

conceito jurídico

ano IV | maio de 2020 | nº 41



Sandra Franco

O direito à privacidade na
pandemia e para além dela **Pág. 7**



zakarewicz
editora

COVID-19:

hiato social e necessidade de universalização de direitos



IN VOGA

José Matias-Pereira

O falso dilema: economia ou
combate ao COVID-19



ENFOQUE

Irapuá Beltrão

Finalmente,
transação tributária



TENDÊNCIAS

Jorge Ulisses Jacoby
Fernandes

O mundo e o Brasil após a
COVID-19: o que se esperar?

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Nelson 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@zkeditora.com.br

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

ANÚNCIOS

comercial@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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


zakarewicz
editora





Maria Alice Setubal

Os desafios de uma cidade para todos

“Coragem para enfrentar a complexidade da sociedade e do momento histórico que vivemos, e coragem para mudar na direção de propiciar que pessoas, comunidades e famílias possam viver com dignidade e o respeito de todos.”

A pandemia de Covid-19 trouxe a consciência de que todos partilhemos um mundo comum. As saídas para o atual risco global de saúde, assim como para outros relativos às mudanças climáticas, precisam reconhecer a pluralidade e diversidade como dimensões inerentes à busca de caminhos e soluções para a superação das crises que assolam o planeta. Evidências científicas e iniciativas solidárias foram reavivadas e pressupõe a construção coletiva de cooperação entre sociedade civil, mercado, universidades e governos.

O esforço fiscal brasileiro para combater os efeitos do novo coronavírus é tímido em relação aos países do mundo desenvolvido, embora seja importante ressaltar que é sempre difícil fazer comparações entre diferentes contextos. As medidas já aprovadas pelo Congresso brasileiro até o momento representam 2,7% do PIB, com potencial de alcançar 4,7% caso aprovadas as medidas propostas de socorro a empresas e ajuda a estados e municípios. Para efeito de comparação, as medidas fiscais adotadas pelos Estados Unidos representam 11%, e as da Espanha, 10% do PIB.

A crise escancarou o enorme contingente de trabalhadores à margem do sistema de seguridade social, após décadas de desmonte dos vínculos formais, sem oferta de alternativas capazes de assegurar o direito a um trabalho digno, protegido e saudável como meio de geração de renda, bem-estar e realização humana.

Descortinou também a realidade das periferias, trazendo à tona as desigualdades na oferta de serviços de saúde, educação, assistência social, saneamento básico e habitação.

Não é mais possível tolerarmos, por exemplo, que São Paulo, a cidade mais rica do país, ainda conviva com 451 mil moradores sem saneamento básico, déficit de 474 mil moradias e cerca de 30% dos meninos pretos mais pobres com desempenho escolar abaixo do esperado.

Precisamos estar abertos às muitas lições que o contexto está nos apontando e, como integrantes de organizações da sociedade civil e do investimento social privado, repensar e influenciar o modo como a cidade e as políticas são elaboradas, planejadas e implementadas. O bem-estar não pode ser pensado como circunscrito aos indivíduos, mas deve ser construído de forma coletiva, alcançando setores diversos da sociedade.

Se por um lado a crise colocou luz nas desigualdades e nas ausências, por outro mostrou a força de lideranças jovens periféricas, também parte da sua realidade, que se articularam para criar propostas e captar recursos para iniciativas emergenciais de cestas e cartões de alimentação, limpeza e higiene.

Lideranças que revelam a potência das periferias na elaboração e implementação de projetos e empreendimentos. Devemos fortalecê-las de forma individual e coletiva para o hoje e para o amanhã.

Nesse sentido, a renda básica cidadã tem que se converter em política de Estado, o apoio as micros, pequenas e médias empresas e empreendedores devem ser prioridade das políticas públicas, de forma articulada com o mercado e o investimento social privado. É fundamental fortalecer organizações da sociedade civil que estão desenvolvendo trabalhos de comunicação, cultura, meio ambiente e defesa de direitos. São ações para além do básico e que se tornam cada dia mais importantes na reconstrução de um tecido social mais forte e solidário.

Finalizo este artigo com a exaltação da coragem como possibilidade de esperança e capacidade de a sociedade exercitar a liberdade, como enfatizou a filósofa Hannah Arendt.

Coragem para enfrentar a complexidade da sociedade e do momento histórico que vivemos, e coragem para mudar na direção de propiciar que pessoas, comunidades e famílias possam viver com dignidade e o respeito de todos. 

MARIA ALICE SETUBAL é Doutora em psicologia da educação (PUC-SP), socióloga e presidente do conselho da Fundação Tide Setubal e do Gife (Grupo de Institutos, Fundações e Empresas).

SUMÁRIO

3

COM A
PALAVRA

Os desafios de uma cidade para todos

Maria Alice Setubal

10

DIREITO E
BIOÉTICA

A longevidade e a pandemia

Eudes Quintino de
Oliveira Júnior

17

PROPOSTAS E
PROJETOS

A prejudicial redução linear das mensalidades escolares

Mariani Chater

22

DESTAQUE

Política tributária transformada em instrumento para manutenção de empregos

Marcelo Magalhães Peixoto

27

CAPA

O Direito à Saúde e a COVID-19: discutindo o SUS Constitucional

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

35

CAPA

Ameaças sanitárias e securitização: a soma de todos os medos

Douglas de Castro

42

IN VOGA

O falso dilema: economia ou combate ao COVID-19

José Matias-Pereira

7

ENTREVISTA

O direito à privacidade na pandemia e para além dela

Sandra Franco

12

PAINEL DO
LEITOR

COVID-19: relações familiares e violência doméstica

Daniele Fernandes Reis e
Thiago Luiz Sartori

20

PAINEL
ECONÔMICO

Afinal, emitiremos dinheiro para lutar contra a Covid-19?

Luiz Carlos Bresser-Pereira

24

CAPA

COVID-19: hiato social e necessidade de universalização de direitos

Monique Rodrigues do Prado

32

CAPA

SUS, democracia e proteção social

Ana Paula Oriola de Raefray e
Pierre Moreau

37

CAPA

O dilema do último leito

José Luiz da Silva

40

CONJUNTURA

O mandado de segurança em favor da suspensão da exigibilidade de pagar tributos: A (in)capacidade operacional das empresas e a retração do fluxo de consumo em tempos de pandemia

Quenya Silva Correa de Paula e
Ademilson Lima de Souza

44

GESTÃO
EMPRESARIAL

Premissas para um plano de retomada de atividades presenciais bem-sucedido

Luiz Fernando Alouche e
Tamira Maira Fioravante

52

CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

Remoção como direito da servidora pública na Lei Maria da Penha

Luciana Santos Silva

60

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

Abuso de autoridade por divulgação de gravações e violação da vida privada, intimidade, honra e imagem

Eduardo Luiz Santos Cabette

70

CONTEXTO

Isolamento vertical é ilegal e ineficaz

André Damiani e
João Paulo Mazzeiro

80

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

Renegociação de contratos de locação comercial diante da crise do coronavírus

Fabiano Furlan

93

DOCTRINA

Do poder constitucional de investigação do Ministério Público

Rocco Antonio Rangel
Rosso Nelson

47

PLANEJAMENTO
FINANCEIRO

As novas diretrizes para o consumo consciente e o planejamento financeiro

Sheila David Oliveira

50

ENFOQUE

Finalmente, transação tributária

Irapuã Beltrão

57

TENDÊNCIAS

O mundo e o Brasil após a COVID-19: o que se esperar?

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

64

DIREITO
EMPRESARIAL

Impactos do COVID-19 nos processos de recuperação judicial com plano homologado

José Antonio Bueno de Toledo Júnior, Vitória Bedutti Rodrigues, Eduardo Boniolo e Julio Cesar Teixeira de Siqueira

72

VISÃO
JURÍDICA

O instituto da entrega no ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência do STF

Rodrigo Leventi Guimarães

83

PORTAL
JURÍDICO

O agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime)

Joaquim Leitão Júnior

112

PONTO
DE VISTA

Portaria nº 15/2020 do Ministério da Justiça e Segurança Pública

Raissa Martins Fanton e
Carla Vianna



Sandra Franco

O direito à privacidade na pandemia e para além dela

Em meio à crise do Covid-19, muitas questões têm surgido acerca da privacidade e dos limites quanto ao uso de dados pessoais nesse momento de pandemia. Ainda que a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) não esteja vigente, convidamos a consultora jurídica especializada em Direito Médico e Proteção de Dados, Sandra Franco para falar sobre o respeito aos direitos constitucionais à privacidade, imagem, honra e intimidade que obrigará a todos os setores a ter. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *Diariamente os jornais trazem notícias do Brasil e do mundo, com a utilização da geolocalização e outras ferramentas tecnológicas, como medidas para verificar a adesão das pessoas à recomendação de isolamento social. Qual a sua opinião sobre isso?*

SANDRA FRANCO – Sem dúvida, os riscos à privacidade precisam de estudos sérios. Já durante a crise da emergência em saúde pública no Brasil, o presidente Bolsonaro determinou que o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) interrompesse tratativa com operadoras de telefonia para uso dessas informações pelo governo federal. De outro lado, porém, Estados e municípios têm feito uso do monitoramento, justificando que os governos, com base em dados que indiquem a adesão ao isolamento social, poderão adotar medidas preventivas e ou corretivas como forma de aumentar a conscientização e a segurança.

CONCEITO JURÍDICO – *Mas o uso dos dados pessoais não é ilegal?*

SANDRA FRANCO – O uso de dados pessoais não é ilegal, desde que atenda ao arcabouço normativo existente atualmente, como, por exemplo, o Marco Civil da Internet. Já a Lei Geral de Proteção de Dados, que foi aprovada em 2018 mas ainda não entrou em vigor, autoriza o uso de dados pessoais para fins de proteção da vida ou da incolumidade física ou para a execução de políticas públicas. Ademais,

desde que haja transparência e a população esteja ciente de que seus dados pessoais estão preservados, a ferramenta parece muito bem-vinda para a saúde coletiva.

CONCEITO JURÍDICO – *E com relação ao vazamento da imagem de uma receita médica prescrevendo difosfato de cloroquina atribuída ao médico David Uip?*

SANDRA FRANCO – Sem dúvida alguma, tem-se assistido a constante vazamento de dados pessoais. Um exemplo recente, foi a foto de uma receita de cloroquina atribuída ao médico David Uip, chefe do centro de contingência do Estado para monitorar e coordenar ações contra propagação do novo coronavírus em São Paulo, trouxe desconforto a seu titular.

CONCEITO JURÍDICO – *Afinal, qual o interesse público envolvendo a saúde de uma autoridade pública?*

SANDRA FRANCO – Nesse caso, o fato de o médico em questão ter feito uso do difosfato de cloroquina, substância sobre a qual ainda não se chegou a um consenso de que haja evidências sólidas acerca de efeito em tratamentos dos pacientes contaminados, chama atenção da população, ávida pela notícia de que haja uma cura para o coronavírus.

CONCEITO JURÍDICO – *Não obstante, o episódio chama atenção para o vazamento de um dado considerado sensível pela Lei Geral de Proteção de Dados. Como a informação chegou a público? Quem foi o responsável?*

SANDRA FRANCO – Ao que parece o problema não envolveu a segurança tecnológica, mas sim trata-se de um vazamento por humano. A informação colhida em Inquérito Policial específico é a de que quem vazou a imagem foi o gerente da farmácia em que foi comprado o medicamento. Também é recente o episódio da invasão ao sistema de informações do Exército por hackers, com o escopo de levar a público quatro exames médicos feitos pelo presidente Jair Bolsonaro no Hospital das Forças Armadas. Indépende da motivação dos hackers, houve a exposição da fragilidade do sistema de armazenamento de dados do Exército Brasileiro, o qual tem como função constitucional salvaguardar os interesses nacionais.

CONCEITO JURÍDICO – *Por que o enorme interesse em dados pessoais?*

SANDRA FRANCO – A partir de dados que trafegam pela rede que indicam consumo, hábitos e ideologias, são traçados perfis para diferentes usos e diferentes destinatários, e muitos se desconhecem. De forma geral, os usuários da internet trocam sua privacidade por serviços. E, justamente para que se entenda o tráfego desses dados que se tornaram “terra de ninguém”, normalmente sem o consentimento do titular, é que o Direito se insurge e busca regras, como as existentes na nova Lei Geral de Proteção de Dados.

