

conceito jurídico

ano IV | abril de 2020 | nº 40



Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

Prevalência do acordo individual nas relações de trabalho e as emergências da pandemia – Pág. 8



 zakarewicz
editora



A pandemia e a Bioética A hora e a vez da saúde



**PAINEL
ECONÔMICO**
Carlos Ely Eluf

Covid em alta e o PIB em baixa. Mas há solução



TENDÊNCIAS
Rômulo de
Andrade Moreira

As formigas de Darwin



VISÃO JURÍDICA
José Renato Nalini

A mais desprezada entre as ciências?

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, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

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

Monique Rodrigues do Prado

Uma sociedade antirracista rumo ao progresso

Enquanto mulher, negra e ativista vejo que o maior desafio do movimento negro é trazer as pessoas brancas para vestir a camisa antirracista provocando de fato um abalo na estrutura vigente.

“Em uma sociedade racista, não basta não ser racista, tem que ser antirracista”. Na célebre frase da filósofa Angela Davis há um explícito chamamento ao despertar do estado de dormência da Branquitude, a qual embora tenha criado a hierarquia étnico-racial, até hoje estruturalmente não se desconforta ao lidar com ela.

Embora a pensadora tenha escrito a frase discorrendo a realidade americana, onde houve declaradamente guerra civil nos anos 60 em razão da segregação racial, a reflexão é plenamente aproveitada para pensarmos o Brasil enquanto projeto de País.

Se de um lado o racismo é um mecanismo de poder penetrado nas instituições e na estrutura de um Estado, o antirracismo é em último grau a aderência de uma visão que abomina – mas não ignora - o racismo como parte da sua conjuntura político-social.

Significa dizer que uma estrutura antirracista reconhece que o modelo vigente falhou enquanto plano programático de avanço e progresso, tendo como consequência a adoção de medidas que vislumbrem a quebra desse paradigma.

O racismo que apresenta-se como a herança vergonhosa do período da escravidão é no Brasil fruto de medidas institucionais tomadas pelo Estado. Exemplo disso é a Constituição Federal de 1824 com a proibição de negros para frequentarem escolas; a Lei da Terra de 1850, nº 601 que foi um mecanismo legal utilizado para superfaturar o preço das terras para que as pessoas negras, ainda que livres, não pudessem comprar ou ainda com a abertura dos seus portões para a migração europeia através do Decreto nº 528 de 1890 ofertando-lhes terras, sementes e dinheiro aos europeus.

A discrepância de tratamento socioeconômico entre brancos (europeus) e negros libertos foi proposital, já que o Brasil tinha como objetivo central naquele

momento o embranquecimento de sua população, sobretudo porque para a entrada de asiáticos e africanos só poderia ser feita mediante autorização.

Por conseguinte, não há como falar de racismo sem falar de branquitude, termo cravado para explicar o esqueleto identitário tido como universal que por ser o modelo adotado traz como consequências privilégios e condições melhores a quem com ele assemelha-se.

Mais tarde, além do descrédito em relação à integração de seus negros, o Brasil usou a miscigenação como camuflagem para continuar exonerando-se de sua responsabilidade quanto a reparação histórica.

Nesse sentido, essa lógica perversa e implícita no imaginário da sociedade brasileira sobre a questão racial que assistimos hoje guarda origem, perpetuando-se a ideia de que o tema nos divide entre “nós e eles”, rechaçando-se a importância da luta antirracista como algo que finalmente nos destina aos mesmos horizontes em termos de oportunidades, crescimento econômico, acesso a ensino de qualidade e saúde, dentre outras questões fundamentais.

Há uma neblina que acoberta o avanço do Brasil polarizando discussões que no fundo são de interesse de todos os brasileiros. Certamente, dentro desses sabores experimentados pelos brasileiros podemos falar sobre a pobreza, a fome, o emprego, a violência, o saneamento básico, entre tantos outros. Se olharmos de perto, essas são pontos de encontro entre todos os brasileiros seja ela de direita, de esquerda ou de centro.

Entretanto, não é novidade que o racismo atravessa todos esses marcadores sociais e atinge em maior escala pessoas negras, razão pela qual a luta antirracista tem como objetivo desmontar a escassez e encorajar o Brasil a sonhar de novo, livre da culpa escravocrata que assombra esse País, desvencilhando-se de vez desse berço colonial que não nos dividiu, mas criou um profundo buraco socioeconômico racializado.

Em suma, a ferramenta do acesso ao progresso esbarra fundamentalmente na integração dos indivíduos esquecidos nesse País. Por outro lado, para que esse progresso chegue é preciso que as pessoas brancas compreendam como a branquitude opera, sobretudo aquelas que detenham a caneta no Congresso, na Presidência, no Judiciário e nas grandes corporações.

Para alcançar-se o tão sonhado lema “ordem e progresso” necessariamente o Brasil deverá parir a luta antirracista, a qual está no útero pronta para nascer para que juntos possamos traçar uma direção em comum em prol da equidade. 

REFERÊNCIAS

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

Disponível em: <https://www.educafro.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/os_sete_atos.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MONIQUE RODRIGUES DO PRADO é Advogada. Integrante da Comissão de Direitos Humanos da OAB – Subseção Osasco. Participa do Comitê de Igualdade Racial do Grupo Mulheres do Brasil e da Educafro.

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."

SUMÁRIO

- 3** **Uma sociedade antirracista rumo ao progresso**
COM A PALAVRA | Monique Rodrigues do Prado
- 14** **Gravidez homoafetiva: saiba as normas aprovadas pelo Conselho Federal de Medicina**
DIREITO E BIOÉTICA | Karina Tafner
- 20** **Covid em alta e o PIB em baixa. Mas há solução**
PAINEL ECONÔMICO | Carlos Ely Eluf
- 24** **56 anos do golpe civil-militar que nos afeta até hoje**
DESTAQUE | Eugênia Augusta Gonzaga, Maurice Politi e Rogério Sottili
- 28** **Por que o novo coronavírus preocupa tanto? Discussões de saúde pública e privada**
CAPA | Paulo André Stein Messetti
- 43** **As amargas tarefas impostas ao Direito Penal**
CAPA | Ana Cristina Gomes
- 48** **Revisão dos contratos de educação infantil em tempo de pandemia**
CAPA | Quenya Silva Correa de Paula e Ademilson Lima de Souza
- 8** **Prevalência do acordo individual nas relações de trabalho e as emergências da pandemia**
ENTREVISTA | Ricardo Pereira de Freitas Guimarães
- 17** **O Brasil e o Dia Internacional da Eliminação da Discriminação Racial**
PAINEL DO LEITOR | Robson de Oliveira
- 22** **Senado aprova projeto que adia vigência da LGPD para janeiro de 2021**
PROPOSTAS E PROJETOS | Patricia Peck
- 26** **A pandemia e a Bioética**
CAPA | Eudes Quintino de Oliveira Júnior
- 32** **União em defesa da vida**
CAPA | Abram Szajman
- 34** **Os instrumentos normativos de fiscalização e controle da despesa pública no enfrentamento da pandemia COVID-19 no ordenamento jurídico brasileiro**
CAPA | Rodrigo Leventi Guimarães
- 46** **Força dos Contratos e Pandemia do Coronavírus**
CAPA | Carlos Eduardo Rios do Amaral
- 50** **O Coronavírus e a Proteção de Dados Pessoais**
CAPA | Andrezza Hautsch Oikawa

52

TENDÊNCIAS

As formigas de Darwin

Rômulo de Andrade Moreira

56

CONJUNTURA

Exclusão do ICMS da Base de PIS e Cofins. Procedimentos Fiscais, Contábeis e Jurídicos a implementar

Vânia Sotto Tibiriçá Rosa

60

IN VOGA

Ambiente de pandemia e a perenidade das empresas

Andrea Modolin

63

GESTÃO EMPRESARIAL

Due Diligence de terceiros: prática de governança que economiza dinheiro

Wilson de Faria e Albert Bayer

66

ENFOQUE

O paradoxo das Polícias Judiciárias cada vez mais “militarizadas” e as Polícias Militares cada vez mais “investigativas”

Joaquim Leitão Júnior

69

PLANEJAMENTO FINANCEIRO

As mudanças necessárias no planejamento financeiro em tempos de crise

Sheila David Oliveira

72

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

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

Ivan Barbosa Rigolin

80

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Pacote Anticrime. Os efeitos da reforma ao Código de Processo Penal

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel e Flávia Duarte Mantolhe

88

DIREITO EMPRESARIAL

Transparência e previsibilidade com a Nova Lei de Franquias

Ana Júlia Moraes

92

CONTEXTO

Feminicídio: A vulnerabilidade da mulher diante das mortes motivadas pelo machismo

Tereza Rodrigues Vieira e Gabriela Cordeiro Greschuk

97

VISÃO JURÍDICA

A mais desprezada entre as ciências?

José Renato Nalini

106

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Substituição dos depósitos recursais pelo seguro garantia judicial: uma alternativa em tempos de crise

Rafael Fazzi

109

PORTAL JURÍDICO

Abuso de autoridade e promiscuidade carcerária (art. 21 da Lei nº 13.869/19)

Eduardo Luiz Santos Cabette

122

PONTO DE VISTA

Auxílio emergencial – Informação falsa é crime

Adriana Filizzola D’Urso



Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

Prevalência do acordo individual nas relações de trabalho e as emergências da pandemia

Vivemos um momento histórico jamais vivido no Brasil e talvez no mundo, em que enfrentamos o isolamento social tendo em vista a pandemia que assola os habitantes do planeta Terra em razão do vírus Covid-19. Nesse ambiente de inigualável excepcionalidade, convidamos o Advogado, titular da cadeira 81 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP, Professor de pós-graduação da PUC-SP e dos programas de mestrado e doutorado da FADISP-SP, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães para nos revelar que não houve ainda sequer tempo para a real acomodação e amadurecimento do direito posto, principalmente os delineados na recém editada Medida Provisória nº 936 de 1º de abril de 2020, que criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *O que o Sr. tem a nos ressaltar com relação aos acordos individuais, diante desse momento de pandemia?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Importante ressaltar a possibilidade de que em algumas hipóteses o acordo individual do trabalho se apresente com força tal, a permitir a própria redução salarial, que em momento regular de temperatura e pressão da sociedade está reservado constitucionalmente – e diga-se como direito fundamental – aos atores sociais denominados sindicatos, como se lê no art. 7º, inciso VI da Constituição Federal.

CONCEITO JURÍDICO – *Na sua visão, quem melhor representa os empregados e empregadores?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Não há dúvida que a melhor representação e mais segura dos empregados e empregadores são os atores sociais sindicais, tendo em vista que vivenciam nos rincões desse nosso país realidades absolutamente diversas, conhecendo com inigualável proximidade a funcionalidade empresarial, o cotidiano dos trabalhadores, os anseios de ambos e ainda, e o que mais importa, os reais limites de seus representados quanto a capacidade financeira da categoria econômica ou da própria empresa e de outro lado a real necessidade dos trabalhadores. Muitas vezes o sindicato é capaz de realizar a “municipalização” do amplo direito do trabalho estatuído em regra nacional através do texto celetista.

CONCEITO JURÍDICO – *Como se deu essa conquista?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Essa conquista quanto ao reconhecimento desses atores se deu pela luta solidária e muitas vezes solitária de muitos sindicalistas no Brasil, principalmente, mas não exclusivamente de forma mais recente, nas décadas de 70 e 80, momento em que houve – ao menos no Brasil – movimentos que exerceram legítimas e intensas pressões por melhores condições de trabalho, como salários mais justos, duração do trabalho com limitação evitando os infundáveis acidentes do trabalho, entre outras conquistas albergadas por categorias bem organizadas.

CONCEITO JURÍDICO – *Essa atuação efetiva foi muito importante para os sindicatos?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Sem dúvida alguma, pois a partir de então formou-se no Brasil o sindicato forte, capaz de unidos em nome dos trabalhadores resguardar com exígua representatividade os direitos de categorias. Não é por acaso, que o texto constitucional revela a importância e realiza em certa medida fortes reservas específicas em defesa de categorias para os sindicatos, como podemos observar na extensão do seu texto, apontando o exemplo da necessidade da atuação sindical para o reconhecimento das negociações coletivas.

CONCEITO JURÍDICO – *E o com relação ao movimento sindical?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Após essa vitória do sindicato como força atuante de um legítimo poder negocial, acaba por ocorrer em *terrae brasilis* uma desconstrução - ainda que parcial - da própria existência e significado do dito movimento sindical. Talvez esse enfraquecimento tenha sua origem no próprio desvio da precípua função sindical, ou seja, um desvio de foco, pois muitos dos sindicatos representantes de empregados acabaram direcionando esses atores sociais para objetivos mais políticos, principalmente pela existência até recentemente do chamado imposto sindical, que acabou por encher os cofres dos sindicatos, e sua vinculação – ao menos de poder, pois não pertencem ao sistema confederativo – às centrais sindicais que passaram a ainda que indiretamente comandar os sindicatos.

CONCEITO JURÍDICO – *A retirada das contribuições sindicais obrigatórias contribuiu para esse enfraquecimento?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Esse enfraquecimento pode ser observado pelas próprias negociações coletivas, que em boa medida acabaram se tornando repetições da própria lei ou simples cópias dos próprios instrumentos coletivos anteriores, guardadas as respeitáveis exceções. Mas o golpe fatal se deu com a retirada abrupta das contribuições sindicais obrigatórias, com o que não concordamos quanto à forma realizada, fazendo com que os cofres que antes eram sempre cheios, se esvaziassem, impedindo a concessão de um prazo para que os sindicatos realizassem uma programação de seu futuro custeio.

CONCEITO JURÍDICO – *O que o Sr. pode nos falar sobre a prevalência da convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho sobre a lei?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Mesmo com todos esses acontecimentos, o legislador acabou por inserir (Lei nº 13.467/2017 – art. 611-A) significativa alteração no ordenamento jurídico, reconhecendo uma vez mais o significado do sindicato, contudo, agora, em inovação ainda não identificada no texto legislativo, destaque de prevalência de eventuais acordos coletivos e convenções coletivas em relação à lei para determinadas situações (incisos I a XV do art. 611-A), não exigindo para efeito de validade do negócio jurídico (Código Civil art. 104) a existência de contrapartida.

CONCEITO JURÍDICO – *Seria inconstitucional a manifestação de uma vontade se sobrepor a lei, ou, nada mais é que a consequência esperada da autonomia privada coletiva?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Ao que parece, o inciso VI do art. 8º combinado com os incisos VI e XIII do art. 7º da Constituição Federal já permitiam a ativação dessa mecânica, o que demonstra a sintonia da regra editada com o texto maior, não havendo no nosso sentir em se falar em inconstitucionalidade de plano, exceção feita aos patamares mínimos civilizatórios indicados no próprio texto constitucional, momento em que a regra se destacaria da interpretação conforme a constituição para ter vida própria, o que se torna inadmissível no nosso sistema jurídico. A regra de prevalência do negociado sobre o legislado encontra seu freio ou contraponto – aliás como qualquer normatização que jamais será absoluta – na violação as garantias mínimas. Essa regra parece padrão. Porém, não é demais lembrar que o princípio da norma mais favorável sempre acompanhou o direito do trabalho ao longo da história, sem que se criasse a visão ou pecha de inconstitucionalidade.

CONCEITO JURÍDICO – *E sobre a recente editada Medida Provisória nº 936 de 1º de abril de 2020?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – A recente medida provisória atende formalmente os requisitos formais e procedimentais constitucionais do art. 62 para ser editada. Entretanto, a questão causadora de grande polêmica no mundo jurídico diz respeito a possibilidade ou não de no estado de calamidade decretado e vivenciado nos dias de hoje ser possível que a dita MP, ainda que contra texto expresso constitucional constante no art. 7º inciso VI, criasse mecanismo alternativo de negociação direta entre empregado e empregador.

CONCEITO JURÍDICO – *O texto constitucional diz: “irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. Ele não está no rol de direitos fundamentais estipulado como garantia?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Pois bem, lendo o texto friamente, a resposta seria claramente não. Ocorre que a resposta não pode ser simplesmente pela avaliação textual de um inciso da Constituição, tendo em vista que não há apenas esse direito fundamental na Carta Magna, bem como é comum a existência de colisões de direitos fundamentais que possuem solução diferente da simples análise de subsunção (tudo ou nada) ou de constitucionalidade.

CONCEITO JURÍDICO – *O que é relevante destacar na MP nº 936/2020?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Relevante destacar que o plano emergencial criado pelo governo através da MP nº 936/2020 se reveste da contribuição tríplice para manutenção dos empregos, no sentido de manutenção da paz social (direito garantido na CF) com contribuição do empregador, contribuição da própria União pagando parte da quantia devida aos empregados e abrindo linhas de crédito e contribuição do empregado, em sacrificar parte do que recebe mensalmente.

CONCEITO JURÍDICO – *É legítima a redução proporcional de jornada e de salário, ou a suspensão temporária do contrato de trabalho?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Importante frisar que a possibilidade da redução proporcional de jornada e de salários ou a suspensão temporária do contrato com diminuição de ganhos por parte do empregado é legítima, tendo em vista que se salário é a contraprestação pelos serviços, observe-se que não está havendo a prestação de serviço ou apenas a prestação parcial, respeitada a ausência de redução do valor da hora de trabalho (art. 7º, I da MP), contudo, se está a manter um pagamento mínimo na tentativa de garantir a sobrevivência do próprio empregado e preservando sua saúde.

CONCEITO JURÍDICO – *Outro ponto revelador diz respeito a grande massa de empregados que, ou não possuem sindicato em suas localidades, ou ainda aqueles sindicatos que infelizmente vendo a possibilidade de ganhar força acabam por não se dispor a realizar qualquer negociação coletiva sem excessivas contrapartidas que empregadores não podem arcar nesse momento histórico. Qual seria a solução? Aguardar um comum acordo para um eventual dissídio coletivo na situação em que nos encontramos?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Há ainda a inviabilidade de realização das próprias assembleias na forma procedimental constante na legislação. Outro relevante ponto. A MP nº 936/2020 traz claramente a determinação dos acordos serem informados aos sindicatos, como preceitua o artigo 11, parágrafo 4º: “Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Medida Provisória, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”.

Esse comunicado, no nosso modo de ver, torna diferida apenas a atuação sindical no caso de acordos individuais em razão da emergência do momento, pois

eventual circunstância ilegal identificada pode ser objeto de ação própria no momento oportuno pelo ente sindical. Note-se ainda, que foram criados institutos próprios de pagamento aos empregados, que objetivam minimizar a dificuldade do momento, a saber: benefício emergencial de preservação no emprego e da renda, com pagamento pela união, e ajuda compensatória mensal paga pelo empregador, com natureza indenizatória, (art. 9º da MP 936/2020).

CONCEITO JURÍDICO – *E com relação a garantia provisória?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Estabelece-se inclusive garantia provisória no emprego pelo tempo igual ao da suspensão ou redução da duração do tempo da prestação de serviços obedecendo a proporcionalidade dos salários. Aqui importante destacar, que as faixas criadas pelo Estado para a redução e suspensão individuais atingem os mais vulneráveis, bem como os ditos hipersuficientes. Àqueles, tendo em vista a necessidade da celeridade da medida, não sendo possível em muitas hipóteses aguardar uma intervenção dos atores sindicais, e estes, em clara obediência ao já preceituado na própria CLT, como empregados que possuem condições de negociar diretamente com seus empregadores.

CONCEITO JURÍDICO – *Por esse prisma, estamos perante uma adesão ou uma efetiva negociação?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – É bem verdade que a MP cria uma espécie de tabela quanto as possibilidades de redução, implementando o tempo de dois dias para que o empregado responda. Aqui estamos perante uma adesão e não uma efetiva negociação. E como adesão, será vista em caso de judicialização do tema com o mesmo destino das regras normativas desse instrumento jurídico possivelmente, a exemplo a própria facilitação do ônus da prova. Some-se a isso a previsão de fiscalização e autuação por descumprimento das previsões constantes na Medida Provisória em seu art. 14.

CONCEITO JURÍDICO – *No que se relaciona aos acordos individuais a MP nº 936 é ou não inconstitucional?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Dizer que a Medida Provisória é inconstitucional no que se relaciona aos acordos individuais a nós parece um equívoco, tendo em vista que esse quadro fático que se apresenta jamais foi enfrentado pelos nossos tribunais, não há enquadramento próprio da situação a casos anteriores, o que acaba tornando o terreno arenoso e arriscado para se assegurar fundamentos e experiências oriundas de outras demandas. Também há previsão das negociações coletivas para a mesmas negociações individuais, fator que não podemos esquecer para a avaliação, devendo o empregador sempre que possível privilegiar aquelas. As normas estampadas no texto constitucional possuem caráter geral de princípios, servindo para externar o significado de regras menores, pois não se direcionam a fatos particulares como as regras.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o seu julgamento no que concerne à existência ou não de colisão de direitos fundamentais?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – No caso presente, ousamos arriscar - e com enorme respeito a vozes contrárias – que há evidente colisão de

direitos fundamentais tendo em vista que o texto maior se apresenta com normas de proposições prescritivas que visam atender a causalidade do fato em jogo. A regra de obrigatoriedade de atuação do ator sindical constante como direito fundamental, frente a outros princípios como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) que é um pilar do Estado democrático de direito; e como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, III); garantia do direito à vida e a liberdade (cabeça do art. 5º). Esses pilares, objetivos e garantias de escopo fundamental quando entram em rota de colisão com outro direito ou outras garantias de mesmo jaez não podem ser simplesmente ignorados, havendo necessidade de se fazer uma regra de sopesamento do quadro fático (pandemia e urgência) que levam a um problema de saúde pública, causando mortes, impedindo praticamente o direito de ir e vir de cada cidadão, inviabilizando o próprio atendimento médico para muitos, tirando o poder de compra, afastando o direito à alimentação mínima, trancafiando uma miríade de vulneráveis.

CONCEITO JURÍDICO – *Então o que se faz necessário?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Necessário se faz comparar toda essa situação através da regra de proporcionalidade com a previsão de que apenas o sindicato pode negociar a redução de salários e ponto. Noutras palavras, a ideia da proporcionalidade seria mitigar a densidade de uma dessas garantias ou direitos dando maior valor a outro direito ou garantia em razão da situação fática. Interpretar a Constituição é bem diferente de interpretação constitucional, como já disse o doutrinador. Aqui ao se aplicar os subprincípios da proporcionalidade, a saber: adequação (escolha da suspensão do contrato ou da redução da jornada com redução salarial); exigibilidade (utilização do meio mais suave de modo a preservar valores constitucionais), e por fim: a proporcionalidade em sentido estrito (se o meio é o mais vantajoso no sentido de promover direitos fundamentais constitucionais com o mínimo de desrespeito aos outros).

CONCEITO JURÍDICO – *Como avaliar e enfrentar essa questão de colisões de direitos?*

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – Somente com a visão de todo o ordenamento e em especial de todos os valores e garantias constitucionais, poderemos avaliar a complexa questão que estamos a enfrentar de colisões de direitos que fundamentam e dão eficácia ao próprio Estado Democrático de Direito.

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

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES – A solução pode não ser a melhor e esperada, mas é constitucionalmente defensável e necessária em razão do momento histórico vivido. Em síntese, parece prevalecer nesse momento a ideia de validade dos acordos individuais, a fim de se promover outros valores de maior relevância constitucional nesse momento, com a ressalva de que posteriormente atuações desprovidas de boa-fé objetiva devem sentir o peso da lei no momento oportuno, seja pela ação do Ministério Público do Trabalho ou mesmo pelos entes sindicais que na forma da MP deverão ter ciência de tudo. 

Gravidez homoafetiva: saiba as normas aprovadas pelo Conselho Federal de Medicina

■ POR KARINA TAFNER

A busca da concepção por casais homoafetivos tem sido cada vez mais frequente. Independentemente do sexo, a medicina reprodutiva vem beneficiando este processo. Anos atrás, a única opção para esses casais se tornarem pais era pela adoção. Devido ao grande tempo de espera e a burocracia intensa, os tratamentos de reprodução ganharam espaço.

As atuais normas aprovadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) permitem que casais homoafetivos possam se beneficiar das técnicas de reprodução assistida para serem pais, assim como qualquer outra pessoa, independentemente do seu estado civil. O CFM permite também que os casais possam congelar espermatozoides, óvulos ou embriões para que, no caso da morte de um deles, o sobrevivente tenha a possibilidade de conceber um bebê que tenha material genético do seu parceiro, desde que haja uma autorização prévia.

FIV: A MELHOR OPÇÃO

A Fertilização in vitro (FIV) é o tratamento de mais alta complexidade e que oferece as maiores taxas de gestação. Para casais homoafetivos masculinos, essa é a única opção de tratamento para gestar. Já para os femininos, é possível realizar tanto a FIV como a inseminação intrauterina, desde que os exames estejam normais.

ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO PARA CASAIS MASCULINOS

Os casais homoafetivos masculinos necessitam de um ‘útero de substituição’, ou seja, de uma mulher que irá gestar e gerar o bebê. Para isso, utiliza-se óvulos doados por uma terceira pessoa, que são fertilizados com o espermatozoide de um dos parceiros e o embrião resultante é transferido para o útero da mulher que irá gestar (pelo método de FIV). Nestes casos, o CFM determina que



“É possível afirmar que a legislação vigente no país resguarda todos os direitos necessários para que um casal homoafetivo possa se utilizar de técnicas de reprodução humana assistida para gerar um filho.”

a doação de óvulos seja realizada por uma paciente que esteja fazendo o tratamento de FIV, e essa doação deve ser anônima, ou seja, quem recebeu não poderá saber a identidade da doadora e vice e versa.

O CFM permite também que o “útero de substituição” seja realizado por parentes de até quarto grau. Caso não seja possível, outra pessoa de fora da família pode adquirir esse papel após aprovação do Conselho Regional de Medicina. Esse deve ser um ato voluntário, sem caráter lucrativo para a mulher que irá gestar. Sendo assim, a doadora do útero deve assinar um termo de consentimento prévio, determinando que o registro de nascimento da criança será realizado em nome de outra pessoa, e não no nome dela.

BANCO DE ESPERMAS PARA CASAIS FEMININOS

Já os casais homossexuais femininos devem recorrer a um banco de espermatozoides. Igualmente, a identidade do doador não pode ser revelada, conforme norma do

CFM. A doação do sêmen também deve ser voluntária, sem caráter lucrativo para o doador, não havendo custos para o mesmo. O anonimato do doador é uma determinação da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) junto ao Conselho Federal de Medicina.

Para ser doador de sêmen, o homem deve ter idade entre 18 e 45 anos, ser saudável, não pode ter doenças genéticas ou congênitas na família e ter uma boa qualidade seminal. Como benefício, o doador terá acesso a todos os exames feitos durante o processo: espermograma, espermocultura, exames sorológicos e tipagem sanguínea, além de uma consulta médica com um urologista, tudo custeado pelo banco de sêmen que receberá a doação.

REGISTRO DO BEBÊ GERADO PELA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Desde março de 2016 está em vigor o provimento que regulamenta a emissão de certidão de nascimento de filhos gerados por reprodução assistida. Antes, o registro era feito por decisão judicial, por não haver regras para casos de crianças geradas por reprodução assistida. Hoje, há proteção legal para esses casais e para a criança gerada.

LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE

Em relação à licença maternidade/paternidade, de acordo com o artigo 392 da CLT, tanto a mulher como o homem têm o direito de se ausentar do trabalho durante 120 dias por meio de licença remunerada, sendo esta concedida a:

- Homem ou mulher em relação homoafetiva que adotaram uma criança recém-nascida
- Gestantes
- Homem cuja esposa faleceu, deixando o filho recém-nascido

Em relação à concessão da licença paternidade a casais do mesmo sexo, não há norma definida sobre o assunto. É permitida a extensão dos direitos jurídicos de casais heterossexuais para os casais homoafetivos, preservando o princípio de igualdade. Em homoafetivos femininos, a concessão do benefício da licença maternidade é dada somente à mulher que gerou o filho.

Em alguns casos, pode haver exceções, mesmo que raras, para que ambas as mulheres tenham direito ao benefício. Para casais homoafetivos masculinos, a regra é a mesma, podendo a decisão judicial conceder a licença maternidade apenas a um dos pais. Assim, é possível afirmar que a legislação vigente no país resguarda todos os direitos necessários para que um casal homoafetivo possa se utilizar de técnicas de reprodução humana assistida para gerar um filho. 



KARINA TAFNER é Ginecologista e obstetra; Especialista em endocrinologia ginecológica e reprodução humana pela Santa Casa de São Paulo; Especialista em reprodução assistida pela FEBRASGO.

O Brasil e o Dia Internacional da Eliminação da Discriminação Racial

■ POR ROBSON DE OLIVEIRA

“Infelizmente, mesmo após decorridos 60 anos dessa data tão marcante no cenário mundial, é evidente o quanto precisamos evoluir para que de fato seja feito o combate de forma efetiva, para que a intolerância racial seja erradicada, e o racismo acabe em nosso país.”



O Brasil é um dos membros da Organização das Nações Unidas, que em 1976 instituiu o Dia Internacional da Eliminação da Discriminação Racial, a escolha de 21 de março está relacionada à luta contra o Apartheid na África do Sul e em decorrência do massacre ocorrido naquele país, nessa data, em 1960.

Na data supramencionada, em Shaperville, Joanesburgo, a população estava submetida às leis do Apartheid, que tinham como objetivo de promover o desenvolvimento separado das raças, oficializando a segregação existente desde o século XVI.

Durante o regime, o Estado classificou as pessoas e, de acordo com a cor da sua pele, definiu como poderiam e deveriam comportar-se em sociedade: casamentos mistos eram proibidos, relações sexuais entre raças diferentes eram vedadas, o local de residência era determinado pela raça, lugares públicos eram separados, aos negros foram destinados apenas 13% do território daquela nação.

Naquela ocasião negros e negras protestavam pelo fim da Lei do Passe, protesto este que chegou às ruas com 20.000 pessoas reivindicando a não utilização de uma caderneta individual, na qual constavam os locais onde poderiam circular e frequentar.

Foi então que 69 pessoas morreram pelas mãos do Estado, restando 186 feridas, pois a polícia abriu fogo contra os pacíficos e desarmados manifestantes negros. Tal fato ficou conhecido como o massacre de Shaperville e marcou a história da humanidade em um evento que se tornou símbolo de luta contra a discriminação racial.

Por esse fato houve punição à África do Sul e depois de 16 anos a ONU instituiu o Dia Internacional da Eliminação da Discriminação Racial, com o objetivo de combater toda forma de opressão e discriminação racial no mundo.

Tal combate é imprescindível para que possamos viver em um processo de evolução civilizatória na busca da eliminação da desigualdade racial.

O dia é pouco lembrado e prestigiado em nosso país, pois até hoje nossa sociedade não reconhece o racismo, uma vez que discurso da democracia racial continua vendando os olhos da maior parte da população brasileira, contudo, os números das pesquisas demonstram que os reflexos negativos a um único grupo racial somente podem decorrer do racismo que aqui é existente.

Nesse sentido, aponta-se a importância da data, considerando-se a multiplicação de condutas discriminatórias que se apresentam nas mais diferentes formas, reforçando e aumentando o abismo de oportunidades e condições de vida dignas entre pessoas negras e brancas.

Como legado dos mais de 350 anos de escravidão, carregamos a ideia de que pessoas negras são desprovidas de capacidades e destinadas à subordinação e subalternidade, razão pela qual são discriminadas no mercado de trabalho, na promoção de políticas públicas e na satisfação de necessidades básicas.

Como sustenta Laurentino Gomes em sua obra *Escravidão*, o preconceito faz parte do dia a dia dos brasileiros. Assim também as diferentes formas de

discriminação, que não se resumem a condutas nos planos individual e da intencionalidade.

Falar de discriminação em nosso país também é dizer sobre ações e omissões, que a partir de preceitos aparentemente neutros, geram resultados que atingem determinados grupos raciais.

Infelizmente, mesmo após decorridos 60 anos dessa data tão marcante no cenário mundial, é evidente o quanto precisamos evoluir para que de fato seja feito o combate de forma efetiva, para que a intolerância racial seja erradicada, e o racismo acabe em nosso país.

Não existe uma fórmula mágica, mas o primeiro passo para evoluirmos é por meio da desconstrução de vieses e paradigmas impostos pela nossa sociedade, ou seja, precisamos eliminar essas barreiras, para que possamos reconstruir uma sociedade mais justa e plural, onde a população negra tenha satisfeitos os direitos as garantias fundamentais insculpidos na nossa Constituição Federal.

O Estado discrimina, na medida em que nega a existência do racismo e não considera tal fator na execução de seus atos. Do mesmo modo a sociedade discrimina, quando nega o racismo e não o considera como determinante nas relações. Tudo isso acaba por resultar na exclusão de um grupo racial, qual seja, o composto pela população negra.

Com efeito, importante destacar que dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, agenda mundial adotada durante a Cúpula da Organização das Nações Unidas no ano de 2015, a ser atingida até 2030. O ODS 10, tem como preceito a redução de desigualdades dentro dos países e entre eles – todos devem estar empenhados em promover inclusão social, independentemente de raça, e eliminar práticas discriminatórias por meio de leis.

Enquanto pessoas não negras, tanto no plano individual, como no exercício do munus público, estiverem olhando apenas para si, fatalmente não conseguirão honrar a Carta Magna. Romper com o pacto narcísico da branquitude é enxergar a população negra, desenvolver empatia e compreender como é viver como um oprimido. Apenas assim será possível perceber o quanto ainda estamos distantes do fim da luta pela eliminação da discriminação racial.

Ressalto: não adianta aquele que nos lê dizer que não é racista, ou que não tem nada a ver com isso! Angela Davis sabiamente nos ensina que “Em uma sociedade racista não basta não ser racista é preciso ser antirracistas”.

Neste sentido, conclamo que sejamos todos antirracistas e juntos lutemos pela eliminação da discriminação racial no Brasil.

Assim, esta data deixará de ser retórica vazia e despertaremos para um novo tempo, em uma sociedade que evoluirá, tratando a todos como seres humanos. 



ARQUIVO PESSOAL

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 Raízes do Demarest Advogados, da Comissão de Igualdade Racial da OAB/SP; Coordenador do Projeto Incluir Direito.



Covid em alta e o PIB em baixa. Mas há solução

■ POR CARLOS ELY ELUF

“No momento, uma de nossas únicas alternativas para aumentar o PIB é a agricultura, setor que melhor se sairá deste vendaval financeiro, já que nosso país continuará tendo amplo mercado consumidor para seus produtos, tanto no setor externo quanto interno, podendo se beneficiar com a enorme desvalorização do real em relação ao dólar norte-americano.”

Após o ano de 2019, a dívida do Brasil caiu para 75,8% do Produto Interno Bruto (PIB), uma das principais referências para comparar a situação econômica de um país no campo internacional, inclusive pelas agências de risco e investidores internacionais. Agora, em decorrência da pandemia do coronavírus, esse número aumentou para preocupantes índices de quase 90% do nosso PIB. As listas internacionais nos dão conta de que o equilíbrio entre grandes potências sofrerá transformações como consequência da pandemia. Esta transformação econômica está ameaçando, inclusive, a supremacia dos Estados Unidos no mercado internacional.

Os estudos do Fundo Monetário Internacional (FMI) sobre o impacto no PIB na atual crise mundial não poderiam ser mais tenebrosos, com o diagnóstico de que este é o maior episódio de contração da renda e das atividades econômicas globais, desde a grande depressão de 1930. Para os economistas do FMI, a economia mundial ficará 3% mais pobre, e os Estados Unidos encolherão 6%.

Paradoxalmente, a China deve crescer 1,2% em 2020, ainda com previsões de aumento de 9,2% em seu PIB para 2021. Já o Brasil perderá cerca de 5,3% de seu PIB em 2020. Uma catástrofe financeira que nenhum analista no país imaginou prever este ano. Esses dados ainda poderão ser mais alarmantes, pois, no estágio atual, nada é tão ruim que não possa piorar. E é improvável que aconteça o contrário,



já que a pandemia no Brasil vem sendo lidada com grande desorganização que extrapola falta de liderança e desentendimentos na principal política pública conduzida pelo governo.

Alguns dos setores mais atingidos pela crise são de energia, turismo/aviação, automotivo e o comércio de modo geral. Estes, entre outros, necessitam de socorro urgente dos bancos, com a abertura de linhas de crédito que devem ter como garantia os ativos das empresas. Agora, as instituições financeiras serão importantes como parte da solução da crise, com a injeção de dinheiro no mercado, com juros mais baixos dos que os usualmente cobrados. Mas, toda esta preposição somente será possível se o sistema financeiro brasileiro se mantiver minimamente saudável, motivado, inclusive, com a proliferação de movimentos incentivando o não pagamento de dívidas como negativos para o país. Nesse diapasão, quando uma pessoa deixa de pagar, outra deixa de receber. As pessoas que têm um pouco mais de reserva devem pagar suas dívidas para que a economia possa continuar se movimentando e, desta forma, possamos ter esperança de não ver o PIB sofrer uma queda tão brusca como se prevê.

Todavia, é patente que a diminuição do PIB brasileiro não pode apenas ser atribuída a um vírus. Os índices das principais bolsas de valores do mundo viraram verdadeiras montanhas-russas, com quedas acentuadas e aumentos em menor escala. E o Banco Central terá que atuar com vigor para controlar a escalada do dólar norte-americano e, desta forma, assegurar a saúde financeira do país. A exemplo da dívida pública brasileira, que deve passar a 89,5% do PIB, conforme projeta o FMI. O endividamento no Brasil é bem maior do que a média de outras economias emergentes, e eventuais juros em queda podem atenuar os custos financeiros do governo, podendo ajudar a conter a expansão da dívida governamental.

