso; De julgamento; De habilitação; Recursal; De homologação.
Bens comuns	Pregão (art. 6º, inciso XLI)	Menor preço ou maior desconto	Preparatória; De divulgação do edital de licitação; De apresentação de propostas e lances, quando for o caso; De julgamento; De habilitação; Recursal; De homologação.
Bens especiais	Concorrência (art. 6º, inciso XXXVIII)	Menor preço Melhor técnica ou conteúdo artístico Técnica e preço Maior retorno econômico Maior desconto	Preparatória; De divulgação do edital de licitação; De apresentação de propostas e lances, quando for o caso; De julgamento; De habilitação; Recursal; De homologação.

Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual	Concorrência Concurso Diálogo competitivo (arts 28 e 29, parágrafo único)	Menor preço Melhor técnica ou conteúdo artístico Técnica e preço Maior retorno econômico Maior desconto	preparatória; de divulgação do edital de licitação; de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; de julgamento; de habilitação; recursal; de homologação.
--	---	---	--

O Projeto de Lei nº 1292, de 1995, contempla modalidades licitatórias distintas (pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo) e rito procedimental ordinário aplicável a todas elas (modalidades). Ideal que o novo marco legal seguisse o modelo adotado no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11), ou seja, não contemplasse modalidades licitatórias. Nesse regime jurídico de licitações (RDC) há um rito ordinário aplicável para o processamento da licitação, idêntico ao do pregão, admitindo-se, excepcional e justificadamente, a inversão de fases.

Veja-se, no Projeto de Lei nº 1292, de 1995, o peculiar caso das modalidades pregão e concorrência, ambas aplicáveis às licitações que visem a contratação de serviço comum de engenharia: qual o sentido de manter-se a previsão dessas duas modalidades no novo marco legal, aplicáveis ao mesmo objeto (serviço comum de engenharia), quando o rito procedimental é o mesmo para ambas? Isso acarretará dúvidas por parte dos agentes públicos que atuam nos processos de licitação, ou seja, dúvidas sobre qual modalidade licitatória será a adequada para o caso específico, ensejando apontamentos pelos órgãos de controle quando a solução adotada não for a acertada.

CONCLUSÃO

O atual sistema jurídico de licitações prevê as seguintes modalidades licitatórias aplicáveis às contratações de obras e serviços de engenharia: concorrência, tomada de preços, convite e pregão.

Na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) não há previsão acerca da possibilidade de contratação de obras de engenharia. Referido diploma estabelece a utilização da modalidade para a aquisição de bens e serviços de natureza comum.

No âmbito da administração pública federal há, inclusive, expressa vedação quanto à utilização do pregão nas licitações que visem a execução de obras, consoante se extrai dos Decretos nºs 3.555/2000 e 10.024/2019. O caminho para a administração deverá ser, portanto, a utilização de uma das modalidades licitatórias convencionais previstas na Lei nº 8.666/1993 (concorrência, tomada de preços ou convite), a ser definida em razão do valor estimado atribuído à obra.

No tocante à licitação cujo objeto seja classificado como serviço de engenharia, de natureza comum, é permitida a adoção da modalidade pregão, conforme assentado pelo Tribunal de Contas da União por meio do verbete nº 257 de sua Súmula. No âmbito do Decreto nº 10.024/2019 é obrigatória a utilização

do pregão, no formato eletrônico, quando o objeto for assim classificado (serviço comum de engenharia).

Para os agentes públicos que atuam na área de licitações e contratos a distinção entre obra e serviço de engenharia e, ainda, a classificação como serviço comum de engenharia e serviço especial de engenharia é fundamental, pois a partir delas (distinção e classificação) define-se a modalidade licitatória aplicável.

O Projeto de Lei nº 1292, de 1995, que almeja revogar a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e, também, a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), contempla modalidades licitatórias distintas (pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo) e rito procedimental ordinário aplicável a todas elas (modalidades). Ideal que o novo marco legal seguisse o modelo adotado no RDC, ou seja, não contemplasse modalidades licitatórias, mantendo-se o rito procedimental ordinário previsto no seu texto (preparatória; divulgação do edital de licitação; apresentação de propostas e lances, quando for o caso; julgamento; habilitação; recursal; e homologação) para o processamento das licitações. Tal solução evitaria equívocos por parte dos agentes públicos atuantes nesses processos, no tocante à definição correta da modalidade licitatória ao caso concreto.