CONCEITO JURÍDICO – *Mas essa troca da privacidade por serviços, não “seria” em tese uma decisão do titular dos dados?*

SANDRA FRANCO – As normas de proteção de dados mais avançadas, como o regulamento europeu e a própria LGPD, hoje apresentam a preocupação de o titular ter o controle sobre os seus dados pessoais e decidir acerca dos dados que serão compartilhados. Trata-se, sobretudo, do exercício do direito à liberdade de escolher se expor e revelar a intimidade ou não. A essa escolha dá-se o nome de direito à autodeterminação informativa. Fato é que se identifica um paradoxo sócio-tecnológico nesse momento: de um lado, uma exposição

permanente da intimidade pelas redes sociais e aceitação constante dos termos de uso e de políticas de privacidade sem ciência do conteúdo; e, de outro, um sentimento de incômodo avassalador ao se ler uma notícia acerca da possibilidade de controle governamental de deslocamento pelo rastreamento no aparelho celular ou outro equivalente, que pode até nem identificar o indivíduo.

CONCEITO JURÍDICO – *E qual o interesse público nos dados pessoais?*

SANDRA FRANCO – Sem dúvida o interesse público em proteger a saúde da população em razão de uma grave pandemia deve ser considerado e os dados essenciais para o controle da contaminação precisam ser usados de forma pontual, para que não haja abusos na manipulação de dados.

CONCEITO JURÍDICO – *Os dados de saúde não demandam cuidados especiais?*

SANDRA FRANCO – Neste momento, mais do que nunca, as empresas e profissionais envolvidos na prestação de serviços de saúde precisam estar atentos às normas de proteção de dados pessoais. Os dados de saúde são considerados “sensíveis” pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, conhecida como LGPD), e demandam sim um cuidado especial. A lei determina que todas as informações precisarão estar em ambientes controlados e comprovadamente seguros. Além disso, também é de suma importância implantar soluções tecnológicas, mas também de educação. Para tanto, as instituições deverão adotar redes criptografadas e softwares de monitoramento, mas especialmente preparar as pessoas que terão acesso aos dados. Apenas para ilustrar com um caso na área da saúde em um país com a proteção de dados regulamentada, coloca-se o exemplo ocorrido em Portugal: um hospital foi multado em 400 mil euros pela violação comprovada aos dispositivos do GDPR (General Data Protection Regulation), a lei sobre proteção de dados pessoais da União Europeia. Questões envolvendo alguns fatos comuns em vários hospitais no Brasil serviram como base para a penalidade: não havia documento definindo as regras para criar usuários do sistema de informações do hospital; alguns funcionários técnicos desfrutaram do nível de acesso reservado para o grupo médico; havia 985 usuários associados ao perfil “médico”, mas o hospital conta apenas com 296 médicos naquele hospital, enfim.

CONCEITO JURÍDICO – *Na sua visão como está a sociedade brasileira com relação a proteção da privacidade?*

SANDRA FRANCO – Vale aqui observar que a sociedade brasileira ainda não desenvolveu uma cultura de proteção da privacidade, justamente porque vivemos um movimento contrário, o da superexposição. Porém, a LGPD obrigará a todos os setores um outro olhar para o respeito aos direitos constitucionais à privacidade, imagem, honra e intimidade.-

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

SANDRA FRANCO – Cabe a cada um valorizar seus dados, questionar o motivo dos dados que são coletados, se haverá compartilhamento, onde ficarão armazenados e por quanto tempo. Os princípios de finalidade, adequação, minimização devem guiar o consumidor. Mas, também é necessário pensar na quantidade de dados que são fornecidos pelas redes sociais, o quanto nós próprios temos nos exposto e criado situações para que golpes cibernéticos sejam aplicados. Precisamos criar uma cultura de privacidade.

A busca pelo equilíbrio entre os direitos, individuais e coletivos, é constante no Direito e o bom senso deverá imperar. ☑

A longevidade e a pandemia

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“O Conselho Federal de Medicina, antevendo eventual disputa entre as pessoas de precários leitos em caso de uma pandemia, foi cauteloso e incisivo em estabelecer no artigo 9º da Resolução nº 2.516/2016, verdadeira regra que abarca os princípios da isonomia e da equidade.”

A ciência médica vem progredindo de forma acentuada para proporcionar ao homem a tão ambicionada longevidade. Não no sentido de conferir a ele muitos anos e sim que os anos que ultrapassarem o patamar etário médio sejam consistentes e contemplados com uma qualidade de vida compatível com a dignidade assegurada constitucionalmente. Com a elevação da expectativa de vida dos brasileiros, a população idosa conta já com 28 milhões de pessoas e caminha firmemente para ser a quinta nação mais idosa do mundo.¹

Tanto é que tal conquista vem ancorada em políticas públicas condizentes e, acima de tudo, carrega como suporte legal o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). Referido documento traz tutelas diferenciadas para o idoso, aqui compreendido aquele que já atingiu o marco de 60 anos. E é interessante observar que o destinatário, além da carga normal de direitos prevista na legislação, acumula outras específicas para atender suas necessidades. Pode-se dizer, jocosamente, que é um repertório que congrega vários assuntos a serem pesquisados em ordem alfabética.

Se, de um lado, há o inegável prestígio legislativo e o conseqüente comprometimento dos órgãos da saúde, por outro, criou-se um conflito que veio se avolumando e exigiu uma tomada de posição definitiva. E a decisão girou em torno do critério a ser adotado quando um jovem e um idoso disputam um único leito em instituição hospitalar. Chegou-se a pensar, no balizamento feito pela utilidade social, na eleição do mais novo como preferencial, pois representaria o anseio da própria sociedade, que certamente auferirá benefícios maiores que reverterão ao grupo, levando-se em consideração a significativa força

de trabalho e produção, enquanto que, se for o idoso o escolhido, a premiação é individual, sem qualquer benefício coletivo.

Trata-se de um critério de utilidade social em que não é levado em consideração o princípio da equidade. Ocorre que, legalmente, a começar pelo preceito constitucional do tratamento isonômico, o critério de escolha é outro. Quando o legislador estabelece a paridade entre as pessoas, entroniza-as em um patamar de igualdade, *locus* em que os direitos deverão ser fruídos igualmente.

Além disso, o Estatuto do Idoso, diploma que veio estabelecer os direitos específicos daqueles que atingiram a condição de ancianidade – não que seja um *minus* e sim um *plus* à condição humana – estabelece textualmente em seu artigo 15:

É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

Ora, quando claro o texto, despreza-se a interpretação, mas somente pelo apego à argumentação, no instante em que o cidadão for incorporado ao seu diploma etário, recebe o passaporte que permite sua circulação entre todos os demais, além de receber a atenção necessária à sua saúde, preferencialmente com relação às doenças, como o coronavírus, que afetam preferencialmente os que se encontram na senescência. A partir daí, com a legitimidade amparada legalmente, como profetizava Rachel de Queiroz em suas crônicas nos idos de 1952, “o velho, quando são, equivale ao moço.”

Além do que, o Conselho Federal de Medicina, antevedendo eventual disputa entre as pessoas de precários leitos em caso de uma pandemia, foi cauteloso e incisivo em estabelecer no artigo 9º da Resolução nº 2.516/2016, verdadeira regra que abarca os princípios da isonomia e da equidade, *in verbis*:

As decisões sobre admissão e alta em unidade de tratamento intensivo (UTI) devem ser feitas de forma explícita, sem discriminação por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política, deficiência, ou quaisquer outras formas de discriminação.

A determinação deontológica, desprovida de qualquer forma de discriminação, recomendando a manifestação explícita a respeito do critério adotado para a escolha do paciente, obriga os médicos responsáveis a fazer uma escolha com manifestação escrita, documentada em prontuário. Não prevalecerá, desta forma, o critério etário, por si só, com exclusividade. Pelo contrário, recairá a seleção dentre aqueles que, considerados iguais, reunirem melhores condições de sobrevivência e de menor tempo de ocupação de leito.

Se não fosse este o espírito que norteou a legislação e a resolução, não valeria a pena todo o investimento que vem sendo feito em favor da longevidade. 

NOTA

1 <https://jornal.usp.br/atualidades/em-2030-brasil-tera-a-quinta-populacao-mais-idosa-do-mundo/>



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

COVID-19: relações familiares e violência doméstica

■ POR DANIELE FERNANDES REIS E THIAGO LUIZ SARTORI

O distanciamento social na modalidade de confinamento é a medida mais efetiva a não propagação do novo coronavírus – Covid-19.

Problemas sociais diversos são sua consequência: crise sanitária, crise financeira e crise familiar. As famílias são, agora, mais do que nunca, obrigadas a relacionarem-se. Se estiverem dispostas, aprenderão e superarão com as diferenças de suas personalidades e de suas necessidades. É tempo de pôr em prática resignação, resiliência e conciliação.

A afinidade que é base principiológica das relações familiares é colocada em xeque. Se as famílias não estiverem dispostas, muitas contendas judiciais cíveis e penais poderão ser necessárias como execução de alimentos, revisional de alimentos, modificação de guarda, modificação e suspensão de visitas, divórcio, medidas protetivas, dentre outros. No Direito de Família, as questões mais levantadas neste palco versam sobre alimentos, convívio e violência.

Primeiramente, vale lembrar que em 19 de março de 2020, o mesmo órgão (CNJ) publicou a Resolução 313 que, no âmbito do Poder Judiciário, implantou regime de Plantão Extraordinário com o objetivo de prevenir o contágio pelo Covid-19 e garantir o acesso à justiça neste período emergencial.¹

A Resolução estabelece, com exceção das demandas que tratem de conteúdo exposto em seu art. 4º (relativamente sobre casos urgentes), que o direito de ação estará suspenso, bem como os prazos em curso, até o dia 30 de abril de 2020, prazo este já superado tendo, os processos digitais, seus prazos retomados em 04 de maio de 2020. Quanto aos processos físicos a suspensão se estendeu até 15 de maio de 2020 conforme Resolução 314 do mesmo órgão.

Nesta toada, devedores e credores de alimentos querem saber se os alimentos já fixados continuam a ser devidos, se podem ser executados, inclusive sob pena de prisão (art. 528, § 4º, CPC).

Vale analisar que os pedidos de alimentos provisórios e provisionais



“Se fosse possível um “bom-senso verdadeiro” entre as pessoas era o que seria recomendado para resolver esses conflitos familiares. Sensatez, seria a melhor saída não só para os tempos hodiernos, mas eternamente nas relações familiares.”

se enquadram na alínea *b* da Resolução nº 313 do CNJ, podendo estes, então, ser objetos de ações excepcionais neste período de suspensão dos prazos no Poder Judiciário.

No entanto, o deferimento de prisão civil não se enquadra nas exceções do citado artigo, e ainda, o “Habeas Corpus”, medida adotada pelo devedor de alimentos, é uma exceção possível no momento (alínea *a* do art. 4º da Resolução nº 313).²

No mesmo dia 19 de março de 2020, o STJ, por sua Ministra Nancy Andrichi³, determina a conversão do regime fechado em prisão domiciliar a um paciente, devedor de alimentos, nos autos do HC 566.897/PR que abre precedente para inúmeros pedidos e deferimentos subsequentes de igual teor.

A ideia vem, além dos fundamentos já demonstrados acima pela situação excepcional na qual vive nossa sociedade, da intenção de não colocar o devedor de alimentos em risco comprometendo, inclusive, todo o futuro do alimentado, que é o que se espera de qualquer sistema jurídico de país civilizado.⁴

A solução é por muitos criticada, pois passa a ideia de proteção ao devedor, até porque a medida de prisão domiciliar, em sociedade que se impõe o confinamento, torna-se sem efeito, já que todos são, de fato, obrigados a ficar em seus lares. Mas, como já dito, estamos vivendo uma situação muito excepcional e medidas outras precisam ser impostas temporariamente para preservação da vida. Todavia, não

devemos esquecer que a necessidade do alimentado, neste período, é a mesma ou até maior, pois muitos alimentavam-se nas escolas e agora os genitores precisam suprir essa necessidade de, no mínimo, três refeições diárias dentro de casa, o que se traduz num custo alto.

Vale ressaltar, porém, que os alimentos continuam a ser devidos tal qual foram definidos judicialmente, só podendo ser modificado por ação revisional competente onde será observado o binômio alimentar. O ingresso de tal demanda continua sendo possível se cumulada a medida de antecipação de tutela. Até lá (sentença modificadora), tudo é devido integralmente.