No momento, uma de nossas únicas alternativas para aumentar o PIB é a agricultura, setor que melhor se sairá deste vendaval financeiro, já que nosso país continuará tendo amplo mercado consumidor para seus produtos, tanto no setor externo quanto interno, podendo se beneficiar com a enorme desvalorização do real em relação ao dólar norte-americano. De qualquer forma, a recuperação do país terá que ser muito bem administrada, pois não há conhecimento suficiente do vírus para ignorar a sua possibilidade de retorno em ciclos, conforme já aconteceu no passado em outras epidemias. 



CARLOS ELY ELUF é Advogado titular do Eluf Advogados Associados, coordenador e conselheiro de prerrogativas da OAB-SP.

Senado aprova projeto que adia vigência da LGPD para janeiro de 2021

■ POR PATRICIA PECK



“Com a ampliação do prazo não há mais desculpa para não ficar em conformidade. E esperamos que até lá seja efetivada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a fim de evitar controle difuso por outros órgãos e a judicialização da matéria, e que é fundamental para a governança de dados pessoais ser de fato implementada no Brasil.”

Em sessão deliberativa realizada no último dia 3 de abril para discutir o rumo da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no país, senadores decidiram aumentar o prazo da entrada em vigor em mais seis meses devido à crise provocada pela pandemia mundial do coronavírus. A decisão estabelece que as regras passam a valer em janeiro de 2021 e as multas ficam suspensas até agosto de 2021. Agora a proposta seguiu para votação na Câmara dos Deputados.

A ação faz parte da flexibilização de relações jurídicas privadas votada e aprovada pelos senadores por meio do Projeto de Lei nº 1.179/2020, de autoria de Antonio Anastasia (PSD-MG). A medida foi encabeçada pelo presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), Dias Toffoli, e contou ainda com a coordenação técnica do ministro Carlos Ferreira do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e professor da USP, Otávio Luiz Rodrigues Jr.

As empresas devem seguir com os projetos de adequação e conformidade à nova regulamentação, sem deixar de lado o que foi realizado até agora, mas cumprindo os devidos ajustes no cronograma e no diagnóstico previamente realizado. Pela proposta, há mais tempo para realizar as mudanças necessárias. Ou seja, as empresas ganharam de 15 de agosto de 2020 a 1º de janeiro de 2021 (prazo para entrada em vigor da LGPD) para adequarem o processamento de dados às novas regras, e seguir com o planejamento para efetivar as melhores práticas de proteção, a partir de mudanças estruturais, culturais e a criação de novos procedimentos.

É importante lembrar que esse ganho de tempo, diante do atual contexto de intenso uso do home office e trabalho remoto, que ainda não sabemos quanto vai durar, não significa deixar de lado as medidas protetivas. Mais que nunca as organizações precisam estar em dia com as políticas de proteção de dados, para mitigar riscos e efetivar a blindagem frente a possíveis incidentes digitais, como invasões ou vazamento de informações, que podem gerar prejuízos muito maiores do que uma multa pelo não cumprimento da legislação.

Nesse sentido, a recomendação é que as empresas continuem com os projetos para atingir o *privacy compliance* da LGPD. Eventualmente pode haver ganho em termos de cronograma, mas é importante lembrar que a conformidade não deveria atender apenas ao rigor da lei, mas sim à proteção da reputação de cada instituição e aos reflexos econômicos que podem surgir a partir disso. O essencial é não desmobilizar as iniciativas que já estavam em curso, reduzindo possíveis impactos negativos em termos de relações econômicas. Com a ampliação do prazo não há mais desculpa para não ficar em conformidade. E esperamos que até lá seja efetivada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a fim de evitar controle difuso por outros órgãos e a judicialização da matéria, e que é fundamental para a governança de dados pessoais ser de fato implementada no Brasil.

Por certo, aqueles que continuarem com a agenda positiva e implementarem a proteção de dados pessoais vão se beneficiar e se diferenciar. Até porque mesmo que a lei seja prorrogada, nada impede que as autoridades, especialmente as de proteção e defesa do consumidor, continuem aplicando as demais legislações para buscar garantir as proteções mínimas para os titulares. É importante destacar que as penalidades já aplicadas por esses outros órgãos seguem em vigor, e que foram adiadas exclusivamente as sanções administrativas do art. 52 a 54 da LGPD, aplicáveis pela autoridade nacional. 



ARQUIVO PESSOAL

PATRICIA PECK é Advogada especialista em Direito Digital. Doutoranda em Direito Internacional, é pesquisadora convidada do Instituto Max Planck, de Hamburgo e Munique (Alemanha), e também da Universidade de Columbia (Nova York, EUA). É professora convidada da Universidade de Coimbra e autora de 17 livros sobre Direito Digital. Premiada sete anos consecutivos (de 2010 a 2016) como uma das advogadas brasileiras mais admiradas em propriedade intelectual, recebeu duas vezes o prêmio *Security Leaders* e foi condecorada com três medalhas militares pelas Forças Armadas. É sócia-fundadora do escritório Patricia Peck Pinheiro Advogados, da empresa de cursos Patricia Peck Pinheiro Treinamentos e do Instituto iStart de Ética Digital que conduz o Movimento Família mais Segura.

56 anos do golpe civil-militar que nos afeta até hoje

■ POR EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA, MAURICE POLITI E ROGÉRIO SOTTILI

“Mesmo no isolamento social para conter a disseminação da Covid-19, é imprescindível resgatar a memória e continuar lutando para que a violência de Estado não siga se repetindo, aos brados “Ditadura, nunca mais”.”

Vivemos uma crise global profunda e sem precedentes na história recente da humanidade. Uma crise dessa magnitude exige de todos nós reflexões igualmente profundas que possam contribuir para a reformulação do pacto civilizatório e das bases de convivência coletiva. É necessário um direcionamento para a construção de uma nova ordem social baseada na coletividade. Mais do que nunca, lideranças preparadas para lidar com crises globais são fundamentais para propor revisões dos princípios de uma democracia ainda jovem e frágil, para que nossa sociedade caminhe para uma democracia forte e com valores compartilhados por todos e para todos.

Subestimar crises sanitárias, somado ao despreparo para enfrentá-las, é característico de regimes autoritários. É ainda pouco conhecida a epidemia de meningite que acometeu a cidade de São Paulo, entre 1971 e 1975, durante o governo do ditador Emílio Garrastazu Médici. Na época, o aumento vertiginoso de casos que se alastrou pela cidade e chegou a um índice de letalidade de 14% em 1972, foi acobertado pela censura e pela cumplicidade de autoridades. As principais vítimas foram crianças de até cinco anos e suspeita-se que a maioria das vítimas da meningite tenha sido enterrada na Vala Clandestina de Perus – uma chaga aberta na capital paulista.

O Brasil precisa construir sua memória, defender a verdade e promover a reparação e a justiça para o genocídio indígena, os três séculos de escravidão, a ditadura militar e o genocídio das populações negras, pobres e periféricas.

A Violência do Estado produziu e produz vítimas de várias formas. No passado e no presente, torturas, execuções sumárias, desaparecimentos forçados e tratamentos cruéis e degradantes são uma face da moeda, mas não podemos esquecer das vítimas decorrentes da misoginia, do feminicídio, da xenofobia, da perseguição contra a liberdade de expressão, da transfobia, da intolerância política oriunda de atos estatais; enfim, das diversas expressões do autoritarismo.

Também é preciso enfatizar as vítimas de violência social e política do Estado, que agrava a desigualdade social e enfraquece os serviços públicos relevantes, tal como na Saúde e na Educação e, principalmente, os serviços de proteção social e econômica diante de tal cenário. É um Estado que, se não mata, deixa morrer pela negligência e desmonte das políticas públicas de proteção aos mais vulneráveis.

Vivemos em um país marcado por uma cultura histórica e estrutural de violência. No entanto, há vozes que não se calam diante de um silêncio ensurdecido. São vozes que as lutas amplificam no tempo e que as memórias impregnam nos corpos.

A nossa sociedade precisa revisitar seu legado autoritário e violento para transformar as instituições em defensores de um Estado Democrático de Direito. Ao longo da ditadura militar de 1964 a 1985 foram milhares de indígenas e camponeses mortos e desaparecidos, resistentes políticos presos, torturados, assassinados e muitos deles desaparecidos até o dia de hoje, milhares despejados de suas casas em periferias e favelas, um sem fim de pessoas perseguidas, presas, torturadas e mortas em um sistêmico terrorismo de Estado.

A ideologia do negacionismo e revisionismo pretende impor uma democracia sem o direito à memória, verdade e justiça. Assim como sem direitos e sem proteção social e econômica para aqueles que mais necessitam. Saúde, trabalho digno, bem como a proteção ampla e irrestrita do Estado não deveriam ser privilégio de poucos, mas direito de todos.

Esse é o momento de o Supremo Tribunal Federal pautar na agenda pública o debate e a reinterpretação da Lei da Anistia, seguindo os acordos internacionais que o Brasil ratificou e assinou de forma voluntária, para que seja possível o julgamento e a responsabilização dos que foram os artífices de crimes de lesa humanidade. Sobretudo, para que agentes de Estado não permaneçam na certeza da impunidade.

Mesmo no isolamento social para conter a disseminação da Covid-19, é imprescindível resgatar a memória e continuar lutando para que a violência de Estado não siga se repetindo, aos brados “Ditadura, nunca mais”. 



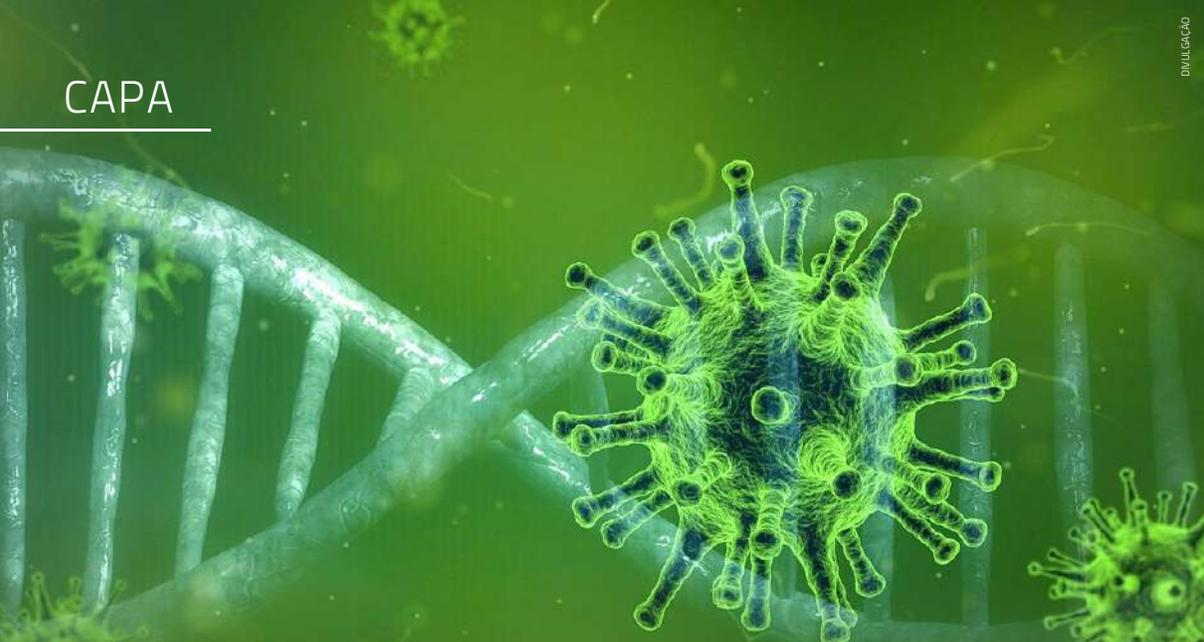
EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA é Procuradora Regional da República.



MAURICE POLITI é Integrante do Núcleo de Preservação da Memória Política.



ROGÉRIO SOTTILI é Diretor Executivo do Instituto Vladimir Herzog.



A pandemia e a Bioética

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“A situação gerada pela pandemia, afetando a vida das pessoas e com reflexos diretos na saúde pública, passa a ser também um tema bioético em sentido amplo, de vital importância. Assim, a dinâmica imposta pela Organização Mundial da Saúde aconselhando o confinamento em massa nada mais é do que um procedimento de preservação da vida, uma das metas da Bioética.”

Muito se tem falado e discutido a respeito das consequências da pandemia do coronavírus na economia mundial e, particularmente, na brasileira. O binômio saúde/economia caminha lado a lado e interligado umbilicalmente ao sistema estrutural do governo. Não são frentes estanques e sim integradoras. No caso, porém de desagregação, como acontece no distanciamento social estabelecido no rol das medidas preventivas de combate ao Covid-19, traz, de um lado, benefícios no resguardo da saúde, mas, por outro, inevitáveis prejuízos para a atividade financeira e econômica.

Mas se a economia brasileira vinha caminhando com sobriedade e visíveis sinais de recuperação, a saúde, pelo contrário, jazia abandonada num leito de UTI, com parcos e limitados recursos. Bastou a retirada do véu para se sentir a profundidade das incorrigíveis e devastadoras chagas do sistema.

Percebeu-se, sem qualquer dificuldade, como a triste morte anunciada, que a rede hospitalar pública se apresentava como indefesa anã diante do tsunami do vírus, que foi envolvendo e arrastando os países mais ricos, flagelando-os com um número incalculável e expressivo de mortes, sem respeitar os limites de idade.

Daí que, de forma urgente, num toque mágico de recursos, que há muito deveriam ter sido alocados, foram ampliados e adaptados muitos hospitais, além das construções de hospitais de campanha e tendas hospitalares para atendimentos

de casos de média e alta complexidade. Também, na mesma velocidade, abriu-se canal de comunicação com vários países para aquisição de insumos, instrumentos e aparelhos necessários.

Sem falar, ainda, da acelerada corrida para pesquisas envolvendo seres humanos - até então adormecidas num país que conta com excelentes profissionais - para buscar medicamentos novos ou combinando a eficácia e conjugação de outros existentes, além da leitura do genoma estrutural do Covid-19, pesquisas com células-tronco, vacinas e outros mais.

Por fim, a própria população brasileira, a uma única voz, num ritual que campeou por todo país, saudou com aplausos merecidos os profissionais da saúde que, muitas vezes sem o equipamento de proteção individual (EPI), tão necessário que a muitos derrubou, assistia com toda dedicação os pacientes, desde aqueles que se encontravam contaminados recentemente, como os afunilados no estertor da morte.

Entre o acudir a saúde humana e a economia, pelo menos neste momento mais crucial, conforme se vê das cautelas propagadas pela Organização Mundial da Saúde, é de prevalecer a primeira opção. Do contrário, da junção da abertura da dupla proteção, cria-se um círculo vicioso e sem fim que provocará constantes segregações em razão da proliferação direta do vírus. A pessoa saudável vai exercer sua profissão, assumir seu trabalho ou incrementar seu comércio ou negócio, no contato com outras pessoas pode adquirir o vírus e passa a ser mais um agente propagador, colocando em risco a saúde de muitas outras pessoas, em uma progressão infinda.

Na realidade - essa é a intenção das autoridades de saúde e sanitaristas - o objetivo é impedir a propagação do vírus e a disseminação da doença ao mesmo tempo, no pico de sua infestação, porque a primeira baixa a ser anunciada será a do próprio sistema de saúde, que ainda não está suficientemente preparado para atender uma pandemia desta grandeza. O discurso médico no caso em questão é tamanho que não cabe nem antítese. Encerra, em si mesmo, a síntese.

É certo que se trata de uma situação anômala. Apesar de quase toda estrutura estar sendo providenciada nesta oportunidade, falta ainda o olhar organizacional, aquele que vai estabelecer a modulação necessária de atendimento e recuperação. O que não foi edificado antes com folga é penalizado agora pela precipitação.

Do ponto de vista bioético, no entanto, a resposta é uma só. A situação gerada pela pandemia, afetando a vida das pessoas e com reflexos diretos na saúde pública, passa a ser também um tema bioético em sentido amplo, de vital importância. Assim, a dinâmica imposta pela Organização Mundial da Saúde aconselhando o confinamento em massa nada mais é do que um procedimento de preservação da vida, uma das metas da Bioética.

Pode-se até dizer que se busca um resultado multidimensional em que o cidadão se compromete a se manter segregado, em razão do benefício significativo que lhe será proporcionado e, também, por ser uma medida justa, visto que adquire especial relevo quando este benefício for compartilhado por toda comunidade.

Há o tempo da convivência coletiva, espaço insubstituível do homem gregário. E o tempo de segregação temporária necessária, como o presente.

É a história da humanidade. 



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de Justiça aposentado/SP; Mestre em Direito Público; Pós-Doutorado em Ciências da Saúde; Reitor da Unorp e Advogado.

Por que o novo coronavírus preocupa tanto?

Discussões de saúde pública e privada



■ POR PAULO ANDRÉ STEIN MESSETTI

“Sistemas de saúde públicos e privados devem se preocupar e tomar medidas conjuntas, proativas e de assunção de responsabilidades com o avanço da doença para minimizar os impactos negativos da crise em sua prestação de serviços, notadamente nos setores ambulatorial e hospitalar para bem efetivar tratamentos como um todo.”

O Wuhan-2019 talvez tenha sido o personagem principal do Carnaval de 2020. E impediu o país de começar o ano, mesmo depois da *bacchanalia*, o que já é inédito. Este novo coronavírus (Covid-19) assusta muita gente, mas algumas pessoas preferem compará-lo a uma simples gripe, acreditando que sua taxa de letalidade seja inferior ou equivalente à da gripe H1N1 (suína) ou da H3N3 (comum) e que, portanto, não deve haver grandes repercussões na economia e no setor de saúde da maioria dos países do mundo com os estragos com que vem se apresentando. Quem estaria certo?

Até o presente, o novo coronavírus tem índice de letalidade próximo aos 3%, segundo informações da Organização Mundial da Saúde. Mas questiona-se que a letalidade correta seria aquela relativa ao universo dos que pegaram a doença, e não ao dos índices oficiais, que estaria aquém do número real de casos.

Mas, se não podemos trabalhar com dados oficiais, com quais trabalharíamos? Gripes cíclicas anuais giram em torno de 0,1% de letalidade, o que é bem inferior ao poder de matar infectados do novo coronavírus.

Quanto à sua capacidade de contaminação e transmissão entre humanos, o novo coronavírus tem poder de transmissão de uma pessoa para outras duas (ou 1:2). Em termos de comparação, o vírus do sarampo tem poder de transmissão de 1:18. O sarampo é mais preocupante, em termos de transmissão, mas o Covid-19 também não deixa de ser relevante neste aspecto, e talvez tenha um potencial de contaminação ainda maior. Por sua velocidade de transmissão e presença em mais de dois continentes temos inegavelmente uma pandemia, embora até isso tenha demorado a ser reconhecido oficialmente, nada obstante o apelo dos cientistas. A transmissão de pessoa a pessoa do Covid-19 é agravada pelo fato de que o vírus se transmite por fômite. Pode o patógeno ter vida extracorpórea por dias no asfalto, e mesmo em superfícies metálicas e plásticas. E a falta de insumos de proteção para o uso geral dos necessitados, tais como máscaras, álcool gel, luvas, demonstra que os esforços coletivos e industriais ainda viáveis devem se voltar ao combate à pandemia.

É uma emergência de saúde pública. Cientistas de Harvard divulgaram preocupação com o potencial de que 70% da população mundial possam ser contaminados com o novo coronavírus. Se todos se contaminarem, em poucos dias o colapso de todos os sistemas de saúde é inevitável. Por isso, o único e melhor remédio: quarentena e isolamento social. São impositivos. Deve ser feito por pelo menos 30 dias, prorrogáveis por mais 30.

A ideia não é conter o contágio, mas desacelerá-lo. Muitas pessoas serão contaminadas, muitos morrerão, infelizmente, mas temos que evitar que mortes evitáveis não sejam ocasionadas, como ocorre ainda hoje na Itália, em que doentes graves não são atendidos por falta de recursos, e morrem. Se os contágios ocorrerem de modo mais dividido ao longo dos próximos meses, não haverá falta de leitos, falta de UTI, falta de ventiladores. Isso salvará vidas que podem ser curadas. Nova Iorque hoje corre contra a possibilidade de não haver ventiladores em UTIs nos próximos dias. Se isso não se trata de emergência de saúde pública, no centro do capitalismo, o que seria necessário para parar o desenfreado tilintar da humanidade?

Enquanto irresponsáveis chamam a Covid-19 de gripezinha, e “isolemos apenas os grupos de risco”, cientistas de todo o mundo demonstram ser necessário isolamento social total, com medidas de quarentena, e testagem massiva de pessoas com sintomas.

Em termos de comparação didática, no caso do sarampo, sustenta-se que já há uma grande parte da população imunizada, mas a verdade alarmante é que o vírus do sarampo que transitou no Brasil e no mundo recentemente não é o mesmo subtipo do vírus constante de sua vacinação anos atrás. Ele sofreu mutações. Ou seja, não há imunidade absoluta e permanente da população. O que, em termos de virologia, é a ordem do dia, algo natural e esperado, para a turma do “deixa disso” é algo nem sabido.

O caso do Covid-19 segue a mesma dinâmica, mas é peculiar em alguns aspectos. As suas mutações virais são muito recentes e talvez seja impossível desenvolver uma vacina. Se ela ocorrer, levará provavelmente alguns anos para se comprovar eficaz. Um fato é que não há vacina para esta família de vírus que já tenha sido criada pela humanidade. Este o forte argumento. Por outro lado, há esforços científicos

gigantes neste intento. Ocorre que as mutações virais podem fazer do Covid-19 uma nova ameaça a cada ano.

O que preocupa, em especial, é a capacidade de mutação dos coronavírus, o que já se comprova ser o caso deste Covid-19, que já apresenta mutações em vários lugares do globo. Praticamente, na família viral (CoV) surge um tipo novo e mortal a cada década, com importante repercussão na saúde pública: desde 2002, a Sars já fez cerca de 800 vítimas; desde 2012, a Mers também já fez cerca de 800 vítimas. Em termos absolutos, o Covid-19 já matou muito mais pessoas do que os vírus responsáveis pelas crises anteriores.

Além disso, questiona-se se o *Wuhan-19* pode se tornar ainda mais contagiante e mortal ao longo do desenvolvimento da pandemia, e nos próximos anos e surtos, que já são cotados como bem prováveis.

Já se fala em uma possibilidade de sazonalidade do Covid-19. Outros vírus respiratórios também coronavírus menos importantes já são responsáveis por cerca de 10% de infecções respiratórias anuais, sazonais. A estes se somaria o Covid-19 e suas futuras mutações, ano a ano.

Precisamos focar em tentar criar vacinas para imunizar a população, e na testagem de medicamentos para tratar os doentes, em um primeiro momento, ainda que a eficácia destes seja possível, em tese, apenas para as primeiras cepas do vírus circulante; tudo isso visando à diminuição da capacidade de alastramento da doença. Mas mesmo isso leva tempo e exige recursos e empenho estatal, o que não se vê em muitos lugares, infelizmente. Logo, o alastramento será ainda maior e o Covid-19 fará mais vítimas no curto e médio prazos. E mais, a maioria das vítimas devem se concentrar nas camadas mais vulneráveis da população, mas que esteja claro: os ricos não serão poupados. O vírus, neste aspecto, é democrático. Assim, as nações do mundo devem adotar e manter efetivas medidas de controle e proteção, visando ao tratamento de contaminados e à diminuição da transmissibilidade.

Lado a lado com a busca biológica e médica pelo enfrentamento da pandemia, é necessária uma postura solidária e de fomento da cidadania que passa por uma discussão de implemento imediato de uma renda básica de emergência para toda a população, que está de quarentena e com a renda diminuta ou inexistente. Quantos trabalhadores informais estão sem o que comer, o que dizer sobre o pagamento das suas contas do mês? Os lucros dos grandes conglomerados econômicos e financeiros precisam ser tributados com emergência, de modo a viabilizar um caminho para redução de desigualdades. Essa discussão ainda é muito incipiente no país, embora a crise de saúde pública ande de mãos dadas com a crise econômica em iminência e exija medidas urgentes.

INFECTADOS

Parte deles é considerada assintomática, mas ainda são potenciais transmissores do vírus. Há estudo relacionando assintomáticos e o contágio de grande parte dos doentes. Pelo menos 20% de todos os casos são graves, com acometimento pulmonar e necessitam de internação hospitalar. Embora considere-se que a letalidade do Covid-19 seja cerca de 3%, nada garante que essa taxa não irá aumentar. E não há dúvidas de que a vida de cada um é relevante. Há um mito de que apenas a maioria deva ser protegida – bem, torça para que você não seja parte dos 3% dos infectados.

SAÍDA ÉTICA

Há um exercício filosófico, conhecido como “Dilema do Bonde”, em que se questiona se seria justo desviar uma locomotiva desgovernada, prestes a atropelar cinco pessoas que estão nos trilhos à frente, de modo que, com essa manobra, a locomotiva atropelasse apenas uma pessoa que está sobre os trilhos ao lado.

Não há uma resposta certa para o dilema; trata-se de uma especulação sobre os fundamentos da ética. Mas é relevante notar que a maioria daqueles que enfrentam o dilema entende que matar uma pessoa seria menos ruim do que matar cinco pessoas.

Mas o que justificaria atentar contra a vida de uma pessoa (que continuaria viva caso o trem não fosse desviado) para poupar a vida de outras cinco pessoas? Possivelmente, a razão é o desejo humano de provocar menos danos ao maior número de pessoas. Concluimos, no entanto, que não se justifica sacrificar uma vida sequer para salvar a vida de outros. Os regimes totalitários, por exemplo, justificam o sacrifício de uns por muitos, o que não é aceitável. O que fazer, então?

Pensando na política de redução de danos, devemos controlar ao máximo a expansão dessa doença. Os leitos dos hospitais são uns dos insumos mais caros da saúde – pública ou privada –, em todo o mundo. E são insumos escassos diante da pandemia, por isso devem ser protegidos com quarentenas e isolamento social total por um período ainda em teste. Trata-se de uma medida dura para combater algo igualmente difícil, talvez pior e certamente cruel.

Neste caso, não se pode considerar que a pandemia teria irrelevância de saúde, para parar a economia com medidas de quarentena e isolamento. A realidade socioeconômica deve ser afetada pela pandemia, e não importa que, supostamente, tenha a doença uma baixa taxa de mortalidade, considerada a população mundial. Afinal, em políticas públicas de saúde, deve-se minimizar os danos para o maior número de pessoas possível, sempre respeitando a autodeterminação e o bem estar de todos, não somente de alguns ou somente da maioria. Toda vida importa. Portanto, tratar a pandemia como algo sem importância não está de acordo com o papel do Estado e da sociedade civil em uma crise desta natureza.

SISTEMAS DE SAÚDE

De seu lado, sistemas de saúde públicos e privados devem se preocupar e tomar medidas conjuntas, proativas e de assunção de responsabilidades com o avanço da doença para minimizar os impactos negativos da crise em sua prestação de serviços, notadamente nos setores ambulatorial e hospitalar para bem efetivar tratamentos como um todo. Cabe pontuar que o equilíbrio contratual das relações do setor de saúde sairá comprometido, e as exigências sanitárias incrementadas pela crise devem já impactar nos preços dos insumos e serviços de saúde, o que em parte já é sentido por todos. 



PAULO ANDRÉ STEIN MESSETTI é Advogado formado na USP; Especialista em direito médico e da saúde; Mestre em bioética e doutorando em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina do Centro Universitário Saúde ABC.

União em defesa da vida

“Estímulos fiscais e pacotes de proteção social são importantes, mas não bastam. A união, a consciência e a solidariedade são os fatores determinantes na defesa da vida.”



■ POR ABRAM SZAJMAN

A humanidade está numa encruzilhada: como preservar a atividade econômica diante da necessidade imperiosa de reduzir a disseminação do coronavírus, que ameaça colapsar os serviços de saúde até das nações mais desenvolvidas?

Não podemos demorar mais para entender que esta é uma crise sem precedentes e sem prazo para acabar. De um lado, o exemplo da China nos mostra uma inflexão obtida entre 90 e 120 dias. De outro, o desastre que está ocorrendo na Espanha, na Itália e nos Estados Unidos.

Estamos perdendo precioso tempo no debate entre órgãos e poderes do governo. Não há mais o que debater: está provado que o isolamento social tem a função de reduzir o pico das ocorrências para que o sistema de saúde possa ter condições de evitar o caos.

Não há mais o que diagnosticar sobre os efeitos econômicos dessa pandemia. O foco deveria estar em fazer funcionar os canais por onde deve correr muito dinheiro para a adaptação do sistema de saúde e para a manutenção das empresas e do emprego, além de atender às necessidades da população.

A velocidade e a profundidade das medidas anunciadas ainda não são, entretanto, condizentes com os graves danos sociais que serão causados no médio e no longo prazos pela inevitável recessão que se aproxima. E os desencontros verificados são muito preocupantes.

A expectativa da FecomercioSP era de que as vendas do varejo brasileiro aumentassem 2,4% em 2020, na projeção mais conservadora. Essa previsão, obviamente, já está revista: no mais otimista dos cenários, o faturamento cairá 3,6% neste ano, uma perda de pelo menos R\$ 115 bilhões; uma cifra que pode chegar a R\$ 138 bilhões, correspondente ao faturamento de 25 dias de todo o varejo no Brasil.

Entendemos e aceitamos as duras restrições impostas ao funcionamento do comércio e à circulação de pessoas, que devem permanecer em suas casas para evitar a contaminação. Nesse caso, é de se lamentar que não estejam implantadas medidas efetivas de redução dos encargos que incidem sobre a produção e o consumo, **impostos** e taxas que tornam nossa carga tributária uma das maiores do mundo.

Existe muito mais o que fazer além da prorrogação de diversos impostos e contribuições no âmbito do Simples Nacional, da injeção de R\$ 57 bilhões por parte do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e da dilação das dívidas empresariais. Decisões como essa precisam ocorrer também nos âmbitos estadual e municipal. Outro alívio seria a suspensão, por seis meses, dos pagamentos decorrentes dos programas especiais de parcelamento ativo de dívidas tributárias, sem a imposição de multas, juros e correção monetária – só para citar nova opção.

Estamos propondo, ainda, a extensão do pagamento do seguro-desemprego relativo a desligamentos ocorridos entre março e agosto do corrente ano para seis parcelas e a dispensa da necessidade de realização de cursos de qualificação para acesso ao benefício.

O essencial, neste momento de excepcional gravidade, é que as decisões sejam tomadas em harmonia pelos Três Poderes e que essas respostas conjuntas não sejam minadas por questões partidárias ou ambições eleitorais. Faz-se necessária a criação de um gabinete emergencial formado pelos Poderes para coordenar ações de amparo à sociedade e às esferas produtivas durante e após os momentos mais agudos da crise. O desejável é a união dos Poderes em defesa da vida.

Enquanto a ciência não encontrar meios para derrotar o coronavírus, a tarefa de contê-lo deve ser repartida entre governos e sociedade. As dificuldades precisam ser assimiladas por todos, o que torna especialmente relevante o diálogo entre empresas e trabalhadores.

Em resumo, estímulos fiscais e pacotes de proteção social são importantes, mas não bastam. A união, a consciência e a solidariedade são os fatores determinantes na defesa da vida. 



ABRAM SZAJMAN é Presidente da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP).

Os instrumentos normativos de fiscalização e controle da despesa pública no enfrentamento da pandemia COVID-19 no ordenamento jurídico brasileiro

■ POR RODRIGO LEVENTI GUIMARÃES

“Em sendo constatadas irregularidades nos procedimentos de aquisição de bens e contratação de serviços, sob a justificativa de enfrentamento da pandemia COVID-19 e ante à Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional declarada, deve ser obtida a sua correção por meio da autotutela (Súmula 473 e 376 STF) e, tendo em conta as especificidades do caso concreto.”



Ementa: ESTADO DE EMERGÊNCIA OU DE CALAMIDADE PÚBLICA DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS, EM VIRTUDE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). AQUISIÇÕES PÚBLICAS EMERGENCIAIS DE PRODUTOS E SERVIÇOS DE SAÚDE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEI Nº 8.666/93. PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA AQUISIÇÃO DE BENS, SERVIÇOS E INSUMOS DA MEDIDA PROVISÓRIA 926/2020, QUE ALTEROU A LEI Nº 13.979/20. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO E DA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. POSSIBILIDADE. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA DE BENS. POSSIBILIDADE. ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL. PUBLICIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA. CONTROLE DO FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS EM PERÍODO ELEITORAL.

No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu o potencial nocivo do Coronavírus (COVID-19), declarando, respectivamente, o surto pandêmico e a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) 1.

No site <https://nacoesunidas.org/agencia/opasoms/> é possível verificar que a Organização Mundial de Saúde (OMS), é uma agência especializada das Nações Unidas, fundada em 07 de abril de 1948, com o objetivo de estimular e garantir o amplo acesso ao mais elevado nível de saúde das pessoas no mundo.

Assim, a Organização Mundial de Saúde (OMS) surgiu com a finalidade de zelar da saúde global. Para essa agência, o termo “saúde” significa um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não se limitando à ausência de doenças.

A ESPII – Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional é considerada, nos termos do Regulamento Sanitário Internacional (RSI), “um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido à disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata”.

Por sua vez, o Regulamento Sanitário Internacional (RSI) é um instrumento jurídico internacional vinculativo para 196 países em todo o mundo, que inclui todos os Estados Membros da Organização Mundial da Saúde (OMS). Seu objetivo é ajudar a comunidade internacional a prevenir e responder a graves riscos de saúde pública que têm o potencial de atravessar fronteiras e ameaçar pessoas em todo o mundo 2.

Diante desse quadro, o Ministério da Saúde do Governo Federal brasileiro declarou, em 3.2.2020, através da Portaria GM/MS nº 188/20203, “emergência em saúde pública de importância nacional”, em decorrência da infecção humana pelo Coronavírus e tal reconhecimento demanda o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, invocando-se instrumentos normativos e editando Medidas Provisórias relacionadas ao contexto vivido (a exemplo da MP 926, de 20 de março de 2020).

No plano legislativo, adveio a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, com as modificações decorrentes da Medida Provisória 926, de 20 de março de 2020, e do Decreto da Presidência da República nº 10.282, de 20 de março de 2020.

A Portaria MS nº 356/2020, estabeleceu a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979/2020, trazendo medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19);

Uma das estratégias de enfrentamento é o isolamento coletivo, higienização constante das mãos e objetos com álcool em gel e uso de máscaras.

DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA DESPESA PÚBLICA FRENTE A PANDEMIA COVID-19.

No direito administrativo (interno), há instrumentos importantes para situações de excepcionalidade como tal, dentre os quais cite-se:

- a) Desapropriação por necessidade pública (art. 5º, XXIV, da CRFB e DL 3.365/41);
- b) Requisição de bens no caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV, da CRFB);
- c) Contratação temporária de servidores públicos, sem concurso público, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CRFB);
- d) Contratação direta, com dispensa de licitação, de empresas para prestação de serviços, fornecimento de bens e execução de obras, nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem, bem como nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando houver risco de prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares (art. 24, III e IV, da Lei Federal nº 8.666/93), entre outras medidas.

A Constituição Federal, no *caput* do art. 37, fixou princípios gerais a serem observados por gestores públicos, dispondo, ainda, sobre a obrigação geral de licitar (art. 37, XXI), possibilitando a realização de contratação direta apenas em casos excepcionais, nas hipóteses expressamente estabelecidas em lei que, como exceções que são, devem ser interpretadas restritivamente.

Com efeito, uma das hipóteses estabelecidas pela Lei nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações e Contratos, é a contratação direta em razão de situação de emergência ou de calamidade pública (art. 24, IV), que deve ser precedida do respectivo procedimento de justificação de dispensa de licitação, no qual deve ser comprovado o atendimento a todos os requisitos legais.

Nesse contexto de pandemia, tanto a União, quanto os Estados federados e seus respectivos municípios, editaram Decretos de emergência ou de calamidade pública em virtude da pandemia do COVID-19, e que sob esta condição poderão realizar compras emergenciais de produtos e utensílios de saúde com dispensa de licitação, em especial a aquisição de insumos e serviços necessários às ações preventivas e curativas relacionadas à transmissão do vírus e suas consequências.

Todavia, mesmo diante de cenário tão grave como o proporcionado pelo COVID-19, a Administração Pública deve observância ao art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, impondo a instauração de prévio processo administrativo, com a justificativa da escolha do contratado, bem como a comprovação da economicidade do preço praticado no contexto de concorrência de mercado.

Do outro lado, a fim de viabilizar a ampla fiscalização dos gastos públicos pelas instituições integrantes do sistema de controle formal e do controle social da Administração Pública, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, determinou que sejam imediatamente adotadas medidas concretas de ampla publicidade às contratações diretas, a fim de não se permitir desvios de finalidades. Veja-se:

“Art. 4º, §2º, da Lei nº 13.979/2020:

[...]

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.”

Premente é a necessidade de uma ampla fiscalização, pela sociedade e pelos órgãos de controle, das despesas realizadas sob a vigência das novas regras para contratações por dispensa de licitação trazidas pela Lei nº 13.979/2020, uma vez que tais regramentos afrouxaram excessivamente as formalidades existentes, podendo estimular a prática de atos antieconômicos que infrinjam os princípios administrativos.

Dessa forma, deve ser priorizada a utilização do Sistema de Registro de Preços, quando cabível, inclusive observando a viabilidade de adesão às atas de outros entes, a fim de se obter eficiência e economicidade.

É de se registrar que a requisição administrativa, prevista no art. 5º, XXV, da Constituição Federal, autoriza a utilização compulsória de bens ou serviços particulares pelo Poder Público, por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento das necessidades coletivas urgentes e transitórias, podendo, inclusive, ser invocado nesse período de pandemia reconhecida internacionalmente.

Lembre-se, também, do art. 15, inciso XIII, da Lei nº 8.080/90, Lei do Sistema Único de Saúde, que determina que “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização”.