No atual sistema jurídico de licitações e no novo marco legal – se mantidas as disposições previstas no texto do Projeto de Lei nº 1292, de 1995 – impõe-se a necessária definição do objeto da licitação como obra, serviço de engenharia, serviço comum de engenharia e serviço especial de engenharia, apta (a definição) a subsidiar o agente público quanto à escolha da modalidade licitatória aplicável ao específico objeto.

Existindo dúvida a respeito da natureza do objeto, caberá à autoridade competente solicitar parecer técnico a profissional habilitado (engenheiro, arquiteto). Não existindo o referido profissional, será eficaz a contratação desse especialista, pessoa física ou jurídica, inclusive por inexigibilidade de licitação. A assessoria jurídica não possui conhecimento nem qualificação específica para responder à dúvida quanto à natureza do objeto da licitação, sendo certo que, ao receber pedido de parecer a respeito, deverá encaminhá-lo ao agente ou setor de engenharia qualificado para esse fim. 

ARQUIVO PESSOAL



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 – Inter-relação 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 nos cursos de: Pós-Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da UniRitter – Laureate International Universities e em Direito Administrativo e Gestão Pública da Fundação Escola Superior do Ministério Público no Estado do Rio Grande do Sul. Professora nos seguintes cursos de extensão: “Capacitação em Licitações e Contratos Administrativos” da Escola da Magistratura no Estado do Rio Grande do Sul, “Prática em Licitações e Contratações Públicas” e “Prática em Licitações e Contratações das Empresas Estatais” da Escola Superior da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Conferencista na área de licitações e contratações da administração pública.

A nova súmula do Superior Tribunal de Justiça e o princípio da correlação

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA



“Ao contrário do que foi agora sumulado, a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar não prescinde da exposição detalhada dos fatos a serem apurados.”

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou o Enunciado 641, sumulando-se o entendimento que “a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar prescinde da exposição detalhada dos fatos a serem apurados.”¹ Este enunciado é inconcebivelmente inconstitucional, pois impossibilita o exercício pleno do contraditório, indispensável também no processo administrativo disciplinar, de caráter claramente sancionador.

A mácula ao contraditório reside, justamente, na violação flagrante ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença, aplicável inteiramente ao processo administrativo disciplinar. Como se sabe, os fatos delineados em uma peça inicial de natureza acusatória (ainda que se trate de uma portaria instauradora de um processo administrativo disciplinar) limitam o julgador em seu pronunciamento final que, por sua vez, deve se circunscrever à narração fática feita na peça incoativa, sobre a qual o processado exercitou o seu amplo direito de defesa e o contraditório. A consonância que a decisão final deve guardar com o fato narrado é medida que obstaculiza a ocorrência de julgamentos *extra petita* ou *ultra petita*, a impedir qualquer desobediência ao sistema acusatório, cujos princípios e regras devem ser observados também em tais processos sancionatórios.

Conforme a lição do Professor Tourinho Filho, “iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da *res in judicio deducta*, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e no limite das exceções deduzidas pelo réu. Quer dizer então que, do princípio do *ne procedat ex officio*, decorre uma regra muito importante: o Juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado.”²

Este princípio da correlação encontra fundamento no próprio sistema acusatório, tratando-se, na síntese precisa de Diogo Malan, da “obrigatória vinculação do órgão jurisdicional ao conteúdo da imputação durante a prolação de sentença de mérito, que deve apreciar a íntegra do objeto processual e nada além dele, por força do princípio da ação. Sentença incongruente, por conseguinte, é sentença que desrespeita a vinculação temática do juiz.”³

O próprio Malan, estudando o direito comparado, cita o art. 516, 1, do Codice di Procedura Penale: “Se nel corso dell’istruzione dibattimentale il fatto risulta diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio, e non appartiene alla competenza di un giudice superiore, il pubblico ministero modifica l’imputazione e procede alla relativa contestazione.”⁴