Alguns estudiosos do tema defendem a flexibilização do prazo no tocante a quantidade de parcelas a ser cobrada pelo rito de prisão por inadimplemento dos alimentos pelo tempo que a pandemia perdurar, ou seja, poder-se-ia executar pelo rito prisional mais de três alimentos devidos, expandindo assim a abrangência do art. 528 §7 do CPC.⁵

Há ainda quem defenda a criação de um Fundo Especial, muito utilizado na Europa, para assegurar aos alimentados o direito de alimentos, a ser pago pelo Estado quando o devedor original não o cumpre, afinal é dever também daquele “assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação,” dentre outras necessidades da criança, adolescente ou jovem, conforme dispõe o art. 227 da Constituição Federal.⁶

A obrigação de alimentos, então, seria assumida pelo Estado e este sub-rogar-se-ia nos direitos do credor de alimentos para efetuar a cobrança em face do primeiro, sendo essa medida a ideal tanto para o alimentado quanto para o Estado que economizaria, e muito, já que custear trâmites processuais e cadeia pública sai muito mais dispendioso.

Essa alternativa seria não só de grande valia ao momento atual, mas também para a diminuição de conflitos familiares no futuro. Destaca-se que cautela semelhante já é utilizada em nosso ordenamento jurídico no art. 14 do Estatuto do Idoso, no âmbito da assistência social.

No que tange a convivência familiar, questões são igualmente arvoradas. Aqui, se importa discutir se deveria impor ou não a suspensão do direito de convivência familiar e, as opiniões são diversas. O que temos visto com maior intensidade no Judiciário é a suspensão do convívio familiar seja no modelo de guarda unilateral, seja na compartilhada, pois o problema está no convívio misto e alternado, quando então, são necessárias saídas para chegar ao lar do outro genitor.

Cabe lembrar que o Estatuto da Criança e Adolescente prevê em seu art. 1º a proteção integral da criança ou adolescente, deixando claro que o objetivo efetivo é o resguardo do menor. Ainda podemos verificar a modulação dos efeitos do direito de visitas nos arts. 1584, § 2º e 1586 do Código Civil dispondo estes, resumidamente, que o convívio poderá ser regulado e modificado a depender das situações fáticas e, inclusive, por motivos graves, como é o momento atual. Se há possibilidade de previsão diversa sobre o convívio familiar como a sua suspensão por motivos graves e excepcionais pelo melhor interesse do menor em guarda compartilhada, mudança idêntica poderá ocorrer quando há guarda unilateral, por si só, pelo o que prevê a lei especial.

Continuamente, e na presente cena pandêmica mais ainda, há de se garantir a formação saudável prevista no art. 1589, parágrafo único, especialmente quando

se trata do convívio familiar. Algumas sugestões de saídas para esse impasse entre o convívio familiar e a proteção da vida de todos podem ser citadas: suspensão provisória do deslocamento mantendo o menor com quem reside, podendo o outro genitor compensar no futuro tal ausência; alternar residências duas vezes ao mês, ficando o filho 15 dias em cada casa, pois como a maioria das pessoas estão em *homeoffice* e *homescholling*, os bônus e ônus dessa convivência seriam divididos no período de confinamento. É a ideia de seguir o regime de férias escolar previsto judicialmente, que permite dividir convívio, sair o menos possível de casa e preservar a vida dos envolvidos.

Todavia, quanto a convivência com genitor que é profissional da saúde, importante se impor o distanciamento deste temporariamente, pois exposto a maior risco. Se ambos os genitores tiverem idêntica profissão o melhor para o menor seria eleger um terceiro como avós, tios ou padrinhos para fazer as vezes dos pais e cuidar melhor da criança ou adolescente.

Importantíssima ressalva nessas hipóteses de suspensão de convívio é manter o contato virtual possibilitado por diversos meios digitais hoje disponíveis, seja em chamadas ao vivo de imagem e/ou som, bem como vídeos a serem enviados ao genitor ausente e seus familiares (especialmente aqueles em grupo de risco aos quais se impõe mais rigorosamente o isolamento), pois a ausência e até mesmo a redução destes possíveis contatos podem configurar alienação parental.⁷

Se fosse possível um “bom-senso verdadeiro” entre as pessoas era o que seria recomendado para resolver esses conflitos familiares. Sensatez, seria a melhor saída não só para os tempos hodiernos, mas eternamente nas relações familiares.

Além disso, os dados não são os melhores quando o assunto é a violência doméstica. Os ativistas acreditam que os números da violência doméstica a nível global podem ser ainda maiores do que aqueles de que há registro, uma vez que muitas vítimas não denunciam o abuso de que são alvo.⁸

A relatora especial das Nações Unidas sobre violência contra as mulheres, suas causas e consequências, Dubravka Šimonovi, está acompanhando de perto os impactos da pandemia de COVID-19 no direito das mulheres a uma vida livre de violência. Como ela alertou em uma declaração recente em 27 de março de 2020, os esforços para lidar com a atual crise de saúde podem levar a um aumento da violência doméstica contra as mulheres.⁹

Ainda que a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) seja uma das leis mais conhecidas pela população e uma das mais efetivas, os dados no Estado de São Paulo, segundo informações do Fórum Brasileiro de Segurança Pública o total de socorros prestados pela Polícia Militar passou de 6.775 para 9.817, na comparação entre março de 2019 e março de 2020. A quantidade de feminicídios também subiu no estado, de 13 para 19 casos (46,2%).¹⁰

Com o objetivo de reduzir a subnotificação do registro de violência doméstica, em São Paulo, foi implantado o sistema de Delegacia Eletrônica para que os registros de violência doméstica possam ocorrer via internet.¹¹

No mesmo sentido, é possível através do Disque 180, esclarecer dúvidas sobre a Lei Maria da Penha, que prevê sanção para vários tipos de violência (moral, psicológica, patrimonial, física e sexual).

Ademais, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei Maria da Penha, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor,

em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Ainda, proibição de determinadas condutas, entre as quais: aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; prestação de alimentos provisionais ou provisórios entre outras. 

NOTAS

- 1 CNJ, <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>, acessado em 02 de maio de 2020.
- 2 TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os grandes desafios para o Direito de Família - A prisão civil do devedor de alimentos, <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/322568/o-coronavirus-e-os-grandes-desafios-para-o-direito-de-familia-a-prisao-civil-do-devedor-de-alimentos>, acessado em 02 de maio de 2020.
- 3 STJ, <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Por-cao-do-coronavirus--ministra-manda-devedor-de-alimentos-cumprir-prisao-domiciliar.aspx>, acessado em 02 de maio de 2020.
- 4 SIMÃO, José Fernando. Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020, <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1405/Direito+de+fam%C3%ADlia+em+tempos+de+pandemia%3A+hora+de+escolhas+tr%C3%A1gicas.+Uma+reflex%C3%A3o+de+7+de+abril+de+2020>, acessado em 02 de maio de 2020.
- 5 IBIAS, Delma Silveira, Diego Oliveira da Silveira. Os alimentos são devidos durante a pandemia do coronavírus? <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1407/Os+alimentos+s%C3%A3o+devidos+durante+a+pandemia+do+coronav%C3%ADrus%3F>, acessado em 02 de maio de 2020.
- 6 CALMOM, Rafael. Pela criação de um fundo especial de garantia ao pagamento de pensão alimentícia, <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1406/Pela+Cria%C3%A7%C3%A3o+de+um+fundo+especial+de++garantia+ao+pagamento+de+Pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia++>, acessado em 02 de maio de 2020.
- 7 SIMÃO, José Fernando. Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020, <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1405/Direito+de+fam%C3%ADlia+em+tempos+de+pandemia%3A+hora+de+escolhas+tr%C3%A1gicas.+Uma+reflex%C3%A3o+de+7+de+abril+de+2020>, acessado em 02 de maio de 2020.
- 8 https://www.rtp.pt/noticias/covid-19/covid-19-isolamento-domiciliario-faz-disparar-queixas-por-violencia-domestica_n1216270, acessado em 01 de maio de 2020.
- 9 <https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-recebe-informacoes-sobre-violencia-contra-mulheres-durante-criese-de-covid-19/>, acessado em 02 de maio de 2020.
- 10 http://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19/, acessado em 04 de maio de 2020.
- 11 <https://www.delegaciaeletronica.policiaivil.sp.gov.br/ssp-de-cidadao/pages/comunicar-ocorrencia/violencia-domestica/triagem-de-vitima>, acessado em 04 de maio de 2020.



ARQUIVO PESSOAL

DANIELE FERNANDES REIS é Advogada. Professora de graduação e pós-graduação e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Anhanguera de São Paulo – UNIABC.



ARQUIVO PESSOAL

THIAGO LUIZ SARTORI é Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor universitário do curso de Direito da Universidade Anhanguera de São Paulo – UNIABC. Palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo. Professor/coordenador convidado da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil/Seção São Paulo.

A prejudicial redução linear das mensalidades escolares

■ POR MARIANI CHATER

A pandemia do coronavírus e as medidas de segurança propostas em razão de sua expressiva disseminação, notadamente o isolamento social, impuseram severas mudanças na rotina e na dinâmica das famílias.

Com a suspensão das aulas presenciais, os pais se viram obrigados a assumir, além das funções habituais e, em muitos casos, do teletrabalho, a tarefa de manter uma rotina de estudos com os filhos. De outro lado, as escolas tiveram que se adaptar e desenvolver novas formas de prestar seus serviços.

Diante desse contexto, verificou-se, nos órgãos de proteção aos consumidores, um forte movimento no sentido de que as mensalidades escolares fossem reduzidas. A premissa defendida pelos pais é de que, em razão da quarentena, os serviços educacionais não estão sendo prestados conforme contrato e, ainda, que despesas como água, luz e manutenção foram suprimidas, de modo que não se justificaria a cobrança do valor integral. Por sua vez, as escolas afirmam que os mencionados custos representam parte ínfima de suas despesas e que eventual redução implicaria na demissão de funcionários, afora a



necessária e dispendiosa implementação de sistemas de ensino à distância. Assim, a redução pretendida inviabilizaria a continuidade de suas atividades, especialmente das escolas de médio e pequeno porte.

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor estabelecer a responsabilidade objetiva dos fornecedores por eventuais danos decorrentes dos serviços que prestam, ou seja, independentemente da verificação de culpa, cabendo a eles o risco da atividade que exercem, o atual cenário, absolutamente inédito e imprevisível, exige uma análise mais sistêmica (e sensível) da legislação.

Isso porque, em seu art. 14, § 3º, o Código elenca as excludentes de responsabilidade do fornecedor, quais sejam: a) a inexistência de defeito nos serviços prestados e b) a culpa exclusiva do consumidor ou terceiro. Note-se que situações excepcionais como o coronavírus não se enquadrariam em nenhuma dessas duas hipóteses.

Por sua vez, o Código Civil, em seu art. 393, disciplina os institutos do caso fortuito e de força maior, que consistem no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, o que afasta a responsabilidade do devedor.

Da análise isolada da lei consumerista, poderia se concluir que, diante da suspensão das aulas presenciais e da alteração do modo de fornecimento dos serviços

“Os impactos econômicos do coronavírus afetam diretamente os fornecedores e os consumidores. O que se percebe é um esforço expressivo das escolas no sentido de seguir prestando os seus serviços, ainda que de forma alternativa, de outro lado, pais, igualmente prejudicados, insatisfeitos com a nova sistemática. Certo é que a imposição de descontos obrigatórios levará pequenas e médias escolas à bancarrota, com demissões em massa e inevitável fechamento de suas portas, o que pode ser muito mais danoso.”



educacionais, os pais teriam direito à resolução do contrato firmado. Entretanto, a ausência de previsão expressa do caso fortuito ou de força maior dentre as excludentes de responsabilidade do fornecedor não enseja o compulsório afastamento de sua aplicação às relações consumeristas.

Na verdade, a impossibilidade de execução do contrato, pelas escolas, nos moldes originariamente firmados, decorreu de atos absolutamente alheios à sua vontade e ao seu controle, razão pela qual o bom senso deve nortear as tratativas entre elas e os pais dos alunos.

É nesse sentido a orientação da Secretaria Nacional do Consumidor, que na Nota Técnica nº 14/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, ratificou a necessidade de se construir soluções negociadas, com base em dois fundamentos: i) garantir a prestação do serviço, ainda que de forma alternativa, e ii) garantir ao consumidor que, nos casos em que não houver outra possibilidade, seja feito o cancelamento ou desconto do contrato com a restituição parcial ou total dos valores devidos, sem que isso comprometa economicamente o prestador de serviço. E conclui ser descabida a redução das mensalidades enquanto as escolas estiverem prestando seus serviços com qualidade equivalente ou semelhante àquela contratada inicialmente.

Na contramão desse entendimento, verifica-se a existência de projetos de lei nos âmbitos federal, estadual e distrital. No Senado Federal, está em análise o Projeto de Lei (PL) nº 1163/20, que propõe a redução de, no mínimo, 30% (trinta por cento) no valor das mensalidades das instituições de ensino fundamental, médio e superior da rede privada cujo funcionamento esteja suspenso em razão da pandemia. Nessa mesma linha, tramitam, na Câmara dos Deputados, os PLs nº 1119/20, 1108/20 e 1183/20.