Nessa toada, o art. 3º, VII, da Lei nº 13.979/20, que autoriza “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa, veio com o propósito de dar mais segurança aos gestores e rapidez na aquisição de insumos e serviços para contenção do COVID-19, observando-se os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, os quais também – continuam – em vigor durante o “estado de exceção” em decorrência da pandemia do COVID-19.

O respeito aos princípios da economicidade, eficiência, supremacia do interesse público e impessoalidade, diante da escassez de recursos, exige do Administrador Público a adoção de medidas adotadas de forma planejada, para que a solução dada não resulte em desperdício ou desvio de finalidade.

Salienta-se que, em tendo sido declarada a situação de emergência/calamidade pública, se faz necessária a elaboração, pelos respectivos Gestores, de um plano de contingência, com a previsão de ações indispensáveis ao balizamento da necessidade e adequação das ações empreendidas, dentre elas as contratações diretas, por licitação dispensada, fundadas no art. 4º da Lei nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 e no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, em observância ao dever de transparência, eficiência e moralidade administrativa, nos termos do art. 37 da CF.

O advento da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, pelo Governo Federal, alterando o art. 4º da Lei nº 13.979/2020, dispensou a licitação para a aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, flexibilizando profundamente os referidos procedimentos. Cite-se, por exemplo: a autorização para contratação excepcional de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, a aquisição de equipamentos usados, a dispensa de estudo preliminar e da estimativa de preços, simplificação do termo de referência e/ou projeto básico, dentre outras medidas.

Nos termos do art. 8º da referida Medida Provisória, as regras para dispensa de licitação ali previstas são temporárias e aplicam-se apenas enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus e ainda, que segundo o art. 4º da mesma normativa, a dispensa da licitação realizada com fundamento nesta MP deve ser destinada apenas à aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID-19, sendo vedada sua utilização para aquisições de outra natureza, permanecendo para estes casos as regras previstas na Lei nº 8.666/93 e demais normas.

DA TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Constata-se do acima exposto que, apesar da referida Medida Provisória flexibilizar sobremaneira a instrução do Processo Administrativo de Dispensa de Licitação, alguns requisitos permanecem indispensáveis, devendo o mesmo conter termo de referência ou projeto básico, ainda que simplificado, com os seguintes documentos: declaração do objeto; fundamentação simplificada da contratação; descrição resumida da solução apresentada; requisitos da contratação; critérios de medição e pagamento; estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

- a) Portal de Compras do Governo Federal;
- b) Pesquisa publicada em mídia especializada;
- c) Sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
- d) Contratações similares de outros entes públicos; ou
- e) Pesquisa realizada com os potenciais fornecedores e adequação orçamentária, a fim de se cumprir os postulados do art. 37, *caput*, da CF/88.

Assim, mesmo sendo dispensadas algumas providências, a referida Medida Provisória não descartou o dever de estimar preços, devendo o Gestor Público, para tanto, justificar a pretensão.

Ademais, caso as medidas excepcionais forem adotadas desnecessariamente e de forma indiscriminada e sem a seriedade e a prudência que exige o gasto público, poderão gerar graves consequências, principalmente no que tange aos desvios de recursos e atos de improbidade administrativa.

Dentre as consequências, verifica-se aquela em que a contratação de serviços ou aquisição de bens realizadas à revelia da dispensa prevista na Lei nº 13.979/2020, ou vícios no procedimento instrutório configuram dispensa indevida da licitação, gerando a nulidade do contrato administrativo correspondente (art. 49, par. 2º da Lei nº 8.666/93), bem como responsabilidade criminal (art. 89) e por ato de

improbidade do gestor, seja pelo dano presumido ao erário, seja pela violação dos princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/92).

É de lembrar que o Administrador tem o poder-dever de autotutela para anular os atos e contratos administrativos eivados de vícios que os tornem ilegais (art. 37, *caput*, da CF/88 c/c Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal), podendo lançar mão dos setores de controle interno e jurídico para assessorá-lo na implementação de soluções para as demandas concretas que se apresentarem, sanando dúvidas e demais questões.

Frisa-se que neste ano estão previstas eleições municipais e, na seara eleitoral, prevê o art. 73, VI, “b” da Lei Federal nº 9.504/97, Lei das Eleições, possibilidade da publicidade institucional nos três meses que antecedem as eleições, desde que reconhecido pela Justiça Eleitoral caso de grave e urgente necessidade pública, sendo que o art. 73, § 10, autoriza a distribuição gratuita de bens, valores e benefícios pela Administração pública, mesmo em ano eleitoral, nos casos de calamidade pública ou estado de emergência.

Tais disposições não estão imunes a critérios mínimos, devendo mais uma vez o Administrador Público pautar-se pela impessoalidade, relacionando diretamente o contexto da solução implementada com a hipótese excepcional, ante à vedação da concessão de benefícios além do necessário, ainda que subvencionados por entidade privada que receba recursos públicos, podendo, nesse sentido, ser consideradas irregulares.

Daí a importância de tratamento padronizado deste tema pelos Órgãos de fiscalização, a exemplo do Ministério Público e do Tribunal de Contas, cada um no âmbito de suas atribuições, acompanhar as ações administrativas realizadas para o enfrentamento da situação de emergência/calamidade pública, já reconhecida em âmbito federal e estadual, em razão da pandemia pelo Coronavírus – Covid-19, em especial das contratações diretas efetivadas pelos Municípios, com base no art. 4º da Lei nº 13.979/2020 e art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, realizadas por dispensa de licitação, de eventuais fornecimentos de bens, valores e benefícios, assim como, publicidade institucional, se realizada em período eleitoral.

Com o afã de orientar e canalizar a força produtiva dos Membros do Ministério Público do Estado de Rondônia, a FORÇA-TAREFA/COVID-19, composta pelos Grupos de Atuação Especial, por intermédio da Portaria nº 402/PGJ, de 24.3.2020, editou Nota Técnica Orientativa, sugerindo a adoção das seguintes diligências e providências:

a) fomentar aos poderes públicos municipais e estaduais que seja criado um campo específico nos Portais de Transparência ou website da Prefeitura e do Governo Estado, com informações claras e objetivas sobre todos os dados atualizados dos gastos com contratações excepcionais, revisões de contratos em curso, dispensas licitatórias, aquisições de insumos, dentre outras, feitas nesse período de pandemia, expondo, com clareza e ampla publicidade, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição com base nos regramentos temporários, com o objetivo de facilitar o acesso à informação por parte da população, da imprensa e dos órgãos de controle, com fulcro no art. 4º da Lei nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 e no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, em razão da Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional, declarada no Estado de Rondônia por meio do Decreto

nº 24.887, de 20 de março de 2020 e suas recentes alterações inseridas no Decreto nº 24.891, de 23 de março de 2020;

b) requisitar aos entes que informem os dados das contas bancárias e dados completos dos gestores de contas bancárias dos fundos de saúde e/ou fundos especiais criados para gestão dos valores destinados para combate ao COVID – 19, concedendo-se prazo razoável para apresentação das informações; (havendo meios e necessidade de verificação/fiscalização da movimentação dos gastos, orienta-se requisitar os extratos de movimentação das contas);

c) fomentar a elaboração, pelos Municípios, dos planos de contingência, com a previsão de ações conforme os níveis de resposta, indispensável ao balizamento da necessidade e adequação das ações empreendidas, dentre elas as contratações diretas, fundamentadas no art. 4º da Lei nº 13.979/2020, alterado pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020;

d) zelar para que os gestores públicos se abstenham de formalizar processos de dispensa licitatória e/ou celebrar e executar contratações diretas, atestando como emergenciais ou de calamidade pública, situações que não se enquadrem na Portaria nº 188/2020 do Ministério da Saúde, na Lei Federal nº 13.979/2020 alterada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 e no Decreto nº 24.887, de 20 de março de 2020 e suas recentes alterações inseridas no Decreto nº 24.891, de 23 de março de 2020, ambos do Governo do Estado de Rondônia;

e) zelar para que os gestores públicos se abstenham de contratar diretamente por dispensa de licitação, na situação de emergência/calamidade pública declarada, sem que esteja instaurado, instruído e finalizado procedimento administrativo que contenha todos os requisitos e pressupostos formais e materiais, de existência e de validade, tal como descritos nos termos desta recomendação e fundados na Lei Federal nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020;

f) zelar para que os gestores públicos se abstenham de celebrar contratações diretas por dispensa de licitação, pautadas na emergência ou calamidade pública declarada, que não cumpram as condicionantes do art. 4º da Lei nº 13.979/2020, quais sejam:

– que o objeto licitado se configure como bens, insumos e serviços de saúde para o enfrentamento da situação de emergência declarada em âmbito federal e estadual e do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93,

– que o objeto licitado se refira tão somente aos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa;

– que seja respeitado o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da situação emergencial ou calamitosa para a vigência do contrato, ou que ele dure apenas o tempo necessário ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para que se realize a licitação ordinária relativa àquele objeto;

g) Recomendar aos gestores que sejam declarados nulos, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, quaisquer processos de dispensa licitatória que estejam a descumprir os requisitos dispostos nessa recomendação, e em especial, no art. 4º da Lei nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, art. 24, inciso IV e art. 26, *caput* e parágrafo único da Lei nº 8.666/93, quando aplicáveis, e demais dispositivos do mesmo diploma;

h) Recomendar aos gestores que, na formalização de contratos administrativos relacionados às ações preventivas e curativas relacionadas à transmissão e

consequências do vírus novel coronavírus (SARS-co-V2) e do COVID-19, utilizem, preferencialmente, o Sistema de Registro de Preços, quando possível e cabível, inclusive com adesão a Atas de outros entes;

i) Recomendar aos gestores que adotem as medidas fiscalizatórias necessárias à garantia da correta execução contratual, dentre as quais a designação individualizada de gestores e/ou fiscais de contratos;

j) Verificar se os entes contam com Plano Anual de Compras e, em caso positivo, fomentar que, caso necessário, procedam à reanálise das prioridades e ao levantamento de novos itens para enfrentamento;

k) Verificar se o plano anual de compras para a área da saúde estava sendo corretamente cumprido, em especial no que toca a aquisição de Equipamentos de Proteção Individual e, em caso negativo, apurar as razões do descumprimento, instaurando, caso necessário, procedimento apuratório para aferimento de responsabilidade;

l) Caso não haja plano Anual de Compras, fomentar a imediata designação de equipe técnica, para gestão da crise e mapeamento das compras mais urgentes, com levantamento das reais necessidades do ente, observados os estoques e os níveis de resposta das providências de confinamento social já em andamento no Estado;

m) Requisitar aos entes que informem a distribuição gratuita de bens, serviços, valores ou benefícios, em decorrência de situação de calamidade ou estado de emergência, para fins de acompanhamento da execução financeira e administrativa, controle de atos que eventualmente excedam os limites da legalidade e afetem a isonomia entre os futuros candidatos ao pleito eleitoral, bem como, Recomendar que sejam fixados critérios objetivos para o momento e a execução dos respectivos programas;

n) Recomendar que seja vedado o uso promocional de distribuição gratuita de bens, serviços, valores ou benefícios, em favor de agente público, candidato, partido ou coligação; Para facilitar e agilizar o desenvolvimento das atividades propostas, seguem anexas a esta nota orientativa modelos de peças, caso entenda pertinente a adoção das medidas de acompanhamento sugeridas.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, em sendo constatadas irregularidades nos procedimentos de aquisição de bens e contratação de serviços, sob a justificativa de enfrentamento da pandemia COVID-19 e ante à Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional declarada, deve ser obtida a sua correção por meio da autotutela (Súmula 473 e 376 STF) e, tendo em conta as especificidades do caso concreto, os Órgãos de atuação fiscalizatória deverão adotar as providências cabíveis, a fim de manter a lisura do patrimônio público.

NOTAS

- 1 Ver *in* <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em 07/04/2020.
- 2 Ver *in* https://www.paho.org/bra/index.php?ption=com_content&view=article&id=5847:regulamento-sanitario-internacional-rsi&Itemid=812. Acesso em 07/04/2020.
- 3 Texto publicado no Diário Oficial da União em anexo.

PORTARIA Nº 188, DE 3 DE FEVEREIRO DE 2020

Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).

O Ministro de Estado da Saúde, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e

Considerando a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde em 30 de janeiro de 2020;

Considerando que o evento é complexo e demanda esforço conjunto de todo o Sistema Único de Saúde para identificação da etiologia dessas ocorrências e adoção de medidas proporcionais e restritas aos riscos;

Considerando que esse evento está sendo observado em outros países do continente americano e que a investigação local demanda uma resposta coordenada das ações de saúde de competência da vigilância e atenção à saúde, entre as três esferas de gestão do SUS;

Considerando a necessidade de se estabelecer um plano de resposta a esse evento e também para estabelecer a estratégia de acompanhamento aos nacionais e estrangeiros que ingressarem no país e que se enquadrarem nas definições de suspeitos e confirmados para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV); e

Considerando que a situação demanda o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, resolve:

Art. 1º Declarar Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional conforme Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011;

Art. 2º Estabelecer o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE -nCoV) como mecanismo nacional da gestão coordenada da resposta à emergência no âmbito nacional.

Parágrafo único. A gestão do COE estará sob responsabilidade da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS/MS).

Art. 3º Compete ao COE-nCoV:

I – planejar, organizar, coordenar e controlar as medidas a serem empregadas durante a ESPIN, nos termos das diretrizes fixadas pelo Ministro de Estado da Saúde;

II – articular-se com os gestores estaduais, distrital e municipais do SUS;

III – encaminhar ao Ministro de Estado da Saúde relatórios técnicos sobre a ESPIN e as ações administrativas em curso;

IV – divulgar à população informações relativas à ESPIN; e

V – propor, de forma justificada, ao Ministro de Estado da Saúde:

a) o acionamento de equipes de saúde incluindo a contratação temporária de profissionais, nos termos do disposto no inciso II do caput do art. 2º da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

b) a aquisição de bens e a contratação de serviços necessários para a atuação na ESPIN;

c) a requisição de bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, nos termos do inciso XIII do caput do art. 15 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990; e

d) o encerramento da ESPIN.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Luiz Henrique Mandetta



RODRIGO LEVENTI GUIMARÃES é Promotor de Justiça no Estado de Rondônia; Pós graduado em Direito Civil, Processo Civil, Constitucional, Administrativo, Penal e Processo Penal; Pós graduando em MBA em Gestão Institucional. Professor e Palestrante.



As amargas tarefas impostas ao Direito Penal

■ POR ANA CRISTINA GOMES

“De que maneira criminalizar uma conduta como o aumento de preço de produtos e serviços em situação de endemias, epidemias e pandemias poderia devolver estabilidade ao sistema social? Seria realmente necessária a intervenção penal ou o próprio Direito Consumerista já não seria suficiente?”

O cenário desenhado pela pandemia da Covid-19 pede a adoção de medidas por parte do Estado, neste caso, os Poderes Legislativo e Executivo. Fato é que Políticas Públicas relacionadas à saúde, à economia, à educação, à segurança, apenas para citar as mais elementares necessidades, são construídas a partir da atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, no âmbito federal, estadual e municipal, cada qual dentro de sua competência.

A Constituição Federal brasileira estabelece em seu art. 22, inciso I, que, dentre as matérias que compete privativamente à União legislar, está a matéria penal. Entretanto, o art. 62, § 1º, alínea *b*, veda a edição de Medida Provisória sobre matéria penal, processual penal e processual civil.

Curiosamente, em momentos de crise e de grande irritação do sistema social, como acontece neste momento, surgem medidas legislativas que buscam, por meio do Direito, dar alguma resposta a sociedade. O Direito é uma ciência – a dita ciência jurídica –, e por essa razão suas respostas sempre serão jurídicas. Ou seja, nem boas, nem ruins, mas jurídicas.

O Direito Penal busca a estabilidade das normas penais elaboradas e delimitadas a partir de bens jurídicos que possuem relevância penal. Significa dizer que para que algo seja tutelado penalmente é necessário que essa tutela seja necessária devido ao princípio da subsidiariedade somado ao princípio da intervenção mínima¹ que regem o Direito Penal. Não são todos os bens que possuem relevância penal. Por exemplo, a vida possui relevância penal, entretanto, a forma com que

cada indivíduo vive a vida não possui relevância penal, é algo que está relacionado a individualidade de cada ser e, só terá relevância para o Direito caso alguma ação ou omissão venha a interferir na vida de outro indivíduo, da sociedade ou em ambos. Mesmo assim, tal ação ou omissão só teria relevância penal caso os demais ramos do Direito não fossem suficientemente capazes de tutelar a proteção normativa do bem jurídico posto em risco ou sob ameaça de lesão. Compreender a principiologia que rege o Direito Penal o torna mais claro e eficaz.

Dentro desta perspectiva e, voltando ao cenário atual, foi proposto no Senado Federal o Projeto de Lei nº 771/2020 que tem por objetivo a criminalização do aumento abusivo de preços em ocasião de endemias, epidemias e pandemias e suas consequências, modificando assim a Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo) com a inserção do art. 7º-A, do mesmo modo, propõe a modificação do inciso X, do art. 39 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para que este passe a determinar que constitui prática abusiva a elevação de preço de produtos e serviços “em especial situação de endemias, epidemias e pandemias assim declaradas pelos órgãos competentes”.

Francisco de Assis Toledo relembra a máxima pauliana “Non omne quod licet honestum est”, “nem tudo que é lícito (conforme ao direito) é honesto (conforme à moral)”², identificando assim uma certa distinção entre o Direito e a Moral. Pois bem, é certo que, em um cenário como o vivenciado nos dias de hoje, o aumento de preço de produtos como o álcool em gel (produto recomendado para a higienização para a diminuição dos riscos de contágio da Covid-19) sem uma justificativa plausível (como por exemplo o aumento dos custos da matéria-prima utilizada para sua fabricação), apenas pelo fato de que há uma grande procura pelo produto no mercado, é moralmente reprovável e causa indignação e revolta. Entretanto, este sentimento, que pertence ao campo da Moral, não é capaz de penetrar no campo do Direito Penal e assim fundamentar a elaboração de um novo tipo penal.

Já se tornou natural, em nosso ordenamento, a busca por respostas dentro da seara penal. Entretanto, o Direito Penal não é capaz de dar respostas pedagógicas, ou que transformem algo. É característica do Direito, e não só do Direito Penal, a manutenção do estado das coisas, a estabilidade do sistema e não a sua transformação. Dentro desta perspectiva, de que maneira criminalizar uma conduta como o aumento de preço de produtos e serviços em situação de endemias, epidemias e pandemias poderia devolver estabilidade ao sistema social? Seria realmente necessária a intervenção penal ou o próprio Direito Consumerista já não seria suficiente?

Não é a primeira vez que, diante de um fato, relativamente novo, nosso legislador pátrio vale-se do Direito Penal para dar alguma resposta a sociedade. Entretanto, como já exposto, essa resposta nem sempre é a desejada.

O primeiro ponto, no caso do Projeto de Lei nº 771/2020, parte de um outro princípio do Direito Penal que está codificado e é garantia constitucional, a anterioridade da lei penal.

O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal garante que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, de igual modo o art. 1º, do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Deste modo, qualquer criminalização que surgisse neste momento não seria aplicada aos atos já cometidos, o dispositivo legal que fosse criado agora só surtiria efeitos após seu período de vacância e para com os atos que ocorrem durante sua vigência, sem atingir fatos pretéritos, o que poderia

torná-la sem efeitos, ou, sem os efeitos esperados por aqueles que já foram atingidos pela conduta que passará a ser criminalizada.

Outra questão diz respeito à especificidade do tipo penal. O Projeto de Lei fala em “elevação de preço de produtos e serviços em especial situação de endemias, epidemias e pandemias assim declaradas pelos órgãos competentes”. Pois bem, essa é uma situação vivenciada hoje, no primeiro semestre de 2020 (uma pandemia que acomete não só o Brasil, mas todo o mundo). Como saber se este não será um fato isolado, como saber se voltará a existir um cenário como o de agora? Exemplo clássico de especificidades momentâneas é o caso da Lei nº 7.643/87 que impõe pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa (art. 2º) àquele que desrespeitar seu o art. 1º: “Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras”. A segunda parte do dispositivo legal, a proibição de molestar intencionalmente cetáceo, assim como todos os cinco artigos que compõem a Lei em questão, fez-se presente no ordenamento jurídico pátrio após o encalhe de um filhote de baleia em uma praia no litoral do Rio de Janeiro, um banhista que passava pelo local onde se deu o encalhe, introduziu um palito de sorvete no orifício de respiração do animal. Devido a atuação de entidades ambientalistas, o Congresso aprovou então a Lei nº 7.643/87 com seus cinco artigos³.

Ao olhar para o exemplo acima citado e compará-lo com o Projeto de Lei nº 771/2020 cabe o questionamento: Para que e a quem serve o Direito Penal? Seus princípios têm sido respeitados no processo de elaboração legislativa? Estas são questões cruciais, que devem ser respondidas de forma clara para que assim se garanta o livre desenvolvimento humano individual e comunitário dentro de um Estado Democrático de Direito⁴ e assim este possa ser uma realidade formal e material. 

NOTAS

- 1 “Enquanto através do princípio da intervenção mínima se restringe a intervenção estatal de natureza penal às hipóteses de lesão a um bem jurídico relevante, a essa delimitação há que se acrescer a limitação da incidência penal somente quando ocorra o esgotamento de todas as outras formas de protecção não penais (civis, administrativas, entre outras).” FERNANDES, Fernando Andrade. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 106.
- 2 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8.
- 3 SHECARIA, Sergio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 44-45.
- 4 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 74.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

SHECARIA, Sergio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



ANA CRISTINA GOMES é Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp); doutoranda pela Escuela de Doctorado de la Universidad de Salamanca, Espanha – Estado de Derecho y Gobernanza Global –; Professora de Direito Penal e Processual Penal; Advogada associada a Nishioka e Gaban Advogados.



Força dos Contratos e Pandemia do Coronavírus

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

“Nesse momento de calamidade pública espera-se muito das partes contratantes que busquem a harmonia e equilíbrio de seus contratos, cada um cedendo no limite necessário e justo.”

A execução dos contratos em geral foi severamente atingida pela pandemia mundial do Coronavírus. Em muitos casos, obrigações de determinada parte-contratante deixou de ser integralmente cumprida nesses tempos de quarentena e calamidade pública.

A partir daí milhares de pessoas que tiveram seus contratos diretamente atingidos pelas consequências da pandemia do novo Coronavírus passaram a questionar os limites de suas obrigações pactuadas. Principalmente aqueles que se viram compelidos a adimplir sua obrigação sem nenhuma, ou quase nenhuma, contraprestação da outra parte-contratante.

Regra geral, as duas principais características dos contratos são a sua bilateralidade e a sua comutatividade. Sem a bilateralidade e a comutatividade não há de se falar de um contrato, mas, sim, de uma penitência, de um castigo, de uma imposição ou outra coisa parecida no mundo jurídico.



A bilateralidade significa que o contrato estabelece obrigações para ambas as partes. Já a comutatividade consiste em que essas obrigações são equivalentes. Noutras palavras, ninguém subscreve um contrato, contra o seu próprio interesse, no intuito de promover o enriquecimento indevido da outra parte.

Assim, nesses tempos de pandemia do Coronavírus todos os contratos que tiveram suas características da bilateralidade e da comutatividade atingidas devem ser revistos, a fim de que se atenda ao equilíbrio, manutenção e função social do negócio jurídico ajustado. Suprimindo-se total ou parcialmente obrigações na mesma medida da cessação de sua contraprestação.

A forma e modo no tempo como pactuada a prestação ou contraprestação de determinada parte, cláusulas contratuais iníquas, abusivas e que coloquem determinado contratante em desvantagem, utilizadas unicamente para se exigir o adimplemento do contrato pela outra parte, promovendo o enriquecimento indevido de quem quer que seja, devem ser afastadas do mundo jurídico.

A pandemia mundial do novo Coronavírus não isenta ou mitiga as características obrigatórias da bilateralidade e da comutatividade dos contratos. Ao contrário, as obrigações das partes devem ser revistas e reajustadas na medida necessária em cada caso concreto, visando a segurança, manutenção e função social do negócio jurídico.

Nesse momento de calamidade pública espera-se muito das partes contratantes que busquem a harmonia e equilíbrio de seus contratos, cada um cedendo no limite necessário e justo, levando-se em consideração a medida da prestação que deixou de ser cumprida frente à contraprestação que deverá ser proporcionalmente exigida, à luz da bilateralidade e da comutatividade do negócio entabulado. 



ARQUIVO PESSOAL

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

Revisão dos contratos de educação infantil em tempo de pandemia

■ POR QUENYA SILVA CORREA DE PAULA E ADEMILSON LIMA DE SOUZA

“Escola e família precisam compor interesses e expectativas, sem desfocar a estabilidade dos contratos, com as lentes sobre o cenário de consequências ainda imprevisíveis em termos econômicos e sociais, sempre tomando, em primeiro e inarredável plano, a evolução e o desenvolvimento da criança.”

A conta da declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e Estadual, motivada pelo Coronavírus, importa, para efeito dos contratos escolares para crianças de 2 a 5 anos, trazer à consideração o princípio da boa-fé objetiva, que os coloca dentro dos parâmetros da lealdade, correção e conduta ética, no intuito de estabelecer uma parceria entre as partes (*affectio contractus*) e que toma em guarida as expectativas razoáveis de cada parceiro quanto à omissão de vantagem excessiva unilateral. Essa diversidade de enfoque, em relação ao modelo clássico de interesses antagônicos e de superioridade da autonomia individual, surge com a nova ordem civilística dentro do constitucionalismo democrático. Nessa linha de compreensão, tudo que estiver ao alcance dos pactuantes deve ser utilizado para evitar a inexecução e o enriquecimento sem causa. Ademais, a existência de “caso fortuito ou força maior” (art. 393, parágrafo único, Código Civil), capaz de impedir o concretizar de determinada obrigação, pelo princípio da exoneração do devedor, como



acontece hoje com a interrupção da cadeia de negócios em face da quarentena imposta, deve ser interpretada de modo a assegurar o equilíbrio nas relações de consumo, guardada a especificidade de cada caso, obviamente.

No atual cenário, há uma particularidade no âmbito educacional, que atinge, de forma diferenciada, as crianças daquela faixa etária, tendo em vista que o projeto pedagógico de educação infantil visa a promover atividades de socialização da criança, não se tratando de mero cumprimento acadêmico, mas de desenvolvimento da convivência inter pares, o que afasta a possibilidade de aplicação do ensino à distância.

Em que pese as escolas utilizarem e/ou transferirem seus recursos para garantir aos alunos infraestrutura em tecnologia, tal grupo não comunga dos mesmos benefícios do ensino domiciliar, pois lhe é vital a função socializadora do ambiente escolar, com destaque à convivência plural e diversificada, estimulando, desde cedo, o olhar das diferentes características humanas, item que valoriza a ambiência coletiva capaz de despertar o infante ao emaranhado de coisas e situações a serem confrontadas amanhã.

Não se desconsidera que o futuro da sociedade possa vir a ser o *homeschooling*, já empregado em outros países e aqui cogitado pelo PL nº 2.401/2019, de iniciativa do atual governo, proporcionando aos pais prioridade de decidir o tipo de instrução à prole, se na convivência familiar, acompanhada pelo poder público através de planos pedagógicos renovados todo ano e outros controles avaliativos, ou na frequência ao ambiente externo escolar. Entretanto, na demanda emergente, aparecida numa situação sem par na história, como os toques de recolher globalizados, os contratos em curso não de ser reexaminados e adaptados em respeito à contundente realidade, considerando que o Direito não pode virar as costas ao mundo-vida, como se o isolamento em torno de conceitos normativos previamente assentados dessem conta das levas de mudanças impostas exogenamente a todos, como estamos a assistir. Assim, escola e família precisam compor interesses e expectativas, sem desfocar a estabilidade dos contratos, com as lentes sobre o cenário de consequências ainda imprevisíveis em termos econômicos e sociais, sempre tomando, em primeiro e inarredável plano, a evolução e o desenvolvimento da criança.

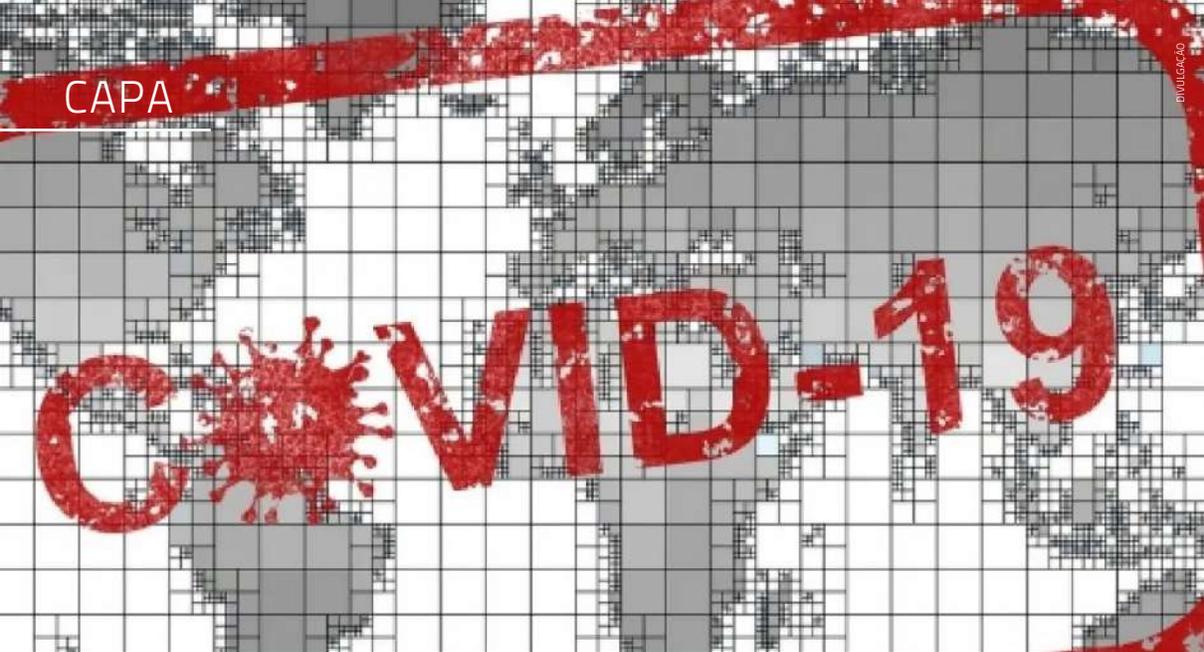
Diante desses fatos, também não se pode omitir de reconhecer a submissão dos contratos de prestação de serviços educacionais às disposições consumeristas (STJ, REsp 476.649), com a aplicação ao aluno, destinatário final, da especialidade do enlace entre um vulnerável (técnica e faticamente) – o consumidor – e um expert – o fornecedor, com a consequente tutela do Estado ao primeiro agente econômico, entronizada desde a Lei Fundamental (art. 5º, XXXII). Dessarte, a proteção do mais fraco busca evitar a colocação do tomador do serviço em desvantagem exagerada, procurando, num clima consensual, a viabilidade de desconto nos contratos em andamento, tendo em vista o obstáculo à geração dos efeitos pretendidos em consonância à necessidade de afastar o locupletamento ilícito, embora seja indispensável, *pari passu*, a mirada ao não comprometimento financeiro do fornecedor. ■



QUENYA SILVA CORREA DE PAULA é Doutora e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Possui especialização em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Advogada.



ADEMILSON LIMA DE SOUZA é Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Possui especialização em Direito Tributário pela mesma instituição. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil aposentado. Advogado.



COVID-19

O Coronavírus e a Proteção de Dados Pessoais

■ POR ANDREZZA HAUTSCH OIKAWA

“As normas de proteção de dados pessoais, ao passo que protegem o direito fundamental à privacidade, não podem representar entraves para que, em situações de risco extremo, governos e entidades privadas utilizem as informações na medida em que são necessárias para a estruturação e execução de políticas e protocolos de combate a emergência sanitária, como na pandemia provocada pelo COVID-19.”

O avanço do COVID-19 desafia governos, instituições de saúde e empresas a agir de forma rápida e eficaz para o controle da pandemia. Nessa luta, as normas de proteção de dados pessoais não devem impedir medidas emergenciais, cujo alcance depende da utilização de informações para fins que não foram objeto de autorização prévia de seus titulares.

Com o objetivo de conter a epidemia em seus territórios, autoridades de diversos países têm estabelecido medidas que podem gerar questionamentos em relação a proteção de dados de seus cidadãos.

A China determinou medidas agressivas de vigilância digital para evitar a circulação e reconstruir as rotas de pessoas infectadas ou provenientes de regiões endêmicas. A Itália editou normativa obrigando todos os indivíduos provenientes de zonas de risco epidemiológico a comunicar seus dados à autoridade sanitária. A Alemanha passou a exigir que passageiros provenientes de países em emergência sanitária preencham formulários de desembarque em sua chegada em território alemão, além disso estuda medidas de monitoramento pela utilização de informações de ferramentas de localização de celulares. A Rússia utiliza tecnologias de

reconhecimento facial para monitorar o cumprimento de isolamento domiciliar por afetados. O Comissário de Proteção de Dados da Irlanda publicou um guia esclarecendo que as autoridades poderão exigir o acesso a dados pessoais visando a proteção contra sérias ameaças à saúde pública. A Agência Espanhola de Proteção de Dados também enfatizou que a proteção de dados não pode impedir ou limitar a efetividade das medidas tomadas pelas autoridades no combate ao coronavírus.

Nessa esteira, outros países certamente adotarão medidas semelhantes e impactantes sobre a privacidade e proteção de dados pessoais. E, qual o limite dessas medidas?

Em se tratando de ações governamentais que visam a contenção do coronavírus, essas em sua maioria encontram-se acobertadas pelo interesse público, pois são medidas para a proteção contra grave ameaça para a saúde da população. Como exemplo a GDPR (*General Data Protection Regulation*), regulamento europeu para a proteção de dados, estabelece em seu artigo 9º (2) (i) a permissão para o tratamento de dados pessoais sob essa justificativa.

Portanto, o limite dessas medidas é a efetiva necessidade para a defesa da saúde pública.

E, as empresas? Qual o limite do tratamento de dados pessoais para a preservação do ambiente saudável para seus colaboradores?

Em uma emergência sanitária como a crise do COVID-19, é legítimo que as empresas colem e tratem dados de seus colaboradores necessários para a efetividade das iniciativas e protocolos de controle do surto em suas dependências, e, conseqüente, mitigação de riscos de contaminação dos demais colaboradores e *stakeholders*. Nesse sentido, empresas sediadas na Europa estão acobertadas pelo dispositivo no art. 9º (2) (b), da GRPD, pois o tratamento é essencial para a promoção da segurança e proteção social.

No entanto, como as informações de saúde são consideradas como dados sensíveis, ou, no contexto da GDPR, dados especiais, a empresa deve manter um cuidado peculiar na proteção desses dados, com acesso restrito ao necessário para o fim a que se destina.

E, as empresas brasileiras nesse contexto?

Mesmo que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) ainda não esteja em vigor, empresas brasileiras com operações fora do território nacional devem estar atentas às regras de utilização de dados pessoais sob às leis dos países em que atua. Lembrando que, a exemplo da GDPR, as normas de proteção de dados podem ter aplicação extraterritorial, atingindo entidades localizadas fora da União Europeia que tratem dados de pessoais naturais que estejam em território europeu.

Além disso, a LGPD disciplina a possibilidade da coleta e tratamento de dado pessoal para a proteção da vida ou da incolumidade do titular dos dados ou de terceiros. Ou seja, em uma futura emergência sanitária, poderia a empresa tratar legalmente os dados de seus colaboradores para evitar a propagação da contaminação entre esses.

Enfim, as normas de proteção de dados pessoais, ao passo que protegem o direito fundamental à privacidade, não podem representar entraves para que, em situações de risco extremo, governos e entidades privadas utilizem as informações na medida em que são necessárias para a estruturação e execução de políticas e protocolos de combate a emergência sanitária, como na pandemia provocada pelo COVID-19. 



ANDREZZA HAUTSCH OIKAWA é Advogada atuante nas áreas de estruturação de negócios e inovação, Mestre em transações Comerciais Internacionais.

As formigas de Darwin¹

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Antes de se mudar a lei, é preciso que os sujeitos do processo – e, mesmo, os de antes do processo e, até os de depois – reformulem-se! Isso é muito, mas muito mais importante, que apenas a alteração da lei, ainda mais quando a modificação é meramente pontual. É preciso que a reforma da Justiça penal seja precedida de uma verdadeira mudança de paradigmas, não somente legais, mas, verdadeiramente, no modo de pensar.”



No final do ano passado foi promulgada a Lei nº 13.964/19 (o chamado Pacote Anticrime²) que alterou uma pequena parte da pletora de leis penais e processuais penais existentes no Brasil, aliás, lugar no mundo em que há (muito) mais de 800.000 presos, sendo que destes, quase a metade ainda não foi nem sequer condenada definitivamente pelo Estado, restando, ainda, mais de 400.000 mandados de prisão para serem cumpridos, apontando-se, portanto, para um aumento expressivo de nossa população carcerária, que cresce a um ritmo de inacreditáveis 8,3% ao ano, podendo chegar, nesta triste marcha, a 1,5 milhão de presos, já em 2025.

Nada obstante estes números astronomicamente assustadores (em que pese serem, para outros, meramente insignificantes), costuma-se designar o Brasil com um infame epíteto: o País da impunidade!, ainda que se saiba sermos o terceiro maior país no mundo em que se prende mais gente, e no qual se prende muita gente antes de uma condenação penal definitiva.

Ademais, divulga-se que o Brasil é um país com uma legislação criminal extremamente flexível e leniente com a criminalidade, frouxa no combate ao crime em geral e à criminalidade econômica, em especial.