Também no direito comparado, veja-se este julgado da Câmara Nacional de Cassação Penal, na Argentina: “Falta de identidad fáctica entre el hecho por el cual fue condenada la imputada y el enunciado en la acusación que le fuera intimada. Debido proceso. Límites en la facultad de modificar la calificación jurídica asignada al hecho en el acto acusador. De la transcripción de las partes pertinentes del requerimiento fiscal de elevación a juicio y de la

sentencia condenatoria surge que la identidad fáctica a la que hace referencia el principio de congruencia ha sido infringida.”⁵

Analisando a mesma questão, Gustavo Badaró afirma que, “mais do que simples garantia de defesa, a correlação entre acusação e sentença visa a preservar o próprio exercício do contraditório, que impõe o limite da imutabilidade do objeto do processo.”⁶

Observar-se o princípio da correlação (seja no processo penal, seja em um processo administrativo disciplinar, pouco importa!) é uma exigência do devido processo constitucional, do qual decorre, evidentemente, a exigência do contraditório.

Este princípio proíbe ao julgador “cambiar los hechos de la causa por los cuales el imputado fue concretamente acusado, entendidos en el sentido de acontecimiento histórico, con todos los elementos y circunstancias que de alguna manera puedan influir en el debate.”⁷

Sobre a necessidade de observância do contraditório, desde um ponto de vista constitucional, veja-se a lição de Willis Santiago Guerra Filho: “não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio (do contraditório) a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário. Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechliches Gehör*, como fazem os alemães.”⁸

Observa-se, *mutatis mutandis*, que esta matéria relativa à necessidade de observância da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos disciplinares foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28172, quando se decidiu que a garantia constitucional à duração razoável do processo também deve também ser assegurada no âmbito administrativo. Em seu voto, a relatora, ministra Cármen Lúcia, observou que se deve aplicar ao processo administrativo disciplinar o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, pois “a razoável duração do processo vale judicial e administrativamente.”

Aliás, não foi a primeira vez que a Suprema Corte adotou este entendimento; fê-lo também no julgamento do Mandado de Segurança nº 27070: “a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja dada ao acusado – ou a qualquer pessoa cujo patrimônio jurídico e moral possa ser afetado por uma decisão administrativa – a possibilidade de apresentação de defesa prévia, pois a ampla defesa só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir.”

Lembro, ainda, que o ministro Teori Zavascki já afirmava que o processo administrativo disciplinar “sempre envolve questões constitucionais devido ao sistema penal vigente no Brasil, pois o controle da administração pública foi

detalhadamente disciplinado pela Constituição Federal, quando elencou os regimes de responsabilidade por improbidade administrativa, pela indevida aplicação de recursos públicos e pelo processo administrativo disciplinar.”

Segundo ele, “esses três regimes se complementam na tutela da gestão de recursos públicos, humanos e financeiros, ou de alguma forma patrocinadas pela administração pública, e exprimem um conteúdo sancionatório. As diferenças entre os três regimes definem o sujeito atingido, a gravidade das penalidades previstas e a autoridade competente para julgar as infrações, explicando, ainda, que a graduação da gravidade das reprimendas tem o seu ápice na suspensão de direitos políticos, na improbidade administrativa, e na demissão do servidor ou empregado público, no caso do processo administrativo disciplinar. O poder sancionatório disciplinar é o único regime que permite que a própria administração aplique certas sanções graves. Essa escolha do legislador foi intencional para reforçar o poder e dever de autotutela da administração, investindo-a dos necessários meios para superar os desajustes de seus próprios integrantes.”

Assim, “pela gravidade das sanções decorrentes do exercício do poder disciplinar, muito se tem debatido sobre a possibilidade de incorporação das garantias processuais penais para o processo administrativo disciplinar, sendo que o principal desafio nessa questão é definir quais garantias processuais penais e qual intensidade elas podem adquirir no campo do processo administrativo disciplinar.”⁹

Portanto, para concluir, entendo que, ao contrário do que foi agora sumulado, a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar não prescinde da exposição detalhada dos fatos a serem apurados. 