No Distrito Federal, o PL nº 1079/2020, também prevê o desconto de 30% enquanto durar a suspensão das aulas. Apesar de aprovado em primeiro turno, a Câmara Legislativa parece ter recuado e buscará soluções alternativas ao desconto obrigatório, a exemplo da negociação individual dos contratos e da tentativa de redução de impostos para as instituições, o que refletirá diretamente nas mensalidades.

De tal contexto, percebe-se que não há uma solução linear para o problema. Os impactos econômicos do coronavírus afetam diretamente os fornecedores e os consumidores. O que se percebe é um esforço expressivo das escolas no sentido de seguir prestando os seus serviços, ainda que de forma alternativa, de outro lado, pais, igualmente prejudicados, insatisfeitos com a nova sistemática.

Certo é que a imposição de descontos obrigatórios levará pequenas e médias escolas à bancarrota, com demissões em massa e inevitável fechamento de suas portas, o que pode ser muito mais danoso. Assim, entende-se que a negociação caso a caso, a partir de critérios a serem legalmente definidos, considerando a redução da capacidade financeira do consumidor e, ainda, a viabilidade objetiva da escola em conceder o desconto, mediante uma comunicação clara e transparente entre os envolvidos, é o caminho adequado. 





Afinal, emitiremos dinheiro para lutar contra a Covid-19?

■ POR LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA

“A compra de títulos do Tesouro pelo Banco Central precisará ser cuidadosamente regulada e transparentemente controlada. Dessa maneira, estou seguro que será um trunfo na luta contra a Covid-19 e a depressão à vista.”

Desde o fim de março venho defendendo que o Banco Central seja autorizado a emitir dinheiro para financiar os grandes gastos necessários para enfrentar o novo coronavírus. Já há algum tempo o tema é objeto de uma reforma constitucional, a emenda da guerra à Covid-19. Os membros do Congresso, porém, mal assessorados, e a opinião pública brasileira, ainda escaldada pela grande inflação de 1980-1994, têm medo de que isso provoque alta de preços.

Não precisam ter medo. No quadro atual de aumento violento do desemprego e de recessão –senão depressão –, a compra de títulos novos do Tesouro não causará inflação. Hoje, depois de ter sido abandonada pelos bancos centrais nos anos 1990, e depois das enormes emissões de moeda feitas pelos países ricos desde 2009 sem que houvesse qualquer inflação, a teoria monetarista está completamente desmoralizada.

Essa prática, baseada em uma identidade elementar ($MV=Py$), transformava-se em uma teoria na qual V , o número de vezes em que a mesma moeda é usada no ano, era considerada constante; e, portanto, a inflação (P) era causada pelo aumento da quantidade de moeda (M) acima do aumento da produção (y). Na prática, a velocidade de circulação da moeda não é constante, e é o PIB que determina a quantidade de moeda. O aumento dos preços independe da quantidade de moeda; ele é causado pelo excesso de demanda, que não faz parte dessa equação.

Como é possível que a variação do PIB determine a quantidade de moeda em circulação? Porque o dinheiro é criado pelo aumento do crédito, seja ao setor privado ou ao Estado, e o crédito tende a crescer com o PIB para que a moeda possa desempenhar seu papel de óleo lubrificante do motor econômico. Quando o país entra em recessão e precisa aumentar fortemente sua despesa pública, o Tesouro precisa de crédito para financiá-lo, e, portanto, haverá uma emissão de moeda, não importando se os títulos emitidos forem financiados pelo setor privado ou público.

Portanto, se concordamos que o Estado precisará realizar grandes gastos, muito mais do que os 3,2% hoje previstos, haverá emissão de moeda, tanto quando o setor privado for o credor quanto se o Banco Central fizer esse papel.

Qual é, então, a diferença entre a venda de títulos do Tesouro ao setor privado ou ao Banco Central? A diferença objetiva é que no primeiro caso haverá aumento da dívida pública, que depois precisará ser paga e envolverá anos de austeridade, enquanto no segundo não há aumento da dívida pública. A dívida pública é a dívida do Estado, e tanto o Tesouro quanto o Banco Central fazem parte dele. Em termos líquidos, não há qualquer aumento da dívida pública.

É verdade que as normas contábeis geralmente seguidas pelos países não reconhecem esse fato. Segundo meus cálculos, o Japão deve ter reduzido em 77%, e os Estados Unidos, em 12% do PIB sua dívida pública entre 2009 e 2019 – mas a dívida pública contabilizada desses dois países não mudou por isso. Porque os economistas adoram ficções.

Neste momento, é importante jogar no lixo esse medo de emissão de moeda. Porque não haverá aumento da dívida pública e porque não se deve prever que o governo federal mergulhe na irresponsabilidade fiscal – ele apenas terá menos medo em realizar os gastos necessários. Parece que esse medo está diminuindo. No dia 1º de maio, o jornal a Folha dedicou duas páginas ao problema da emissão de moeda via Banco Central-Tesouro.

Paulo Guedes diz que pode emitir moeda se a inflação for a zero. Dois economistas igualmente ortodoxos, Henrique Meirelles e Márcio Garcia, defendem essa política. E o citado jornal defende que “ao imprimir dinheiro, o Estado cria poder de compra que antes não existia”. Equivoca-se apenas em afirmar que haverá aumento da dívida pública.

A compra de títulos do Tesouro pelo Banco Central precisará ser cuidadosamente regulada e transparentemente controlada. Dessa maneira, estou seguro que será um trunfo na luta contra a Covid-19 e a depressão à vista. 



LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA é Professor emérito da Fundação Getúlio Vargas, ex-ministro da Fazenda (1987, governo Sarney), da Administração e da Reforma do Estado e da Ciência e Tecnologia (1995-1998 e 1999, governo FHC).



*Marcelo Magalhães
Peixoto*

Política tributária transformada em instrumento para manutenção de empregos

Diante da grave crise sanitária, econômica e social vivida pelo Brasil em decorrência da pandemia do COVID-19, não tem cabimento quaisquer propostas legislativas que representem aumento de carga tributária, seja através da ampliação do campo material dos tributos existentes, seja mediante a criação de novas incidências, como

empréstimos compulsórios ou o imposto sobre grandes fortunas. O mundo ainda não conhece a real extensão nem o tempo de duração da crise gerada pela pandemia. Milhares de vidas e de empregos estão sendo diariamente perdidos em uma velocidade inédita história da humanidade. O grande desafio de todos os países no momento é proteger vidas e empregos, daí porque consideramos absolutamente inoportuno e inadequado o debate levantado por algumas vozes acerca de novas incidências tributárias, a nível legal e a fortiori no plano constitucional. As regras fundamentais da relação jurídica-tributária jamais podem ser alteradas oportunisticamente em momento tão sensível da vida nacional.

Entendemos que a política tributária pode se transformar em um grande instrumento na direção da manutenção de empregos e que o Estado Brasileiro já tem à sua disposição poderosos mecanismos para adotar imediatamente. Diante da premissa de que o país precisa evitar a destruição dos empregos e das inevitáveis e imprevisíveis consequências que este fato redundará para a coesão social e a paz pública, propomos, a título de exemplo, a adoção das seguintes medidas fiscais:

A concessão de um crédito fiscal equivalente a 50% sobre o valor da folha de salários dos empregados que ganham até três salários mínimos, nos meses de abril, maio e junho de 2020, a ser utilizado pelas empresas a partir do ano de 2021, mediante compensação com outros tributos federais, nos termos da legislação aplicável. O objetivo é claramente dividir com o setor privado o custo da manutenção do emprego formal em uma economia em estagnação;

A suspensão (e não o mero diferimento) da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários dos empregados que ganham até três salários mínimos), nos meses de abril, maio e junho de 2020;

A flexibilização das regras limitadoras do aproveitamento de prejuízos fiscais e base negativa de contribuição social sobre o lucro e a possibilidade de transferência destas “moedas fiscais” no ano de 2020;

A agilidade na liberação de créditos fiscais detidos pelas empresas junto ao Fisco, tais como os créditos de PIS/COFINS e autorização para sua transferência para terceiros no ano de 2020.

No entanto, considerando a necessidade de equilibrar os estreitos limites do espaço fiscal nacional com a imperatividade de impedir a destruição dos empregos formais, entendemos que as medidas fiscais sugeridas somente poderiam ser aproveitadas pelas empresas que mantivessem, pelo menos até 31 de dezembro de 2020, os empregos existentes em 31 de março de 2020.

Sem medidas concretas sobre o efeito tributário no caixa das empresas, quaisquer outras medidas são inscientes, ineficazes, postergativas de problemas. Simples, assim.



COVID-19: hiato social e necessidade de universalização de direitos

■ POR MONIQUE RODRIGUES DO PRADO

“A formação de uma nova mentalidade coletiva exige coragem, pois maximizar uma sociedade comunitária pressupõe que os interesses públicos estejam alinhados com essa proposta que certamente, e sobretudo nesse momento, apresenta-se como uma demanda social urgente para além do espectro da esquerda ou da direita. Essa crise escancara para nós que o sentido da vida não é a produção. Estabelecer um novo eixo implica compreender o valor da vida humana.”

Rendendo-me as *lives* produzidas em tempos de confinamento, assistia as reflexões tecidas pelo filósofo Rodrigo Petronio no canal do *Youtube* da *Casa do saber*. Em tom lúcido, ele dizia que a crise estabelecida pelo COVID-19 não será suficiente para alterar a narrativa do capitalismo, visto que esse é um dos sistemas mais sofisticados e complexos de domesticação humana.

Do ponto de vista econômico, o capitalismo amplia a concorrência de forma que permite a coordenação do mercado. Entretanto, sob a ótica das relações humanas o que temos visto são acumuladores de capital que lucram com essa engrenagem em face de uma massa de trabalhadores com recursos parcos e condições comprometidas para a sua própria existência.

Nesses tempos de crise fica evidente que a saúde é um produto, pois são os planos de saúde e a indústria farmacêutica que direcionam qual é a vida que tem prioridade.

O COVID-19 não escolhe classe social atingindo de bilionário a miserável, mas revela as contradições acentuadas desse sistema econômico-social, sobretudo porque a engrenagem não pode parar. É isso que leva a autoridade máxima do nosso país vir a público e em rede nacional criminosamente promover discursos que façam as pessoas voltarem às ruas justificando que “O Brasil não pode parar”, ignorando completamente as recomendações de isolamento da Organização Mundial da Saúde e do próprio governo, por meio do Ministério da Saúde.

Na mentalidade desse pseudopolítico a economia da financeirização e dos bancos de investimento é mais importante que a vida e por isso nem a vida é suficiente para a declaração oficial de calamidade pública.

Entretanto, não podemos esquecer que a saúde é uma conquista histórica dos trabalhadores que, pelo menos em tese, é direito de todos. Entretanto, na perspectiva liberal a saúde só pode ser viabilizada se tornada mercadoria virando verdadeiro produto na mão da iniciativa privada.

O pouco investimento no setor da saúde e da ciência é algo que precisa de eco, pois é fundamental denunciar um desgoverno que só está preocupado com o eleitorado de 2022, mas muito pouco preocupado com cenários de caos e quebra da ordem social. Senão fosse assim, o Presidente não gastaria 4,8 milhões para a sua ordinária campanha publicitária “o Brasil não pode parar” e investiria esse mesmo valor em testes de massa para tentar diminuir uma catástrofe social ou pelo menos em mais leitos, respiradores e equipamentos para profissionais da saúde que estão na linha de frente.

Afinal, para que investir em pesquisa ou desenvolver algo que não possa virar produto e ser instantaneamente precificado? É nesse sentido que nos provoca o médico americano de medicina preventiva Dr. James Hamblin, professor da Escola de Saúde Pública de Yale: “Os investimentos governamentais de longo prazo são importantes para criação de vacinas, medicamentos antivirais e outras ferramentas vitais requerem décadas de sérios investimentos, mesmo quando a demanda é baixa. As economias baseadas no mercado geralmente não se interessam em desenvolver um produto para o qual não há demanda imediata...”.

A cena dos médicos cubanos chegando a países desenvolvidos revela como um modelo que prioriza: a vida, a saúde e a educação coloca em cheque o desenvolvimentismo seletivo daqueles países que inflou os seus cofres de bancos de investimento, mas ainda depende de um país terceiro-mundista para operar a força de trabalho.

Em uma análise contemporânea da ordem regida pelo capital, vimos que os indivíduos passam a ser vistos pelo seu poder de compra de modo que todos nós viramos consumidores, ou seja, não importa mais o nosso nome, importa se o sujeito tem CPF ou “nome limpo”.