Por conta disso, obviamente, o recrudescimento das leis criminais sempre é propagandeado (manipulando-se a opinião pública) por uma parte da imprensa, pelo poder e pela elite, disseminando-se amiúde a ideia de que seria – este endu-recimento – uma solução eficiente (esta é a mais exata e significativa palavra) para o problema. Esta verdadeira fraude causa na população, naturalmente, um desejo de que ainda mais gente seja presa, pois assim as coisas finalmente podem melhorar, ainda que mal se tenha dinheiro para comer, para vestir, para morar, para se divertir...

Neste sentido, como dito, parte da mídia exerce um papel fundamental para deseducar e criar um clima de que haveria uma absoluta impossibilidade de se viver em um mundo no qual não se puna sempre e, se possível, para sempre; afinal, “são os meios de comunicação que determinam os temas e os põem sobre a mesa de discussão.”³

Sendo assim, a tendência é que os projetos de lei que tramitam no parlamento e, eventualmente, que sejam sancionados (e promulgadas sejam as respectivas leis), tratem de inovar a legislação criminal, sempre no sentido de uma contínua restrição das regras garantidoras do devido processo legal e, em igual passo, de incrementar as normas do direito penal sancionador, quase como se fora uma disrupção na evolução da(s) humanidade(s).

Nada obstante esta realidade, a nova lei, indiscutivelmente, trouxe alguns (poucos) avanços na legislação processual penal, especialmente a criação do Juiz das Garantias, cuja efetiva implementação já foi prorrogada por uma liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux.

Também foi importante o expresse reconhecimento (já decorrente de nossa Constituição) de que o nosso processo penal tem uma estrutura acusatória, vedando-se ao Juiz a iniciativa na fase de investigação criminal e a sua substituição na atividade instrutória das partes. Este dispositivo também teve a sua eficácia suspensa pela mesma liminar.⁴

Faço, também, uma especial referência ao reconhecimento da necessidade da cadeia de custódia das provas penais, evitando-se a sua quebra e, conseqüentemente, garantindo-se a fiabilidade da prova. Afinal, “uma das questões sensíveis consiste em estabelecer critérios de um sistema de controles epistêmicos que seja, por si, capaz de assegurar a ‘autenticidade’ de determinados elementos probatórios, documentos e objetos, empregados como base dos argumentos das partes para convencer o juiz acerca da existência de certos fatos penalmente relevantes.”⁵

Outro destaque positivo (cuja eficácia também foi postergada sine die pela mesma liminar) foi a explícita determinação de que o juiz conhecedor do conteúdo de uma prova ilícita não pode proferir a decisão final.

Oxalá, o plenário do Supremo Tribunal Federal restabeleça a eficácia das referidas normas e volte a dizer a maior de todas as obviedades: a imparcialidade do juiz é parte integrante de um processo penal de estrutura acusatória, e para isso é preciso que as leis processuais penais tratem de objetivar e concretizar o princípio acusatório, verdadeira “viga mestra” do sistema acusatório.

Deve ser referida, outrossim, a previsão expressa de ser nula a decisão penal (seja uma sentença, uma interlocutória ou um acórdão) carente de fundamentação, em obediência ao conhecido postulado constitucional, além de indicar detalhadamente os elementos que devem conter a decisão para que se lhe considere como efetivamente motivada, nos termos exigidos constitucionalmente.⁶

Também a colaboração premiada recebeu um tratamento jurídico melhor (ainda que insuficiente), detalhando-se mais este meio de obtenção de prova, proibindo-se a estipulação de cláusulas contra legem, a interferência do juiz no acordo e o seu uso como fundamento para decisões e sentenças.

Enfim, como se vê, houve avanços; mas, é preciso atenção para, no mínimo, três aspectos.

Em primeiro lugar, estas mudanças havidas pontualmente, sem uma reforma de todo o Código de Processo Penal, são absolutamente incapazes de alterar, efetivamente, o sistema processual penal de um país. Não basta, por exemplo, dizer-se acusatória a estrutura do processo penal, mantendo-se em seguida uma incrível série de dispositivos que traduzem, de uma maneira absurda, um processo penal de estrutura inquisitiva. Neste aspecto, não se pode querer reformas, mas a reforma.

Por outro lado, antes de se mudar a lei, é preciso que os sujeitos do processo – e, mesmo, os de antes do processo e, até os de depois – reformulem-se! Isso é muito, mas muito mais importante, que apenas a alteração da lei, ainda mais quando a modificação é meramente pontual. É preciso que a reforma da Justiça penal seja precedida de uma verdadeira mudança de paradigmas, não somente legais, mas, verdadeiramente, no modo de pensar.

Não são suficientes apenas mudanças legislativas, mas, para além disso, é necessário que haja “novas formas de intervenção que permitam que as pessoas mudem suas formas de atuar, segundo as regras do modelo adversarial. O novo sistema de justiça penal também deve ser um conjunto de práticas.” E prática exige treino, e treino pressupõe vontade de se aperfeiçoar. Disso resultará um autêntico “duelo de práticas” a ser travado entre o velho e o novo, entre as antigas tradições inquisitoriais e as novas formas de atuação, a partir de uma concepção acusatória do processo penal. Então, por óbvio, que os “operadores judiciais precisam ter consciência de que cada uma de suas práticas cotidianas tem uma enorme influência na configuração do novo sistema.” A partir desse combate entre o velho e o novo, e após algumas dificuldades naturais de ajuste e adequação, adquire-se “um ponto de equilíbrio entre o velho e o novo.”⁷

Em terceiro lugar, é preciso que, ao lado das eventuais (e até justificáveis) comemorações pelos avanços acima apontados, saibamos que as inúmeras outras alterações havidas agora na legislação criminal brasileira foram, sobretudo, uma vitória de Pirro, pois são, na verdade e no conjunto, um tremendo retrocesso, e de uma desesperança quase aviltante.

Assim, e no geral, priorizou-se o aumento (inútil) de penas, a criação de novos tipos penais, a impossibilidade (inconstitucional) de concessão da liberdade provisória, a possibilidade (inconstitucional) de cumprimento imediato de sentença penal condenatória proferida no Júri, o agravamento (inconstitucional) das condições de cumprimento do regime disciplinar diferenciado (além da flexibilização dos requisitos para nele ser inserido), o recrudescimento das exigências relacionadas ao direito penitenciário, inclusive, a possibilidade (inconstitucional) do monitoramento da correspondência escrita do preso, o endurecimento do sistema de progressão do regime prisional, a não observância (inconstitucional) do *nemo tenetur se detegere*, a legitimação do flagrante preparado (inadmitido pela Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal⁸), o incentivo (aético) ao dedurismo⁹ com a previsão do tal informante do bem - expressão que traz consigo uma contradição em si mesma - (o whistleblowing), além de tantas outras barbaridades.

Portanto, nada a comemorar, pois tudo continua, mais ou menos, como está, afinal “isso é a vida e, por mais engraçado que possa parecer, algumas pessoas se divertem pisoteando em um sonho; mas eu não deixo isso me abater, porque esse belo mundo velho continua girando.”¹⁰

Por fim, e ao contrário de nos abatermos com estes tempos, e com ele, que tenhamos o “espírito valente e guerreiro” das formigas encontradas por Darwin aqui no Brasil, que “rejeitavam a ideia de submissão, ainda quando se sentiam atacadas”.¹¹ 

NOTAS

- 1 Este texto foi publicado originalmente no Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP (Ano 3, nº 7, fevereiro/2020), na coluna “Ponto e Contraponto”. Com este texto, presto a minha homenagem à memória de Thiago Fabres, advogado criminalista e professor de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.
- 2 <https://jornalggm.com.br/justica/um-lixo-chamado-pacote-anticrime-por-romulo-moreira/>, acessado em 06 de março de 2020.
- 3 NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio – Opinião pública: nosso tecido social*. Florianópolis: Editora Estudos Nacionais, 2017, p. 212. É o que os norte-americanos chamam de *agenda-setting function*, ou função de agendamento.
- 4 A liminar foi concedida na condição de relator de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).
- 5 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 134.
- 6 Sobre o assunto, veja-se: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-18/romulo-moreira-democracia-fundamentacao-decisoes>, acessado no dia 06 de março de 2020.
- 7 BINDER, Alberto. “El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades”, texto que compõe a obra coletiva *Código del Proceso Penal – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Faculdade de Direito da Universidade de Montevideo, 2018, p. 11-31.
- 8 Sobre o tema, veja-se: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/romulo-moreira-armas-drogas-flagrante-provocado>, acessado em 06 de março de 2020.
- 9 João Ubaldo Ribeiro, em uma crônica publicada no jornal O Globo, na edição do dia 17 de dezembro de 1995, lembrou que “os próprios militares e policiais encarregados dos inquéritos tinham desprezo pelos dedos-duros – como, imagino, todo mundo tem, a não ser, possivelmente, eles mesmos. E, superado aquele clima terrível seria de se esperar que algo tão universalmente rejeitado, epítome da deslealdade, do oportunismo e da falta de caráter, também se juntasse a um passado que ninguém, ou quase ninguém, quer reviver. Mas não. O dedurismo permanece vivo e atuante, ameaçando impor traços cada vez mais policialescos à nossa sociedade. Sei que as intenções dos autores da ideia são boas, mas sei também que vêm do desespero e da impotência e que terminam por ajudar a compor o quadro lamentável em que vivemos, pois o buraco é bem, mas bem mesmo, mais embaixo.”
- 10 Trata-se de um trecho da canção *That’s Life*, composta nos anos 60 por Dean Kay e Kelly Gordon. Os versos originais dizem assim: “I said that’s life (that’s life), and as funny as it may seem / Some people get their kicks stompin’ on a dream / But I don’t let it, let it get me down / ‘Cause this fine old world, it keeps spinnin’ around.”
- 11 DARWIN, Charles. *A Viagem do Beagle – Viagem de um naturalista à volta do mundo*. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2009, p. 47.



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.

Exclusão do ICMS da Base de PIS e COFINS. Procedimentos Fiscais, Contábeis e Jurídicos a implementar

■ POR VÂNIA SOTTO TIBIRIÇÁ ROSA

“Com o fim da discussão na esfera judicial, as empresas devem atentar-se aos procedimentos fiscais, contábeis e jurídicos que decorrem do trânsito em julgado para valer-se do benefício econômico da ação sem que ocorram riscos de aplicação de multas, autuações fiscais e prescrição do direito.”

Ação de exclusão do ICMS da base das contribuições sociais ao PIS e à COFINS é um dos temas tributários com maior enfoque no momento, tendo em vista o seu impacto econômico na arrecadação de tributos pela União e no reconhecimento de créditos federais pelas empresas litigantes.

Embora ainda estejam pendentes de julgamento os Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 574.706 que definirão se o ICMS que deverá ser excluído da base de cálculo é o destacado ou recolhido e se haverá modulação dos efeitos da decisão, muitas empresas já obtiveram o trânsito em julgado da ação, o que já permite que os contribuintes busquem a devolução de valores pagos indevidamente.



Com o fim da discussão na esfera judicial, as empresas devem atentar-se aos procedimentos fiscais, contábeis e jurídicos que decorrem do trânsito em julgado para valer-se do benefício econômico da ação sem que ocorram riscos de aplicação de multas, autuações fiscais e prescrição do direito.

Diante desse cenário, os principais pontos que devem ser observados são:

I – FORMA DE UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO

O crédito tributário oriundo de ação judicial pode ser executado na própria ação judicial para pagamento via precatório ou ser objeto de compensação com débitos tributários próprios via PER/DCOMP. Cabe ressaltar que as hipóteses de utilização do crédito são excludentes devendo a empresa optar por uma das medidas para se ressarcir do indébito.

Neste momento as empresas devem verificar qual medida financeiramente é mais viável, tendo em vista seus prós e contras, fluxo de caixa e os saldos de impostos federais a recolher estimados nos próximos cinco anos.

Em um primeiro momento, a compensação via PER/DCOMP aparenta ser mais vantajosa em razão da celeridade do seu processo e o seu efeito caixa imediato. Ocorre que a desvantagem de utilização dessa medida é que a Receita Federal (RFB) estabelece que o crédito deve ser utilizado dentro do prazo de cinco anos do trânsito em julgado. Esse limitador temporal impacta diretamente muitos contribuintes, já que existem empresas que irão reconhecer crédito com mais de vinte anos e por vezes não possuem débitos o suficiente para compensar dentro do prazo fixado.

Por outro lado, a via do precatório é muito mais demorada, porém já existe no mercado Fundos que adquirem os precatórios deste tipo de ação com a aplicação de deságio de até 50% do valor do crédito.

II – LEVANTAMENTO DE CRÉDITO EXCLUSÃO ICMS DA BASE DE PIS E COFINS

Seja pela via do precatório ou da PER/DCOMP o crédito a ser executado deve ser líquido e certo. Para tanto, o seu detentor deve apresentar o valor apurado do crédito atualizado com o devido rastro documental, para evitar possíveis questionamentos que transformem o benefício em malefício para o contribuinte.



Neste momento é crucial que o cálculo seja baseado em informações não apenas sistêmicas ou controles internos da empresa, mas sim em bases já declaradas nas obrigações acessórias estaduais e federais, tais como: DACON, DCTF, SINTEGRA, XML de notas fiscais, GIA/DAPI/DMA, EFD Contribuições e Sped Fiscal.

Diante das diversas manobras que a RFB tem adotado para obstar a utilização dos créditos decorrentes da exclusão do ICMS da base de PIS e COFINS, o dossiê fiscal que embasa o crédito é fundamental para atestar a liquidez e certeza da quantia, bem como afastar a aplicação de multas e não homologações. Nesta etapa a estratégia na maneira de apresentar os cálculos e seu respectivo suporte documental é crucial para garantir êxito na utilização dos créditos sem riscos.

Além do dossiê fiscal é necessário analisar a decisão transitada em julgado para definir se a empresa irá calcular o crédito com base no ICMS destacado ou o efetivamente recolhido. Neste momento o departamento jurídico é peça chave para interpretar a decisão judicial e orientar qual o valor deverá ser reconhecido contabilmente para fins de apropriação.

III – CONTABILIZAÇÃO E TRIBUTAÇÃO

Outro ponto que merece atenção é o momento em que deve ocorrer o reconhecimento contábil do valor principal dos créditos apurados e dos respectivos juros. O momento da contabilização é importante, tendo em vista que os juros incidentes sobre o crédito ressarcido é reconhecido como acréscimo patrimonial e como tal deve ser tributado pelo IRPJ e CSLL, conforme o regime de apuração das empresas.

Ainda em relação à tributação, para as empresas enquadradas no Regime Não Cumulativo de PIS e COFINS, a Receita Federal possui o entendimento que os juros decorrentes de ação judicial têm natureza de ‘receita financeira’ e como tal deve ser oferecida também a tributação das contribuições sociais.

A RFB possui o entendimento que a contabilização deve ocorrer no trânsito em julgado da ação, porque neste momento a empresa já teria a disponibilidade de rendas ou proventos do indébito tributário.

Ocorre que existe a possibilidade de ingresso de medida judicial¹ sobre esse tema, já que se discute que o momento do reconhecimento deve ocorrer quando os valores estejam ‘disponíveis para utilização pelo contribuinte’, ou seja, na homologação das Declarações de Compensação apresentadas ou efetivamente pagos os precatórios.

IV – HABILITAÇÃO E COMPENSAÇÃO

Caso a empresa opte por utilizar o crédito através de compensação, deve previamente realizar o processo administrativo de “Habilitação de Crédito”. Destaca-se que no processo de habilitação não haverá juízo de valor sobre os créditos apresentados, nesta etapa a RFB apenas valida que há ação transitada em julgado que garante o reconhecimento de crédito a ser compensado por via administrativa.

Conforme mencionado anteriormente, após habilitado o crédito, o contribuinte possui cinco anos para utilizar a totalidade do crédito pretendido. Este é

um dos pontos mais incontroversos na matéria de compensação, porém muitas empresas obtêm decisão favorável² judicial ou administrativamente que lhes garantam utilizar o crédito por mais de cinco anos, desde que demonstre que as suas operações não absorvem todo o saldo no prazo.

Recentemente, a RFB após o processo de habilitação do crédito tem em diversos casos instaurado Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF) para suspender a apresentação da Declaração de Compensação até que a Receita analise a composição do crédito apresentado pelo contribuinte.

Da maneira que o TDPF tem sido utilizado pela RFB configura-se como óbice ilegal de ‘execução da coisa julgada’, diante de mais essa ‘trava’ administrativa na utilização dos créditos, os contribuintes têm obtido judicialmente liminar para garantir a execução do seu direito de compensação. Caso emblemático de concessão de liminar³ foi o da Telefônica que pretendia o desbloqueio de seis milhões de crédito.

V – PREENCHIMENTO OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Por fim, o departamento fiscal deve atentar-se para o preenchimento das obrigações acessórias, especialmente a EFD Contribuições, já que foram criados registros específicos na declaração para constar os dados do processo e valores de redução da base de cálculo. Para as ações que transitaram em julgado os principais registros que devem ser preenchidos na EFD Contribuições são: Campo 08 do registro C170; Registro C111; Registro 1010; Registro M215 e M615 e Registro 1050.

Vale lembrar que a multa federal pela entrega de obrigação acessória com informações inexatas, incompletas e omitidas é de 3% do valor das transações comerciais ou operações financeiras da pessoa jurídica.

Em suma, os contribuintes após vencerem a discussão judicial devem atentar-se aos diversos procedimentos contábeis, fiscais e jurídicos para que consigam efetivamente aproveitarem o êxito da ação sem riscos de não homologações, cobrança de tributos e aplicação de multas punitivas por erro de escrituração, contabilização ou questionamento do valor do crédito pleiteado. Mais do que nunca os departamentos fiscal, contábil e jurídico devem estar estrategicamente alinhados para lidar com as intercorrências da RFB. 

NOTAS

- 1 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5035622- 22.2019.4.02.5101/RJ – Poder Judiciário – JUSTIÇA FEDERAL – Seção Judiciária do Rio de Janeiro – 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro;
- 2 Processo nº 10680.015558/200210/Recurso nº Voluntário/Acórdão nº 3302006.585 – 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária – MINISTÉRIO DA FAZENDA – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS – TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO;
- 3 MANDADO DE SEGURANÇA (120) Nº 5027765-39.2018.4.03.6100 / 19ª Vara Cível Federal de São Paulo.



VÂNIA SOTTO TIBIRIÇÁ ROSA é coordenadora do setor *Compliance* tributário do Briganti Advogados. Formada em Direito pela FDSBC, Pós-Graduada em Direito Tributário e Processo Tributário.

Ambiente de pandemia e a perenidade das empresas

■ POR ANDREA MODOLIN



“A missão dos empresários agora é a preservação de patrimônio das empresas e dos empresários descontaminados dos vírus atachados pela gestão da coisa pública na tentativa de segurar o COVID-19.”

“ Senhor, dai-me força para mudar o que pode ser mudado...; Resignação para aceitar o que não pode ser mudado...; E sabedoria para distinguir uma coisa da outra”

Independente de crença e pensamento de fundo ideológico, esta mensagem de São Francisco de Assis pode nortear o que os empresários devem ter como foco – a perenidade dos negócios - em face das consequências econômicas da tentativa do governo federal, de estados e municípios para conter os danos ao sistema de saúde com a pandemia de coronavírus.

Se você não empreende no setor de saúde, muito provavelmente está em meio a colapso, queda dramática ou fluxo decrescente no volume de negócios. E não está só nesta sensação que combina perplexidade, espanto e desalento. Os enquadrados como atividade em setor essencial, a visão do que está em volta mexe no ambiente de trabalho e, talvez, a dúvida seja não se, mas apenas quando.

Assim, o fato é que a grande maioria das empresas não podem mudar as decisões tomadas, mesmo com as pressões de entidades sobre os governos. Estas buscam minorar problemas de danos já causados.

O que cada empresário consegue neste momento é tratar do que pode ser mudado no seu negócio, de fornecedores a clientes, passando por colaboradores e instituições financeiras. Cuidar de seus resultados e patrimônio.

É compreensível que os mais pessimistas entendam que vivemos a teoria do caos plena com capacidade de nos trazer a tempestade perfeita. Afinal, não se adotaram medidas capazes de tornar o nosso sistema de saúde pública capaz de lidar com surtos sanitários; mas medidas emergenciais precisam de tempo e perseverança para entregar resultados. Empresário não é cientista para se contrapor a quem tem a responsabilidade pela saúde pública, mas tem capacidade de se preparar para as consequências do travamento do ritmo dos negócios, adequando-se para a retomada que acontecerá.

Assim, neste momento, empresários devem se subsidiar de toda informação disponível – especialmente a consolidada em nosso sistema legal – para atuar de acordo com as regras do jogo. Deve-se prestar especial atenção para os dispositivos legais promulgados para controle da situação. Embora de vigência limitada, têm importância. Devem ser somadas aos recursos para garantia de direitos.

COMO DEFENDER EMPRESA

A situação de cada empresa é única, claro. Carece de análise particular, óbvio. Mas há um tripé de condições que precisam ser levadas em consideração em momentos de dificuldade: a relação de negócios e seus contratos; o ambiente de trabalho; o fluxo de caixa e reservas financeiras.

Neste momento, com calma, mas de forma ágil, a integração de uma empresa numa cadeia de valor de produção e a qualidade das relações com clientes e fornecedores precisa ser ponderada, caso a caso. Se for possível caminhar junto para encontrar soluções, é um bom começo. Mas, qualquer ato

de desequilíbrio vai gerar perdas que podem ser intoleráveis. Provavelmente, os contratos que selam a relação comercial não incluem de forma adequada situações de força maior como a que estamos vivenciando agora. A revisão de contratos é mandatária.

Isso é importante porque o efeito cascata da depressão de negócios imposta pelo governo via quarentena – ou qualquer outra forma de contenção - desestabiliza o ambiente de trabalho. As dúvidas que cresciam por conta da arrastada crise econômica, agora viraram certeza sobre quem parte dos efeitos negativos recairão.

A cobertura de parte da folha de salários, a postergação de pagamentos de impostos, a suspensão de obrigações diversas, linhas de crédito subsidiadas, podem, infelizmente, não atender a necessidade de muitas empresas, pois já se encontravam em dificuldades.

A depressão em nossa economia acontece desde 2015. A pandemia do COVID ajuda a empurrar para situação desesperadora quem enfrentava dificuldades.

Daí a brutal importância de se olhar para fluxo de caixa e reservas, se houver. O que importa aqui é como lidar com o futuro sem depender de bancos, promessas de corte ou postergação maior nos pagamentos de impostos. É lidar com a situação posta. As regras do contrato. E, muitas vezes, nos negócios, entender e aceitar que executar prejuízos é melhor do que caminhar para o incerto. Recomeçar a vida em outro porto é mais fácil do que desordenar uma nau com velas enroladas por ventos ferozes em mar hostil.

PRESERVAÇÃO DE PATRIMÔNIO

A missão dos empresários agora é a preservação de patrimônio das empresas e dos empresários descontaminados dos vírus atachados pela gestão da coisa pública na tentativa de segurar o COVID-19. Muitos – e dos mais importantes – jamais dirão isso com tais letras, pois a ética empresarial moderna politicamente correta os impede de exercer a sinceridade demonstrada na entrega de resultados para acionistas. Mas é isso que fazem.

Mega corporações têm gorduras para queimar, doações a fazer, satisfações a dar pelos lucros imensos e a forma intensa que influenciam a sociedade em todo o mundo. Médios e pequenos têm responsabilidades próprias, independente da fragilidade frente ao Estado e sua capacidade de ser Leviatã.

Neste sentido, a aplicação de recuperação extrajudicial ou judicial são meios a serem considerados. Os primeiros a estarem à mão. Constituem instrumentos legais para segurar a forte pressão que virá.

Com esta ferramenta pronta, aí sim, ver como os parceiros estão, querem e podem colaborar para se voltar ao novo estado de normalidade. 



ARQUIVO PESSOAL

ANDREA MODOLIN é Advogada.

Due Diligence de terceiros: prática de governança que economiza dinheiro

■ POR WILSON DE FARIA E ALBERT BAYER



“Uma política eficiente de *due diligence* de terceiros gera aos tomadores de decisão da empresa uma visão global dos riscos dos negócios que estão sendo firmados, evitando que a empresa ou seus administradores entrem em relações comerciais que futuramente possam ser questionadas e resultem em investigações oficiais e passivos inesperados.”

As empresas realmente sabem quem são os seus parceiros comerciais? Qual o impacto financeiro de uma má contratação? Uma empresa do setor industrial recebeu uma denúncia interna relacionada à potenciais riscos reputacionais de um fornecedor. A área de *Compliance* foi acionada para iniciar procedimento de investigação interna e, durante as apurações, foi identificado que a empresa contratada estava envolvida em ações da Polícia Federal e seus sócios em processos criminais em uma situação muito próxima da que foi relatada na denúncia. A empresa contratou uma investigação interna e ao final decidiu descontinuar o contrato com o fornecedor. Este fornecedor, no entanto, já havia se tornado estratégico durante os anos e a descontinuidade de seu contrato gerou custos relevantes para a operação. Neste caso eventuais riscos de reputação foram evitados, mas por pouco.

Por que ninguém identificou esses riscos antes da contratação? Se estes riscos surgiram no decorrer do contrato, por que não foram feitas checagens periódicas com os fornecedores estratégicos? A verdade é que o custo de remediação é muito maior do que a prevenção. Um procedimento de investigação interna de complexidade média custa ao menos 20 (vinte) vezes mais que um procedimento de *due diligence* de terceiros. Um procedimento de investigação de grande porte pode custar dezenas de milhões de reais.

Atualmente, entender exatamente com quem a empresa faz negócios não é apenas uma boa prática de governança. A Lei Brasileira Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) responsabiliza as empresas pelas ações de seus parceiros de negócios e fornecedores por atos praticados no interesse dela ou que a beneficiem, ainda que não haja consentimento expresso ou conhecimento dos ilícitos praticados pelos parceiros. Esta responsabilização independente da comprovação de culpa da empresa contratante. Segundo o Decreto nº 8.420/2015 regulamentador da Lei Anticorrupção, a realização de *due diligence* de terceiros é parte essencial de um programa de *compliance* efetivo.

Segundo a OCDE¹, as empresas ou entidades utilizadas como intermediárias na realização de negócios são o canal mais comum de ocorrência de fraude e suborno. Ainda, segundo dados de especialistas², mais de 90% dos casos de violações à legislação anticorrupção envolvem o uso de terceiros. Claramente, a realização de *due diligence* de terceiros é necessária para evitar envolvimento em ações judiciais ou investigações oficiais.

Além das consequências jurídicas, questões como integridade comercial, segurança dos serviços ou produtos, licenciamentos e violações de direitos humanos podem comprometer a reputação e a lucratividade da empresa no longo prazo. Neste cenário a *due diligence* de terceiros com foco em *compliance* se torna um mecanismo valioso para as empresas.

O termo *due diligence* deve ser entendido como uma diligência prévia e envolve o levantamento e análise de aspectos financeiros, reputacionais, regulatórios, jurídicos, dentre outros, a depender do nível de abrangência e do escopo definido por cada empresa. Para atingir tais objetivos, a *due diligence* deve pesquisar informações sobre a empresa, seus antecedentes, qual sua área de negócio e adequação ao serviço contratado, sua estrutura

organizacional, seus relacionamentos com outras organizações e indivíduos além de apurar a integridade de seus sócios e/ou administradores. A pesquisa de registros públicos é parte integrante da *due diligence*, permitindo que as empresas examinem os terceiros utilizando uma variedade de fontes. Bancos de dados e softwares específicos são utilizados na coleta de informações, cujo produto deve ser objeto de uma detalhada análise por profissional capacitado. Existem diversos tipos de *due diligence* de *compliance* de terceiros: *due diligence* simplificada, *enhanced due diligence* ou *due diligence* robusta e *due diligence* de investigação. Na realização desse trabalho deve ser considerada a necessidade da empresa: tamanho, estrutura, localização, setor de atuação, objetivos e perfil de riscos dos terceiros sendo realizadas *due diligences* mais ou menos complexas de acordo com o perfil do terceiro, valor do negócio ou grau de exposição.

O relatório não tomará decisões no lugar da área de negócios ou compras a respeito de uma contratação ou continuidade de operação já contratada, mas classifica os terceiros conforme o risco e fornece informações que auxiliam na tomada de decisão, auxiliando a mitigação de riscos materiais e reputacionais decorrentes de relações comerciais, permitindo que os administradores emitam juízos razoáveis sobre a sua estratégia de decisão. Finalmente, a *due diligence* de *compliance* de terceiros é um instrumento valioso para os gestores das empresas na limitação de sua responsabilização pessoal em âmbito cível e criminal.

Adicionalmente, é necessário um constante e contínuo monitoramento dos terceiros, permitindo que a empresa possa verificar, periodicamente, a situação de suas parceiras comerciais e eventuais mudanças no risco identificado de cada uma.

O caso da empresa do setor industrial citado acima mostra que a ausência de *due diligence* de terceiros trouxe um risco silencioso e não gerenciado para dentro da organização, resultando em perdas financeiras substanciais. Este risco poderia ser sido facilmente evitado.

Uma política eficiente de *due diligence* de terceiros gera aos tomadores de decisão da empresa uma visão global dos riscos dos negócios que estão sendo firmados, evitando que a empresa ou seus administradores entrem em relações comerciais que futuramente possam ser questionadas e resultem em investigações oficiais e passivos inesperados. 

NOTAS

- 1 Fonte: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>
- 2 Fonte: <https://fcpablog.com/2018/05/18/alexandra-wrage-on-panasonic-bad-actors-rarely-work-alone>

ARQUIVO PESSOAL



WILSON DE FARIA é sócio sênior da WFaria Advogados. Formado em Direito pela USP, em Administração de Empresas pela FGV-SP, com pós graduação no CEU – São Paulo, INSEAD-França (MBA) e Harvard – USA (OPM).

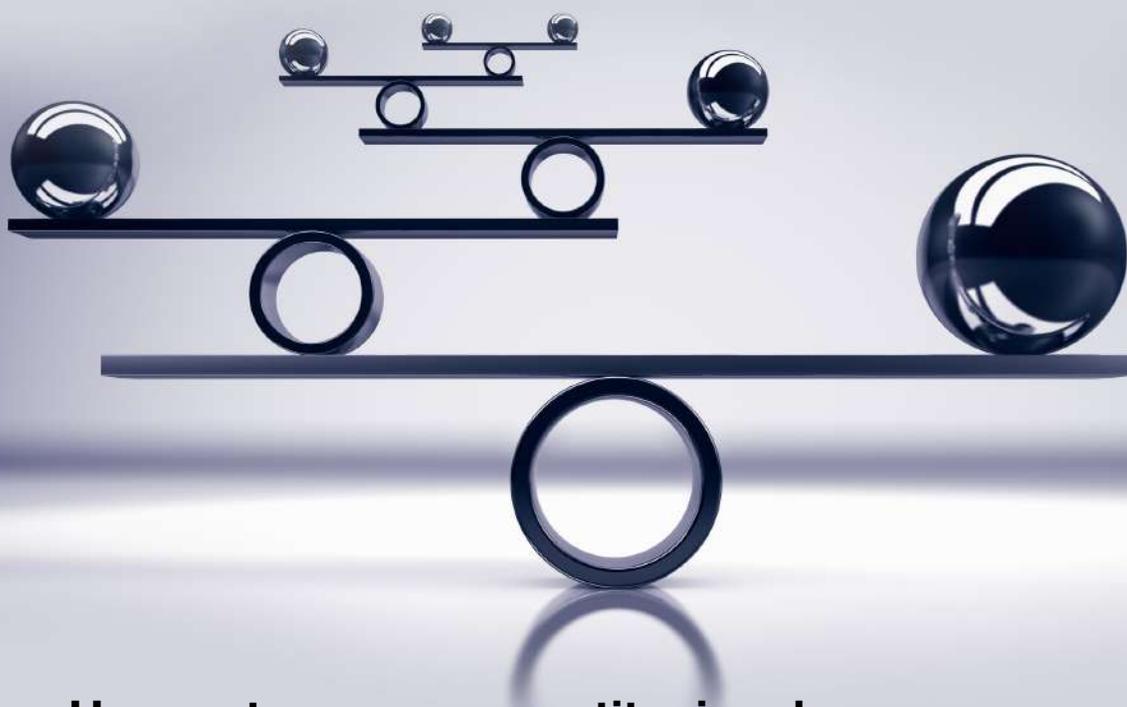
ARQUIVO PESSOAL



ALBERT BAYER é advogado sênior da equipe de Governança, Riscos e Compliance no WFaria Advogados. Formado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pós-graduando em Compliance pela FGV-SP.

O paradoxo das Polícias Judiciárias cada vez mais “militarizadas” e as Polícias Militares cada vez mais “investigativas”

■ POR JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR



DIVULGAÇÃO

Um contrassenso constitucional que precisa ser reajustado e corrigido pelo poder político e pelas demais instituições

Respeitosamente as políticas de segurança pública nas mais diversas unidades federativas do Brasil têm trazido um paradoxo incontestável, consistente nas Polícias Judiciárias, sendo cada vez mais “polícias militarizadas” e as Polícias Militares sendo cada vez mais “polícias investigativas”, quadro este que estaria ao arrepio da Constituição Federal e de todo ordenamento pátrio.

“Sabemos da importância das Polícias Judiciárias, assim como da importância das Polícias Militares, mas não podemos ignorar que essa problemática de crise institucional de atribuições constitucionais invertidas deva ser enfrentada com seriedade e coragem, cada um respeitando as divisas de atribuições dos outros para se buscar um equilíbrio e acima de tudo, conferir uma verdadeira segurança pública.”

Essa constatação empírica vai desde viaturas caracterizadas¹ disponibilizadas às Polícias Judiciárias pelo Estado, quando na verdade deveriam ser viaturas descharacterizadas² pela própria essência em si da atividade investigativa; e perpassa por integrantes (policiais) uniformizados, diariamente, para o exercício da função (anulando o fator surpresa, discricção, sigilosidade entre outros) e até formaturas em que aparecem policiais civis como se estivessem em verdadeiro curso de formação militar com “gritos de guerra” e “posturas típicas” do militarismo – deixando bem claro que não se tem absolutamente nada contra o militarismo, mas devemos nos ater à essência e razão de ser das coisas.

Ao passo que temos assistido de outro lado, as Polícias Militares na contramão disto, atuando como verdadeiras “polícias judiciárias” com policiais despídos de fardas, carros descaracterizados, exercendo atividades eminentemente investigativas que escapam da órbita do Direito Penal e Processual Militar em si (crimes perpetrados por cidadãos comuns), com verdadeiro desvio de função e da atribuição constitucional. Obviamente, não ignoramos àquelas infrações penais militares que permitem à adoção de atos de polícia judiciária em cena no inquérito policial militar, na esfera militar, mormente pelo rol ampliado através da *Lei nº 13.491/2017*³.

Não se pode apenas por mera questão política, compelir institucionalmente como diretriz de governo que, viaturas de Polícias Judiciárias sejam caracterizadas pelo simples fato de demonstrar investimento governamental neste segmento, quando na essência acaba se retirando uma força considerável da discricção, silêncio e invisibilidade da atuação das Polícias Judiciárias em levantamentos, investigações e diligências.

Não pode permitir também que, haja desvio de função e atribuições constitucionais, em nome e tão somente de uma conveniência, utilitarismo e ‘eficientismo’ falacioso.

Temos regras constitucionais em plena vigência ou esqueçamos de tudo isto para caminharmos para um verdadeiro “vale tudo jurídico constitucional” que cada um faz o que entender ao seu alvedrio perante o Estado Democrático de Direito.

Esta situação anacrônica cria uma disfunção sistêmica e traz sérias implicações de cunho prático, ou seja, o sistema formatado para operacionalizar em harmonia com a Lei Maior com repartição das atribuições claramente de cada uma das instituições, acaba por sofrer os efeitos colaterais da criminalidade em

todas as suas vertentes, pois as Polícias Judiciárias vocacionadas a investigarem têm seu campo de investigação restringido por falta de efetivo de pessoas, viaturas adequadas, etc. com prejuízo substancial as atividades e as Polícias Militares ao seu turno, deixam de realizar o serviço policial vocacionado ao policiamento ostensivo e preventivo, não evitando a prática dos delitos como se espera no desenho constitucional.

Isso compromete os resultados buscados pelo pacto social contido na Constituição Federal e outros regramentos jurídicos de regência e toda higidez de um sistema construído, visando uma harmonia, ainda que apenas no mundo ideal e jurídico.

Surge uma inevitável provocação: Tudo isso, seria fruto de uma conspiração para açodar a implantação de uma política do ciclo completo de polícia ou de uma polícia única em nosso país ou seria mera coincidência fática da crise de identidade entre as forças de segurança e que perpassam para outros setores?

De qualquer forma, quer se aponte as respostas para um lado ou outro lado, não seria uma imposição à oportunidade para resgatarmos e ressignificarmos a necessidade de voltarmos a nossa essência e respeitarmos a Constituição Federal em vigor?

Sabemos da importância das Polícias Judiciárias, assim como da importância das Polícias Militares, mas não podemos ignorar que essa problemática de crise institucional de atribuições constitucionais invertidas deva ser enfrentada com seriedade e coragem, cada um respeitando as divisas de atribuições dos outros para se buscar um equilíbrio e acima de tudo, conferir uma verdadeira segurança pública.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, o paradoxo de crise de identidade de atribuições entre as Polícias Judiciárias e das Polícias Militares permite o crime se agigantar e tornam as atividades policiais menos eficazes, do que se idealiza com o respeito do desenho constitucional.

Afinal, a quem interessa uma Polícia Judiciária e uma Polícia Militar enfraquecida com crise de identidade de suas atribuições? 