NOTAS

- 1 <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Primeira-Secao-aprova-sumulas-sobre-beneficios-fiscais-e-processo-administrativo-disciplinar.aspx>, acessado em 28 de fevereiro de 2020.
- 2 FILHO, Tourinho. *Processo Penal*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1997, 19. ed, p. 53.
- 3 MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 131 e 132.
- 4 Obra citada, nota 346, p. 153.
- 5 Decisão proferida no dia 04 de novembro do ano de 2004, na Sala II da Câmara Nacional de Cassação de Buenos Aires, integrada pelos magistrados Pedro David (Presidente), Raúl Mardueño, Juan Fégoli e Gustavo Alterini, no julgamento de um recurso interposto para impugnar a sentença proferida na Causa nº. 5298.
- 6 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2013, p. 231.
- 7 LANGEVIN, Julián Horacio. *Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, p. 189.
- 8 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.
- 9 <http://www.conjur.com.br/2015-jun-20/processo-administrativo-gera-debate-garantias-zavascki>, acessado em 20 de junho de 2015.



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



Conheça as particularidades da Sociedade Limitada Unipessoal

■ POR LÍVIA MORAES

“A Sociedade Limitada Unipessoal nada mais é que um instrumento conhecido do mercado, que, agora adaptado, constitui mais uma opção de estruturação de sociedades ou mesmo de grupos societários. A verdade é que a unipessoalidade, brindada com personalidade jurídica e limitação de responsabilidade, está finalmente ao alcance de todos.”

Por muito tempo se discutiu a criação de um instituto jurídico que permitisse que apenas uma pessoa física ou jurídica figurasse como sócia de uma Sociedade, visando facilitar as inúmeras paredes burocráticas ao empreendedorismo no Brasil. Em 2013, foi apresentado o Projeto de Lei nº 6.698/2013, com a intenção de viabilizar a criação de Sociedades Unipessoais, mas a discussão não foi adiante na época.

O projeto veio à tona novamente com a retomada da discussão sobre a liberdade econômica, dessa vez incorporado à Medida Provisória nº 881/2019, popularmente conhecida como a “MP da Liberdade”. A nova legislação que oficializou a aprovação da Sociedade Limitada Unipessoal foi publicada em 14 de junho de 2019, pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – DREI, por meio da Instrução Normativa 63/2019, que regulamentou o novo formato de Sociedade frente às Juntas Comerciais.

A Lei da Liberdade Econômica acrescentou dois parágrafos ao art. 1.052 do Código Civil¹, e deixou claro que a sociedade limitada pode ser constituída por uma ou mais pessoas, o que anteriormente não era possível, já que as limitadas seguiam a regra geral do direito societário no sentido de que uma sociedade, qualquer que fosse a espécie, deveria ser constituída por ao menos dois sócios.

Para compreender na prática as características desse novo tipo societário e para quem ele é mais indicado, é preciso conhecer o cenário atual, e traçar um paralelo com outros tipos de Sociedades já existentes, a saber: Empresário Individual (EI), Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e Sociedade Limitada².

Quando se opta pela adoção do regime de Empresário Individual, o patrimônio particular do empresário se confunde com o patrimônio da empresa. Em outras palavras, as dívidas e obrigações da empresa podem atingir os bens pessoais do sócio. Já na EIRELI o patrimônio particular do proprietário é protegido, e apenas o patrimônio da Pessoa Jurídica responde pelas dívidas e obrigações decorrentes das atividades empresariais.

Todavia, apesar da proteção do patrimônio do titular da EIRELI, o empresário que opta por essa alternativa precisa desembolsar um valor correspondente a 100 vezes o salário mínimo, aproximadamente R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A exigência desse capital social mínimo cria uma dificuldade para o micro e pequeno empreendedor que, muitas vezes, não possui esse dinheiro quando do início dos negócios.