Assim, com a ascensão das políticas neoliberais reduzindo bruscamente a participação do Estado nesses serviços básicos, o cidadão cada vez mais é visto como “cliente”, onde certamente deverá passar pelo crivo da análise de crédito (*score*) antes da contratação de qualquer bem ou serviço, de modo que o acesso à moradia, à educação e à saúde viram produtos.

Mesmo a recente aprovada renda mínima é absurda, pois quem consegue fazer mercado, pagar contas de energia, água e telefone, aluguel e medicamentos

com R\$ 600,00? A pergunta que pode levar a uma resposta sintomática de que é possível sim viver com esse valor, joga luzes novamente ao hiato social. Minha provocação não poderia ser outra senão convidar os nossos senadores e deputados, representantes do povo, a viverem nesse tempo de quarentena com o referido valor.

Mais uma vez a provocação serviu para denunciar a perversidade do capitalismo, onde uns têm R\$ 600,00 e outros, como os nossos representantes da classe política auferem só de rendimentos valor mensal de R\$ 33.000,00. É rezar para que o cidadão não contraia COVID-19 com uma renda mensal de ínfimos R\$ 600,00.

Outra discussão é a criação do imposto sobre grandes fortunas (IGF) que tem previsão no *art. 153, VII* desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas jamais chegou a ser instaurado para tributar os ricos no Brasil. Talvez, após essa crise podemos ver uma reforma fiscal tendo pautado esse imposto e não a repetição de reformas que compromete o trabalhador.

Essa engrenagem de CPF's retira o medo dos multimilionários em tempos de crise sanitária, já que não demonstram qualquer zelo a vir a público e comentar que 12 mil mortos não é nada ou que é histeria ou ainda que é um viruzinho, como disse Roberto Justus. Tem ainda o dono do Madero, Luiz Durski Junior que afirma que o país não pode parar se 05 ou 07 mil pessoas morrerem.

Para aqueles que insistem em dizer que as pessoas não vão morrer do vírus, mas morrerão de fome, mais uma vez é flagrante a contradição do sistema econômico vigente, pois é inadmissível que um país que já chegou a 09ª posição do ranking mundial econômico, não dê conta de parar por dois ou três meses para cuidar da saúde dos seus cidadãos.

Enquanto isso, os pobres da classe trabalhadora, esses que sustentam o pilar do capitalismo agressivo se mantém esperançosos de que a burocracia não se estenda por muito tempo para que eles possam acessar o mais rápido os prometidos R\$ 600,00 e, na medida do possível, mantenham-se atendendo as recomendações de quarentena em suas casas que, muitas vezes, não têm sequer janela cujo amontoamento é realidade.

O Estado do bem estar social vira cortina de fumaça ficando apenas na promessa.

Fato é que somos uma sociedade cansada de um modelo que atende aos interesses de um grupo ínfimo que prega o individualismo como Deus e a financeirização como Jesus Cristo.

O capitalismo foi capaz de se amoldar as mais diversas culturas e, portanto, encontra-se universalizado. Entretanto, não podemos aceitá-lo como plano estático. É preciso viabilizar a solidariedade sistêmica como elemento estrutural de caráter global.

A formação de uma nova mentalidade coletiva exige coragem, pois maximizar uma sociedade comunitária pressupõe que os interesses públicos estejam alinhados com essa proposta que certamente, e sobretudo nesse momento, apresenta-se como uma demanda social urgente para além do espectro da esquerda ou da direita. Essa crise escancara para nós que o sentido da vida não é a produção. Estabelecer um novo eixo implica compreender o valor da vida humana. 



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

O Direito à Saúde e a COVID-19: discutindo o SUS Constitucional

■ POR JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA

O texto constitucional brasileiro conseguiu abarcar o direito à saúde de uma forma mais geral e ampliada, de maneira a se colocar em sintonia com os desejos da população e os anseios do debate em torno do Movimento da Reforma Sanitária, em pleno reascenso da democratização em nosso país nos anos 1980.



“É preciso que o Movimento Sanitário brasileiro seja novamente protagonista de um projeto audacioso e libertário de saúde pública que abarque todos os cidadãos interessados na melhoria e afirmação de nosso sistema universal de saúde, para que alcancemos o patamar de nação socialmente desenvolvida, na qual o direito à saúde seja efetivado para toda a população, sem qualquer tipo de diferenciação ou preconceito.”

Já no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, se inicia a proteção constitucional do direito à saúde, corolário do direito à vida com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. De forma complementar, o inciso IV do art. 3º afirma como objetivo da República brasileira a promoção do bem de todos. Por sua vez, o art. 5º prevê a inviolabilidade do direito à vida e, finalmente, o art. 6º, a noção de que o direito à saúde é expressamente garantido dentre os direitos sociais.

Outro dispositivo importante presente em nossa Constituição Federal é o art. 196, que prescreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando ao Poder Público o caminho para assegurá-lo: “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Um aspecto relevante e que envolve a participação dos entes federativos diz respeito às suas respectivas competências comuns e concorrentes. O art. 23, inciso II, relata que o dever de cuidar da saúde e da assistência pública é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; enquanto o art. 24, inciso XII, delimita a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde. Inclusive, foi com base nesses parâmetros, que recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, referendou decisão liminar, concedida pelo Ministro Marco Aurélio, compreendendo que as competências concedidas à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) pela Medida Provisória 926/2020 não afastam a competência concorrente de Estados e Municípios sobre a política de saúde pública em relação às ações referentes à pandemia da COVID-19¹.

Outro ponto de destaque dado pela nossa Constituição ao direito à saúde é seu aspecto de relevância pública (art. 197, CF/88). A relevância pública abarca os objetivos e fundamentos que dão lastro à aplicação das políticas públicas consoantes à República Federativa do Brasil, e que estão consolidados nos art. 1º e 3º de nossa Carta Política de 1988 como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem comum e a erradicação da pobreza. A efetivação do direito à saúde, principalmente no contexto brasileiro, é uma luta constante para garantir e avançar nesses objetivos e fundamentos da República, portanto, não há dúvida que o direito à saúde é um direito de relevância pública.

Nesses mais de 30 anos de constitucionalização do direito à saúde no Brasil, do texto constitucional às lides judiciais, o Sistema de Justiça e o Sistema de Saúde tentam afinar suas concordâncias em relação à matéria, principalmente neste contexto de pandemia em que se discutem vagas em leitos de UTI, aquisição de Equipamentos de Proteção Individual (EPI's) ou papel da saúde pública e suplementar. Na conjuntura COVID-19 que ora se apresenta, devemos sempre requerer que: a) a microjustiça individual seja inserida em um contexto de macrojustiça coletiva, em que os direitos individuais sejam julgados inerentes à consecução de demandas coletivas; b) os critérios de justiça comutativa sejam aproximados aos critérios da justiça distributiva; c) sejam respeitados os objetivos, princípios e diretrizes do SUS, tais como a universalidade, integralidade e equidade.

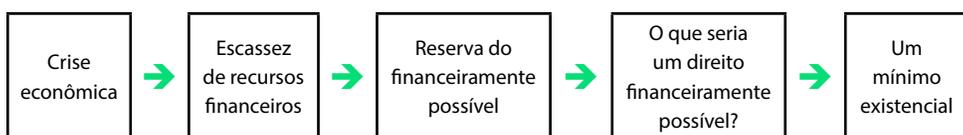
Para que o direito à saúde seja implementado em nosso contexto, tanto em nível constitucional como jurisprudencial, cumpre também manter o devido cuidado

hermenêutico e senso crítico na absorção de teorias extemporâneas e pertencentes à outras realidades, que, em dadas circunstâncias, possuem o visível intuito de retroceder elementos caracterizadores contidos no Direito Constitucional Sanitário de nosso direito pátrio.

Por exemplo, como retrocesso sócio-sanitário que envolve a delicada questão da situação financeira da política pública de saúde relacionada à justificativa da reserva do financeiramente possível. A política pública de saúde brasileira enfrentou desde os seus primórdios um processo de subfinanciamento crônico, o qual, com a vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016², declinou para uma fase de desfinanciamento contínuo. De acordo com o Conselho Nacional de Saúde (CNS)³, sob a vigência da Emenda do Teto dos Gastos (EC 95), já foram retirados do SUS, desde 2018, o equivalente a R\$ 22,5 bilhões de reais, comprometendo as ações de combate à COVID-19 – aplicados menos de 11% do orçamento federal – refletindo em atenção primária de prevenção e controle extremamente deficitária.

Sob uma conjuntura de desfinanciamento crônico do direito constitucional à saúde, esvazia-se, como consequência, o binômio “razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado” proposto pelo atual decano do STF, Ministro Celso de Mello, como requisito de solicitação judicial com vistas ao cumprimento do direito à saúde, no balizador julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45/2004⁴. Isso porque em um cenário de desmonte do financiamento do SUS Constitucional mediante proposições de desfinanciamento contínuo, anula-se a disponibilidade financeira do Estado em relação à política pública de saúde, ponto nevrálgico em uma situação que exige enfrentamento à uma pandemia de difícil controle e fácil propagação.

Os impactos da assimilação do princípio da reserva do financeiramente possível na doutrina e jurisprudência referentes ao direito constitucional à saúde consubstanciam-se na entrega de um mínimo existencial na exigência de um direito fundamental. Na saúde, por exemplo, devido ao subfinanciamento crônico justificado por uma reserva do possível, somente restaria o cumprimento de uma demanda jurídica de atenção básico-primária; mesmo assim, somente para os demandantes comprovadamente hipossuficientes. Ou seja, é a definitiva ratificação de um retrocesso sanitário justificando outro retrocesso – em uma espécie de sobreposição de retrocessos –, o que pode ser resumido no raciocínio abaixo:



A aplicação de um mínimo existencial à saúde – devido à situação de reserva do financeiramente possível – seria a consolidação de mais um projeto de retrocesso sócio-sanitário que visa o desmonte estrutural do Sistema Único de Saúde, em flagrante desrespeito ao propugnado pela Constituição Federal. Isso porque a efetivação de um mínimo existencial atingiria o núcleo essencial do direito fundamental à saúde, formado pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade, restringindo o alcance de sua cobertura a uma atenção primária e básica, o que acaba por comprometer a viabilidade da consumação do direito à saúde.

O exemplo de aplicação prática do mínimo existencial no combate à pandemia da COVID-19 encontra-se na restrição focalizada do uso de testes detectáveis para a população gerando subnotificação contínua, assim como na ausência de EPI's até mesmo para profissionais da saúde que estão na linha de frente de atuação, além de ínfima quantidade de respiradores e leitos de UTI preparados para atenuar a demanda.

Constatamos que o princípio do mínimo existencial exerce uma função, indiretamente ou não, de retrocesso normativo sócio-sanitário quando confrontado com os objetivos, princípios e diretrizes do SUS Constitucional. Principalmente porque o mínimo existencial pressupõe um mínimo sanitário restrito homólogo, incapaz, portanto, de dar conta da complexidade de um direito constitucional de característica universal, integral e equânime. Nesse sentido, aquele instrumento obsta as normas constitucionais estipuladas.

Sendo assim, os impactos e reflexos combinados da aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial formam um liame regressivo que afronta as características do direito constitucional à saúde definido pela Constituição Federal. Ambos os princípios, portanto, podem ser considerados como retrocessos normativos sócio-sanitários em relação à consolidação do SUS no Brasil.

Dessa forma, mostra-se necessário discutir e apresentar alternativas doutrinárias e jurisprudenciais coerentes com a consolidação do direito constitucional à saúde em nosso contexto político e econômico com o fito de evitar o endossamento de projetos de retrocessos sanitários que tenham o intuito de restringir o SUS de nossa Constituição, esvaziando o propósito político-normativo do Direito Constitucional Sanitário.

Nesse contexto de enfrentamento à pandemia do coronavírus – COVID-19, defendemos como bandeiras “orçamento-sanitárias”: – a imediata revogação do teto de gastos representado pela Emenda Constitucional 95 (EC 95/2016); – aplicação de emissão de dinheiro investido no SUS e consequente aprovação de piso emergencial em 2021, com incorporação definitiva dos créditos extraordinários ao orçamento da política de saúde; utilizar parte dos mais de 350 bilhões de dólares de reserva cambial para combate emergencial; e taxar as grandes fortunas com base na Constituição Federal.