NOTAS

- 1 Caracterizadas: são veículos identificados com brasão da instituição, giroflex visual e sonoro, outras cores nítidas com vinculação a cada instituição e outros detalhes que variam de lugar para lugar.
- 2 Descaracterizadas: são veículos não identificados como se fossem qualquer veículo convencional e que passam despercebidos, em regra, por qualquer cidadão e até mesmo ao criminoso, alvo de investigação.
- 3 STF – ADI questiona competência da Justiça Militar para julgar integrantes das Forças Armadas no caso da morte de civis ADI 5901. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370651>>. Acesso em 11 de março de 2020.

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.



As mudanças necessárias no planejamento financeiro em tempos de crise

■ POR SHEILA DAVID OLIVEIRA

“O quadro econômico que indica uma recessão nos próximos meses já indica que os chefes de família e empresários precisarão se adaptar aos novos tempos financeiros. Uma parte significativa já está sofrendo os impactos e percebeu a renda diminuir, os investimentos caírem e os projetos futuros abalados.”

A linha evolutiva do coronavírus (Covid-19) afetou a saúde pública e a economia de diversos países pelo mundo e também no Brasil. O combate ao vírus é o principal fator para as ações dos principais governantes mundiais, que optaram, em sua maioria, pelo isolamento social e o fechamento de empresas e do comércio em geral. A quarentena, no entanto, está provocando um efeito preocupante para as finanças das famílias brasileiras. Notícias recentes indicam que empresas já começaram a realizar demissões; outras optarão pela redução de salários ou a suspensão temporária do contrato de trabalho com seus empregados. Autônomos receberão um auxílio emergencial do Governos Federal. Esse cenário preocupante provocado pela pandemia também será um divisor de águas no planejamento financeiro no país.

O quadro econômico que indica uma recessão nos próximos meses já indica que os chefes de família e empresários precisarão se adaptar aos novos tempos financeiros. Uma parte significativa já está sofrendo os impactos e percebeu a renda diminuir, os investimentos caírem e os projetos futuros abalados.

Importante frisar algumas orientações e dicas de como enfrentar essa crise e como preparar o seu planejamento para tempos mais obscuros com relação a economia:

Encarar a realidade – O primeiro passo é o de sentar e refletir sobre o momento atual e encarar as questões financeiras ao lado da família, explicando os reflexos no bolso e no futuro econômico da casa. Depois de se esclarecer a situação atual, é fundamental tomar decisões com o objetivo de sanar os efeitos da crise e projetar um futuro mais seguro.

Despesas e Receitas no papel – É essencial, por mais que o momento seja delicado, realizar um detalhado Fluxo de Caixa. O isolamento favorece para a pessoa sentar e colocar todas as despesas mensais e anuais no papel. E, se possível, depois passar para uma planilha.

Categoria de gastos – E com a riqueza desses dados em mãos que será possível fazer uma revisão no orçamento. Nessa revisão, a pessoa pode dividir seus gastos em três categorias: luxo, conforto e sobrevivência. As despesas de luxo são aquelas meramente supérfluas e que podem ser retiradas de imediato e ou adiada, principalmente em tempo de crise, por exemplo, uma garrafa de vinho cara, uma viagem para um spa ou resort, acessórios e roupas de marca. Já os gastos de conforto são aqueles que também podem ser eliminados conforme a necessidade do momento, como pacotes completos de TV a cabo, aplicativos de música e games, entre outros. E os gastos de sobrevivência são aqueles essenciais para o cotidiano, os gastos básicos como comida, água, luz e telefone.

Orçamento – Feita essa separação é a hora de fazer o orçamento para cada linha de gastos que tiver, nesse momento o objetivo é ser o mais realista possível, e a pergunta que se faz é: estou precisando disso para agora, se sim,

quantos? Posso pensar em mudar a marca que estou habituado, por outra mais em conta, se for o caso! Avalie se pode ser retirado das despesas neste momento e gastar apenas com o essencial, ou seja, criar uma dinâmica para a casa, sem despesas exageradas.

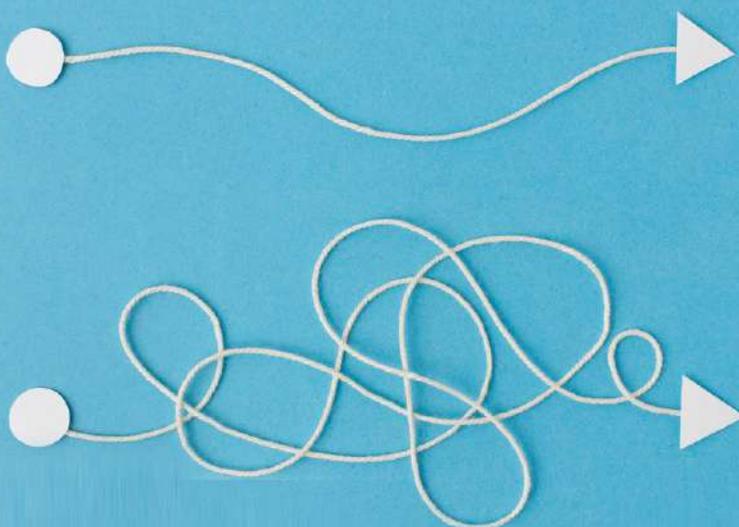
Cuidado com os cortes em produtos de gestão de riscos, como seguro do automóvel, da residência e do seguro de vida, esses produtos lhe asseguram de se ter uma reserva de contingência, antes mesmo que tenha que utilizar de suas reservas financeiras emergenciais.

Oportunidades – E como diz o velho ditado: “nas crises é que aparecem boas oportunidades”, os brasileiros estão tendo a oportunidade de repensar no seu planejamento financeiro, pois alguns bancos estão oferecendo a suspensão temporária de pagamentos de financiamentos de habitação e automóveis, além de juros mais baixos em algumas linhas de crédito, como o empréstimo consignado. O ideal é reunir todas as informações, estudar as possibilidades, mas ficar atento as condições gerais dessa novidades trazidas pela instituições financeiras, avaliando possíveis taxas e juros, por exemplo. A isenção temporária do pagamento de parcelas do financiamento do imóvel, deve ser aproveitada com cuidado, pois essas possíveis sobras no orçamento devem ser poupadas para suprir necessidades que possam surgir, então as famílias devem optar em poupar esse dinheiro e não gastar com outras despesas desnecessárias. Até porque, as empresas que não demitirem, poderão realizar cortes de jornadas e salários em um futuro breve.

Racionalidade – É necessário que cada pessoa reflita se a sua tomada de decisão está sendo feita de modo emocional ou racional. A ansiedade é a reação natural do corpo ao stress. É um estado emocional caracterizado por sentimentos de tensão, preocupação e pensamentos ruins, tudo o que estamos passando neste momento, e um dos sintomas da ansiedade é a impulsividade. Então a importância para que vigiemos nossos comportamentos, para que não sejamos impulsivos e comprar coisas desnecessárias neste momento. Uma dica importante antes de tomar qualquer atitude é respirar fundo durante 20 minutos, pois ajuda o cérebro animal (Límbico e Reptiliano) voltar a ter contato com o cérebro racional (neocórtex), quando o assunto é dinheiro. Procure ajuda de especialistas para orientar melhor essa decisão, existem vários programas gratuitos, vinculando este momento, tanto financeiro, quanto psicológico.

O momento é de mudar as rotas e refletir sobre o planejamento financeiro, pois uma coisa é certa, o governo tem trabalhado para ajudar em momentos de crise como este que estamos atravessando, mas somente a nós cabe ter a devida responsabilidade. 





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

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“As leis seguem a técnica da Constituição, e os decretos seguem a técnica das leis. O legislador vive imerso na ilusão de que a complexidade, só em si, aponta a redenção institucional, quando antes a verdade é bem a oposta. A cada novo dia isso resta mais claro até ao mais humilde cidadão. E o novo decreto do pregão eletrônico, coitadinho, é a nova vítima.”

O art. 43 cuida da verificação da habilitação, e constitui a versão atualizada do art. 26 do decreto anterior sobre o pregão eletrônico, a partir de seu § 1º.

O *caput* é cópia do § 1º do art. 25 do decreto anterior.

O § 1º informa que toda remessa de documentos já não contemplados no SICAF será eletrônica, e não mais por fax como dizia o § 2º do art. 25 do diploma anterior. Providencial, porque as pessoas provavelmente já se esqueceram o que é ou era o fax, que poucas décadas atrás causou enorme furor pela sua modernidade assustadora...¹

O § 2º informa que documentos complementares devem ser remetidos também eletronicamente, o que custa crer que alguém já não soubesse, ou imaginasse diferente. O prazo para tanto é o de cada edital, a contar da ordem do pregoeiro.

O § 3º reproduz o § 4º do art. 25 do decreto anterior.

O § 4º reproduz o § 5º do art. 25 do decreto anterior, que contém o bestialógico sesquipedal relativo a proposta não ser aceitável... a esta altura do pregão. Essa reiteração é nauseabunda, e no mais a matéria é velha conhecida.

O § 5º reproduz o § 6º do art. 25 do diploma anterior.

O § 6º quase repete inteiramente o anterior § 7º do decreto antecedente, apenas acrescentando ao final a previsão de que o preço da proposta vencedora, para servir como referência aos demais proponentes que sejam convidados a preencher todas as quantidades pretendidas pelo ente e que somente o vencedor não preenche, apenas poderá ser considerado após a habilitação do vencedor.

Está correta a previsão, até porque um licitante apenas é vencedor se definitivamente habilitado, e de nada vale o seu preço, até antes da habilitação o menor, se for inabilitado. Se for inabilitado estará excluído do certame.

O § 7º inova, e fixa regra para a apuração da regularidade fiscal e trabalhista das micro e pequenas empresas licitantes, o que se dará nos termos do Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015. Esse longo decreto regulamenta a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que é o estatuto das micro e pequenas empresas, e é na sua conformidade que será apurada a regularidade fiscal e trabalhista das empresas e a que se refere.

O § 8º reproduz o § 9º do art. 25 do decreto anterior.

O art. 44, que resume todo o Capítulo XI, versa sobre o recurso cabível da proclamação do vencedor do pregão eletrônico. e nada mais fez que redigir com mudança de estilo mas não de conteúdo a mesma matéria do art. 26, com seus §§ 1º e 2º, do decreto anterior. Nenhuma novidade trouxe, portanto, ao direito anterior.

O art. 45 reproduz o disposto no art. 27, caput, do decreto anterior.

O art. 46 fixa que não havendo recurso cabe ao pregoeiro adjudicar o objeto ao vencedor e fazer subir o processo, recomendando a homologação. O próprio dispositivo reconhece que isso já está dito no decreto, no art. 17, de modo que não se atina com a razão de tanta perda de tempo e encompridamento artificial do que todos já sabem há mais de uma década.

O art. 47, *caput*, é mera repetição da asneira figurante do § 3º do art. 26 do decreto anterior, e trata do “saneamento de falhas” das propostas, pelo pregoeiro, sempre que não se altere a sua essência ou o seu conteúdo.

Bobagem que vem de longe, é formalmente inaceitável. Qualquer alteração de proposta ou documento de licitante, por quem quer que seja, constituirá adulteração, algo que poderá até ser em princípio enquadrado no crime de falsidade ideológica, que na forma do art. 299 do Código Penal consiste, dentre outras possibilidades, em a Administração fazer declaração falsa.

Se a falha é meramente formal como por exemplo a de o licitante numerar erradamente as páginas de sua proposta mas sem omitir nenhuma delas, então o pregoeiro deve apenas consignar em ata esse fato e que apenas por isso não haverá prejuízo para o seu autor, mas por tudo que é sagrado em direito não mexa em nada, não altere nada, não modifique nada em documento que não é seu! Documentação de licitante é como bolsa de mulher: – tire a mão, rato!

Será tão difícil ao Executivo entender isso, ele que repete a mesma bobagem decreto após decreto, e que não parece conseguir aprender essa regra simplíssima?

O parágrafo único do artigo, de boa qualidade no que não se refere à asneira supra, fixa o prazo mínimo de 24 horas para o reinício da sessão sempre que essa

precisar ser suspensa para diligências pelo pregoeiro e equipe, como vista ao... ai, saneamento da proposta... e essa é a reiteração da asneira supra.

Calcado naquela asneira, então todo o dispositivo soçobra, ainda que o prazo sempre fosse curial para algo assim. O que não se admite, repete-se ainda uma vez mais, é a ideia de o pregoeiro alterar qualquer coisa constante das propostas ou dos demais documentos de licitante, ao invés de simplesmente registrar em ata o fato, e como está sendo oficialmente considerada – materialmente perfeita – aquela documentação. A título de “saneamento” o que o pregoeiro se seguir o decreto fará, mesmo que com toda boa-fé do mundo, é possivelmente cometer o crime de falsidade ideológica.

O art. 48 ingressa no capítulo e no tema da contratação, e prevê o início desse procedimento. O *caput* repete o § 1º do art. 27 do decreto anterior.

O § 1º repete o § 2º do art. 27 de o decreto anterior.

O § 2º praticamente repete o § 3º do art. 27 do decreto anterior, com mínima alteração redacional mas sem alterar o direito.

O § 3º repete o § 4º do art. 27 do decreto anterior, a prever que o edital vale por qualquer prazo que o edital fixe, e se não o fixar aquele prazo será de sessenta dias. O ente público que verifique a conveniência deste ou daquele prazo a cada novo pregão, conforme cada objeto.

O art. 49 reformula o embolado art. 28 do decreto anterior, que é originário do pavoroso, inacreditável e degradante art. 7º da lei do pregão presencial. Ventila e organiza convenientemente a matéria das sanções aplicáveis ao pregão eletrônico.

De início consigne-se, outra vez ainda, que não existem outras sanções aplicáveis aos licitantes em pregões eletrônicos que estas deste art. 49.

Trata-se de um rol específico e taxativo, fechado e exaustivo, de todas as sanções administrativas cabíveis em pregões eletrônicos, o que exclui qualquer outra penalidade prevista em qualquer outra fonte normativa.

O capítulo específico do decreto do pregão eletrônico afasta o genérico e amplo espectro das normas gerais de licitações em matéria de sanções aos licitantes. Não cabe misturar, baralhar ou cumular penas administrativas da lei de licitações com penas administrativas do decreto do pregão eletrônico, porque, como se disse e se sabe de longa data em direito, o específico afasta o genérico, sempre que existir sobre o mesmo tema jurídico.

Crimes, entretanto, são outra questão, e constam do Código Penal, podendo ensejar processos-crimes em paralelo a processos administrativos. O que não se aceita é cumular fontes de direito para sanções administrativas no pregão eletrônico.

Visto isso, o *caput* é bastante duro ao prever o impedimento de licitar com a União, e o descredenciamento do SICAF por cinco anos, além de multas “e das demais cominações legais”, para o licitante que incidir em alguma das infrações previstas nos dez incisos do artigo.

Mas antes de examiná-los observe-se que as “demais cominações legais referidas” para terem sentido em direito são apenas aquelas referentes aos crimes, porque não pode haver cominação de outras penas administrativas para o pregão eletrônico, além das constantes deste art. 49.

Não adianta o decretoiro falar o que quiser, ou copiar preguiçosa e irrefletidamente o que quiser de diplomas anteriores, para que o direito penal seja outro. As penas administrativas do pregão eletrônico, reiteramos para concluir quanto a

isso, são única e exclusivamente as que constam deste art. 49, à exceção de quaisquer outras².

Os dez incisos contêm, redigidas em ordem e em idioma português e não no hotentote cavernícola do art. 7º da lei do pregão, as infrações administrativas que sujeitam os licitantes às penas do *caput*.

Ainda que escritas de forma muito melhor que a da origem, o essencial defeito que se enxerga no rol das infrações é o de igualar ou similarizar aquelas infrações, que variam de leves a graves, para que todas, e em princípio, mereçam as mesmas sanções do *caput*. Aparentemente se jogam todas no mesmo balaio como se fossem similares em gravidade, sem uma distinção já no próprio decreto como parece claro que precisaria haver.

Sem elencar as dez infrações, desde logo exemplifiquemos: não é nada razoável tratar a infração de (inciso I) não assinar o contrato, ou a de (inciso II) não entregar documentação, como similares à de (inciso III) apresentar documentação falsa, ou (inc. VII) fraudar a execução do contrato.

As duas primeiras são leves, e merecem pena leve. As duas últimas são graves – a primeira delas sendo também crime, e muitas vezes também a segunda –, e com isso merecem pena pesada. Não é mais do que lógico? Não para o *caput*, que indiferencia todas as infrações para efeito penalização.

O ente público inequivocamente pode dosar a pena conforme a gravidade do cometimento, porém seria de muito melhor técnica desde logo o decreto diferenciar, até porque existem julgadores mais esclarecidos e justos, ao lado de julgadores menos esclarecidos e francamente injustos, estes quase sempre a acobertar-se sob a bandeira da moralidade – desde que a bronca não seja com eles.

Não deveria ficar apenas ao alvedrio do julgador de cada ente licitador a incumbência de dosar as penas, que estão genérica e antitecnicamente amontoadas no *caput*, conforme o merecido por cada licitante infrator, entendemos em definitivo.

É muita responsabilidade para quem não é juiz de profissão, e ensaja, e tem ensajado, tremendas injustiças na vivência diária da Administração, das quais profissionalmente se tem notícia diária e que provocam tremendos prejuízos aos apenados, sempre que o são de maneira imerecida ou apenas parcialmente merecida.

Para se apenar um colaborador da Administração, atrás do qual amiúde o poder público corre em quase desespero ante a sua momentânea necessidade, é preciso um pouco mais que vaga e colegiana noção de moralidade pública, ou de idealismo juvenil quanto ao que seja justiça.

Muito bem sempre fará a autoridade julgadora se, ao menos por um átimo, se colocar na posição do seu fornecedor, que está prestes a apenar: a decisão será seguramente mais equânime. A quem falta espelho, atirar pedras é tarefa das mais simples. Mas não é o que se espera da Administração pública.

Por fim, o comentário inevitável: algumas das infrações são tão mal concebidas, e defeituosas na origem, que dificultam à grande a sua própria aplicação: que significa o tipo do inciso VI, “ falhar na execução do contrato”?

Qual o objetivo alcance do inciso VIII – “comportar-se de modo inidôneo”? Que quis dizer o legislador (lei do pregão), e este decretaire a repeti-lo, com isso?

Que falhas são aquelas puníveis? Que inidoneidade é sancionável – alguma porventura sem nenhuma relação com a execução do contrato, ou com o comportamento do licitante durante o pregão? Até onde, de que modo, como e quando?.. Que diabo disso é aquilo?

Diante de semelhante horripilância jurídica – que brinca com os direitos alheios como se foram brinquedos – conclama-se à autoridade para afastar-se tanto quanto possa de sequer cogitar aplicar sanções por esses referidos cometimentos, que antes parecem provir de contos de horror que de instruções procedimentais para os negócios da Administração pública.

Está inquestionavelmente melhor este art. 49 que o da sua origem que é o art. 7º da lei do pregão, porém existe ainda considerável escória jurídica a ser removida do cenário. Ganhará imenso o país quando o autor de regras jurídicas aprender a hora de parar de escrever.

O artigo contém ainda dois parágrafos, sendo o § 2º repetição do parágrafo único do art. 28 do decreto anterior.

E o § 1º, matéria nova, prevê que as sanções também se aplicam aos integrantes do cadastro de reserva em registros de preços que, convocados para contratar, não comparecerem, sem justificar ou com justificativa recusada pelo ente público. Não havia porque excluí-los das regras punitivas, já que ao serem convocados assumem a obrigação, que era antes apenas uma expectativa, de contratar o fornecimento, nos termos da ata respectiva.

O art. 50, sobre revogação e anulação, repete o art. 29 do decreto anterior, um caput repetindo o outro, e o parágrafo único reproduzindo o § 2º do diploma anterior.

Foi em boa hora suprimido o § 1º do decreto anterior, que inventava a roda ao informar que a anulação do pregão induz a anulação do contrato, autêntica pedra na sopa jurídica.

O art. 51 trata do sistema de dispensa eletrônica, novidade deste decreto.

Pelo *caput* as unidades gestoras do SISG adotarão o sistema de dispensa eletrônica nas hipóteses indicadas nos três incisos que seguem, ou seja (I) contratação de serviços comuns de engenharia que não atinjam o valor mínimo licitável; (II) aquisição de bens e serviços que também não atinjam o valor mínimo licitável, e (III) contratação de bens e serviços que a lei de licitações dispensou de licitar, em face de variadíssimos motivos que constam de seu art. 24.

Até este ponto não foi possível compreender por que existe este artigo: dispensar de licitação o que a lei de licitações já dispensou?

Pelo § 1º o Secretário de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização regulamentará este artigo. Pelo § 2º a partir da data daquele regulamento o uso do sistema de dispensa eletrônica é obrigatório. Pelo § 3º não poderá haver a dispensa para contratação de obras, locações imobiliárias, alienações (não se sabe do quê) e bens e serviços especiais, na forma do art. 4º, aos quais não se aplica o pregão eletrônico...

Se fosse possível o enquadramento do autor deste artigo por vadiagem, seria o caso. É constrangedor a alguém pôr-se a comentar dispositivo de semelhante indigência jurídica.

Com grande alívio e desafogo da alma passa-se às disposições finais. Não era sem tempo, porém todos sempre devem ter presente que não há mal que sempre dure.

A relevância jurídica dos artigos que seguem, até o final, é mínima, e adstrita em geral à organização do serviço federal.

O art. 52 informa que o Secretário de Gestão estabelecerá os prazos para implementação das regras do decreto quando os recursos para o contrato provierem de transferências federais.

O art. 53 fixa que o horário de referência dos pregões eletrônicos será o de Brasília, o que se compreende quando se conhecem os fusos horários brasileiros; então, o decreto já resolve essa questão, sem necessidade de cada edital dizer a regra. O problema é menos grave que na Rússia entretanto, que tem 11 (onze) fusos horários...

O art. 54 reinventa a roda e é escrito para os advogados de licitantes fundamentarem – como se mais fundamento fosse preciso dentro do ordenamento – os mandados de segurança impetráveis contra o ente realizador do pregão eletrônico.

Repete a conhecida regra (lei de licitações, art. 4º) de que os licitantes têm direito público subjetivo à fiel observância das regras do decreto nos pregões de que participem. E ainda repete que qualquer interessado tem garantido acesso ao desenrolar do procedimento em tempo real, por via eletrônica. Sem novidade alguma, no entanto, tal qual água benta, mal o artigo não faz.

O art. 55, que remete a outro que remete a outro, informa que os entes federativos – Estados, Distrito Federal e Municípios – poderão utilizar o SICAF, sistema de cadastramento federal. Pior ideia, e pior redação, impossível. Se podem é porque já podiam antes, com este decreto, sem este decreto ou apesar deste decreto, porque o princípio da legalidade entra em jogo, e não é decretinho nenhum que o afeta.

Em segundo lugar, independentemente da aberração formal, resulta muito estranho que um Município utilize de cadastro federal, porque os mundos e as realidades são opostas.

O artigo é de chorar de ruim, e o recomendável é passar longe.

O art. 56, regra interna do Executivo que não merecia figurar sequer de decreto, permite à Secretaria de Gestão firmar termo de acesso com qualquer ente público para permitir-lhe acessibilidade ao sistema eletrônico federal.

O art. 57 informa que o conteúdo das propostas e dos documentos complementares dos licitantes, após a homologação do procedimento, ficarão disponíveis na internet – o que, diverso do até aqui desfilado neste capítulo, é muito bom, assegurando publicidade de documentos que se tornaram públicos, os quais envolviam ou envolvem interesse negocial da Administração, e com isso interesse público.

E o art. 58, repetição do tautológico § 2º do art. 30 do decreto anterior, faz quase o mesmo com relação aos arquivos e registros digitais dos pregões eletrônicos, declarando-os acessíveis aos órgãos de controle interno e externo.

O dispositivo, como a matriz de que foi copiado, invade o território do ridículo, uma vez que imaginar impedir o acesso pleno e absoluto a qualquer registro público pelos entes de controle, criados exatamente para controlá-los, resulta não menos que profundamente ridículo. Outra magnífica oportunidade que o decreto federal desperdiçou de omitir-se honrosamente.

O art. 59, inspirado no art. 31 do decreto anterior, informa que a Secretaria de Gestão poderá editar normas complementares a este decreto, e disponibilizar informações adicionais por meio eletrônico. É de imaginar que a ansiedade do público por essas normas não seja das mais acentuadas.

O art. 60 revoga o anterior Decreto nº 5.450, de 2005, e o Decreto nº 5.504, de 2005, ambos sobre o pregão eletrônico. Trata-se de revogação expressa ou explícita, porque, mesmo que inexistisse declarada, esta revogação daqueles diplomas já estaria decretada com a simples publicação deste decreto, que esgotou a matéria – e dispôs muito mais ainda – daqueles dois decretos anteriores sobre o mesmo tema.

O derradeiro art. 61, que é uma disposição transitória, estabeleceu a vigência deste decreto para o dia 28 de outubro de 2019, quando havia sido publicado em 23 de setembro de 2019. Antes da data-início da vigência o decreto, pode-se afirmar, ainda não existia no mundo jurídico, pois que ganhou vigência e eficácia no dia 28 de outubro. Antes dessa última data representava apenas uma expectativa de diploma, que por essa razão ainda nem sequer revogava os anteriores.

O § 1º manda algo que já precisaria ser realizado mesmo sem ordem expressa: se algum edital de pregão eletrônico foi publicado após 28 de outubro de 2019 fora das regras deste decreto, então estava irregular, e o § manda que seja adaptado a este decreto – nada mais correto e necessário, ou se estará diante de um edital que simplesmente afronta a legalidade, fundamentando-se em regulamento que já estava revogado.

O § 2º, que fecha o decreto, corretamente informa que os editais publicados ainda sob a vigência das regras anteriores terão os pregões regidos pelas mesmas regras anteriores, ainda que se estendam no tempo para além de 28 de outubro de 2019.

É a correta aplicação da regra jurídica nova no tempo, que vale até mesmo para leis novas na forma da atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 6º, § 1º, que define e protege o ato jurídico perfeito.

Se o edital constituiu um ato jurídico perfeito como o define aquela LINDB, então não será nem sequer uma lei nova que poderá prejudicá-lo, ou mesmo sobre ele incidir; um decreto, então, que nem sequer altera a ordem jurídica, com muito mais razão está vedado de fazê-lo.

CONCLUSÃO

À guisa de sumário fecho destes não menos sumários comentários o que se pode concluir é que este Decreto nº 10.024, de 2019, outra vez exercitou a aparentemente incontável prolixidade do legislador brasileiro, neste caso um decretoiro como o chamamos por todo o texto.

A palavra significa apenas autor de decreto, sem sentido pejorativo, mas muito menos elogiativo. E evidentemente esse autor não é quem o assina, o Presidente da República, como se imagina que nenhum Presidente da República até o dia de hoje foi o autor dos decretos que assinou.

Mas, seja quem for, o pendor do autor por mostrar serviço, escrevendo rebarbativamente e em demasia, debruçando-se sobre questões de nenhuma relevância, repetindo inconsistências e inconseqüências do decreto anterior, criando falsas necessidades de normatização e com isso reinventando repetidamente a roda, entronizando rematadas inutilidades de toda ordem, tudo isso poderia ter sido poupado do aplicador, tanto o agente público operador quanto o particular licitante.

Tal e qual na lei de licitações, uma lipoaspiração criteriosa do texto, que o expungisse de talvez metade do volume, far-lhe-ia um bem extraordinário. Em um texto normativo, como em questão de guloseimas, quantidade nunca foi qualidade, sendo a abundância desmedida muitas vezes indício de má ou de péssima qualidade.

É de voz corrente a jocosa afirmação de que é muito mais fácil complicar que simplificar –, porém além das pilhérias as grandes verdades saem também da boca

do povo. E nosso legislador ainda se demonstra afetado por esse sentimento de prolixidade mórbida. Esconde-se atrás da complicação, em geral gratuita por completo. As leis são cada vez mais gigantescas, nebulosas, labirínticas e impenetráveis. O direito brasileiro sofre de um hermetismo que a ninguém honesto beneficia.

A própria Constituição hoje em dia, todos sabem, é uma massaroca indecifrável, desfigurada de qualquer molde ou modelo, uma colcha de retalhos ou um saco de gatos que como pilastra do ordenamento jurídico representa um pesadelo histórico.

A quem ainda descreia basta verificar o ritmo e a qualidade das emendas constitucionais que no tropel de suas promulgações se acumulam e se encavalam mês após mês, a tal ponto que dificilmente nos dias de hoje alguém sabe sequer o que é a Constituição – aquele conhecido periódico que desafia a audácia de qualquer editor.

Mais importante que saber que este livro é a Constituição é saber até que emenda está atualizado. Exemplo único: uma Constituição sem a incorporação da EC nº 103/19 pode, já imediatamente, encaminhar-se à reciclagem. Serve tanto quanto uma faca sem lâmina e sem cabo.

A só matéria da recente Emenda nº 103, de 2019, a reforma da previdência, volumetricamente comportaria talvez toda uma nova Constituição, se em moldes civilizados como era redigida a de 1946. E sem entrar no seu mérito – que excepcionalmente dentro do conjunto das emendas nos parece bom – o inferno dantesco amedronta menos a quem se lhe antepara³.

O legislador constituinte demonstra não fazer a menor idéia do que seja uma Constituição, nem o que deve conter, nem o que não deve conter por excessivo, a todo tempo parecendo perdido como agulha em palheiro. Muitíssimo tristemente o dizemos.

As leis seguem a técnica da Constituição, e os decretos seguem a técnica das leis. O legislador vive imerso na ilusão de que a complexidade, só em si, aponta a redenção institucional, quando antes a verdade é bem a oposta. A cada novo dia isso resta mais claro até ao mais humilde cidadão. E o novo decreto do pregão eletrônico, coitadinho, é a nova vítima.

Que os deuses protejam nossa república federativa. 

NOTAS

- 1 Do mesmo modo como não sabem, ou nunca souberam, ou simplesmente esqueceram o que são os discos de vinil, os CDs, as fitas cassete, as máquinas de escrever, os filmes fotográficos e tantas outras conquistas da tecnologia, havidas como fantásticas a cada respectiva ocasião. Num tal ambiente alguém um dia procurou uma lei de 1990 junto ao responsável por uma biblioteca, que lhe respondeu não a ter porque ingressou naquele serviço apenas em 1995. Assim caminha a humanidade.
- 2 Muito curioso é observar quanto capricho o poder público empenha em imaginar penalidades e sanções aos licitantes, sendo que com muita frequência atrasa por três meses os pagamentos a eles devidos, sem jamais cogitar ser por isso apenado. É facilímo ser draconiano com os outros, e sair discursando aos quatro ventos sobre moralidade.
- 3 A impressão da EC 103/19 no compacto formato do excelente site Planalto preenche 24 (vinte e quatro) páginas. Parece com efeito outra Constituição.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.

Pacote Anticrime. Os efeitos da reforma ao Código de Processo Penal

“Que as arestas venham ser aparadas sem perder de vista que o Direito voltado para fins estranhos ao bem-estar do indivíduo não passa de um emaranhado de papel e tinta no qual os protagonistas continuarão sendo os fictícios Tício, Caio e Mévio dos enunciados das questões de prova.”



■ POR SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL E FLÁVIA DUARTE MANTIOLE

No dia 23 de janeiro de 2020 entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019 que acarretou a alteração de 16 artigos do Código de Processo Penal, além de outros dez dispositivos do Código Penal, sem contar as profundas inovações na legislação extravagante de natureza penal e processual penal. Conhecido como Pacote Anticrime, esse novo diploma legal que teve um período de *vacatio legis* de apenas trinta dias, ao arrepio de todas as orientações disciplinadas na Lei Complementar nº 95/1998, que exige do legislador bom senso no momento de fixar o tempo entre a publicação e a vigência da lei, levando em conta a sua complexidade, bem como repercussão para a vida em sociedade, trouxe muito mais problemas para o ordenamento jurídico brasileiro do que propriamente mecanismos legais capazes de conter, ainda que minimamente, a criminalidade endêmica do nosso país.

Por ironia do destino, ao menos no que diz respeito ao Processo Penal, o aspecto mais importante da Lei nº 13.964/2019 está naquilo que não fez parte do seu texto original, mas sim por intermédio de uma inserção proposta por alguns parlamentares no bojo do processo legislativo. Trata-se da criação do instituto do Juiz das Garantias, que não tem por escopo combater a delinquência, mas sim o arbítrio institucionalizado por um Código de Processo Penal de 1941, idealizado e redigido por juristas nascidos na segunda metade do século XIX.

Há muitos anos parte da doutrina vinha anunciando que o caráter inquisitivo do inquérito policial estaria com os dias contados em razão da estrutura processual contemplada pelo Novo Código de Processo Penal, ainda em trâmite no Congresso Nacional, provavelmente carcomido pelo tempo, entre traças, poeira e mofo. A tese tinha como fundamento a criação de um juiz para atuar na investigação, assegurando o contraditório em vários momentos dessa fase tão delicada da persecução penal. Inesperadamente, tal realidade se consolidou com a edição da lei em comento, que antecipou diversas alterações, entre elas o mencionado juiz envolvido no procedimento investigatório. A esse magistrado caberia decidir sobre decretação de medidas assecuratórias, busca e apreensão domiciliar, interceptação das comunicações telefônicas, trancamento do inquérito policial via *habeas corpus*, entre outras atribuições. Sua atividade cessaria no momento em que recebesse a denúncia ou queixa. A partir da instauração do processo seria sucedido pelo juiz da instrução e julgamento.

Apesar de todo o avanço jurídico, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de caráter liminar, proferida pelo Ministro Luiz Fux, suspendeu a eficácia dos arts. 3º-A ao 3º-F, ainda pendente de deliberação do Plenário. A medida foi tomada sob o fundamento de suposta violação às normas constitucionais de ordem orçamentária que afetam o Poder Judiciário. Não obstante a controvérsia no âmbito da Suprema Corte, seja qual for a sorte da ação de inconstitucionalidade em andamento, pode-se afirmar que, finalmente, o Congresso Nacional promoveu na legislação pátria um importantíssimo movimento no sentido de adequá-la ao Sistema Acusatório, contemplado pela atual Constituição da República, mediante o qual se assegura ao investigado maior amplitude de defesa na etapa administrativa de apuração do delito.

A propósito, se consolidado o posicionamento em favor do Juiz das Garantias, diversas normas constantes no Código de Processo Penal serão direta ou indiretamente afetadas, como no caso do art. 12 do Código de Processo Penal. Como sabido, o inquérito é um procedimento formal. E por essa razão, tudo que for investigado deverá ser reduzido a termo e cada folha juntada aos autos deverá ser rubricada pela autoridade policial (art. 9º do CPP). O art. 12 do Código de Processo Penal sempre serviu de exemplo que reforça o caráter escrito do inquérito policial ao estabelecer que quando a denúncia e a queixa se basearem em inquérito policial, este acompanhará as respectivas exordiais acusatórias. Entretanto, com o advento Lei nº 13.964/2019, a partir do momento em que o art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, passar a produzir seus devidos efeitos, tal dispositivo estará tacitamente revogado, em decorrência de os autos do inquérito não poderem mais acompanhar a denúncia ou queixa. A nova regra visa impedir que o juiz da instrução sofra algum tipo de influência daquilo que fora realizado no curso da investigação submetida ao controle do Juiz das Garantias.

Ainda com relação à fase administrativa da apuração do crime, de acordo com

a regra contida no art. 10 do Código de Processo Penal, o inquérito deve ser remetido a juízo no prazo de 10 (dez) dias se o indiciado estiver preso e 30 (trinta) dias se estiver solto (art. 10 do CPP), mesmo que não concluído, caso em que a autoridade policial poderá solicitar a devolução dos autos para a realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Deferido o requerimento de baixa, os autos retornarão à polícia judiciária para que conclua as devidas diligências dentro do prazo que o juiz fixar, desde que o indiciado se encontre em liberdade.

Por sua vez, a Lei nº 13.964/2019, em seu art. 3º-B, § 2º, trouxe a possibilidade de prorrogação do inquérito policial, por uma única vez, pelo prazo de 15 (quinze) dias, a ser determinada pelo Juiz das Garantias, mesmo em se tratando de investigado segregado ao cárcere. Ultrapassado o tempo da prorrogação sem que a investigação tenha sido concluída, a prisão tornar-se-á ilegal, devendo o relaxamento se sobrepôr à constrição da liberdade como medida de contracautela. Mais uma vez vale lembrar que a nova regra encontra-se com a eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, mantendo-se, por enquanto, a aplicação da norma expressa no art. 10 do Código de Processo Penal, excetuando-se as hipóteses previstas na legislação extravagante, como preceitua a Lei de Drogas (art. 51 da Lei nº 11.343/2006).

Em relação aos prazos de conclusão do inquérito policial não se pode perder de vista o que dispõe o art. 31 da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), contemporânea ao Pacote Anticrime, que passou a incriminar a conduta daquele que, dolosamente, “estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado”, em consonância com o Princípio da Razoável Duração do Processo.

No que tange à conclusão do procedimento inquisitivo, a Lei nº 13.964/2019 revogou o art. 28 do Código de Processo Penal a fim de permitir o arquivamento do inquérito policial diretamente pelo representante do Ministério Público, sem que a medida se sujeitasse ao controle do Poder Judiciário. Caberia apenas ao promotor de justiça comunicar o ato à autoridade policial e aos interessados (indiciado e vítima), submetendo, em seguida, os motivos de sua decisão à apreciação de um órgão revisor dentro da própria instituição para um reexame necessário.

Apesar de o novo art. 28 representar uma antiga reivindicação do Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela suspensão da eficácia do dispositivo em tela. O fundamento do pedido de liminar suscitado na ADI 6298 MC/DF, deferido pelo Ministro Luiz Fux, baseia-se na suposta violação às normas constitucionais relativas à autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público.