Ao se optar pelo regime da Sociedade Limitada, o empreendedor reveste-se da obrigatoriedade da pluralidade de sócios no Quadro de Sócios e Administradores. Nesse modelo societário, o patrimônio particular dos empresários é protegido e apenas o patrimônio da Pessoa Jurídica responde pelas dívidas e obrigações da empresa. Hoje, esse é o modelo mais utilizado no Brasil³.

No cenário atual, um profissional que exerce uma atividade regulamentada só poderia iniciar o seu negócio individualmente por meio de uma EIRELI, pois o Regulamento do Imposto de Renda impede que tais atividades sejam exercidas como Empresário Individual (EI). Essa limitação acaba gerando um grande problema, pois muitas vezes esses profissionais querem empreender individualmente, mas não possuem o capital mínimo necessário, e portanto se veem obrigados a procurar uma outra pessoa para ser seu sócio e cumprir uma mera formalidade, para dar início a uma Sociedade Limitada⁴.

Essas sociedades fictícias escondiam o empresário individual que procurava restringir sua responsabilidade ao patrimônio que estava disposto a arriscar na exploração de sua atividade econômica. Essa situação decorria da inexistência, até então, de um instrumento jurídico eficaz que atribuísse ao empresário individual responsabilidade limitada. Nesse ponto, cabe destacar que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, criada por meio da Lei nº 12.441/2011, não foi capaz de mudar essa realidade.

A Sociedade Limitada Unipessoal chega como uma boa notícia, pois, além de facilitar a abertura de uma empresa sem sócios, com patrimônio particular protegido, e sem a necessidade de investir um valor expressivo inicialmente. Outro efeito provável é o aumento de regularização de atividades regulamentadas como médicos, dentistas, advogados, contadores, representantes comerciais entre outros. Assim, verifica-se que a Sociedade Limitada Unipessoal pode ser uma solução para que esses profissionais oficializem seus trabalhos no formato mais adequado ao seu plano de negócio.

Antes da existência da Sociedade Limitada Unipessoal, a legislação brasileira previa a possibilidade de constituição de sociedade unipessoal, mas somente no caso de sociedade por ações constituída e regida pela Lei nº 6.404/76, ou seja, a conhecida figura da subsidiária integral. A subsidiária integral é a sociedade anônima constituída por um único acionista, atendendo necessariamente à condição de ser uma sociedade brasileira⁵, cuja sede de administração encontra-se no Brasil e estar organizada em conformidade com as leis brasileiras⁶. A pessoa natural ou a sociedade estrangeira não podem, portanto, constituir a subsidiária integral.

Cumprir destacar que existe uma série de requisitos para a composição de uma subsidiária integral, uma vez que a sua constituição se dá por escritura pública, sendo esta a única hipótese de ato constitutivo de sociedade, no direito brasileiro, que não pode ser formalizado por instrumento particular. A exigência legal deve-se àqueles receios e preconceitos que cercavam o instituto da sociedade unipessoal, tendo o legislador se preocupado em adotar solenidade, que, rigorosamente falando, não se justifica⁷. Todas essas restrições, tal como ocorre na subsidiária integral, constituem desincentivos à adoção dessa espécie de pessoa jurídica, regida por um único artigo do Código Civil (apenas para comparação, a sociedade limitada tem mais de 30 artigos), o que aumenta a já enorme incerteza e insegurança jurídicas. Todas essas condicionantes acabam por afastar tal opção do horizonte da generalidade dos empreendedores, particularmente daqueles de menor monta, que em geral têm acesso a profissionais jurídicos e contábeis com menos intimidade com esse tipo societário. A sociedade subsidiária integral apenas se faz presente, na prática, em estruturas societárias mais complexas, em geral de médio e grande vulto econômico⁸.

A limitação da responsabilidade é um dos principais incentivos para que o empreendedor se arrisque a desempenhar uma atividade econômica. Isso porque evita-se que as dificuldades do negócio atinjam o seu patrimônio pessoal. Fato é que a atividade empresarial tem como principal característica o risco. Assim, empreender significa considerar duas situações hipotéticas: a possibilidade de sucesso ou de fracasso⁹.