Esse debate propositivo enseja a participação dos três poderes de nossa República, cada qual a cumprir com suas determinações constitucionais. Para tanto, suas decisões devem considerar os instrumentos que compõem o âmago da democracia sanitária, isto é, suas instâncias deliberativas e consultivas: Comissões, Conselhos e Conferências. Nossa contribuição no campo do Direito Constitucional Sanitário, além de ater-se a esses aspectos, é conformada por propostas voltadas para a implementação e o fortalecimento político e orçamentário do SUS Constitucional.

Ademais, busca-se refletir sobre a situação do direito constitucional à saúde em uma conjuntura de crise e crescente radicalização de iniciativas autoritárias, intollerantes e propensas a esvaziar o conteúdo de democracia e de direitos humanos inseridos nas Constituições dos países ocidentais, como no caso do Brasil.

Não devemos esquecer que o direito constitucional à saúde representado pelo SUS Constitucional foi uma ideia delineada e construída no auge do período de redemocratização do nosso país, com a vinculação de objetivos, princípios e diretrizes que dialogam com esse propósito de participação social e consolidação de direitos fundamentais permitidos pela promulgação de nossa Carta Política de 1988.

Porém, hodiernamente, presencia-se um refluxo desses valores, atestando assim o recrudescimento de práticas e hábitos autoritários e antidemocráticos, o que traz consequências normativas para o nosso SUS Constitucional, que já sofre constantemente com a restrição orçamentária e a focalização de sua cobertura, sob uma roupagem de reserva do possível e do mínimo existencial.

Necessita-se considerar a inserção das instituições de nosso país nesse contexto de crise social, (des)democratização das decisões e (pluri)interpretação de direitos, atentando-se para a discussão dos limites e possibilidades de acesso dos cidadãos aos mecanismos estatais de resolução de conflitos, principalmente o Judiciário, o que enseja uma problematização deste Poder e de suas formas de organização e funcionamento. Diante da presença de obstáculos políticos, econômicos e sociais e de um Judiciário incapaz de absorver determinados conflitos coletivos referentes a direitos sociais emergentes, como pensar em estratégias de efetivação de direitos que atendam à permanente judicialização dos conflitos?

No âmbito desse debate, a interação entre o Sistema de Justiça e o Sistema de Saúde torna-se crucial para promover uma sincera reflexão que situe os direitos como práticas concretas que atendam critérios substanciais de justiça e cidadania e busquem, em certa medida, conferir algum grau de legitimidade democrática às decisões alocativas de recursos públicos que impactam também no desenvolvimento e análise da gestão da política pública de saúde, ou seja, na consolidação do SUS Constitucional.

Por fim, é preciso que o Movimento Sanitário brasileiro seja novamente protagonista de um projeto audacioso e libertário de saúde pública que abarque todos os cidadãos interessados na melhoria e afirmação de nosso sistema universal de saúde, para que alcancemos o patamar de nação socialmente desenvolvida, na qual o direito à saúde seja efetivado para toda a população, sem qualquer tipo de diferenciação ou preconceito.

Para que isso ocorra, precisamos disputar a hegemonia da sociedade nesse quadro de descenso, refluxo e crise que estamos vivendo, defendendo a política do SUS de maneira a formar uma consciência militante em prol do direito à saúde, em uma perspectiva progressista e transformadora para que possamos construir, enfim, uma cidadania sanitária nas melhores tradições democráticas de nosso texto constitucional. 

NOTAS

- 1 Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf> Acesso em 03 maio 2020.
- 2 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm Acesso em 03 maio 2020.
- 3 Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1140-carta-aberta-do-conselho-nacional-de-saude-em-defesa-da-vida-da-democracia-e-do-sus> Acesso em 03 maio 2020.
- 4 Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> Acesso em 03 maio 2020.



JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA é Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB) e Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Membro da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário.



SUS, democracia e proteção social

■ POR ANA PAULA ORIOLA DE RAEFFRAY E PIERRE MOREAU

“Parece claro que o Sistema Único de Saúde não estaria tão sobrecarregado se houvesse, por exemplo, saneamento básico nas cidades, controle ambiental, políticas saudáveis, educação para a saúde, entre outras medidas de sustentabilidade social. A atenção curativa não seria, assim, a meta principal de um modelo jurídico que não foi engendrado para esse fim.”

Enquanto escrevemos este texto em maio de 2020, a sociedade humana enfrenta uma pandemia de um vírus com considerável poder de letalidade, denominado “Covid-19”, para qual, ao menos neste momento, não existe tratamento, vacina e, pior, nem conhecimentos médicos suficientes para enfrentá-lo de maneira eficaz. Ele desenvolve nos seres humanos, em geral, uma síndrome respiratória grave, exigindo, que um considerável número de infectados tenha que ser atendido em Unidades de Terapia Intensiva – UTI, permanecendo nessa condição grave por vários dias, situação que coloca em xeque o sistema de saúde de quase todos os países do mundo.

Isso acontece, quando já se acreditava, como afirma Byung-Chu Han em a “Sociedade do Cansaço” que “cada época possuiu suas enfermidades fundamentais. Desse modo, temos uma época bacteriológica, que chegou ao seu fim com a descoberta dos antibióticos. Apesar do medo imenso que temos hoje de uma pandemia gripal, não vivemos numa época viral. Graças à técnica imunológica, já deixamos para trás essa época”. Descobre-se, todavia, repentinamente, que continuamos a viver em uma época viral, além da neuronal tão bem estudada por Byung-Chu Han.

Pode-se dizer que nos últimos tempos, os debates nas mais diversas nações giraram em torno dos efeitos sociais e econômicos da Revolução 4.0, da disrupção tecnológica e do temor do aprofundamento das desigualdades sociais que ela pode trazer, agravando a crise da própria democracia como ordem capaz de promover o bem-estar e a proteção social. Não foi preciso que a disrupção tecnológica chegasse

ao seu ápice para que a chaga da desigualdade assolando a democracia se mostre de forma nua e crua, basta uma pandemia gripal.

É nesse momento de crise aguda que se pode avaliar os caminhos que devem ser trilhados para a proteção social e quais os limites da participação do Estado nesse desenho protetivo. Quando em uma pandemia se coloca em xeque os sistemas de saúde de diversos países, se tem o pleno reconhecimento que a garantia da vida é papel do Estado em qualquer regime político, democrático ou não, bem como quais os melhores modelos para que ele exerça esse papel na proteção à saúde.

No Brasil o contágio por Covid-19 está em ritmo acelerado, com elevadíssimo número de mortes e, de fato, o sistema de saúde não estava preparado, situação também enfrentada pelo resto do mundo. No entanto, o SUS – Sistema Único de Saúde, ainda se mostra como um modelo essencial na proteção à saúde, pois ele ao mesmo tempo que prestigia a democracia atendendo à todos sem distinção, traz em seu bojo mecanismo de divisão de competências entre os entes federativos que se bem estabelecido o faria imbatível na proteção da sociedade.

A conquista do SUS é um direito que a sociedade brasileira não deveria permitir jamais que lhe fosse retirado, pois é um modelo que protege a todos, o que é de extrema importância em momentos de crises sociais e econômicas. A grande questão que a pandemia nos coloca é de como proteger aquele grupo de pessoas, por exemplo, que está desempregada ou que pertence ao mercado informal de trabalho ou, ainda, que exerce trabalho autônomo. A grande conquista está justamente nesse ponto, todos podem receber proteção à saúde, independentemente de sua condição social.

No início dos anos 80, o modelo de assistência pública à saúde vigente desde a década de 70 era prestada pela previdência social alcançando apenas aquelas pessoas que possuíam vínculo formal de trabalho e, que por esta razão, podiam se filiar à previdência social. Este modelo já estava em patente declínio, razão pela qual, em 1981, foi constituído o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária – CONASP, composto por profissionais da medicina, representantes de vários ministérios, trabalhadores, sindicatos e empresas médicas, com o objetivo de reorganizar a assistência médica nacional, fundamental para a abertura democrática nesse segmento.

Uma das medidas adotadas pela ação do CONASP, foi a criação do Programa de Ações Integradas da Saúde (AIS), viabilizando a articulação entre o então INAMPS e o Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais de Saúde, de modo a formar uma rede pública unificada. Na Nova República, a visão para o setor de saúde era a de ampla descentralização das ações, com a transformação das AIS no Sistema Único Descentralizado de Saúde – SUDS. O objetivo era fortalecer o setor público e enfraquecer o segmento privado contratado pelo INAMPS, melhorando o segmento privado filantrópico. O objetivo do SUDS era a universalização do acesso a cuidados de saúde, bem como, ao mesmo tempo, racionalizar custos e o uso de recursos através da unificação dos serviços de saúde dos subsetores previdenciário e de saúde pública.

Para o desenvolvimento desse modelo, foi de suma importância a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, cujo Relatório Final foi tomado como base pelos constituintes para elaboração do modelo finalmente estampando na Constituição Federal de 1988, retomando-se a visão democrática da saúde, que não se encaixa na mera ausência de doença, mas sim no bem-estar físico, mental e social. A institucionalização do direito à saúde, sepulta o modelo excludente do seguro social, até então adotado pela previdência social. Na verdade a chamada “Reforma Sanitária” iniciou a reconstrução da relação Estado-sociedade.

A universalidade foi selada na Constituição Federal de 1988 no “Art.196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e pavimentado um caminho para a sua concretização por meio do SUS, cujo funcionamento está detalhado na Lei Orgânica da Saúde - Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

O SUS está definido no artigo 4º, caput, da Lei nº 8.080 de 1990 como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por seus órgãos e instituições públicas, federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, podendo a iniciativa privada atuar em caráter supletivo”. Assim, o SUS nasce da necessidade de reformulação do segmento de saúde, na tentativa de conciliar a ampliação de cobertura e a contenção de cobertura e das despesas. As demandas cresceram em decorrência do modelo de universalização da saúde, bem como da exigência deste modelo na diversificação da cobertura.

Estruturalmente, o SUS está organizado em uma rede regionalizada e hierarquizada, ou seja, em espaços populacionais preestabelecidos e segundo um critério de complexidade tecnológica. Em outras palavras, o SUS está fundamentado em princípios de descentralização, participação da comunidade, priorização das atividades preventivas, direção única em cada esfera de governo e atendimento integral.

Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não há dúvida de que o SUS é um sistema abrangente, oferecendo cobertura a uma população de mais de 200 milhões de habitantes, desde o atendimento primário aos de alta complexidade, com o fornecimento de medicamentos e de vacinas gratuitamente, realizando pesquisas na área epidemiológica, além de realizar a vigilância sanitária. Além da universalidade da cobertura, com o oferecimento de atendimento integral, o SUS possui gestão descentralizada, com a participação social. É um modelo pleno de proteção social.

Desde a Constituição Federal de 1988, é fato, que a questão do financiamento do SUS nunca foi totalmente superada, pois o modelo para se sustentar de maneira eficiente precisa de perenes fontes de custeio, as quais nem sempre são priorizadas pelos entes federativos. Mas, neste momento de intensa crise, não deveria haver nenhuma dúvida no seio da sociedade de que o SUS é uma conquista que deve ser intensamente preservada, porque, ao fim e ao cabo, é ele que está servindo como pilar principal no atendimento durante a pandemia. Sem ele o Brasil estaria muito pior para enfrentar uma situação tão crítica como esta que se está vivendo.

Parece claro que o Sistema Único de Saúde não estaria tão sobrecarregado se houvesse, por exemplo, saneamento básico nas cidades, controle ambiental, políticas saudáveis, educação para a saúde, entre outras medidas de sustentabilidade social. A atenção curativa não seria, assim, a meta principal de um modelo jurídico que não foi engendrado para esse fim.

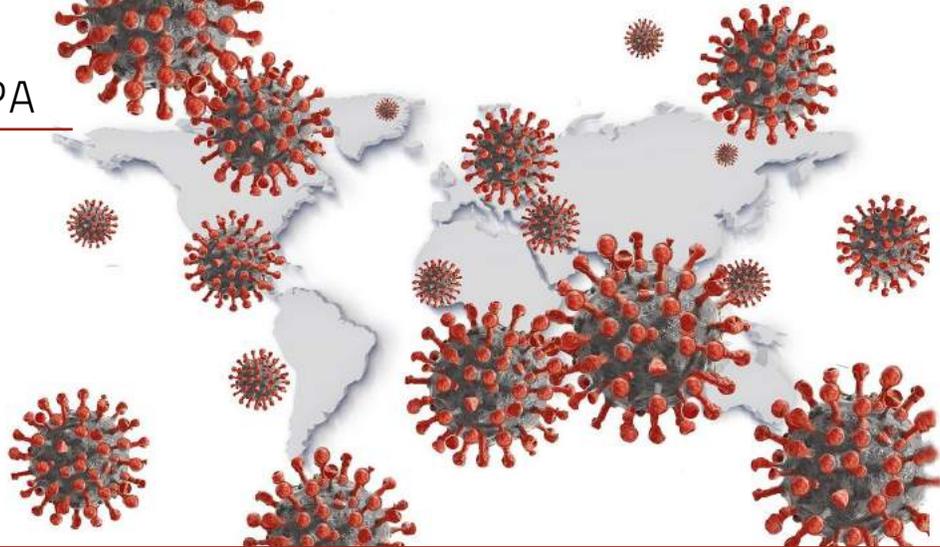
O direito à saúde é coletivo e é deste modo que deve ser observado. Pode-se dizer que não existe um quinhão de saúde para cada indivíduo, existe sim, o uso coletivo de um sistema que é construído e se desenvolve com o esforço de todos, dentro do conceito de comunidade. No seio da comunidade brasileira a defesa do SUS é um dever a ser exercido constantemente. 