Contudo, os mais controvertidos pontos da Lei nº 13.964/2019 não giram em torno do Juiz das Garantias ou do inquérito policial, mas sim no que diz respeito ao acordo de não persecução penal (art. 28-A). É sabido que a atual Constituição da República consagrou o que chamamos de Justiça Penal Consensual ao dispor sobre os Juizados Especiais Criminais. Antevendo a atravancamento dos processos judiciais que ocorreria anos mais tarde, culminando na proporção de quase um processo para cada dois brasileiros, o legislador constituinte lançou as bases para a realização de acordos no âmbito criminal.

A Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) regulamentou definitivamente a matéria, instituindo três medidas despenalizadoras com o objetivo de evitar o oferecimento da acusação e a eventual instauração do processo, ou, quando não possível, a sua suspensão mediante o preenchimento de certas

condições. A composição civil e a transação penal cumpriram a primeira tarefa, permitindo, respectivamente, as negociações de reparação do dano e cumprimento imediato de pena não privativa de liberdade como forma de solucionar a questão de natureza penal, sem a necessidade de demandar em busca da pacificação social.

Diante do novo diploma legal, a doutrina passou a apregoar que o instituto da transação penal teria mitigado o Princípio da Obrigatoriedade, segundo o qual o Ministério Público deve demandar contra o suposto autor da infração penal nas situações em que estejam presentes os elementos mínimos para o oferecimento da denúncia. Com a Lei nº 9.099/1995 tal obrigação teria sido atenuada em virtude da possibilidade da negociação penal em tela, pois mesmo possuindo todas as condições para deflagrar a fase judicial da apuração do crime, o promotor de justiça não o faria quando ausentes as vedações elencadas no art. 76, § 2º, I, II, III, da Lei nº 9.099/1995.

Por sua vez, a Lei nº 13.964/2019 ao criar o chamado acordo de não persecução penal acentuou ainda mais a mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade. Mediante o negócio jurídico (processual) disciplinado no art. 28-A do Código de Processo, com redação determinada pela lei em comento, o Ministério Público poderá deixar de promover a ação penal, caso todos os requisitos subjetivos e objetivos para a sua celebração estejam presentes, como a existência de procedimento investigatório que não se coadune às hipóteses de arquivamento; a infração penal não tiver como elementar a violência ou a grave ameaça, e a pena mínima cominada for inferior a quatro anos; ter o investigado confessado formalmente, e voluntariamente, ser o autor da infração penal; a infração não ter sido cometida no âmbito da violência doméstica ou familiar contra a mulher; o investigado não ter sido beneficiado nos últimos cinco anos por transação penal ou suspensão condicional do processo etc.

Importante destacar que o texto da lei não trouxe proibição expressa no que se refere à possibilidade de proposta do acordo de não persecução penal no caso de prática de crimes hediondos ou a estes equiparados. Considerando que o ordenamento jurídico deve obedecer aos comandos da Constituição da República, que define a separação dos Poderes como Princípio Fundamental do Estado brasileiro, não cabe ao intérprete proibir aquilo que o legislador não o fez quando do exercício de sua função típica de legislar, caso contrário estaria realizando analogia *in malam partem*, vedada na esfera penal. Conclui-se, portanto que não havendo vedação prevista no texto legal, e o fato criminoso se enquadrar nas condições cumulativas elencadas no *caput* do artigo 28-A para a sua propositura, não haverá óbice para que o Membro do Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal ao investigado.

A aceitação da proposta pelo acusado implicará no compromisso do beneficiado de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos ou proveito do crime, prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O acordo de não persecução penal dependerá de homologação do juiz, que poderá recusá-lo caso entenda não terem sido respeitados os requisitos legais acima citados, ou quando considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições firmadas. Nessas hipóteses, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Ao contrário do que foi previsto sobre o Juiz das Garantias, o acordo de não persecução penal está em pleno vigor, e os operadores do Direito vêm encontrando inúmeras dificuldades no enfrentamento de algumas questões fundamentais. No caso de descumprimento, por exemplo, quem terá competência para revogar o pacto homologado? E caso seja uma atribuição do promotor de justiça, este será o que atua na Vara de Execuções Penais ou aquele que formulou a proposta? O acordo de não persecução penal poderá ser oferecido apenas antes do oferecimento da denúncia ou em qualquer fase do processo penal?

Quanto ao instituto da prisão cautelar, a Lei nº 13.964/2019 se antecipou aos planos de alguns parlamentares que visavam alterar o Código de Processo Penal, aos moldes do Projeto de Lei nº 554/2011, que procurava inserir ao art. 306 a audiência de custódia, instituto que vem sendo aplicado na prática desde 2016, como efeito de diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, entre eles a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, segundo os quais o preso deve ser apresentado, sem demora, à presença do magistrado. Nesse sentido, a Lei nº 13.964/2019 cumpriu a exigência das normas supralegais ao introduzir a audiência de custódia ao texto do art. 310 do Código de Processo Penal: “Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.” Aguardamos, por enquanto, o que irá prevalecer no Supremo Tribunal Federal sobre o parágrafo quarto do mesmo artigo que também se encontra com a eficácia suspensa.

Se por um lado nos sentimos obrigados a homenagear a iniciativa do legislador no que diz respeito à nova redação dada ao art. 310 do Código de Processo Penal, em contrapartida lamentamos a infeliz inserção da norma contida ao parágrafo segundo do mesmo dispositivo. Não obstante o consolidado entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de que não se pode presumir a necessidade da prisão com base na gravidade abstrata do delito, ficou estabelecido no texto atual que “se o juiz verificar que o agente é reincidente ou integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.”. Mais uma vez pretende o legislador subtrair do magistrado a análise dos elementos concretos revelados nos autos do inquérito ou do processo para que se possa determinar a constrição da liberdade, antecipando assim uma conclusão a ser elaborada na mente de quem detém o poder jurisdicional. Aliás, com tal dispositivo o legislador não se limitou a afrontar a doutrina e a jurisprudência no que se refere à disciplina da prisão,

mas também ao que ele próprio disciplinou no Código de Processo Penal, mais precisamente nos arts. 312, *caput*, e § 2º; 313, § 3º; 315, II. Um contrassenso inadmissível, e que deve ter a mesma sorte das nefastas normas outrora repudiadas pela Suprema Corte, por pretenderem instituir a famigerada prisão automática.

O art. 311 do Código de Processo Penal, também alcançado pela recente reforma, passou a dispor que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Nota-se que o legislador positivou o entendimento já pacificado na doutrina e na jurisprudência sobre a inadmissibilidade do decreto prisional de ofício, tanto na fase do inquérito policial (hipótese que já havia sido rechaçada pela Lei nº 12.403/2011), quanto na fase do processo penal.

Se o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício na fase da investigação policial, estaria antecipando uma análise que somente poderia ser feita pelo Ministério Público. Ao receber o inquérito policial, o promotor de Justiça irá avaliar as provas colhidas durante a investigação, a fim de averiguar a existência de justa causa para a propositura da ação penal. Considerando a exigência legal de um conjunto probatório significativo para a decretação da prisão preventiva, capaz de demonstrar a tendência de ocorrer condenação ao final do processo (*fumus boni iuris*), e que para a propositura da ação penal basta a existência de indícios da materialidade e autoria, a decretação, nesse momento, já estaria deixando entrever que o promotor teria provas mais do que suficientes para denunciar. Seria um contrassenso afirmar existir prova que justifique a constrição da liberdade, porém insuficiente para originar um processo. Em suma, se há prova para prender, então há mais do que o necessário para denunciar. O juiz, decretando a prisão preventiva de ofício na fase do inquérito, não daria outra opção ao Ministério Público a não ser promover a ação penal. Entretanto, a análise quanto à essa iniciativa não pertence ao judiciário, mas sim ao Ministério Público, na ação penal pública, em que o promotor forma livremente a *opinio delicti*, ou ao ofendido, ou seu representante legal, na ação penal privada.

A prisão preventiva decretada por livre iniciativa do juiz na segunda fase da persecução penal também se mostrava ofensiva ao Sistema Acusatório, segundo o qual as funções de acusar e defender não podem ser entregues a um dos órgãos que compõem a relação processual. A adoção desse sistema pela Constituição da República visa garantir a imparcialidade do órgão julgador. A possibilidade de o magistrado decretar a prisão preventiva no curso do processo sem que houvesse a provocação dos interessados o colocaria em posição de suspeição, por representar uma incoerente medida de quem, na contramão da ordem constitucional, demonstraria algum interesse em se aliar à acusação.

A medida cautelar extrema da prisão preventiva continua não comportando prazo. Quando decretada pelo juiz, subsistirá enquanto os motivos que ocasionaram a sua deflagração perdurarem. A liberação do preso dependerá de revogação determinada pelo próprio juiz que a originou, ou pelo tribunal, mediante provocação ou de ofício. Nos dois casos, haverá a expedição de alvará de soltura.

Embora a Lei nº 13.964/2019 tenha preservado a regra acima sobre a possibilidade de se manter o acusado preso enquanto não desaparecerem os motivos que serviram de fundamento para a segregação cautelar, por outro lado acrescentou o parágrafo único ao art. 316 do Código de Processo Penal, a fim de impor ao juiz,

ou ao Tribunal, o reexame da necessidade da custódia a cada 90 (noventa) dias: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

Por se tratar de medida cautelar, para a decretação da prisão preventiva permanece intacta a necessidade de se conjugar os elementos que compõem o *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) – traduzidos como a possibilidade maior de condenação ao final do processo, uma vez constatadas as provas da existência do crime e indícios suficientes da autoria – com algum dos elementos que indique o *periculum in mora* (*periculum libertatis*), entendido como a imprescindibilidade de antecipação daquilo que tende a ocorrer ao final do processo, ou seja, a prisão. Logo, se *periculum in mora* deve ser interpretado como a necessidade da prisão, qualquer um dos demais elementos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal estaria de pleno acordo com essa concepção, como a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assecuração da aplicação da lei penal. O “perigo gerado pelo estado de liberdade”, incluído pela Lei nº 13.964/2019, destaca-se pela despicienda redundância, pois trata-se de uma expressão genérica representativa das circunstâncias anteriormente mencionadas.

A Lei nº 13.964/2019 inseriu ainda uma série de dispositivos sobre a prisão preventiva com o único intuito de trazer para o corpo da lei o entendimento já consolidado pelos Tribunais Superiores. A inovação legislativa alterou o art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, estabelecendo que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. E, em complemento, a qualquer uma das hipóteses acima, aplica-se o recém-criado inciso V, do art. 564 do Código de Processo Penal, que considera nula qualquer decisão judicial carente de fundamentação.

No âmbito das provas, a Lei nº 13.964/2019 renovou a malfadada proposta com o fulcro de criar mais um caso de impedimento do juiz, além daqueles já previstos na legislação pátria, decorrente do reconhecimento de uma prova contida nos autos produzida por meios ilícitos (art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal). Dessa vez, não foi o veto presidencial que derrubou a pretensão do legislador, como ocorrera em relação à Lei nº 11.690/2008, mas sim a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, suspendendo a eficácia do referido dispositivo pelos termos expostos abaixo: “O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII),

abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo-crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão.”

Contudo, ao capítulo destinado ao exame de corpo de delito e outras perícias houve um acréscimo de mais um instituto em matéria processual: a cadeia de custódia. Disciplinada nos arts. 158-A ao 158-F do Código de Processo Penal é definida como o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. Embora a novidade legislativa mereça aplausos por almejar maior segurança quanto à preservação da prova, reduzindo assim os riscos de sua contaminação em razão de questões de ordem meramente administrativas, entendemos que o tema deveria ter sido tratado por lei específica, engrossando o rol das leis extravagantes de natureza criminal.

No tocante aos procedimentos, ao contrário do ocorrido em 2008, quando a reforma ao Código de Processo Penal atingiu sobremaneira esse tema, dessa vez nenhuma alteração foi promovida, exceto quanto ao rito do Tribunal do Júri. De acordo com o novo texto atribuído ao art. 492, I, e, do Código de Processo Penal, foi inserido o abominável instituto da execução provisória da sentença condenatória, outrora rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão plenária. Entendemos, por conseguinte, que a sorte do dispositivo em comento não poderá ser outra senão o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Em contrapartida, feliz tratamento deu o legislador aos casos de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de valor cultural ou artísticos com a inserção do art. 124-A ao Código de Processo Penal. Não havendo vítima determinada, tais objetos poderão ser destinados a museus públicos. Torcemos, entretanto, para que não virem pedaços de carvão como efeito do total abandono direcionado ao patrimônio cultural brasileiro.

Muito oportuna também a inserção do art. 133-A ao dispor que o juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades. Há muito tempo a sociedade questionava a razão de o poder público não se utilizar dos bens sequestrados e apreendidos no combate à criminalidade.

Com o passar do tempo os institutos acima apresentados poderão ser analisados com mais profundidade, principalmente após testados na rotina dos Tribunais, e debatidos pelos operadores do Direito, que levarão à tona as experiências adquiridas entre erros e acertos no âmbito da prática forense. Que as arestas venham ser aparadas sem perder de vista que o Direito voltado para fins estranhos ao bem-estar do indivíduo não passa de um emaranhado de papel e tinta no qual os protagonistas continuarão sendo os fictícios Tício, Caio e Mévio dos enunciados das questões de prova. **C**

ARQUIVO PESSOAL



SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL é Advogado Criminalista, sócio em Costa, Melo & Gurgel Advogados; autor da Editora Impetus; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.

ARQUIVO PESSOAL



FLÁVIA DUARTE MANTOLHE é Advogada; Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil; Graduada em Ciências Penais e Segurança Pública; Aprovada no concurso público para o cargo de analista jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo; Consultora Editorial da Editora Impetus.



Transparência e previsibilidade com a Nova Lei de Franquias

■ POR ANA JÚLIA MORAES

“A nova realidade agora são câmaras de arbitragem menores, digitais, plataformas de arbitragem online estão em expansão. Um processo judicial que levaria de 10 a 15 anos para ser decidido pode agora ser resolvido em 100 dias úteis e a um custo fixo bem menor. É a “cereja do bolo” da Nova Lei de Franquias.”

A Nova Lei de Franquias (Lei nº 13.996/19) entrou em vigor no dia 27 de março, fruto do amadurecimento de um setor relevante para a economia nacional que, mesmo em tempos de crise, cresceu 8% em faturamento no último trimestre de 2019, faturou R\$ 175 bilhões em 2018 e emprega mais de 1,3 milhões de pessoas. Sancionada em dezembro de 2019, a nova legislação revoga a Lei nº 8.955/94 e passa a reger com mais clareza as relações entre franqueadores e franqueados no Brasil.

A atualização da lei contou com importante contribuição do empresariado e associações que representam o segmento. Incluiu soluções para fomentar a atividade e resolver lacunas que acabavam exigindo intermediação de conflitos pelo judiciário. Por tudo que foi discutido e alterado em uma lei que acumulou 25 anos de adaptação do mercado de franquias, não é exagero dizer que o legislador foi muito feliz e alcançou o intuito consensual de simplificar e trazer transparência e previsibilidade às relações contratuais.

A nova lei tem apenas sete artigos, mas o seu art. 1º traz questões extremamente importantes. Uma delas é o reconhecimento da franquia como um sistema, como um método. Na lei anterior o legislador falava em contrato de franquia. Agora, franqueador e franqueado vão continuar tendo sua relação postulada por um contrato, mas a lei hoje fala em sistema empresarial de franquia. Um tratamento muito claro a um modelo de negócios específico, com características específicas, que merece proteção específica. Se antes o contrato de franquia era visto como um licenciamento, agora o método envolve know-how e inteligência de negócio, regulados por lei.

O mercado de franquias no Brasil teve seu primeiro “boom” na década de 1990. Foi regulado pela lei de 94 que trazia alguns nortes para a atividade, mas é evidente que, como qualquer novo modelo de negócio, foi se desenvolvendo e se aprimorando ao longo do tempo e passou a demandar diretrizes diferentes, que em grande parte agora estão contempladas.

As regras vão estar na própria letra da lei. A ideia essencial das alterações foi trazer informações precisas, tanto do lado do franqueador quanto do franqueado. Questões que antes poderiam gerar interpretações dúbias no contrato e acabavam num tribunal, agora estarão muito mais claras.

Uma das alterações mais importantes diz respeito à Circular de Oferta de Franquia (COF), documento onde as regras do jogo são apresentadas aos candidatos que pretendem entrar naquele modelo de negócio, tornando-se um franqueado. A falta de observância, pelo franqueador, de condições exigidas por lei no documento, trarão como consequência a “anulabilidade” do contrato.

Ou seja, caso o empresário que pretende expandir seus negócios por meio de franquia apresente uma Circular de Oferta aos seus candidatos a franqueados e, eventualmente, uma das condições da COF não estiverem previstas, é como se o contrato nunca tivesse existido. Isso permite que o franqueado não só peça todo o valor do seu investimento de volta, como pleiteie indenização por perdas e danos, lucro cessante... o céu é o limite.

Também foi reforçado, na nova legislação, o fato de que a franquia não gera nenhum vínculo trabalhista entre franqueado e franqueador ou entre empregado de franqueado e franqueador. A discussão era inevitável, uma vez que, embora o primeiro artigo da lei de 1994 já dissesse isso claramente, a legislação não falava nada sobre o período de treinamento dos franqueados. Durante muito tempo o que

se via, na prática, eram frequentes ingressos na Justiça questionando essa lacuna, uma vez que algumas marcas exigem até um ano de treinamento.

Muitas vezes, nesse período, o contrato era rescindido por alguma razão e a parte que se sentia prejudicada entrava na Justiça do Trabalho, alegando que havia na relação as três exigências do vínculo empregatício: pessoalidade, subordinação e habitualidade. Afinal, ela era subordinada ao franqueador, cumprindo as regras dele e estava presente a todas as sessões de treinamento com habitualidade.

Com isso, pedia reconhecimento do vínculo, indenização, 13º salário, férias, etc. Evidente que a chance de sucesso desses processos, que duravam por vezes mais de uma década, era nenhuma, tanto que o Tribunal Superior do Trabalho nunca reconheceu tal vínculo. A Nova Lei de Franquias faz essa correção. Ela complementa a lei anterior e altera o art. 1º dizendo que o vínculo também não se aplica ao período de treinamento.

O mesmo vale para a questão da aplicabilidade do Código do Consumidor aos contratos de franquia, também pacificada pelos tribunais com chance zero de sucesso para o pleito, mas não sem provocar movimentação do judiciário e custo para as marcas enquanto franqueadoras. A questão não era parte da lei, mas foi incluída na nova legislação, deixando claro a inexistência do direito e premissa básica do CDC, a existência de um consumidor.

Os franqueados alegavam situação de hipossuficiência, uma vez que o franqueador tem poderio econômico muito maior, e com isso pediam a aplicação do Código do Consumidor a seu favor. Com isso, o CDC, uma lei extremamente protetiva, poderia trazer uma série de benesses para o franqueado se reconhecido como consumidor, entre elas a possibilidade de a ação tramitar no seu domicílio e não no domicílio do possível réu. Ele também poderia ser beneficiado com a inversão do ônus da prova por sua condição de vulnerabilidade. Mas, ao chegar ao STJ, a conclusão para a polêmica não deixou dúvidas: a relação entre franqueador e franqueado é uma relação entre duas empresas. É evidente que pode existir aí uma hipossuficiência e disparidade econômica, mas isso não faz com esteja sujeito ao CDC.

Confirmando a intenção de fomento do mercado de franquias, a nova lei traz outra novidade. Agora para exploração da marca pelo sistema de franquia, o franqueador pode ser o titular ou apenas um requerente de direitos dessa marca. Ou seja, desde que comprove ter protocolado um pedido de registro no INPI, o interessado pode desenvolver o seu negócio pelo modelo de franquia. A lei anterior exigia que o franqueador fosse o proprietário de determinada marca, desenho industrial ou propriedade industrial. Ou ainda que tivesse autorização expressa do dono da marca para que pudesse franqueá-la a terceiros.

A mudança é importante, uma vez que um pedido de registro no INPI pode levar de 2 a 3 anos para ser aceito. Caso ao fim do processo, o registro seja negado o contrato está interrompido e, embora a lei não trate de como resolver esse assunto, a COF deve prever o que ocorrerá nessa situação, incluindo multas e penalidades. A relação passa a ser de confiança mútua e de transparência. O franqueador apresenta o risco e o franqueado saberá o que vai acontecer caso o negócio não se concretize no futuro.

Uma outra inovação é que a lei agora vai permitir que esse modelo de negócio possa ser usado também por empresas públicas. O melhor exemplo dessa novidade foi o sucesso da experiência adotada nos Correios, um dos primeiros registros envolvendo entes públicos.

Polêmico, mas não menos interessante é o tratamento que foi dado na lei para a questão da sublocação de ponto comercial. É muito comum que o franqueador tenha determinados pontos comerciais que entende como estratégicos para a expansão do seu negócio. A lei não tratava da sublocação entre franqueador e franqueado, que ficava condicionada ao que dizia a Lei Geral das Locações, especialmente na limitação do valor da sublocação, que não podia ser maior do que a quantia paga pelo franqueador sublocador. A Nova Lei de Franquias agora permite. Ela abre a possibilidade de o franqueador cobrar um valor a mais do franqueado, se ele entender que aquele ponto é estratégico. Outra mudança é a inclusão de franqueador e franqueado no contrato de aluguel, permitindo que ambos solicitem sua renovação.

Com as mudanças na Circular de Oferta de Franquia o legislador procurou homogeneizar o mercado. Tentou trazer previsibilidade incluindo artigos na COF, como o que estabelece regras para o caso do franqueado morrer ou não ter mais interesse em tocar o negócio, o que não era previsto principalmente nos contratos antigos. As regras devem estar previstas na Circular. Pode haver cessão, um filho pode herdar e tocar o negócio, pode haver transferência para um terceiro? As partes vão decidir o que é mais interessante para ambas.

Também tiveram que ser previstas na COF as penalidades, que surpreendentemente muitos contratos não incluíam. Deve estar claro qual será a multa, se haverá penalidade gradativa ou se determinado descumprimento contratual já daria ensejo ao término do contrato. As cotas mínimas de compras estarão igualmente na Circular: serão mensais? Ou o franqueador terá que atingir um limite semestral? Será revista anualmente? De novo, a lei não dirá qual será a regra, mas ela tem que estar prevista.

As regras de concorrência, que vinham sendo reguladas pelo mercado, foram incluídas. Muitas vezes havia concorrência predatória e o franqueador abria outra loja própria próximo à do franqueado, ou franqueava para outra pessoa numa distância mínima. Tudo terá que estar na COF: isso pode acontecer ou haverá exclusividade? Qual o limite territorial mínimo para que seja instalada outra franquias? E para que o possível franqueado entenda a movimentação do mercado, as informações sobre os franqueados desligados nos últimos 24 meses terão de estar disponíveis.

Se o franqueador optar por incluir na COF o fornecimento de inovações tecnológicas para o negócio, ele será obrigado a fornecer o treinamento sem custo ao franqueado. Já previstas na lei anterior, associações de franqueados poderão existir, mas os limites de sua atuação, os poderes, o escopo, estarão nas regras da Circular.

Se ainda assim restarem pontos de divergência, a nova legislação prevê a possibilidade de se utilizar a arbitragem para a solução de conflitos. Embora ainda persista a ideia de que a arbitragem é um procedimento extremamente caro e inacessível para a maior parte das empresas, felizmente ela está em processo de democratização, e não mais restrita a grandes empresas e multinacionais e seus contratos bilionários. A nova realidade agora são câmaras de arbitragem menores, digitais, plataformas de arbitragem online estão em expansão. Um processo judicial que levaria de 10 a 15 anos para ser decidido pode agora ser resolvido em 100 dias úteis e a um custo fixo bem menor. É a “cereja do bolo” da Nova Lei de Franquias. 



ANA JÚLIA MORAES é sócia do escritório WFaria Advogados. Responsável pela área de Contratos e Resolução de Conflitos.



Feminicídio: A vulnerabilidade da mulher diante das mortes motivadas pelo machismo

■ POR TEREZA RODRIGUES VIEIRA E GABRIELA CORDEIRO GRESCHUK

“O fortalecimento das medidas de combate das causas estruturais contribuem para o desencorajamento dos agressores, diminuindo as práticas de violência contra as mulheres. A verdadeira prevenção consiste em desvendar estereótipos de gênero.”

O lugar mais perigoso para a mulher é o lar. Não é novidade que, toda mulher, pelo menos uma vez na vida, já sofreu alguma forma de agressão em razão do gênero, seja em forma de importunação sexual, assédio, violência psicológica ou física.

O número de feminicídios constitui o termômetro da igualdade de gênero em um país. No Brasil, o feminicídio foi a palavra fatal do ano passado e hoje ninguém mais ignora o significado desse termo, pois todos os dias nos deparamos com notícias sobre mortes e graves violências provocadas pelo marido ou companheiro contra a mulher. Se ela o deixa, ele a mata.

Alguns homens ainda não conseguem suportar o fato de que sua parceira existe, independente dele. O sentimento de posse do homem sobre a mulher, o controle, o abuso, a culpabilização e a naturalização da violência contra mulher advêm do machismo enraizado em nossa sociedade. O homem acostumou-se à ideia de visualizar mulheres, especialmente aquelas com as quais estejam envolvidos romanticamente, como objetos, criando uma noção deturpada de posse e propriedade, partindo da premissa de que estas devem ser submissas ao bel prazer do parceiro, não sendo a elas permitido o direito a questionamentos ou negativas, sob pena de morte.

O medo é uma constante na vida das mulheres e, a criação do tipo penal do feminicídio e a pena atribuída ao autor trazem apenas uma sensação de maior eficácia punitiva, mas não tranquilizam as vítimas, que caso sobrevivam, carregarão marcas, ainda que psicológicas, pelo resto de seus dias, ou na vida dos seus familiares, aos quais restará apenas o luto pela perda e a espera pela aplicação da lei.

Destarte, diante da ineficiência do Estado e de suas políticas públicas no combate à violência e quanto à garantia de direitos iguais e de segurança às mulheres, o amparo familiar e social é importante, já que estas precisam de alguma segurança para deixar os ciclos de abusos e romperem o relacionamento abusivo.

VIOLÊNCIA CAUSADA PELO MACHISMO

O papel da mulher na sociedade está ligado ao discurso de gênero, atribuições socialmente construídas que consideram determinados papéis apropriados para as mulheres e os homens. Nesse prisma, papéis de gênero e estereótipos possuem grande importância na reprodução do papel de inferioridade da mulher. Esse papel precisa ser desconstruído e em seu lugar erigida uma nova linguagem para a sua nova representação que contribua para a igualdade de poder e direitos, sem que a mulher tenha que viver sob a égide da autoridade masculina. Estas condutas ligadas aos papéis sociais masculino e feminino colaboram para nutrir a desigualdade de poder e robustecer a intolerância social e institucional contra as mulheres.

Todavia, os estereótipos e discursos reproduzidos pela sociedade não podem mais encontrar eco na coletividade e o direito deve contribuir com normas que combatam a desigualdade de gênero. A bancada religiosa do Parlamento,

principalmente, não parece preocupada com a desigualdade de gênero nem com as minorias vulneráveis. Esta incumbência tem ficado com o Supremo Tribunal Federal, que tem discutido e julgado casos acerca do direito de gênero e das mulheres, viabilizando o reconhecimento de direitos.

A exclusão das mulheres dura séculos, o que fez florescer e fortalecer movimentos feministas para a concretização dos seus direitos, lutando pela libertação da submissão aos homens. Devemos avançar na luta pela afirmação do princípio da igualdade e dos poderes entre homens e mulheres. Igualmente, devemos ocupar espaços que nos pertencem, uma vez que as leis, escritas por homens, não devem replicar conceitos sexistas.

A igualdade formal vem sendo conquistada, mas a igualdade material caminha lentamente. Nossa Constituição Federal de 1988 incorpora expressamente em seu artigo 5º, I, a igualdade entre homens e mulheres.

Os homens que matam e violentam mulheres foram criados por pais que cresceram acreditando na superioridade do homem em relação à mulher, sendo o senhor absoluto da família, exercendo autoridade plena sobre a esposa e os filhos. Lembremos aqui o disposto no art. 226, parágrafo 8º, que estabelece sobre o dever do Estado restringir a violência nas relações familiares, exteriorizado com a violência familiar e doméstica.

As relações de poder, hodiernamente imperantes, ainda sustentam a desigualdade de gênero entre homens e mulheres. É possível que essa disparidade só venha a ser dissipada quando houver igualdade política, econômica e jurídica. Hoje, ainda são os homens quem decidem quais os direitos e em que medida estes devem ser reconhecidos às mulheres.

A desigualdade histórica de direitos é quem influencia o machismo colaborando para a desconsideração cidadã da mulher, condenando-a a violência doméstica e sexual. Os desafios de gênero incluem a desigualdade no congresso, mas nós mulheres temos boa parcela de culpa na pequena representatividade feminina, uma vez que ainda não votamos em mulheres para a maioria dos postos.

Considerando a cultura brasileira, as mulheres necessitam de mais proteção, uma vez estão mais suscetíveis a serem vítimas de violência doméstica e sexual que o homem. Além do aspecto legal, lutar contra feminicídios é, acima de tudo, não fechar os olhos diante do flagelo da violência doméstica em nosso país.

Todas as mulheres sofrem preconceito, embora nem todas na mesma intensidade, em decorrência da classe social, econômica, cultural e política. Para amenizar as situações de violência contra a mulher brasileira, são necessárias políticas afirmativas, considerando a sociedade machista e patriarcal em que vivemos, a qual desequilibra as relações de gênero. Ações afirmativas devem contribuir com a neutralização da situação de desequilíbrio.

A razão de gênero precisa ser considerada na investigação criminal e em juízo. Em boa parte dos casos, o homem emprega diversas formas de violência, podendo ser a violência sexual, psicológica, o cárcere privado, a desfiguração

de partes do corpo, a tortura, a mutilação, mortes aparentemente acidentais etc, todas as mortes evitáveis, por serem causas não naturais.

Na discriminação e violência contra as mulheres, esse modelo de violência abrange interseccionalidade, ou seja, o entrecruzamento de gênero com as características cor, etnia, classe social, idade etc. Assim, a situação de vulnerabilidade da vítima advém da soma e combinação de agentes pessoais e sociais que podem ocasionar a reprodução de valores, tendências, comportamentos e atitudes patriarcais da sociedade na eternização do domínio dos homens sobre as mulheres.

As causas do feminicídio no Brasil são conhecidas, uma vez que as vulnerabilidades são diversas, sendo as principais o gênero, a pobreza e o racismo. A falta de implementação de políticas públicas contra a violência de gênero contribuem para a insegurança. Maior investimento na atuação conjunta da Polícia, da Perícia, do Judiciário e do Ministério Público, na coleta das evidências, possibilitaria o esclarecimento eficaz da autoria e motivações.

BOTÃO DO PÂNICO

Enquanto a violência contra a mulher não cessa, órgãos preocupados com seu alto índice de incidência desenvolvem dispositivos para coibir, precaver e acautelar a sua prática.

No Brasil, vários estados e cidades já colocaram em atividade algum mecanismo de salvaguarda da mulher, além das delegacias especializadas ao atendimento da mulher vítima de violência.

O uso do botão do pânico é um destes mecanismos. Trata-se de um dispositivo eletrônico de segurança preventiva detentor de GPS e registro de áudio. O aparelho é preso a um cinto que pode ser colocado em qualquer parte do corpo da mulher e pode acompanhar a portadora a qualquer lugar. Ao se sentir ameaçada, ela pressiona o botão e uma gravação é realizada, além de conectá-la com uma central.

Em geral, o equipamento é distribuído primeiramente para mulheres vítimas de tentativa de homicídio e lesão corporal grave, com reincidência do agressor, e que estão sob medida protetiva. A Guarda Municipal é ativada e, com a Patrulha Maria da Penha, vai até o local indicado via GPS. Ressalte-se aqui que, a comunicação gravada poderá ser usada como prova contra o agressor.

Em São Paulo, o aplicativo denominado *Guardiã Maria da Penha* aciona a viatura da Polícia Militar mais próxima. Apesar de o aplicativo contribuir na acusação daqueles que não respeitam as medidas protetivas contra mulheres, frise-se aqui que homens e pessoas transgênero podem ser incluídos.

A agressão sexual contra as mulheres pode ocorrer também no trabalho. Pensando nisso, algumas grandes redes de hotéis, como Hyatt e Hilton, por exemplo, já providenciaram a compra de botões de pânico para sua equipe de empregadas, uma vez que a maioria já foi abordada por clientes de forma inadequada.

Ressalte-se aqui que, as mulheres não são responsáveis pela violência que sofrem, portanto devemos banir as expressões “crime passional” ou “drama familiar”, uma vez que ela ocorre em todos os lugares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Urge a necessidade de estabelecer, e por em prática em todo o território nacional, políticas públicas efetivas voltadas aos autores da violência doméstica, proporcionando tratamento psicológico com profundas reflexões quanto aos conflitos internos e externos que resultam nessa violência, bem como desmantelar as raízes arcaicas machistas que ainda se fazem muito presentes na atualidade, começando por uma educação de base com a inserção de conceitos e práticas de respeito e de igualdade de gênero.

Enquanto não houver políticas educativas efetivas de respeito à mulher, continuaremos a ler nas manchetes diárias nomes de mulheres assassinadas por machistas covardes.

É urgente a implementação das diretrizes nacionais, sobretudo nas regiões mais carentes, para que não reproduzam estereótipos ou sofram em decorrência da falta de profissionais qualificados, aumentando assim a sensibilidade na identificação das questões de gênero.

Há que se investir em cursos, sensibilização e capacitação dos profissionais da segurança pública que atuam na investigação de processos de feminicídios objetivando o diálogo interinstitucional e apurando a percepção dos estereótipos de gênero. Isto contribuirá para uma eficaz articulação intersetorial e interinstitucional, otimizando a atuação profissional e mudanças de práticas.

Mister se faz um maior diálogo entre a polícia civil, polícia militar e polícia científica, com um protocolo operacional conjunto e harmônico de atuação. As provas das razões de gênero não devem ser apenas testemunhais, pois com a contribuição das polícias, estas também poderão ser periciais e documentais.

É importante a veiculação de uma cartilha informativa destinada às vítimas sobreviventes, cabendo a Polícia recolher as provas do dano moral e material causados pelo crime, objetivando também a condenação pelos prejuízos causados.

O fortalecimento das medidas de combate das causas estruturais contribuem para o desencorajamento dos agressores, diminuindo as práticas de violência contra as mulheres. A verdadeira prevenção consiste em desvendar estereótipos de gênero.

É sobremaneira importante não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade material, retirando a mulher do seu estado de vulnerabilidade e de subordinação aos homens. 

ARQUIVO PESSOAL



TEREZA RODRIGUES VIEIRA é Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá. Doutorado e Mestrado em Direito Civil pela PUC-SP. Especialização em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP. Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito na Universidade Paranaense – UNIPAR.

ARQUIVO PESSOAL



GABRIELA CORDEIRO GRESCHUK é Assessora da Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul. Ex-integrante de grupos de pesquisa vinculados ao Programa de Iniciação Científica da Universidade Paranaense, UNIPAR.

A mais desprezada entre as ciências?



■ POR JOSÉ RENATO NALINI

“O subproduto será a qualificação da Ciência Jurídica para que alguns órgãos de Estado a considerem no mesmo grau qualitativo das ciências exatas. Será possível aferir os impactos desse projeto, o que reduzirá a distância entre os considerados verdadeiros cientistas e os cultores dessa arte de minorar as aflições humanas, restaurando a higidez jurídica vulnerada por infinitas formas de atentado.”

A se considerar o tratamento que lhe é dispensado pelas instâncias encarregadas de avaliar relevância, a Ciência Jurídica é subalterna a todas as demais. Como se afere o rendimento de um profissional do direito, quando se disponha a repartir seu conhecimento e experiência com o alunado?

A orientação dos órgãos que monopolizam os índices de performance da docência é calcada no evidente predomínio das chamadas ciências exatas ou ciências duras.

Daí os critérios com que é apreciada a produção do docente jurista. Artigos suplantam os livros em importância. Não artigos quaisquer: aqueles publicados em periódicos estrangeiros. Escritos ou traduzidos para outro idioma, de preferência o inglês¹. O parâmetro continua a ser o das ciências exatas, cuja característica primordial é já terem atingido o grau de linguagem universal. E o fator preponderante: o impacto que possam causar na transformação da realidade.

Compreensível o plus conferido a uma descoberta que viabilize a produção de uma vacina. Ou a proposta de uso de material que implique em redução do emprego de substâncias dispendiosas e, simultaneamente, intensifique a edificação de moradias. Ou a invenção de algo que atenda ao anseio coletivo de mitigar as consequências do efeito estufa.

São exemplos que dificilmente ocorrem no âmbito do direito. Uma ciência comportamental, antiga como os primórdios da convivência e que não é tangida pela volúpia da modernidade. Ao contrário, costuma-se qualificar a ciência jurídica de maneira até pejorativa: seria a expressão máxima do conservadorismo, do anacronismo, do procedimentalismo, a consagração da burocracia estéril.

Quando tentam conciliar a profissão jurídica à vida acadêmica, os juristas experimentam uma “relação estremecida com o establishment acadêmico tradicional”², sob o cutelo de “formalismos frios e o filitismo burocrático que podem assolar (e assolam) até mesmo as melhores universidades”³. Há quem persevere e aceite a submissão aos cânones da especialização árida e infrutífera. Outros se recolhem ao quase anonimato do mero cumprimento do dever funcional.

Está explicado por que motivo os luminares da área jurídica não são considerados cientistas no sentido estrito e nunca foram cogitados para a disputa de um Nobel ou de outras láureas que os homens inventam para distinguir suas primícias. Nomes consagrados quais os de Pontes de Miranda, Conselheiro Lafayette, Ruy Barbosa, Santiago Dantas, Vitor Nunes Leal, seriam rotulados como inservíveis para o magistério, pela sua produção insuficiente. Não costumavam publicar em periódicos estrangeiros. Publicaram livros e esta instituição, lembrava Antônio Cândido, no Brasil “não pegou”. Pior ainda a situação de juristas que se restringem ao exercício da jurisdição: decisões interlocutórias, sentenças e votos não seriam científicos, de acordo com os parâmetros de que se servem as entidades que têm o monopólio da avaliação curricular.