Cumprir destacar que a sociedade limitada de um único sócio não é um novo tipo societário, mas aquela mesma sociedade já muito conhecida por todos. Esse entendimento é reforçado pelo Ofício SEI nº 17429/2019/ME, de 25/9/2019, do DREI, dirigido às 27 juntas comerciais, que consigna ao final: “Observe-se que a sociedade limitada unipessoal não deixa de ser uma sociedade limitada, razão pela qual, no que couber, rege-se exatamente pelas mesmas regras que se aplicam à sociedade limitada”.

Nesse sentido, as alterações de contrato social que resultem na diminuição a um único membro de seu quadro de sócios ou que, contrariamente, ensejem, para as unipessoais, a pluralidade deles, não constituem de nenhum modo transformação societária, tampouco podem causar qualquer solução de continuidade

ou necessidade de alteração de seus dados de registro original, tais como NIRE, CNPJ, inscrição estadual, se houver, ou, ainda, qualquer outro registro público de liberação da atividade econômica.¹⁰

Conclui-se, portanto, que a Sociedade Limitada Unipessoal nada mais é que um instrumento conhecido do mercado, que, agora adaptado, constitui mais uma opção de estruturação de sociedades ou mesmo de grupos societários. A verdade é que a unipessoalidade, brindada com personalidade jurídica e limitação de responsabilidade, está finalmente ao alcance de todos. 

Anexo I – Conforme nota explicativa de rodapé nº 2

Tabela Comparativa entre os principais tipos societários

Características	Sociedade Limitada	Eireli	Empresário Individual	Sociedade Limitada Unipessoal
Quantidade de sócios	2 ou mais	1	1	1
Capital social mínimo	Não possui	Possui (100 salários mínimos)	Não possui	Não possui
Personalidade Jurídica	Possui	Possui	Não possui	Possui

NOTAS

- Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.
§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.
- Em anexo ao presente artigo (Anexo I), segue uma tabela comparativa, para melhor visualização das principais diferenças entre os tipos societários.
- ABREU, Iolanda Lópes de. *Responsabilidade Patrimonial dos Sócios nas Sociedades Comerciais de Pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CAMOSSI, Érika. *Mundo de Faz-de-Conta – Exigência de Duas Pessoas para Formar Sociedade é Prejudicial*. Disponível em: <http://www.justributario.com.br/imprime_niticia.asp?.art=1004>.
- Lei nº 6.404/76, art. 251.
- Código Civil, art. 1.126.
- MARTINS, Fran. *Novos estudos de direito societário*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 271.
- COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. I, 12. ed. São Paulo. Saraiva. 2008.
- Ary Oswaldo Mattos Filho e Outros. *Radiografia das Sociedades Limitadas*. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/radiografia_das_ltdas_v5.pdf.
- A observação nº 2 ao Item 1.2 do Manual de Registro das Sociedades Limitadas (Anexo II da IN DREI nº 38/2017) parecer ter encampado essa nomenclatura formalista: “O ato constitutivo do sócio único observará as disposições sobre o contrato social de sociedade limitada.” Nada obstante, e mesmo que adotada essa forma de expressão, entendemos conveniente que a numeração das alterações do ato constitutivo siga a mesma sequência independentemente da variação na quantidade de sócios da sociedade (ou de sua designação como “ato constitutivo” ou como “contrato social”).



LÍVIA MORAES é Advogada do Departamento Corporativo da Andersen Ballão Advocacia.

Proteção animal: considerações

■ POR JOÃO PAULO OLIVEIRA DIAS DE CARVALHO

“Chegará o dia em que os homens conhecerão o íntimo dos animais, e, neste dia, um crime contra um animal será considerado um crime contra a humanidade”.

Leonardo da Vinci (1452-1519)

A Lei nº 9.605/1998 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Esta lei tem como objeto a proteção da fauna e flora contra ações humanas, dentre elas as que são consideradas como crime.

O art. 32 da referida norma traz importante enunciado que considera crime a “prática de ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (...)”, com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, bem como “(...) quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.”, com idêntica sanção penal.