ANA PAULA ORIOLA DE RAEFFRAY é Doutora em Direito das Relações Sociais e Professora em Direito Previdenciário na PUC/SP, sócia do Raeffray e Bruggioni Advogados.



PIERRE MOREAU é Professor do do Insper – SP, membro do conselho fiscal do Hospital Sírio Libanês, professor visitante na University of St. Gallen, Suíça, sócio do Moreau Valverde Advogados.



Ameaças sanitárias e securitização: a soma de todos os medos

■ POR DOUGLAS DE CASTRO

“É necessário um grau mais rígido de vigilância do Estado, pois as medidas que precisam ser tomadas para combater o vírus, em razão da falta de preparo do próprio Estado, podem atingir diretamente direitos fundamentais, que não seria admitido em épocas de normalidade.”

A explosão do coronavírus na cidade de Wuhan, na China, desencadeou uma sequência de eventos com repercussões, sem precedentes, nas dimensões internacional, regionais e nacionais, levando a Organização Mundial da Saúde (OMS) a declarar emergência internacional de saúde pública.

Desde a erupção da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS), há 18 anos, uma série de coronavírus já foram descobertos. Não se trata de um fenômeno novo no sistema internacional, cada vez mais afetado pelo surgimento e ressurgimento de vírus ou outras doenças propagadas pelo contato humano com pessoas ou animais infectados. Os pesquisadores David Morens e Anthony Fauci já haviam considerado o tema no artigo científico *Doenças Infeciosas Emergentes: Ameaças à Saúde Humana e Estabilidade Global*, publicado em 2013.

Segundo Joan Woodward – socióloga industrial inglesa que ficou famosa ao organizar uma pesquisa para saber se os princípios propostos pelas teorias administrativas se relacionavam com o êxito do negócio, quando colocados em prática -, “há uma tensão crescente entre as novas regras, atores e mercados que caracterizam a fase moderna da globalização e a capacidade dos países de proteger e promover a saúde”.

Em 2015, o Brasil experimentou uma explosão de casos de infecção pelo Zika Vírus, que além das consequências físicas ao infectado trouxe um aumento expressivo de casos de microcefalia em recém-nascidos, provocando reação interna e externa de autoridades públicas e sociedade civil.

De forma mais contundente, a ONU adotou uma linguagem mais robusta no caso da epidemia do Ebola, determinando, via Conselho de Segurança, que a extensão do surto na África constituía uma ameaça à paz e segurança internacionais.

Esses fenômenos vão além da dimensão econômica da globalização e representam fluxos transfronteiriços com grande impacto nas sociedades, inclusive no modo como se percebe a ameaça e a forma de lidar com a temática, em termos de segurança.

Ainda de acordo com Woodward, “uma grande diferença em relação ao último grande período de globalização, de 1870 a 1914, está na composição dos movimentos transfronteiriços de pessoas. Agora, eles são dominados por viagens e turismo, com uma proporção menor de migrantes legais à medida que os países desenvolvidos tentam fechar suas fronteiras, exceto para pessoas altamente qualificadas ou com capital”.

Para lidar com a ameaça, os agentes de saúde pública internacional e nacionais tendem a deslocar o tema da esfera de saúde para a de segurança. Este movimento se chama securitização: ato de discurso ou linguagem que transforma um fenômeno que pertence originariamente à política da área de segurança. Assim, a securitização da saúde, a partir das narrativas sobre o Covid-19 e de outras ameaças virais, apresenta um objeto que se identifica com risco potencial nas dimensões internacional e nacional.

As narrativas encontram eco em uma audiência que se dispôs securitizar, o que justificou a adoção de medidas emergenciais e/ou utilização de recursos extraordinários para enfrentar a ameaça. Securitizar é o que o pesquisador Ole Weaver chamou de política do pânico, na qual determinados assuntos de políticas públicas tornam-se confidenciais, justificando-se como *Raison d'État* (*Razão de Estado*); direitos e garantias são suprimidos e poderes adicionais são conferidos aos agentes públicos, tudo em nome de um “bem maior”. Trata-se de um processo intersubjetivo e prática autorreferida entre ator securitizador, objeto de securitização e audiência.

Ora, se o surgimento e ressurgimento das cepas do coronavírus já são conhecidas pelas autoridades sanitárias, há muito tempo, por que o planejamento e as ações em saúde pública, nos níveis internacional e nacional, não conseguiram conter a epidemia? Por que securitizar um tema que já poderia ter sido controlado no âmbito da política sanitária?

É necessário um grau mais rígido de vigilância do Estado, pois as medidas que precisam ser tomadas para combater o vírus, em razão da falta de preparo do próprio Estado, podem atingir diretamente direitos fundamentais, que não seria admitido em épocas de normalidade. 



ARQUIVO PESSOAL

DOUGLAS CASTRO é Advogado head da área ambiental e regulatória do Cerqueira Leite Advogados é Pós-doutor em Direito Internacional Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Ciência Política – Relações Internacionais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. em Direito Internacional pela Brigham Young University. Professor de Direito Internacional e Relações Internacionais na Universidade Paulista (UNIP). Professor de Direito Internacional no Curso de Mestrado da Ambra University (Flórida, Estados Unidos). Professor Visitante na Foundation for Law and International Affairs (Washington D.C.)



O dilema do último leito

■ POR JOSÉ LUIZ TORO DA SILVA

“A urgente discussão desse assunto se faz mister, sendo que devemos encontrar critérios de equidade para o enfrentamento da alocação dos escassos recursos existentes, públicos e/ou privados, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra no texto constitucional.”

Os problemas que estamos começando a enfrentar em nosso país com referência a escassez de recursos, principalmente de aparelhos respiradores e de leitos de UTI, para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, fazem com que tenhamos que nos preocupar com as escolhas que as unidades de atendimento deverão realizar. No sentido de cuidar da necessária triagem a fim de saber quem terá acesso ao tratamento e aos recursos existentes e quem, possivelmente, irá morrer, se a curva de crescimento do infectados não se reduzir e a população não atender as determinações de isolamento social. Estamos falando da chamada “Escolha de Sofia” que transfere aos profissionais da saúde, em momentos de forte pressão e stress, a decisão de escolher quem poderá ser salvo, diante da situação de profunda escassez de recursos.

Esse tema esteve em evidência nos últimos dias, principalmente na Itália e Espanha, como informado pelos noticiários, pois os sistemas de saúde daqueles países, públicos e privados, não estavam preparados para atender a citada demanda de cuidados em face da pandemia, sem qualquer precedente na história da humanidade.

Sabemos que em alguns lugares do Brasil o sistema de saúde começa a emitir ruídos de sinais de esgotamento, pois já não existem UTIs para todos que necessitam da mencionada atenção. E, pelo que nos informam os experts, ainda não estamos no pior momento.

Num cenário de escassez de recursos todos serão afetados: ricos e pobres, famosos ou anônimos, brancos e negros, com alta ou baixa escolaridade.

Enganam-se aqueles que acreditam que, por possuírem um bom plano privado de assistência à saúde, têm a garantia de tratamento, disponibilidade e acesso às UTIs ou aos aparelhos respiradores, não obstante tais tratamentos se encontrarem no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Ora, se a demanda for absolutamente excessiva, a impossibilidade de acesso irá atingir a rede pública e, também, a rede privada de hospitais.

Ademais, mesmo os hospitais privados que mantêm contratos de credenciamento com os planos de saúde poderão ser obrigados, em face de eventual requisição administrativa ou outra forma de cessão, a possibilitar o atendimento através do Estado ou município, ou seja, através do SUS, pois o art. 3º, VII, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, deixa claro que para o enfrentamento da pandemia poderá ser adotada “a requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa”.

Aliás, verifica-se em um país com dimensões continentais, muitos hospitais privados, por não terem recursos para a aquisição de EPIs, respiradores, sistemas de controle de infecção, remodelagem de UTIs, etc., estão sendo obrigados a realizar parcerias com municípios e Estados, a fim de viabilizar recursos financeiros para o mencionado atendimento, restringindo, ainda mais, a disponibilidade de vagas para a saúde suplementar.

Consequentemente, ninguém tem a garantia, seja no sistema público e/ou no sistema privado, que terá acesso aos recursos necessários para o enfrentamento do COVID-19 no momento da efetiva necessidade.

Diante deste estado de caos, se faz mister que a sociedade discuta os critérios que deverão ser observados para a “Escolha de Sofia”, não deixando para os médicos, que já estão devidamente assoberbados com os atendimentos, efetuar esta triagem de vida e de morte. Por outro lado, a definição de critérios claros e de amplo conhecimento, elimina discriminações que levem em consideração a condição econômica, étnica, social ou daqueles que são “amigos do rei” no momento da escolha.

Precisamos encarar a realidade. Ninguém está salvo.

A Bioética o Biodireito já discutem, há algum tempo, esta situação.

Cinco são os princípios básicos da bioética, como bem observa Bernardo Augusto da Costa Pereira, em estudo sobre O Biodireito brasileiro, seus princípios e a bioética, “quem buscam proteger o ser humano: princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência, princípio da justiça e princípio da reverência à vida. Aludidos princípios devem ser somados aqueles aplicáveis ao Biodireito, que são, como observa o mencionado autor, “o princípio da precaução, o princípio da responsabilidade, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana.”

Portanto, em um momento de absoluta escassez de recursos, aludidos princípios devem ser sopesados, procurando a obtenção de critérios de justiça, de dignidade da pessoa humana e, principalmente, de transparência para que os profissionais de saúde e os órgãos de triagem de pacientes possam adotar as medidas necessárias no momento de crise. Diante deste verdadeiro “estado de emergência”, utilizando-me da expressão usada no Direito Português, urge que esses temas sejam discutidos pela sociedade, para que então, observados guidelines por entidades públicas e privadas, com legitimidade, e resolver estes impasses, retirando das costas dos profissionais de saúde está tormentosa escolha.

Para colaborar com o debate sobre este assunto, trago à colação importante artigo de autoria do Prof. Dr. Ezekiel J. Emanuel e outros, publicado no *The New England Journal of Medicine*, em 05 de abril de 2020, com o título “Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19”, cuja leitura recomendamos.

Citado professor da Universidade da Pensilvânia e os outros autores apresentam seis critérios para se chegar a uma alocação justa de alocação de recursos nos tempos do coronavírus, a saber:

1. Maximização dos recursos existentes, ou seja, esses escassos recursos devem ser muito bem administrados;

2. Os recursos escassos existentes devem ser destinados, prioritariamente, para os profissionais da saúde que foram afetados pelo coronavírus, pois desta forma eles poderão retornar com maior rapidez para o front de enfrentamento;

3. Seleção aleatória para pacientes que se encontram em similar situação de prognóstico de vida, sendo que devido à pressão do tempo e das informações limitadas, é preferível realizar seleção aleatória (quem chegou primeiro, p. ex) do que tentar julgamentos prognósticos mais refinados em um grupo de pacientes aproximadamente semelhantes;

4. Priorizar diretrizes de utilização que tenham fundamento em evidências científicas;

5. Priorizar pessoas que participam de programas de pesquisa para a obtenção da cura para o coronavírus;

6. Não deve haver diferença na alocação de recursos escassos entre pacientes com COVID-19 e pacientes com outras condições médicas.

Por outro lado, a citada discussão da utilização de recursos escassos deve também ser sopesada, cuidadosamente, com as regras de ortotanásia, lembrando que o parágrafo único do art. 41 do Código de Ética Médica deixa expresso que “Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”

O presente artigo não tem por finalidade esgotar o assunto, estabelecer juízos de valor definitivos ou já discutir os critérios que deverão ser observados, mas apenas trazer à colação este importante assunto, que necessita ser amplamente discutido com a sociedade, de forma multidisciplinar, principalmente com as entidades médicas, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, órgãos reguladores, Ministério da Saúde, Secretários Estaduais e Municipais de Saúde, entidades consumeristas, etc., realizando um amplo debate para o estabelecimento de guidelines sobre a utilização dos escassos recursos existentes, públicos e privados, dentro de princípios de bioética e biodireito, desonerando os profissionais de saúde de ter que realizar a mencionada escolha na beira do leito.