Será que a mesma régua serve para medir todas as contribuições humanas para o aprimoramento do convívio e para o crescimento interior de cada ser humano? Afinal, a espécie o tem por criatura racional, cuja potencialidade a deveria animar para contínua caminhada, até o atingimento da plenitude possível. É o que se extrai da vocação de perfectibilidade, natural destino dos seres humanos.

TUDO É CIÊNCIA E CIÊNCIA É TUDO?

Ousaria responder que não. “Há quem reserve para a ciência o monopólio da seriedade, excluindo as demais tentativas de investigação e entendimento do mundo”⁴. O homem ostenta complexidade tal, que a ciência é insuficiente para desvendá-la. A ciência dura não tem todas as respostas. Estas podem se encontrar

em outras áreas do conhecimento, ainda não dotadas de autonomia científica.

Em seu livro “O mundo assombrado pelos demônios”, Carl Sagan provoca o cientificismo: “Querendo ou não, estamos presos à ciência. O melhor é tirar o máximo proveito da situação. Quando chegamos a compreendê-la e reconhecemos plenamente a sua beleza e o seu poder, veremos que, tanto nas questões espirituais como nas práticas, fizemos um negócio muito vantajoso para nós”⁵. Há ironia nessa ponderação. Sagan vê na ciência a tentativa de controlar as coisas, de ter domínio sobre nós mesmos e sugere “um curso obrigatório sobre o pensamento cético e os métodos da ciência no primeiro e segundo anos da faculdade”⁶.

A experiência humana sobre o planeta não se resume à verdade científica. Há um lugar no pensamento para a “não ciência”. “Wittgenstein via na veneração da ciência e de seu método um sinal de decadência de nossa cultura, e chamava a atenção de seus alunos para o que denominava de resultados catastróficos dessa idolatria. Tudo bem ponderado, vemos que enquanto se discute sobre o que é ou não é científico, a pergunta que de fato importa continua sem resposta: o que fazer para modificar o modelo de alteridade que hoje predomina em nossa cultura?”⁷.

Não se pretende aqui fazer comparação entre as ciências exatas e as ciências humanas. Nem sequer explorar aquela tendência a reduzir a exatidão das áreas *duras*, para concluir que elas não são exatamente exatas... Isso não é novidade e muitos já o fizeram com êxito.

O propósito é mais restrito e mais singelo. Refletir sobre a falta de comunicação reinante no universo jurídico, espaço endógeno em que se repete à exaustão idêntico discurso para idêntico auditório.

A NARRATIVA DA CIÊNCIA JURÍDICA

Nós, juristas, falamos para nós mesmos. As tentativas para simplificar o acesso do jejuno ao intrincado e movediço chão do direito são frustradas, porque temos talento imenso e prazer ainda maior em sofisticar⁸. Quando não, em sofismar. Grande parte das vítimas do formalismo não conseguem compreender porque um problema concreto deixou de ser resolvido mediante uso de linguajar técnico para muitos ininteligível.

Por que simplificar, se é tão mais fácil complicar? Aprofundamo-nos, nos especializamos, sabendo cada vez mais sobre cada vez menos. Essa a noção simplória de especialização, que também acometeu a medicina.

Perdemos contato direto com a realidade. Só nos interessa o mundo judicializado. Satisfazemo-nos com a versão constante dos autos, não a verdade real, presente apenas no discurso. Continuamos fiéis ao “non quod non est in actis non est in mundo”. Por causa disso, ficamos isolados, permanecemos no nosso gueto. A cultura contemporânea, porém, está em dinâmica mutação. Nem sempre – ou quase nunca – nos apercebemos do fenômeno. O risco, ao se romper contato com a cultura, é ficar falando sozinho e perder a estratégia de se comunicar.

Atribui-se a Peter Drucker a afirmação: “Culture eats strategy for lunch everyday”, ou seja: a cultura se alimenta de estratégia a cada almoço. Ávidos por teorizar, já não sabemos transitar na fronteira entre teoria e pragmatismo, entre pensamento e ação.

A educação jurídica ainda não sofreu a profunda reformulação estrutural que os tempos reclamam. Ela replica o velho esquema de ensino/aprendizado e isso restou superado. “A educação para a repetição e para a mensuração foi mais ou

menos útil durante longos anos, durante os quais o que se exigia das pessoas era apenas a disciplina, o cumprimento de regras e um grau de especialização o mais alto possível. Para atingir esses objetivos, tornou-se necessária uma educação para as certezas, não para as dúvidas, e um adestramento para a estabilidade, não para a mudança”⁹. Mariotti observa que caímos em nossa própria armadilha. Continuamos a fazer aquilo que sabemos e os detentores de cargos de comando são produto consumado desse velho esquema.

Persistimos a gerar milhares de bacharéis que inundarão os tribunais com ações que levarão anos – ou até décadas – para terminar. Sem qualquer garantia de que a parte presumivelmente certa venha a levar a melhor. Esse é um impacto negativo que poderia ser objeto de atenção e merecer tratamento consentâneo com a necessidade de reformulação do ensino jurídico.

Durante algum tempo, ainda haverá mercado para as centenas de milhares de bacharéis em direito arremessados ao mercado de trabalho a cada semestre. Os advogados que conseguiram vencer a barreira do Exame da OAB já superaram o milhão. Mas é inevitável que o modelo venha a se exaurir. Sobreviverão, então, aquelas instituições que anteviram o cansaço da fórmula e se adequaram às urgências de um mundo impactado pela Quarta Revolução Industrial.

Os educadores jurídicos sensíveis – e são muitos – têm a oportunidade e o dever ético de encarar o complexo desafio e de oferecer opções para as novas gerações. Mas falta disseminar o alerta, hoje contido em círculos de modesto alcance. O que não se propaga não está vivo. Por isso, cumpre arregimentar voluntários que disseminem a urgência da mudança.

Nossa penetração no mundo real é discreta e reduzida. A comunicação foi setor profundamente afetado pelo advento das novas tecnologias. Vivencia-se, queira-se ou não, “um modelo híbrido e emergente de circulação em que um mix de forças de cima para baixo e de baixo para cima determina como um material é compartilhado, através de culturas e entre elas, de maneira muito mais participativa (e desorganizada)”¹⁰.

Um exemplo torna muito clara a nova situação comunicacional do planeta, que se tornou rotineira no nosso Brasil de 265 milhões de mobiles para 210 milhões de habitantes. Quem não recebeu vídeos de críticas a Ministros do STF, cenas de juízes ríspidos com testemunhas e silentes diante de réus audaciosos, gráficos a respeito do custo do sistema Justiça?

Acrescentem-se as reiteradas denúncias de “malfeitos” perpetrados por magistrados, sobretudo em relação a presumível obtenção de vantagens legais, mas imorais e até à venda de decisões.

Ora, o fenômeno evidencia a necessidade de adoção de um padrão participativo de cultura, até o momento ausente do universo Justiça. O destinatário não é mero consumidor de mensagens pré-construídas. Ele é também produtor: molda, compartilha, reconfigura, remixa conteúdos e não tem ideia do alcance da disseminação que supera a própria “tribo”, mas atinge partícipes em quantidade insuspeita.

Enquanto o conteúdo detonador viraliza, a aderência das respostas oficiais é mínima. Desmentir passa a ser tarefa hercúlea e sempre se reveste de aparência “chapa branca”. Prevalece a primeira versão, ainda que os envolvidos possam considerá-la “Fake News”.

Os juristas se descuidaram de levar a sério a comunicação. Tão absortos em produzir doutrina, em interpretar com óculos velhos a lei nova, nunca lhes ocorreu

identificar o que leva as pessoas a propagar informações sobre o funcionamento da Justiça. Sejam elas verazes ou falaciosas.

A PROPAGAÇÃO DE DADOS

Sabe-se que “as pessoas tomam uma série de decisões de base social quando escolhem difundir algum texto na mídia: vale a pena se engajar nesse conteúdo? Vale a pena compartilhar? É de interesse para algumas pessoas específicas? Comunica algo sobre mim ou sobre meu relacionamento com essas pessoas? Qual é a melhor plataforma para espalhar essa informação? Será que deve circular com uma mensagem especial anexada?”¹¹.

A propagação do indesejável pelas mídias é um ponto de contato entre as ciências comportamentais e as ciências exatas. O caso emblemático é a biologia. Pois é comparável a “viralização” de uma notícia, com as pandemias causadas pelos vírus que assombram a humanidade neste século XXI.

Na visão de Rushkoff,

“Os vírus da mídia se espalham através da datasfera do mesmo modo que os vírus biológicos se espalham pelo corpo ou por uma comunidade. Mas, em vez de trafegar por um sistema circulatório orgânico, o vírus da mídia viaja através das redes do mídiaespaço. A “casca proteica” de um vírus da mídia pode ser um evento, uma invenção, a tecnologia, um sistema de pensamento, um tema musical, uma imagem visual, uma teoria científica, um escândalo sexual, um estilo de roupas ou até mesmo um herói pop – desde que seja capaz de chamar nossa atenção. Qualquer uma dessas cascas que envolvem o vírus da mídia buscará na cultura popular algum encaixe receptivo e se fixará em qualquer fresta onde for notado. Assim que está fixado, o vírus injeta seus interesses e propósitos mais dissimulados no fluxo oficial de dados na forma de algum código ideológico, não como genes, mas como um equivalente conceitual que atualmente denominamos “memes”¹².

A ideia de “meme” já fora citada por Richard Dawkins, ao observar:

“Tal como os genes se propagam no pool gênico saltando de corpo para corpo através dos espermatozoides ou dos óvulos, os memes também se propagam no pool de memes saltando de cérebro para cérebro através de um processo que, num sentido amplo, pode ser chamado de imitação. Se um cientista ouve ou lê sobre uma boa ideia, transmite-a aos seus colegas e alunos. Ele a menciona nos seus artigos e nas suas palestras. Se a ideia pegar, pode-se dizer que ela propaga a si mesma, espalhando-se de cérebro para cérebro”¹³.

Já experimentamos isso no Brasil recente. Polarização ideológico-partidária causa enfrentamentos atroz. No âmbito da família, da escola, do trabalho e até da Igreja. Somos algozes e vítimas simultaneamente? Auxiliamos a disseminação da injúria, da afronta, do covarde ataque ou somos agentes pacificadores?

A noção de cordialidade, equívoco na leitura de “Raízes do Brasil” de Sérgio Buarque de Holanda – que se inspirou em Ribeiro Couto¹⁴ – leva a considerar o espírito jocoso do brasileiro como algo inocente, quase *naïf*, a ingenuidade de um povo brincalhão e bem-humorado. Só que esse brasileiro simpático exercita hoje “a polarização que se converte em intolerância e agressão, ... Misturando-se confusamente com as rugas entre esquerda e direita, com a luta política cotidiana, a

ênfase na identidade tornou-se combustível adicional para a exasperação verbal, a fragmentação política e o enfraquecimento da democracia”¹⁵.

Há uma outra vertente. Até científica, na concepção de Humphrey, mencionado por Dawkins, que dizia:

“os memes devem ser considerados estruturas vivas, não apenas metafórica, como também tecnicamente. Quando planta um meme fértil na minha mente, você literalmente parasita o meu cérebro, transformando-o num veículo de propagação do meme, da mesma maneira que um vírus pode parasitar o mecanismo genético de uma célula hospedeira. E isso não é apenas modo de dizer – o meme para “a crença na vida depois da morte”, por exemplo, é de fato efetuado fisicamente, milhões de vezes seguidas, como uma estrutura aos sistemas nervosos de seres humanos individuais espalhados por todo o mundo”¹⁶.

Essa propagação é um fato inconteste na comunidade científica e, de certa forma, os juristas a copiam. “Cite-me e eu cito você no meu artigo, no meu livro, na minha decisão!”. Em nome da polidez, da reverência à autoridade intelectual, desenvolve-se um intercâmbio muito interessante para pesquisas antropológicas, sociológicas e psicológicas no âmbito da produção bibliográfica de matiz jurídico.

Mas os estudiosos das exatas, privilegiados pelo uso disseminado da linguagem universal, estão anos luz à frente da comunidade do direito. Ela tem de romper o lacre, sair do “quintalzinho” das ciências jurídicas e enfrentar o repto de uma comunicação que tem falhado muito.

Experimente-se aferir a afeição que o brasileiro devota a seu sistema Justiça e quem está atento aos rumos da sociedade inconformada não terá surpresa. A perplexidade estará por conta dos ensimesmados, alheios à profunda mutação pela qual passa o planeta e afeta os que nele vivem.

DESTRAVAR A COMUNICAÇÃO

O tema “comunicação” entrou no radar dos mais atilados. O STF começou a transmitir suas sessões *full time*. Outros tribunais seguiram a trilha do órgão de cúpula do Judiciário.

É insuficiente manter sites e transmitir notícias, para fazer com que a ciência jurídica alcance o glamour das ciências exatas. São estratégias que já produziram aquilo a cuja finalidade se destinavam. Hoje o diálogo tem múltiplas portas e plataformas. Praticamente tudo chega online pelos smartphones, celulares, tablets e outros equipamentos eletrônicos.

Ainda não se acordou para o fato de que, “as velhas mídias não morreram. Estamos numa época de grandes transformações, e todos nós temos três opções: teme-las, ignorá-las ou aceita-las”¹⁷.

É conhecida a resistência da comunidade jurídica em assimilar a profunda mutação do mundo. A casamata da ortodoxia e fidelidade à sólida estrutura dogmática romano-germânica parece suficientemente forte para que o jurista se esconda e continue a responder, com as antigas fórmulas, as instigantes indagações contemporâneas.

Tudo hoje é muito acelerado. “Quando o mundo mudava devagar, olhar para o futuro era uma arte mística, envolta em segredos, extraída de entranhas, e quase sempre incorreta. Mas hoje o mundo está mudando muito rapidamente. Como

William Gibson observou muitas vezes, para ver como o mundo será em breve, basta olhar para aqueles que já adotaram o futuro: os usuários pioneiros¹⁸.

Somos todos usuários das mídias. Impossível deixar de ser continuamente massacrado por infinitas receitas para disseminar fatos, informações, verdades e inverdades. Tornamo-nos “pessoas que vivem em qualquer país onde haja indivíduos e organizações que assistam, leiam ou utilizem tevês, livros, computadores, celulares, revistas ou qualquer outra interface para se comunicar, se divertir, educar, vender produtos e ideias¹⁹”.

A comunicação do sistema Justiça não soube ainda aproveitar essa onda irreversível e parece naufragar, quando poderia obter subsistência se nela conseguisse surfar. É urgente encarar três conceitos e procurar implementá-los: convergência dos meios de comunicação, cultura participativa e inteligência coletiva.

O que significa a convergência? Para Jenkins, “é uma palavra que consegue definir transformações tecnológicas, mercadológicas, culturais e sociais, dependendo de quem está falando e do que imaginam estar falando²⁰”. Já estamos entranhados na convergência, o “fluxo de conteúdos através de múltiplas plataformas de mídia, a cooperação entre múltiplos mercados midiáticos e o comportamento migratório dos públicos dos meios de comunicação, que vão a quase qualquer parte em busca das experiências de entretenimento que desejam²¹”.

A circulação de conteúdos está condicionada à participação ativa dos consumidores da produção midiática. Não há mais inércia ou passividade dos espectadores. Hoje eles são partícipes. É algo interno, fenômeno da consciência do destinatário da notícia. “Cada um de nós constrói a própria mitologia pessoal, a partir de pedaços e fragmentos de informações extraídos do fluxo midiático e transformados em recursos através dos quais compreendemos nossa vida cotidiana²²”.

A inteligência coletiva foi conceito de Pierre Lévy, o “pai da cibercultura”: “nenhum de nós pode saber tudo; cada um de nós sabe alguma coisa; e podemos juntar as peças, se associarmos nossos recursos e unirmos nossas habilidades. A inteligência coletiva pode ser vista como uma fonte alternativa de poder midiático²³”.

Já fazemos isso, mas na esfera do entretenimento. Por que não avançar e aplicar tais habilidades para propósitos mais consistentes? A produção coletiva de significados pode mudar o funcionamento de vários sistemas, inclusive aquele que congrega as plúrimas atividades e funções genericamente denominadas “Justiça”.

Talvez seja fácil convencer os integrantes do sistema que se preocupam com o futuro das instituições, de que é necessária a cultura da convergência, com a participação ativa das pessoas. Não apenas interagir, mas participar de fato. Quanto já não se falou em “participação popular na administração da Justiça” e nada se fez para a sua implementação? Afinal, Justiça é instrumento para a consecução de bens da vida essenciais à dignidade humana. Falta acréscimo em dignidade a patrimônios jurídicos lesados, que obriguem os prejudicados a recorrer ao Judiciário. Torna-los partícipes reais na restauração dos interesses feridos contribuirá não apenas com o resgate do prestígio do Judiciário, mas conferirá salto qualitativo à Democracia brasileira.

O que talvez ainda não tenha tido adequada absorção é o *como* implementar a nova cultura. Todos ainda temos muito a aprender quanto à criação e manutenção de um relacionamento significativo e recíproco da Justiça e de seus utentes. Algumas raras iniciativas permitem identificar a lógica orientadora de alguns Tribunais e entidades de classe da categoria. Falta escala, quando pensamos em uma nação

com mais de 210 milhões de habitantes, em crescente expansão da desigualdade e da exclusão. Ou seja: a maior parte do Brasil é recorrente usuária dos serviços forenses e pode-se garantir, não está satisfeita com eles.

Talvez houvesse lugar para projetos com objetivos pedagógicos explícitos. Começar pelas crianças, ainda ingênuas e sensíveis. Não contaminadas pela disseminação da generalizada descrença na capacidade saneadora das injustiças que o ordenamento cometeu ao Judiciário.

O foco seria o desenvolvimento das habilidades que as crianças vão necessitar para a plena participação na cultura da convergência. São muitas e conhecidas: a adaptabilidade, a empatia, a tolerância, a alteridade, a capacidade de aliar seu conhecimento ao de outros em atuação cooperativa, compartilhar e comparar sistemas de valores por meio da avaliação de questões éticas, formar conexões, exprimir suas interpretações e sentimentos. Desenvolver a sensibilidade, sobretudo.

Investir nas chamadas “competências socioemocionais”, das quais a educação formal se distanciou, ao priorizar o adestramento e o treino mnemônico. Em outros países, há experiências em curso e são promissoras. Jenkin relata o projeto *Daily Prophet*, reconhecendo que:

“O extraordinário nesse processo, no entanto, é que ele ocorre fora da sala de aula e sem qualquer controle adulto direto. Crianças estão ensinando crianças o que elas precisam saber para se tornarem participantes plenas da cultura da convergência. Cada vez mais, educadores estão começando a valorizar o aprendizado que ocorre nesses espaços recreativos informais, especialmente educadores que são contra as restrições ao aprendizado impostas por políticas de educação, que aparentemente só valorizam aquilo que pode ser calculado em exames padronizados”²⁴.

As instituições jurídicas constituem um celeiro de vocações singulares. O treino diário com a palavra multiplica os literatos, decorrência natural do acúmulo de questões submetidas à apreciação dos juristas e solucionadas mediante bom uso da palavra. Mas há também os gestores, os educadores, os apaixonados pela cibernética, pela eletrônica e informática, pela vida virtual. Os especialistas em crianças, os inventores de soluções eficientes para problemas aparentemente insolúveis.

Todo esse patrimônio pode e deve ser aproveitado para a missão salvífica do Judiciário. Nada mais precisa ser criado. O equipamento está pronto, em funcionamento e disponível para novas atribuições.

Houve um tempo em que a tentativa de criar *Escolas da Magistratura*, organismos de preparação e capacitação permanente de juizes, foi considerada um despropósito²⁵. Hoje funcionam, em todos os Estados e em todas as Justiças, além das instituições coirmãs, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Polícia – civil e militar – e as delegações extrajudiciais, consistentes núcleos de ensino e aprendizagem.

Tudo já está com estrutura suficiente para abrir nova e importante vereda: treinar a infância e a juventude para compartilhar angústias e sonhos, numa participação ativa que propicie a cultura da convergência. O intuito está compatível com a vocação das Escolas: edificar um convívio solidário e harmônico.

O subproduto será a qualificação da Ciência Jurídica para que alguns órgãos de Estado a considerem no mesmo grau qualitativo das ciências exatas. Será possível aferir os impactos desse projeto, o que reduzirá a distância entre os considerados *verdadeiros cientistas* e os cultores dessa arte de minorar as aflições humanas, restaurando a higidez jurídica vulnerada por infinitas formas de atentado.

Sem o protagonismo dos próprios interessados, todavia, não surgirá esse reconhecimento, pois consolidada no pensamento e na cultura brasileira a crônica e resignada subalternidade dos juristas. ■

NOTAS

- 1 O inglês, em nosso século, assumiu a missão longevamente cometida ao esperanto: ser o idioma universal, tecla de correção da Babel bíblica.
- 2 WOLF, Eduardo. *A busca pelo sublime de George Steiner*, in *Aliás – Literatura*, OESP, 9.2.2020, p. E4.
- 3 WOLF, Eduardo, op. cit., idem, ibidem.
- 4 MARIOTTI, Humberto. *As paixões do ego. Complexidade, política e solidariedade*. 3. ed., São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 140.
- 5 SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 28.
- 6 SAGAN, Carl. Op. cit., idem, p. 320.
- 7 MARIOTTI, Humberto. Op. cit., idem, p. 144.
- 8 Ressalve-se a louvável iniciativa do TJSP, que veicula pelas redes o seu “Juridiquês não tem vez”.
- 9 MARIOTTI, Humberto. Op. cit., idem, p. 149.
- 10 JENKINS, Henry, GREEN, Joshua e FORD, Sam. *Cultura da Conexão*, São Paulo : Editora Aleph, 2014, p. 24.
- 11 JENKINS, Henry et alii, op. cit., idem, p. 37.
- 12 RUSHKOFF, Douglas, *Second Sight: the internet is not killing off conversation but actively encouraging it*, Guardian, 28.6.2000, disponível em <http://www.guardian.co.uk/technology/2000/jun/29/onlinesupplement13>.
- 13 DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*, São Paulo : Companhia das Letras, 2007, p. 330.
- 14 BORTOLOTTI, Marcelo, organizador. *Correspondência Carlos Drummond de Andrade e Ribeiro Couto*, São Paulo : Editora Unesp-Imprensa Oficial, 2019, p. 11: Sobre Ribeiro Couto, diz o autor: “Sua influência pesou sobre outros autores. É criação sua, por exemplo, o conceito de “homem cordial”, desenvolvido por Sérgio Buarque de Holanda no livro *Raízes do Brasil*”.
- 15 NOGUEIRA, Marco Aurélio. *A voz dissonante de Risério*, a comentar o livro *Sobre o Relativismo Pós-moderno e a fantasia fascista da esquerda identitária*, do antropólogo Antônio Risério, in *Aliás-Cultura*, OESP, 09.2.2020, p. E2.
- 16 HUMPHREY, N, *The Inner Eye*, Londres : Faber and Faber, citado por DAWKINS, Richard, op. cit., idem, p. 330/331.
- 17 WARSHAW, Mark. *Uma bússola num turbulento mar de transformações*, in JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed., 4ª reimpressão, São Paulo : Editora Aleph Ltda., 2009, p. 10.
- 18 YAKOB, Faris, *Prefácio* a JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*, cit., p. 13. O prefaciador ainda atribui a William Gibson a frase: “O futuro chegou. Só não está distribuído de forma equilibrada”.
- 19 MOTA, Maurício, *Os alquimistas estão chegando (ou: fazer é melhor do que só falar)*, nota à edição brasileira de *Cultura da Convergência*, cit., idem, p. 19.
- 20 JENKINS, Henry, *Cultura da Convergência*, cit., idem, p. 29.
- 21 Idem, ibidem.
- 22 Idem, p. 30.
- 23 Idem, ibidem.
- 24 Idem, p. 249.
- 25 Quando da criação da Escola Paulista da Magistratura, ao tempo em que o TJSP era integrado por 36 desembargadores – (hoje são 360!) – um deles proclamou: “Educação é tarefa do Ministério da Educação e não do Judiciário! Nós existimos para julgar!”.





Substituição dos depósitos recursais pelo seguro garantia judicial: uma alternativa em tempos de crise

■ POR RAFAEL FAZZI

“Diante da recente decisão do CNJ, é de se esperar que diversas empresas busquem no Judiciário Trabalhista a substituição do depósito recursal pelo seguro garantia judicial, tal como algumas fizeram logo após a decisão liminar do CNJ e obtiveram autorização para efetuar a substituição, com o respectivo levantamento dos depósitos recursais.”

Em época de *lockdown*, diante do reconhecimento pelo Estado de situação de calamidade pública causada pela pandemia de Covid-19, diversos setores da economia foram obrigados a fechar suas portas durante o período de “quarentena”, no intuito de reduzir a proliferação do vírus e o contágio dos trabalhadores e de seus familiares.

Perante essa situação, muitas empresas, das maiores às menores, ficaram sem poder produzir, vender e/ou receber. Não fosse suficiente, as contas não desaparecem: pagamento de salários, fornecedores, empréstimos, e assim por diante, continuam sendo devidos.

O Estado, por sua vez, não tem encontrado alternativas satisfatórias para enfrentar os efeitos econômicos da atual crise, não obstante haver algumas medidas de natureza tributária e outras na esfera trabalhista.

Uma das possibilidades que se apresenta para que os empresários possam minimizar os impactos financeiros, sobretudo no fluxo de caixa, é o “resgate” dos depósitos recursais existentes nas reclamações trabalhistas.

Conforme já tratamos recentemente em outro artigo (Seguro Garantia Judicial – Uma Alternativa aos Depósitos Judiciais), a reforma trabalhista, copiando o quanto já era previsto no Código de Processo Civil, passou a incluir a possibilidade de se utilizar o chamado ‘seguro garantia judicial’ nas ações trabalhistas.

Ocorre que o Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT nº 1/2019, que regulamentou os requisitos mínimos necessários das apólices para utilização do seguro na Justiça do Trabalho, contém expressa previsão em seus arts. 7º e 8º de que os depósitos já realizados não poderiam ser substituídos pelo seguro, ou seja, a empresa não poderia apresentar uma apólice e requerer o levantamento dos valores que já estavam à disposição da Justiça.

Contudo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao julgar o mérito da Ação nº 0009820-09.2019.2.00.0000 no último dia 27, confirmou, por maioria, a decisão liminar proferida em fevereiro deste ano, que suspendia os efeitos dos arts. 7º e 8º que, até então, impediam a substituição do depósito recursal pelo seguro garantia judicial, julgando o mérito da questão.

Conforme muito bem destacado pelo Conselheiro Dr. Mário Guerreiro, responsável pela concessão da decisão liminar e pelo voto de divergência que venceu em plenário, a CLT faz expressa referência ao Código de Processo Civil e este, por sua vez, possui previsão clara de que “para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial (...)”. Outro ponto destacado pelo Conselheiro é de que os artigos impugnados, além de violarem os princípios da legalidade e da independência funcional da magistratura, também trazem consequências econômicas negativas de grande repercussão, inclusive para a economia nacional. Assim, decidiu-se, agora com julgamento de mérito, ser possível a substituição dos depósitos recursais pelo seguro garantia judicial.

Diante da recente decisão do CNJ, é de se esperar que diversas empresas busquem no Judiciário Trabalhista a substituição do depósito recursal pelo

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

seguro garantia judicial, tal como algumas fizeram logo após a decisão liminar do CNJ e obtiveram autorização para efetuar a substituição, com o respectivo levantamento dos depósitos recursais.

E a tendência é justamente esta, principalmente após esta confirmação pelo plenário do CNJ, de que o Judiciário permita a substituição dos valores recolhidos a título de depósito recursal pelas apólices do seguro garantia judicial, possibilitando que grande volume financeiro reverta às contas bancárias das empresas. Logo, não apenas um valor expressivo será injetado na economia, mas principalmente um valor que até então se considerava muitas vezes “perdido” pelos empregadores, poderá contribuir de forma significativa para a manutenção da saúde financeira das empresas, e, como consequência, da própria economia brasileira.

Cabe lembrar que isso não significa que os empregadores estarão isentos de efetuar os depósitos determinados nos litígios existentes na Justiça do Trabalho. Ao contrário: o seguro garantia judicial, para ser aceito, deve cobrir valor 30% superior ao que deveria ser depositado em dinheiro, bem como deve ser emitido por seguradora credenciada.

Para a apólice ser aceita e possibilitar o levantamento dos valores depositados, é imprescindível que seja emitida por seguradora idônea e devidamente autorizada a funcionar no Brasil, e atenda os seguintes requisitos:

| |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• O valor segurado inicial deverá ser igual ao montante da condenação, acrescido de no mínimo 30%, observados os limites estabelecidos pela Lei nº 8.177 e pela Instrução Normativa 3 do TST; |
| <ul style="list-style-type: none">• Conter previsão de atualização dos valores pelos índices legais aplicáveis aos débitos trabalhistas; |
| <ul style="list-style-type: none">• Manutenção da vigência do seguro, mesmo quando o contratante não houver pago os prêmios nas datas convencionadas; |
| <ul style="list-style-type: none">• Referência ao número do processo judicial; |
| <ul style="list-style-type: none">• Valor do prêmio; |
| <ul style="list-style-type: none">• Vigência de no mínimo 3 anos; |
| <ul style="list-style-type: none">• Estabelecimento das situações caracterizadoras da ocorrência de sinistro; |
| <ul style="list-style-type: none">• Endereço atualizado da seguradora e |
| <ul style="list-style-type: none">• Cláusula de renovação automática. |

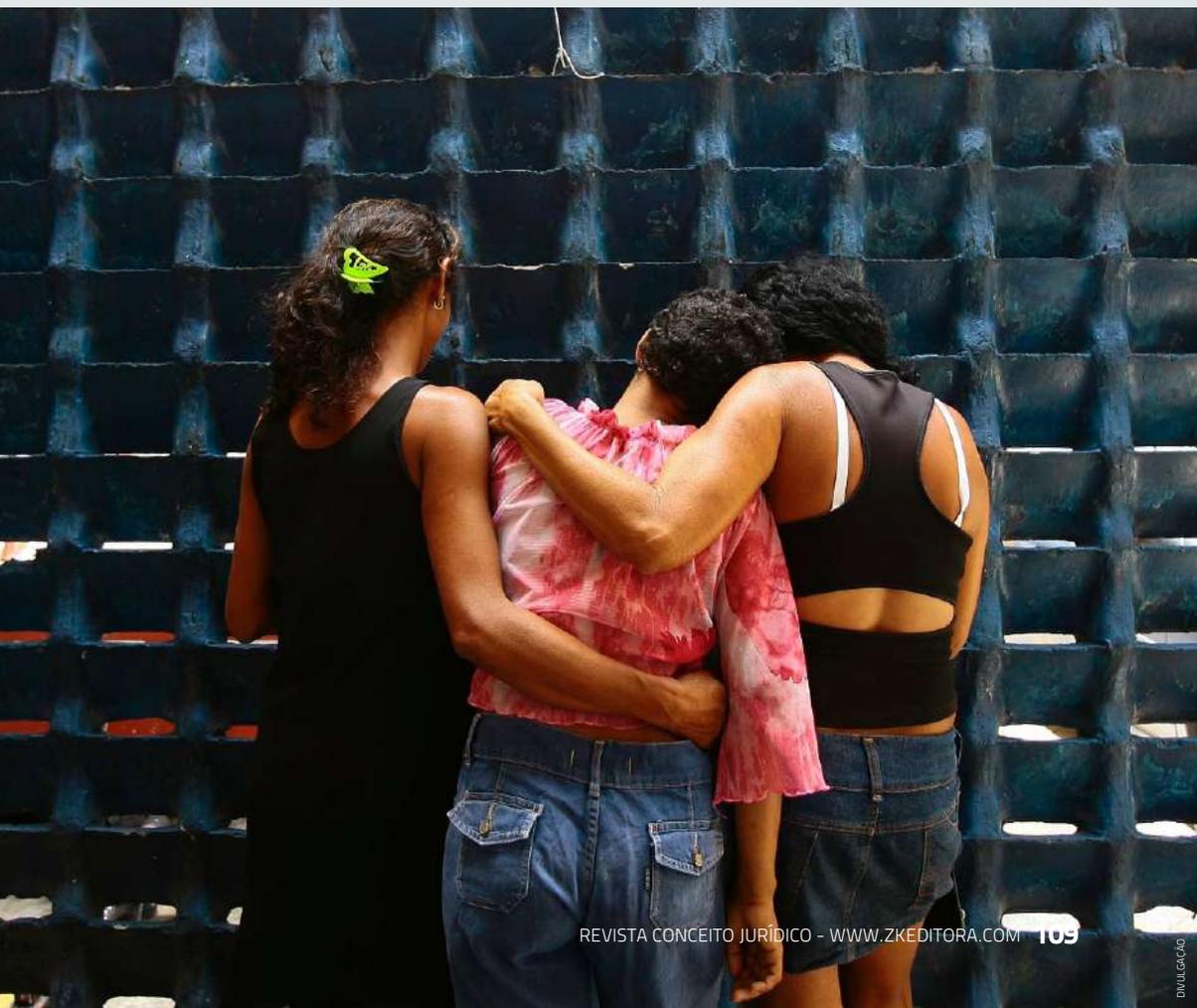


RAFAEL FAZZI é Advogado do Departamento Trabalhista da Andersen Ballão Advocacia.

Abuso de autoridade e promiscuidade carcerária (art. 21 da Lei nº 13.869/19)

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“O caso paradigmático da Juíza que permitiu a permanência de uma garota numa cela com 30 homens, a qual foi torturada e estuprada por vários dias, não se esgota na questão da divergência sexual. A vítima também era uma adolescente que foi mantida em meio a prisioneiros maiores. A absurdidade da situação certamente foi inspiração para a redação tanto do “caput” como do Parágrafo Único ora em comento.”



O art. 21, “caput” da Lei nº 13.869/19 incrimina a conduta de quem mantém presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento.¹

Certamente a inspiração de tal dispositivo se encontra em caso emblemático ocorrido no Pará quando uma Juíza de Direito permitiu que uma adolescente ficasse confinada em uma cela com 30 (trinta) homens. Disso resultou o óbvio. A adolescente foi torturada e violentada sexualmente. E, quase dez anos depois, a magistrada recebeu uma suspensão de dois anos, sem prejuízo dos vencimentos, pelo CNJ. A absoluta impunidade imperou magistralmente. Interessante notar que essa impunidade praticamente absoluta somente prevaleceu para a magistrada, porque os três Delegados de Polícia envolvidos no caso foram demitidos, perderam os cargos.²

Com o novo dispositivo é previsto agora um crime que tem por objeto a tutela da Administração Pública, da integridade física, da vida, da liberdade sexual, da dignidade da pessoa humana. Entretanto, considerando a barbaridade e até mesmo a insanidade dessa espécie de abuso, consideramos que a pena prevista é por demais branda (mera detenção, de 1 a 4 anos, e multa).

A proibição é bilateral, ou seja, não é possível manter presa uma mulher com homens e nem um homem com mulheres. Tutela-se agora também no cenário criminal o dispositivo constitucional e da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) que determina a separação de sexos nos estabelecimentos penitenciários ou de detenção provisória (vide art. 5º, XLVII, CF c/c art. 82, § 1º, LEP). Neste passo é bom lembrar que ao referir-se genericamente a “presos”, a prisão poderá ser definitiva ou provisória ou mesmo civil (dívida alimentícia) ou militar.

Os locais de recolhimento são, conforme a redação típica, a “cela” ou “espaço de confinamento”. Quanto à “cela” não parece haver dúvida sobre do que se trate. A expressão “espaço de confinamento” é incluída a fim de possibilitar a chamada “interpretação analógica” ou “intra legem”,³ impedindo que outros locais de custódia ou detenção, ainda que temporária, ficassem de fora da tipificação devido à legalidade estrita. Conforme bem esclarece Souza:

A parte final do *caput* fala em *espaço de confinamento* de modo a impedir que pessoas de diferentes sexos e idades sejam mantidas, conjuntamente, em qualquer unidade de encarceramento, como salas de distritos policiais ou unidades para execução de prisão especial como a sala de Estado – Maior das Forças Armadas ou ambiente construtivo de viatura policial etc. (grifos no original).⁴

Inclusive, considerando a amplitude da expressão “espaço de confinamento”, é possível entender que a palavra “preso” pode ser estendida também “aos capturados e aos detidos”, considerando que “na etapa policial do processo penal” podem “ser encarcerados e conduzidos em compartimentos veiculares de constrição”.⁵

Entendemos que, embora, como já dito, o tipo penal em estudo seja por demais brando em seu preceito secundário, há possibilidade de responsabilização da pessoa que mantém presos de ambos os sexos juntos, na figura de participação com dolo eventual em crimes de lesão corporal, homicídio, estupro etc., configurando concurso material ou, pelo menos, formal impróprio de infrações (inteligência dos arts. 29, 69, 70 “in fine” e 18, I, “in fine”, todos do Código Penal). Além disso, em casos

nos quais o preso(a) vem a experimentar privações e intenso sofrimento, como, por exemplo, aquele mesmo caso paradigmático em que a adolescente foi submetida a sevícias, abusos sexuais, espancamentos, queimaduras, humilhações etc., nada impede a responsabilização de todos os implicados por crime de tortura de pessoa presa ou submetida a medida de segurança, conforme descrito no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97. Nessa situação, embora o caso enfocado tenha sido certamente a motivação para a criação do tipo penal da Lei de Abuso de Autoridade em estudo, entendemos que se deva afastar o crime do art. 21 da Lei nº 13.869/19 e prevalecer a tipificação do crime de tortura, sem prejuízo do concurso material ou, no mínimo, formal impróprio, com outros delitos, conforme já exposto. Note-se que no caso de crianças ou adolescentes, bem como mulheres grávidas, deficientes e idosos haverá causa de aumento de pena prevista na Lei de Tortura (art. 1º, § 4º, I, da Lei nº 9.455/97). Outra causa de aumento será o fato de o sujeito ativo ser agente público, conforme art. 1º, § 4º, I, da Lei de Tortura. Não se tratará de mera omissão perante a tortura, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97, eis que se estamos tratando da conduta descrita inicialmente no art. 21 da Lei de Abuso de Autoridade, deverá o infrator “manter” a pessoa presa indevidamente com outras do sexo oposto. Ora, o verbo “manter” é comissivo, indica ação e não omissão, ao passo que o crime do art. 1º, § 2º, da Lei de Tortura é um crime omissivo próprio. No caso do verbo manter, o máximo que pode acontecer é a conduta omissiva imprópria ou comissiva por omissão.