Assim, referida lei visa inibir condutas que, infelizmente, ainda são comuns em nossa sociedade como o abandono de animais domésticos em logradouros públicos, o qual é forma de maus tratos de animais e, por consequência, crime, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.605/1998. Vale salientar que a referida conduta é extremamente lesiva para os animais abandonados como para a saúde pública, pois expõe aqueles a doenças que são transmitidas para os humanos e que causam sofrimento tanto para uns como para os outros como: Erliquiose, Leishmaniose, verminoses etc.

Ademais, observa-se a extrema importância dessa lei, pois concretiza, no plano interno, os ideais de outro notável documento de proteção animal que é a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, assinada em Bruxelas (Bélgica), no dia 27/01/1978, e ratificado pelo Brasil, que traz todo o perímetro de direitos dos animais, anunciando logo em seu art. 2º que “1. Todo o animal tem o direito a ser respeitado. 2. O homem, como espécie animal, não pode exterminar os outros animais ou explorá-los violando esse direito; tem o dever de pôr os seus conhecimentos ao serviço dos animais. 3. Todo o animal tem o direito à atenção, aos cuidados e à proteção do homem.”

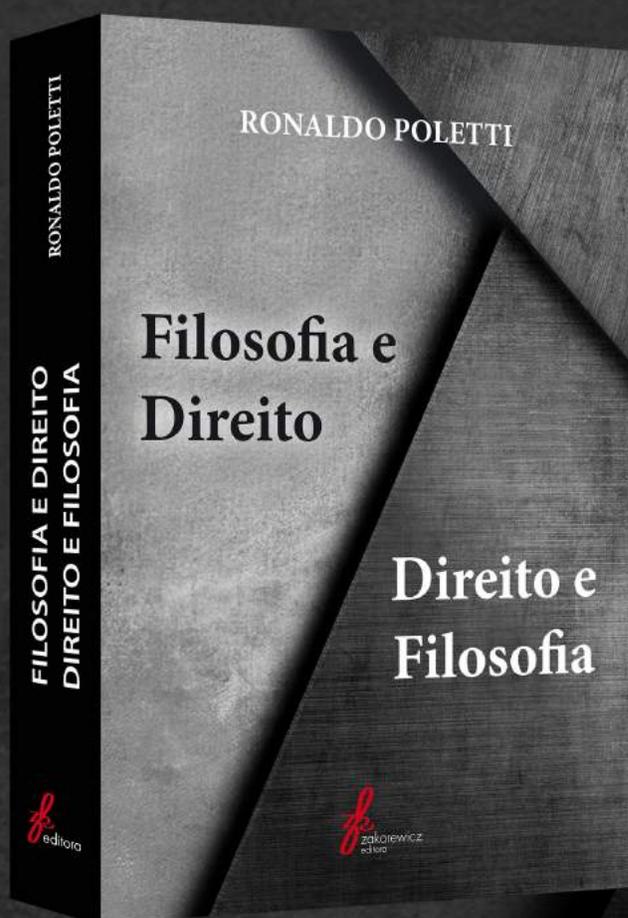
Dessa feita, quando comemoramos o Dia Nacional dos Animais, comemorado no último dia 14/03/2020, observamos que a conduta de abandonar animais domésticos em logradouros públicos é muito mais impactante para a sociedade do que se pensa, pois não apenas aqueles são vítimas, mas também a própria sociedade o é com este tipo de conduta que, através, inicialmente, da educação da população, precisa ser afastada do meio social brasileiro, de maneira a resguardar a maravilhosa máquina intitulada MEIO AMBIENTE, da qual os animais racionais e irracionais são engrenagens, para que assim haja o devido resguardo dos preceitos do art. 225 da Constituição Federal de 1988. 



JOÃO PAULO OLIVEIRA DIAS DE CARVALHO é Defensor Público do Estado do Ceará,

Filosofia e Direito Direito e Filosofia

Ronaldo Poletti



R\$ **72**,00

550 páginas
Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362
zkeditora.com



"Filosofia e Direito. Direito e Filosofia, será destinado e utilizado como fonte de informação e de aprimoramento para obtenção da melhor e mais completa formação intelectual filosófico-jurídica de professores e estudantes de Direito ou de Filosofia, ou, simplesmente, para alargamento e embasamento da cultura dita humanística."