Por felicidade o legislador se referiu à criminalização da manutenção em confinamento conjunto de presos de “sexo” diverso, não utilizando o conceito proterico e absolutamente indefinido de “gênero”. Portanto, o que importará será o sexo fisiobiológico das pessoas e não sua apreciação subjetiva quando ao gênero a que pertencem ou a que pretendem pertencer.

Efetivamente não é possível guiar uma conduta impeditiva de abusos por sendas psicologistas e subjetivistas. Isso seria um norte absurdo, ou melhor, uma falta absoluta de norte, colocando em grave risco as pessoas envolvidas.

Nos discursos da chamada “Ideologia de Gênero” é possível encontrar afirmações como as de Judith Butler, a qual atribui a meras “práticas reguladoras” a criação do que chama de “ficções médicas contemporâneas para designar um sexo unívoco”. E mais, com a sugestão de que até mesmo a “morfologia seria consequência de um sistema conceitual hegemônico”.⁶ Essa psicologização, mesclada com culturalismo, subjetivismo, relativismo, idealismo e delírios pretende impor a ideia de que sequer é possível identificar morfologicamente uma vagina ou um pênis. Tudo não passaria de convenções baseadas em ficções, configuradas por um pensamento hegemônico opressor. Butler sequer admite haver possibilidade de identificar o que constituiria a categoria básica de um universal a que se possa denominar de mulher. Afirma que “é muito pequena, afinal, a concordância quanto ao que constitui ou deveria constituir, a categoria das mulheres”.⁷ Como seria possível erigir uma regra de conduta carcerária com base num pensamento dessa estirpe?

Scala aponta a “origem ‘científica’ do termo gênero” na sua primeva utilização pelo médico John Money, pesquisador da John Hopkins University, de Baltimore (EUA). A utilização por Money da palavra “gênero” fugiu daquela exclusivamente gramatical para a afirmação de uma suposta “identidade de gênero” dependente “exclusivamente da educação recebida”, como um constructo social que pode divergir do sexo biológico do indivíduo.⁸

As teorias mirabolantes que se vão formando em torno desse conceito indefinido de gênero vão cada vez mais se enredando em classificações sutis, as quais, ao invés de esclarecer, obscurecem ainda mais toda a pretensa teoria existente sobre o tema. Agora já se distingue identidade e expressão de gênero. A identidade de gênero seria uma espécie de “sensação privada”, interna, subjetiva, enquanto que a expressão de gênero constituiria “uma manifestação exterior”, propriamente as formas pelas quais a pessoa se expressa diante da sociedade, dos outros, nos ambientes etc.⁹ Quer dizer que também se pode distinguir entre um sexo biológico, uma identidade subjetiva e ainda uma expressão ou não dessa identidade. Novamente, torna-se impossível que essa espécie de pensamento possa regular qualquer norma de convivência humana, inclusive a carcerária.

Retornando a Butler, é possível constatar que em sua radicalização da questão é capaz de simplesmente apagar o conceito de sexo biológico, identificando-o com gênero e afirmando que jamais existiu. Senão vejamos:

Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado “sexo” seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nula.¹⁰

Diante de tal sandice, impossível não trazer à colação o questionamento formulado por Ricardo Dip, “in verbis”:

Há questões, para não faltar algum exemplo, que mereceriam uma justificativa racional: sempre me parecerá estranho que a “identidade biológica”, que é física, seja, segundo alguns, um constructo social, mas a “identidade psicológica”, não, e que se possa preferir esta àquela, não somente num plano individual, senão que imposto a toda a sociedade.¹¹

Foi realmente uma grande felicidade do legislador não ter feito menção a essa categoria de gênero e sim ao sexo, sob pena de, caso contrário, criar um emaranhado interpretativo inextricável. No mundo do gênero, nem mesmo à ciência natural é concedida passagem, sob a alegação de preconceito e opressão. Como explica Frascolla:

Enquanto áreas da biologia e da psicologia investigam diferenças *naturais* entre homens e mulheres, os estudiosos de gênero e *queer* insistem que ser homem ou mulher é *construção social*, e acusam de sexismo tais investigações (grifos no original).¹²

Toda essa histeria paranoica, conforme destaca a escritora feminista Camille Paglia, chega a prejudicar até mesmo o feminismo, afastando-o do mundo real e gerando descrédito das suas pautas, não raramente justas. Em suas palavras:

Teóricos acadêmicos insuficientemente informados redefiniram o sexo e o gênero como fenômenos superficiais e fictícios dissociados da biologia e produzidos por forças sociais opressivas. Esta espécie de alucinação lançou a confusão entre os jovens e prejudicou seriamente o feminismo.¹³

Não resta a menor sombra de dúvida quanto a haver acertado o legislador ao referir-se a “sexo” e não a “gênero” no dispositivo sob comento. E isso significa que

se uma autoridade permitir a permanência em mesmo claustro de um homem que se afirma mulher e mulheres, estará cometendo o crime de abuso de autoridade previsto neste artigo. Da mesma forma se encarcerar uma mulher que se intitula homem com homens. É claro que dada a confusão generalizada criada pela chamada ideologia de gênero, ficará difícil comprovar o dolo específico exigido nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 13.869/19. Mas, pode-se afirmar que ao menos sob o prisma objetivo o delito se configura.

Essa espécie de pusilanimidade diante do “politicamente correto” encontrável em certas decisões absurdas já levou a casos de estupro intramuros perpetrados por transexual masculino e até mesmo à gravidez de detentas.¹⁴

Isso demonstra a correção da afirmação de Isaiah Berlin quanto ao fato de que “uma única experiência genuína destrói uma centena de volumes de especulação abstrata”.¹⁵

É preciso pontuar, porém, que há decisões, inclusive do STF (HC 152.491, Min. Luis Roberto Barroso, DJe 16.02.2018), determinando a observância não somente do gênero constante do registro civil, mas daquele apenas declarado pelo detento (a) para que seja recolhido(a) em estabelecimento considerado adequado. Essa espécie de decisão, que abraça uma ideologia de gênero e se faz de surda e cega deliberadamente para os aspectos físicos, anatômicos e biológicos dos indivíduos é altamente violadora, especialmente dos direitos humanos das mulheres encarceradas, maiores vítimas de abusos potenciais. Nada impede que a população LGBT receba um tratamento especial, com encarceramento separado. O que não tem o menor cabimento é a inclusão de uma mulher (fisicamente falando) em meio a homens ou de um homem (fisicamente falando) em meio a mulheres. Os resultados desastrosos desses delírios eventualmente abraçados pelo mundo jurídico estão estampados para todos verem. E há que lembrar o velho dito popular que ensina que “o pior cego é aquele que não quer ver”.¹⁶ Frise-se que não há que questionar, porém, casos em que se constata realmente uma transexualidade genuína com dissonâncias hormonais e fenotípicas, submetida à avaliação médica, alteração do registro civil e dos genitais. Ora, nesses casos se está diante de um homem ou de uma mulher ao fim e ao cabo, inclusive com reconhecimento jurídico inequívoco. Tal pessoa deverá ser recolhida com aqueles(as) pertencentes ao seu “sexo”. Outra situação problemática, mas passível de solução pela avaliação sexual, é a dos hermafroditas. Nesses casos há que avaliar qual a prevalência sexual fenotípica, hormonal, comportamental etc. e alocar a pessoa no lugar que melhor satisfaça sua condição. Em qualquer caso, porém, deve-se ter em mente uma terceira via que consiste na separação de indivíduos de alguma forma indefinidos em um grupo especial, seja em um estabelecimento separado, seja em repartição específica de um dado estabelecimento.

Não se pode negar a realidade quanto ao fato de que transexuais, travestis e homossexuais das mais variadas denominações são frequentemente alvos de violência sexual e física nas prisões quando mantidos no convívio promíscuo com os demais detentos. Entretanto, a solução, obviamente, não está em adotar a ideologia de gênero e encarcerar homens biológicos com mulheres ou vice-versa e sim em adaptar as prisões para uma separação desses detentos e assegurar-lhes a integridade física e a liberdade sexual. Aliás, isso já é regulado pela Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014 do Conselho Nacional de Política Criminal

e Penitenciária (CNPCCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCDD/LGBT). Tendo em vista a falta de menção na lei a respeito do descumprimento dessas normas de garantia dos pertencentes ao grupo LGBT, o Princípio da Legalidade impede a tipificação no art. 21 da Lei nº 13.869/19. Essa é uma lacuna indesejável. O ideal seria que a manutenção dessa população prisional em separado em todo caso de violência ou risco fosse também tutelada penalmente. Na falta de norma específica na seara penal, há que considerar possível tipificação de “Constrangimento Ilegal” (art. 146, CP) e também participação do responsável em concurso de agentes com dolo eventual nos casos de quaisquer violações sofridas pelo detento(a) (v.g. lesões corporais, homicídio, estupro etc.). Além disso, haverá certamente falta administrativa grave de acordo com os respectivos diplomas administrativo – disciplinares, passível de demissão a bem do serviço público, bem como a responsabilidade civil subjetiva do funcionário (dolo ou culpa) em solidariedade com a responsabilidade civil objetiva do Estado por eventuais danos morais e materiais sofridos.

Não obstante, cumpre destacar que também na doutrina, diante da própria Resolução conjunta acima mencionada, se defende a inclusão de transexual em cela com pessoas de seu sexo “social”, o que, a nosso entender, configura crime de abuso de autoridade (ressalvada a barreira do elemento subjetivo específico), até mesmo diante do Princípio da Legalidade (a lei se refere claramente a “sexo”, não há menção a gênero ou a “sexo social”). Não é possível sequer alegar inexistência de local separado. Ainda que seja necessário improvisar isso tem de ser feito. As definições da Resolução Conjunta sobre as várias espécies de gênero não têm o condão de alterar a realidade biológico – física do sexo da pessoa e de eliminar os ingentes perigos da promiscuidade, conforme já tem demonstrado a experiência desse tipo de comportamento irresponsável. Nem mesmo o fato de que a Resolução Conjunta determina o respeito ao “nome social” da pessoa, significa que seu sexo foi alterado. Isso nada mais é do que abraçar um *pensamento nominalista mágico e tosco*. Respeitar o “nome social” de alguém é uma coisa, transformar por um condão mágico ou por palavras mágicas um ser masculino em feminino ou vice – versa é uma alucinação ideológica sem o mais mínimo sustento na realidade. É evidente que se uma pessoa prefere ser chamada por um nome x ou y em detrimento de seu nome de registro, se deve respeitar essa vontade, até mesmo por uma questão de educação e boa convivência, aliás, não somente no caso de travestis, transexuais etc., mas qualquer pessoa. Porém, se uma pessoa é chamada de Angelina Jolie, não é transformada por um processo místico na estrela de cinema. Ou se é chamada de Tiririca não se transforma no comediante e político. Aliás, sobre a questão do respeito ao nome sexual também existe o Decreto Federal nº 8.727/17, mas é óbvio que não se pode mudar o sexo de ninguém por decreto! Esse idealismo em confronto com a concretude do mundo da vida tem consequências terríveis, como já vem acontecendo nas unidades prisionais, sendo as maiores vítimas as mulheres.

Vale citar a constatação objetiva de Rand quanto ao fato de quão deletério pode ser o abandono ou desprezo da realidade em nome do puro desejo ou impressão subjetiva:

O irracional é o impossível; é o que contradiz os fatos da realidade; fatos não podem ser alterados por um desejo, mas *podem* destruir aquele que o deseja. Se um homem deseja e

busca as contradições – se quer guardar o bolo e comê-lo ao mesmo tempo -, ele desintegra sua consciência; transforma sua vida interior numa guerra civil de forças cegas ocupadas com conflitos sombrios, incoerentes, sem sentido nem significado (grifo no original).¹⁷

O grande problema é que ideias em geral não ficam apenas no plano abstrato, geram *consequências concretas*, muitas vezes cruéis e desastrosas, como nos casos de mulheres estupradas, quando não engravidadas por transexuais ou travestis devido à promiscuidade carcerária dos sexos. Weaver chama a atenção para o fato notório de que “a boa intenção é fundamental, mas não é suficiente”.¹⁸ E nesse embalo irresponsável, quando não agimos com covardia torpe, inclusive intelectual, o fazemos sem ter consciência do mal que estamos causando, pensando mesmo que estamos fazendo o bem, agindo como pessoas “maravilhosas”. Voltando a Weaver, fato é que, infelizmente estamos nos aproximando de “uma situação em que seremos amorais – sem ter capacidade de percebê-lo – e degradados – sem os meios para medir nossa decadência”.¹⁹ É preciso encarar a realidade e superar fantasias, sem prejudicar quem quer que seja, mas para isso é necessária coragem intelectual também para não se render a uma “espiral do silêncio” causada pelo medo da exclusão das opiniões hegemônicas impostas por grupos barulhentos.²⁰

Entretanto, veja-se o entendimento contrário de Greco e Cunha “in verbis”:

Já que se configura em abuso de autoridade manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento, quando estivermos diante da prisão, por exemplo, de pessoa travesti, ou de preso ou presa transexual, e se não houver espaço de vivência específico para esse público, como poderá ser levado a efeito o encarceramento?

Utilizando as definições propostas na mencionada Resolução Conjunta, se estivermos diante da prisão de travesti, deverá ser respeitada sua identidade social (nome social, de acordo com seu gênero) e ser recolhida em cela feminina.

Se a hipótese for de preso ou presa transexual, deverá ser recolhido ou recolhida na cela que diga respeito ao seu gênero, a não ser que opte em permanecer na cela correspondente ao seu sexo anatômico.²¹

Interessante notar como a realidade se impõe à consciência, ainda que por ato falho. No trabalho de Lessa, Moraes e Giudice, os autores fazem a defesa inicial de que deverá ser respeitado o gênero e desprezado o sexo biológico no caso de transexuais e travestis, referindo-se, num primeiro momento, ao “*homem transexual e à mulher transexual*” (“quod, sicut scriptum”) (grifo nosso).²² Mais adiante, porém, ao tratarem do tema novamente, abordando os “homens transexuais (sexo originalmente feminino, mas com identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico)”, têm a percepção sobre as buscas pessoais que devem ser feitas por “policiais femininas”, dada a norma do art. 249, CPP. Mas, não é só isso, fazendo, contraditoriamente, alusão aos regulamentos que determinam o tratamento de acordo com o gênero e não o sexo, apregoam que os homens transexuais (mulheres quanto ao sexo) devem ter sua “eventual condução ou detenção” separada dos “homens biológicos” (“quod, sicut scriptum”).²³ No seguimento, retomam o tema dos “travestis e mulheres transexuais” e aplicam solução diversa, novamente pela preponderância do gênero, e isso usando o mesmo fundamento que são os regulamentos que determinam a prevalência do gênero sobre o sexo no tratamento dos presos (as)!²⁴

Ora, é evidente que na segunda orientação estão certos e visam preservar a integridade e liberdade sexual da mulher biológica com identidade de gênero oposta. O recolhimento de uma mulher com identidade de gênero masculino em meio a homens é visivelmente uma temeridade e a fragilidade da situação dessa pessoa salta aos olhos de forma avassaladora. Menor ou mais sutil é a visibilidade quando se pensa em um transexual masculino ou um travesti, segregado com mulheres. Mas, nesse caso, não é o transexual ou travesti quem corre risco, são as mulheres com ele confinadas, como já demonstrou a experiência prática. O olhar para essas situações não pode ser enviesado ou monocular, todos os ângulos devem ser considerados. Na verdade, a letra da lei, como já se disse, é absolutamente acertada ao referir-se ao “sexo” e não ao “gênero”. A fluidez, subjetividade e contradição com a realidade física e anatômica existente na orientação que segue o conceito de gênero sofre, inevitavelmente, a imposição pesada da objetividade dos fatos da vida.

De acordo com o Parágrafo Único do art. 21 da Lei de Abuso de Autoridade, também incorre na mesma pena quem mantém na mesma cela, criança ou adolescente, juntamente com pessoa maior de idade ou em ambiente inadequado, infringindo os dispositivos protetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Observe-se que quanto aos menores não será necessário que sejam misturadas pessoas de sexos opostos, bastando para a configuração delitiva a permanência com maiores ou em local inadequado.

Também é inadmissível a mistura de menores com maiores, tendo em vista a necessidade de preservação dos primeiros, cuja faixa etária e de desenvolvimento psicológico e físico, em regra, os torna mais vulneráveis a violações de todas as espécies por parte de outros detentos mais velhos. Ademais, no Parágrafo Único não é incriminada somente a conduta de encarcerar o menor com maiores, mas também aquela de manter criança ou adolescente em “ambiente inadequado”, violando as garantias de salubridade e regras protetivas estabelecidas pelo ECA. A primeira parte do Parágrafo Único, que se refere à promiscuidade entre maiores e menores é completada pelas normas do ECA (arts. 123 e 185, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.069/90), tratando-se de sua concretização por tutela penal. Mas, a segunda parte do mesmo dispositivo, que se refere ao “ambiente inadequado” constitui elemento normativo do tipo, que deve ser esclarecido mediante consulta às normas previstas na Lei nº 8.069/90 para a apreensão e internação de adolescentes, bem como para a permanência de crianças em quaisquer órgãos públicos ou privados. Ressalte-se o art. 94, inciso IV, do ECA (Lei nº 8.069/90) que estabelece a obrigação das entidades de oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente. Não haverá dignidade e respeito se o local onde o menor permanecer não tiver banheiro, se a comida for de qualidade precária, se não houver local para descanso (cama, colchão etc.), se houver exposição a calor ou frio demasiados, se o local for insalubre por umidade, proliferação de pestes (ratos, baratas, pulgas, carrapatos etc.) ou devido à falta de higiene etc. Há quem entenda que essa segunda parte do Parágrafo Único configura “norma penal em branco”²⁵ e não elemento normativo, ao que acrescentaríamos que, adotando essa tese, se trataria de uma “norma penal em branco em sentido lato (imprópria ou homogênea)”.²⁶ Entretanto, ousa-se discordar. Para nós trata-se claramente de *elemento normativo do tipo*. Acontece que a expressão “ambiente inadequado” não necessita somente de uma complementação ou limitação de sentido, de um exercício reduzido à cognição, mas exige um esforço valorativo. Conforme leciona Bitencourt, elementos normativos

“são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor. São exemplos característicos de elementos normativos expressões tais como ‘indevidamente’ (arts. 151, § 1º, II; 162; 192, I; 316; 317, 319 etc.), ‘sem justa causa’ (arts. 153; 154; 244; 46; 248) ‘sem permissão legal’ (art. 292); ‘sem licença da autoridade competente’ (arts. 166 e 253); ‘fraudulentamente’ (art. 177, caput); ‘sem autorização’ (arts. 189; 193; 281 e 282); ‘documento’ (arts. 297; 298 e 299); ‘funcionário público’ (arts. 312; 331 e 333); ‘decoro’ (art. 140); ‘coisa alheia’ (arts. 155; 157) etc.”²⁷

Também chamando a atenção para a valoração em contraste com a cognição, encontra-se na doutrina estrangeira o ensinamento de Pavón, que, por seu turno, se abebera no escólio de Peter Cramer:

*(...) La diferencia consistiría en la función que cumplen en cada uno de los distintos tipos: cuando estamos ante una invocación a otras normas en la valoración de las características típicas, es un elemento normativo; por el contrario, cuando existe una remisión a otras disposiciones, estaremos ante una ley penal en blanco. Mientras los elementos normativos desempeñan una función interpretativa, la ley penal en blanco complementa o conforma el supuesto típico.*²⁸

É de observar que a Lei nº 8.069/90 não permite, em hipótese alguma, a apreensão ou internação de criança, à qual somente tem cabida medidas protetivas. Dessa forma, quem encarcera criança, seja com maiores ou não, não pratica o crime do art. 21, Parágrafo Único, da Lei nº 13.869/19, mas infringe ao art. 230 da Lei nº 8.069/90 (ECA). Já quanto à segunda parte, é possível que se mantenha uma criança em um ambiente inadequado sem que esteja apreendida ou internada, podendo o infrator responder pelo crime da Lei de Abuso de Autoridade.

O caso paradigmático da Juíza que permitiu a permanência de uma garota numa cela com 30 homens, a qual foi torturada e estuprada por vários dias, não se esgota na questão da divergência sexual. A vítima também era uma adolescente que foi mantida em meio a prisioneiros maiores. A absurdidade da situação certamente foi inspiração para a redação tanto do “caput” como do Parágrafo Único ora em comento.

Os crimes previstos no art. 21, “caput” e seu Parágrafo Único da Lei nº 13.869/90 podem ser praticados por Juízes, Promotores de Justiça, Delegados de Polícia, Diretores de Estabelecimentos Prisionais ou de cumprimento de Medidas Sócio-educativas, carcereiros, agentes penitenciários, policiais em geral, dentre outras autoridades que tenham função de recolher pessoas presas com a obrigação de observar as cautelas legais minimamente razoáveis.

O sujeito passivo dos ilícitos será o preso ou presa e a criança ou adolescente infratora de ambos os sexos que seja submetida a um encarceramento ou permanência a qualquer título em ambiente irregular. Embora a letra da lei faça menção apenas ao “preso”, há que perceber que a interpretação deve se dar de forma ampla, abrangendo a pessoa submetida a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (inteligência do art. 96, I, CP). Observe-se que o estabelecimento em que a pessoa permanece é descrito como “de custódia”, de forma que a palavra “preso” usada na lei

certamente abrange também essa situação. Forçoso reconhecer que no caso a lei disse menos do que pretendia (“*lex minus dixit quam voluit*”). Também se usarmos como parâmetro a Lei de Tortura, esta quando trata dessa conduta praticada contra pessoas de alguma forma “custodiadas”, abrange expressamente tanto presos como pessoas submetidas a medida de segurança (vide art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97), inexistindo motivo para que seja diferente com relação ao abuso de autoridade (“*ubi eadem ratio ibi idem jus*”). Não obstante, poderá surgir entendimento de que por infração ao Princípio da Legalidade não haveria possibilidade de aplicação do art. 21 da Lei de Abuso de Autoridade às pessoas submetidas a medida de segurança. Acaso prevaleça tal interpretação, a solução será a tipificação como Constrangimento Ilegal e a responsabilização por dolo eventual em concurso de pessoas (participação) com relação a eventuais crimes perpetrados contra o custodiado, sem prejuízo da eventual configuração do crime de tortura já mencionado.

Não será, contudo, alcançada pela lei em estudo a pessoa internada em estabelecimento psiquiátrico para fins de tratamento médico, nos termos da Lei nº 10.216/01. Nesse caso, não há similaridade alguma com a pessoa presa. Não se trata de estabelecimento de custódia, mas de mero tratamento. Pretender estender a norma a essa situação implicaria violação muito intensa da legalidade e distensão semanticamente inadequada da palavra “preso”. Mas, então em estabelecimentos psiquiátricos de tratamento por internação é permitido manter pessoas de sexos opostos em alas conjuntas? É claro que não. Haverá as devidas responsabilidades administrativas, civis e mesmo penais, mas de acordo com o caso concreto, podendo ocorrer, na seara criminal Constrangimento Ilegal, Tortura (mas agora nos termos ao art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97) ou participação, ainda que com dolo eventual, em crimes dos quais o indivíduo seja vítima (v.g. lesões corporais, homicídio, estupro etc.).

Observe-se que a pena aplicável é a mesma tanto para o “caput”, quanto para o Parágrafo Único e as condutas compõem um único tipo penal que, em seu conjunto, pode ser considerado um tipo misto alternativo, de conteúdo variado ou de ação múltipla. Dessa forma, se, como no caso famigerado da Juíza que encarcerou uma garota menor com homens maiores, houver infração concomitante ao “caput” e ao Parágrafo Único do mesmo dispositivo, não haverá dois crimes em concurso formal, mas crime único, devendo a questão da dupla violação legal ser levada em conta na dosimetria da pena – base, de acordo com o art. 59, CP.

O crime previsto no art. 21, seja em seu “caput” seja no seu Parágrafo Único, somente se configura na forma dolosa (dolo direto ou eventual). Inexiste figura culposa. Portanto, se o agente público deixa pessoas de ambos os sexos juntas em uma cela ou menores com maiores por negligência apenas, o fato será penalmente atípico, restando somente a responsabilização nas áreas civil e administrativa. Lembremos, contudo, que a omissão dolosa do agente público que toma conhecimento da irregularidade, configurará crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio, já que tem o dever jurídico de agir, nos termos do art. 13, § 2º, “a”, CP. Por outro lado, trata-se de “crime permanente”, pois a natureza do verbo “manter” permite que a consumação se protraia no tempo a depender da conduta do agente. A prisão em flagrante então pode ocorrer em qualquer momento após o início da irregularidade, ainda que já passados dias, meses ou até anos. O crime

se consuma e se protraí temporalmente de forma similar ao sequestro e cárcere privado, extorsão mediante sequestro etc.

A consumação se dá com o recolhimento ou colocação indevida do preso ou do menor. Tratando-se de crime plurissubsistente é admissível a tentativa, a qual, porém, dificilmente ocorrerá na prática. Essa é a espécie de infração que, quando chega ao conhecimento de quem de direito para coibi-la, já está consumada há tempos. 

NOTAS

- 1 Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).
- 2 JUÍZA que manteve garota de 15 anos em cela com 30 homens é suspensa. Disponível em <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/10/juiza-que-manteve-garota-de-15-anos-em-cela-com-30-homens-e-suspensa.html>, acesso em 04.04.2020.
- 3 MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Volume 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 131. “Interpretação analógica ou ‘intra legem’ é a que se verifica quando a lei contém em seu bojo uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica. É necessária para possibilitar a aplicação da lei aos inúmeros e imprevisíveis casos que as situações práticas podem apresentar”.
- 4 SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 445.
- 5 LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Acadepol, 2020, p. 100.
- 6 BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 12.
- 7 Op. cit., p. 18.
- 8 SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero – O neototalitarismo e a morte da família*. Trad. Luis Guillermo Arroyave. São Paulo: Katechesis/ Artpress, 2011, p. 22.
- 9 FRASCOLLA, Bruna. *As Ideias e o Terror*. Salvador: República AF, 2020, p. 140.
- 10 BUTLER, Judith, Op. cit., p. 27.
- 11 DIP, Ricardo. Prefácio. In: MARTINS NETO, Felipe Nery, OLIVEIRA E SILVA, José Eduardo de, STURIALE, Domenico, OLIVEIRA, Alexandre Semedo de, SERPENTINO, Daniel, BITTENCOURT, Lilianna, TAKITANI, k Fernanda Fernandes, SANAHUJA, Juan Claudio, O’LEARY, Barbara Dale. *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015, p. 9.
- 12 FRASCOLLA, Bruna, Op. cit., p. 219.
- 13 PAGLIA, Camille. *Mulheres Livres Homens Livres*. Trad. Helder Moura Pereira. Lisboa: Quetzal, 2018, p. 8.
- 14 O ESTUPRADOR que se declarou transgênero, foi preso com mulheres e abusou delas. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/11/o-estuprador-que-se-declarou-transgenero-foi-preso-com-mulheres-e-abusou-delas.ghtml>, acesso em 04.04.2020. MULHER transexual é presa em cela feminina e engravida detenta. Disponível em <https://oimparcial.com.br/brasil-e-mundo/2019/11/mulher-transexual-e-presa-em-cela-feminina-e-engravida-detenta/>, acesso em 04.04.2020.
- 15 BERLIN, Isaiah. *Os Limites da Utopia*. Trad. Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 123.
- 16 Não é somente no âmbito carcerário que essa ideologia de gênero pode ter consequências desastrosas e já vem dando mostras inequívocas disso. Também tem sido comum sua apli-

- cação acrítica ao mundo dos esportes, prejudicando, mais uma vez, duramente as mulheres em especial. Há casos até mesmo de lutadores de artes marciais do sexo biológico masculino desferindo tremendas surras em enfrentamentos desiguais, levando a violência contra a mulher para o ringue com traços de “virtude” na forma de um “esporte saudável”. Vide: LUTADORA transexual é criticada por campeã do MMA. Disponível em <https://cidadeverde.com/noticias/173815/lutadora-transsexual-e-criticada-por-campea-do-mma>, acesso em 04.04.2020.
- 17 RAND, Ayn. *A Virtude do Egoísmo*. Trad. Winston Ling e Cândido Mendes Prunes. Porto Alegre: Ortiz/ IEE, 1991, p. 39.
- 18 WEAVER, Richard M. *As ideias têm consequências*. Trad. Guilherme de Araújo Ferreira. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 35.
- 19 Op. cit., p. 19.
- 20 NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, p. 23. “Quando uma pessoa se sente isolada, seu sofrimento é tal que fica fácil manipulá-la através de sua própria fragilidade. Parece que o medo do isolamento é a força ativadora da espiral do silêncio. Seguir a multidão constitui um estado de relativa felicidade. Mas se esta opção não é possível, quando não se quer compartilhar em público uma convicção aceita aparentemente de modo universal, ao menos é possível permanecer em silêncio, uma segunda opção para continuar sendo tolerado pelos demais”. É por esse mecanismo inibitório que muitos se calam mesmo diante das consequências mais nefastas de ideias defendidas pelo que se convencionou chamar de “politicamente correto”.
- 21 GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 192. No mesmo sentido: SOUZA, Renee do Ó, Op. cit., p. 446-447.
- 22 LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio, Op. cit., p. 102.
- 23 Op. cit., p. 103.
- 24 Op. cit., p. 103-104. Aliás, com respeito a buscas pessoais, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo chegou a expedir Recomendação, datada de 28.09.2018, para que essas diligências fossem realizadas por policial do mesmo gênero (e não sexo biológico) da pessoa transexual ou travesti, não fazendo distinção entre homem trans ou mulheres trans, ao reverso do defendido pelos autores. Infelizmente, há uma terrível falta de visão a respeito desses temas, inclusive com relação à bilateralidade das implicações dessas orientações. Ao contrário, a visão costuma ser monocular ou enviesada. A contradição no texto dos autores acaba sendo louvável, pois indica que, ainda que por um lapso, tiveram a sensibilidade de perceber realmente a fundo as diferenças e respeitar, verdadeiramente, as diversidades. A respeito das buscas pessoais e a Recomendação da Defensoria Pública paulista: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Suspeitos serão revistados conforme identidade de gênero, determina defensoria de SP. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/8867/suspeitos-serao-revistados-conforme-identidade-de-genero-determina-defensoria/>, acesso em 05.04.2020.
- 25 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 212.
- 26 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal. Volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48. As normas penais em branco são doutrinariamente divididas em a) normas penais em branco em sentido lato (impróprias ou homogêneas), porque são complementadas pela mesma espécie normativa, ou seja, lei; e b) normas penais em branco em sentido estrito (próprias ou heterogêneas), porque são complementadas por espécie normativa diversa de lei (ex. decreto, portaria etc.). No caso, como o art. 21, Parágrafo Único da Lei nº 13.869/19 é complementado pelo ECA (Lei nº 8.069/90) imperioso reconhecer que se trataria de norma penal em branco em sentido lato, imprópria ou homogênea.
- 27 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 205.
- 28 PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. n. 48, maio/jun., 2004, p. 147.

REFERÊNCIAS

- BERLIN, Isaiah. *Os Limites da Utopia*. Trad. Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Suspeitos serão revistados conforme identidade de gênero, determina defensoria de SP. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/8867/suspeitos-serao-revistados-conforme-identidade-de-genero-determina-defensoria/>, acesso em 05.04.2020.
- DIP, Ricardo. Prefácio. In: MARTINS NETO, Felipe Nery, OLIVEIRA E SILVA, José Eduardo de, STURIALE, Domenico, OLIVEIRA, Alexandre Semedo de, SERPENTINO, Daniel, BITENCOURT, Liliansa, TAKITANI, Fernanda Fernandes, SANAHUJA, Juan Claudio, O'LEARY, Barbara Dale. *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015.
- FRASCOLLA, Bruna. *As Ideias e o Terror*. Salvador: República AF, 2020.
- GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- JUÍZA que manteve garota de 15 anos em cela com 30 homens é suspensa. Disponível em <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/10/juiza-que-manteve-garota-de-15-anos-em-cela-com-30-homens-e-suspensa.html>, acesso em 04.04.2020.
- LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Acadepol, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- LUTADORA transexual é criticada por campeã do MMA. Disponível em <https://cidadeverde.com/noticias/173815/lutadora-transsexual-e-criticada-por-campea-do-mma>, acesso em 04.04.2020.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Volume 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.
- MULHER transexual é presa em cela feminina e engravida detenta. Disponível em <https://oimparcial.com.br/brasil-e-mundo/2019/11/mulher-transexual-e-presa-em-cela-feminina-e-engravida-detenta/>, acesso em 04.04.2020.
- NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal. Volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- O ESTUPRADOR que se declarou transgênero, foi preso com mulheres e abusou delas. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/11/o-estuprador-que-se-declarou-transgenero-foi-preso-com-mulheres-e-abusou-delas.ghtml>, acesso em 04.04.2020.
- PAGLIA, Camille. *Mulheres Livres Homens Livres*. Trad. Helder Moura Pereira. Lisboa: Quetzal, 2018.
- PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones actuales del derecho penal econômico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 48, p. 108-163, maio/jun., 2004.
- RAND, Ayn. *A Virtude do Egoísmo*. Trad. Winston Ling e Cândido Mendes Prunes. Porto Alegre: Ortiz/IEE, 1991.
- SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero – O neototalitarismo e a morte da família*. Trad. Luis Guillermo Arroyave. São Paulo: Katechesis/ Artpress, 2011.
- SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- WEAVER, Richard M. *As ideias têm consequências*. Trad. Guilherme de Araújo Ferreira. São Paulo: É Realizações, 2012.



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, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

Auxílio emergencial – Informação falsa é crime

■ POR ADRIANA FILIZZOLA D'URSO

Em razão da pandemia de Covid-19, para auxiliar os trabalhadores informais, o governo vai pagar-lhes um auxílio emergencial de R\$ 600,00 por mês, pelo período inicial de três meses, o qual poderá ser prorrogado.

Estão aptas a receber o benefício, as pessoas inscritas no Programa Bolsa Família, as que integram o cadastro de Microempreendedores Individuais (MEI), os contribuintes individuais ou facultativos do INSS, as pessoas inscritas no Cadastro Único, e os informais que não fazem parte de nenhum cadastro do Governo Federal.

São requisitos para receber o benefício, ter mais de 18 anos, não ter emprego formal (com carteira assinada), a renda familiar por pessoa não ultrapassar meio salário mínimo, e a renda total da família não ser maior que três salários mínimos, além de não ter recebido rendimentos tributáveis, em 2018, acima de R\$ 28.559,70.

O auxílio será limitado a duas pessoas por família. A mãe que for chefe de família recebe o benefício em dobro, no total de R\$ 1.200,00 por mês. Quem já recebe outro benefício, que não o Bolsa Família (como aposentadoria, seguro desemprego, etc.), não terá direito ao auxílio emergencial.

Os interessados em receber o auxílio emergencial devem se cadastrar em um aplicativo ou pelo site (<https://auxilio.caixa.gov.br>), exceto aqueles que já estão inscritos no Cadastro Único ou que já recebem o Bolsa Família. Depois de concluído o cadastro, o pagamento será liberado automaticamente no prazo de 48 horas. Excepcionalmente, quem não tiver acesso a internet, poderá fazer o cadastro em agências da Caixa Econômica Federal ou lotéricas.

A Caixa Econômica Federal, no último dia 07, anunciou as formas de cadastramento (site ou aplicativo), através dos quais os trabalhadores solicitam o benefício e fazem uma declaração de que preenchem os requisitos exigidos. Neste ato, surge a dúvida se é crime o candidato ao auxílio emergencial prestar uma declaração falsa, para receber o benefício.

O preenchimento do cadastro deve refletir a verdade, sendo extremamente fiel à realidade, pois, ao prestar as informações, o indivíduo não pode mentir. Caso preencha o cadastro com informações falsas, poderá cometer um crime.

Um exemplo disso ocorre se um indivíduo, ao se cadastrar, informa que não recebe nenhum outro benefício do governo, mas, na verdade, ele recebe aposentadoria. Neste caso, poderá incorrer no crime de falsidade ideológica, ou até mesmo no de estelionato, ambos com pena de reclusão de um a cinco anos, pois o cadastro equipara-se a um documento público.

Este benefício foi criado para socorrer quem realmente precisa de ajuda. Não se pode admitir que alguém possa se beneficiar deste valor, sem que dele verdadeiramente necessite. 



ADRIANA FILIZZOLA D'URSO é Advogada criminalista; Mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, e em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Universidade Georg-August-Universität Göttingen; Membro da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa e da Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas.

#TÃNAHORA
DE FALAR SOBRE
EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL.



JUNTOS NO ENFRENTAMENTO DA EXPLORAÇÃO
SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

ACESSE: LIBERTA.ORG.BR

  **INSTITUTOLIBERTA**