A urgente discussão desse assunto se faz mister, sendo que devemos encontrar critérios de equidade para o enfrentamento da alocação dos escassos recursos existentes, públicos e/ou privados, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra no texto constitucional. 





O mandado de segurança em favor da suspensão da exigibilidade de pagar tributos: A (in)capacidade operacional das empresas e a retração do fluxo de consumo em tempos de pandemia

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

“Se a pandemia reduz forçosamente a capacidade operacional em decorrência da retração da curva de consumo, o dever fundamental de recolher tributos é comprometido pela redução da capacidade contributiva decorrente da crise de liquidez em função da deficiente circulação monetária trazida pelo ambiente estagnado de negócios.”

O confronto, que tanto a micro como a macroeconomia, têm daqui para frente, com o desarranjo das relações diante do inimigo desconhecido e letal (novo coronavírus), mostra, em primeiro plano, que a mercantilização da vida, a lógica do capital e o autointeresse, marcas do neoliberalismo, prestigiado pelo atual governo, mingam as alternativas de solução ligadas, apenas e somente, à eficiência e à desregulamentação, ou seja, a intervenção pública volta ao caminho para combate dos vários flancos de desarranjo impostos pelo inimigo. Assim aparecem propostas para encarar a inevitável recessão à base de incentivos e favorecimento das atividades produtivas, incluindo medidas sobre a arrecadação tributária, tomando em conta que, em tempo de

calamidade pública, como decretado pelos governos estaduais e municipais, a imposição fiscal há de se adequar a tal excepcionalidade, sob pena de violar a proteção ao confisco, porque o isolamento põe, sobretudo os pequenos e médios empreendedores, em estágio de prostração, incapazes de responder, a tempo e hora, às demandas contributivas.

Se a pandemia reduz forçosamente a capacidade operacional em decorrência da retração da curva de consumo, o dever fundamental de recolher tributos é comprometido pela redução da capacidade contributiva decorrente da crise de liquidez em função da deficiente circulação monetária trazida pelo ambiente estagnado de negócios. Nesse sentido, a dilatação do prazo para cumprir com as obrigações ao Tesouro tende a gerar fluxo de caixa que funciona como respiradouro para este momento de asfixia e toxicidade empresarial.

A Portaria MF 12/2012 prevê a postergação por três meses das datas de vencimentos das exações administradas pela Receita Federal de todas as pessoas domiciliadas em municípios abrangidos por atos estaduais de reconhecimento de calamidade pública, medida autoaplicável desde sua edição, independente de regramento por ato normativo inferior, apesar da previsão do seu art. 3º, por nela figurarem os itens indispensáveis à fruição do benefício, bastando a existência de declaração prévia pelo executivo estadual da situação de excepcionalidade, como é o caso estadual do Decreto Legislativo 01/2020.

Decerto que o Ministério da Fazenda, por sua Procuradoria, numa visão atrelada ao dogmatismo tecnicista, que impede o desvelamento dos fenômenos na sua exata dimensionalidade, tem considerado, em distonia com aquilo que verdadeiramente se mostra, que a portaria citada está adstrita a situações como desastres naturais, (desmoronamentos e enchentes), eventos que motivaram, à época, a sua edição. Ocorre que, com a virada hermenêutica e interpretativa do Direito, os pré-conceitos ignorantes das coisas como verdadeiramente se mostram são refutados com base na verdade captada, prioritariamente, da principiologia constitucional, como condutora primeira do modo de compreensão, ou seja, é preciso buscar a resposta condizente com a Lei Fundamental em toda a sua extensão. Assim, em prol da tese ora defendida, o apoio à livre empresa (art. 170, *caput*, CF), mandamento básico da ordem econômica e cuja imperatividade condiciona a leitura das regras inferiores, favorece a leitura da portaria fora dos limites advogados pelo órgão fazendário, mesmo porque tal restrição não se coaduna ao âmbito jurídico daquele ato.

Ainda arrola-se a força maior em favor das empresas (art. 393, CC), que não deram causa, nem exercem atividades relacionadas ao fato gerador do evento danoso, com afastamento da mora do devedor (art. 396, CC), vindo o conjunto de razões dar suporte a mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal em favor da suspensão da exigibilidade dos tributos desde a entrega em vigor do decreto até o último dia útil do terceiro mês subsequente ao das respectivas datas de vencimento originais, sem a incidência de mora, reforçando-se o pleito com a imprevisibilidade do quadro de indefinição científica e conseqüente incógnita quanto à extensão do atual ambiente restritivo. 



ARQUIVO PESSOAL

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.



ARQUIVO PESSOAL

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.

O falso dilema: economia ou combate ao COVID-19

■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

O mundo tomou conhecimento, por meio de notificação da República Popular da China, da existência em Wuhan, na província de Hubei, de casos severos de pneumonia no dia 31 de dezembro de 2019. No início de janeiro de 2020 se identificou o novo coronavírus (Covid-19), pela Organização Mundial de Saúde (OMS). O governo Bolsonaro declarou estado de emergência em saúde pública para prevenir a chegada do novo coronavírus no país, no dia 4 de fevereiro. O primeiro caso do novo coronavírus foi notificado no Brasil no rescaldo do carnaval, no dia 26 de fevereiro. No dia 11 de março a OMS declarou o surto como pandemia.

Ficou claro, em princípio, diante da necessidade de isolamento social, que a pandemia teria duas grandes ondas: a primeira do impacto sobre os sistemas de saúde; e a segunda em decorrência da recessão que iria provocar na economia dos países afetados e no mundo. Nesse cenário uma parcela significativa dos governantes e autoridades de saúde pública optaram por estabelecer medidas de isolamento social total (lockdown), por entenderem que essa medida seria essencial para preservar os sistemas de saúde e salvar vidas. Esse cenário de incertezas no mundo leva-me a indagar: o combate ao novo coronavírus implica em relegar a economia a um plano secundário?

É visível que, no rastro dos efeitos trágicos da pandemia do novo coronavírus o mundo, após declarar guerra à doença, entrou num período de transe, no qual

“É importante alertar, sem minimizar o valor da vida, que a segunda onda decorrente da recessão econômica profunda, que já está a caminho, irá provocar a quebra de milhares de empresas (notadamente as micros, pequenas e médias) e a perda de milhões de empregos. Assim, as mazelas que advirão da recessão econômica poderá ser tão ou mais devastadora que a tragédia do novo coronavírus.”

se instalou a instabilidade social e econômica. Os países se encontram divididos entre duas estratégias: promover o isolamento social ou setorizar o contágio. Isso explica porque diferentes resultados foram alcançados nos esforços adotados em diversos países para conter a doença.

Os países que adotaram campanhas agressivas para combater o vírus, disponibilizando o seu sistema de saúde para diagnosticar a presença da covid-19 nos habitantes de suas áreas críticas, vem conseguindo conter de forma adequada a propagação da doença. Destacam-se, entre eles, a Coreia do Sul e a Alemanha. Por sua vez, nos países onde a reação ao combate ao coronavírus foi mais lenta, o impacto sobre os sistemas de saúde foi muito forte, como por exemplo, a Itália, França, Espanha, e Estados Unidos.

Nesse cenário a principal incógnita para os cientistas ainda permanece sem resposta: a letalidade da Covid-19 e a sua capacidade de voltar a infectar as pessoas que já tiveram a doença. Fatores como clima, idade da população, alimentação, capacidade de resposta do sistema de saúde, distanciamento social, entre outros, ainda permanecem sem respostas no que se refere a letalidade da doença. Estima-se que a fabricação e oferta de uma vacina para imunizar a população mundial ainda deverá levar alguns meses.

Utilizando como referência os casos mais graves da pandemia na Europa: Itália, França e Espanha, estima-se que o período de paralisação da economia brasileira seja de três meses, ou seja, iremos retornar a uma quase normalidade no final de junho. No campo econômico, num país com as características do Brasil, com contingentes enormes de pessoas pobres e que em grande parcela trabalham na informalidade (agravado pelos desempregados), esse tempo é muito longo. A expectativa de se manter apenas os setores essenciais funcionando não é viável, visto que a economia necessita funcionar de forma integrada, ou seja, depende dos setores não essenciais. Por sua vez, as medidas orientadas de estímulos fiscais e de ajuda para amenizar as dificuldades dos mais afetados pela crise econômica: empresas, trabalhadores formais e informais e desempregados, poderá não ter o alcance desejado.

É válido alertar que, um sistema econômico é composto pela reunião dos distintos elementos participantes da produção e do consumo de bens e serviços para satisfazer às necessidades da sociedade. Ou seja, o sistema econômico existe para administrar e reduzir a escassez. Assim, o esforço para combater ao novo coronavírus e a preservação da economia não são medidas excludentes. A estratégia de isolar a população de forma prolongada, deixando num plano secundário os efeitos da paralisia na economia me parece uma opção temerária.

Pode-se afirmar, nesse sentido, que é essencial que o governo federal, em articulação com os governadores, prefeitos e autoridades de saúde, isentos de ideologias e interesses políticos pessoais, definam estratégias para proteger a população dos grupos de risco e de contenção dos impactos que o isolamento social irá provocar na economia brasileira. É importante alertar, sem minimizar o valor da vida, que a segunda onda decorrente da recessão econômica profunda, que já está a caminho, irá provocar a quebra de milhares de empresas (notadamente as micros, pequenas e médias) e a perda de milhões de empregos. Assim, as mazelas que advirão da recessão econômica poderá ser tão ou mais devastadora que a tragédia do novo coronavírus. **C**



Premissas para um plano de retomada de atividades presenciais bem-sucedido

■ POR LUIZ FERNANDO ALOUCHE E TAMIRA MAIRA FIORAVANTE

“O envolvimento de representantes de todos os setores da empresa, liderado pelos departamentos de RH e Jurídico, garantirão que o plano de retomada e o trabalho presencial pós-quarentena sejam executados da maneira segura e vantajosa para todos.”



Atualmente muitas empresas começam a elaborar planos para a retomada das atividades profissionais da forma presencial, tendo em vista o possível fim da quarentena anteriormente decretada em diversos Estados e cidades, com o intuito de combater a pandemia de Covid-19. Nesse sentido, o trabalho presencial será novamente possível, desde que a empresa formalize um plano de retomada, com base nas seguintes premissas.

A primeira delas é aceitar que o trabalho presencial não poderá ser feito exatamente da maneira como praticado antes da pandemia. Uma vez que o final da quarentena não coincidirá com o fim da pandemia, a empresa deverá criar regras e procedimentos que inspirem confiança tanto em empregados quanto em clientes, de que será seguro voltar a interagir presencialmente, mediante cuidados adicionais.

Dessa forma, as regras de distanciamento físico e uso de álcool-gel e protetores faciais durante o expediente, os quais deverão ser fornecidos pelo empregador, ainda serão observadas. Na mesma linha de pensamento, o empregador deverá conceder os Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) determinados pelas autoridades públicas não apenas em relação ao período em que o empregado estiver no estabelecimento da empresa, mas também no período de locomoção casa-trabalho-casa.

A medição da temperatura ao início e final de cada jornada de trabalho, em condições normais, seria aspecto bastante controverso por uma possível violação do direito à intimidade do empregado. Não obstante, tendo em vista que a febre é um dos principais sintomas da Covid-19, e considerando que o Supremo Tribunal Federal recentemente entendeu que o empregador possui responsabilidade objetiva pelos casos de Covid-19, como medida excepcional, e no intuito de colaborar com a preservação da saúde do grupo, torna-se cada vez mais admissível a medição de temperatura dos empregados, no início e final de cada expediente.

Caso o empregador opte por medir a temperatura de seus empregados, sugerimos que isso seja realizado por profissional devidamente treinado e qualificado, que deverá tratar a informação como confidencial, e acompanhar a evolução do paciente, prestando o devido reporte ao departamento de Recursos Humanos (RH). Ainda no que toca à medição de temperatura, a empresa poderá afastar o empregado que reportar sintomas de febre e encaminhá-lo ao médico para a devida investigação.

Outrossim, a empresa deverá reforçar a frequência da limpeza, ventilação e higienização de ambientes e fixar um limite máximo de reuniões presenciais por dia. A empresa poderá também fixar um rodízio do trabalho presencial entre os integrantes da equipe, de maneira a limitar a frequência do deslocamento casa-trabalho-casa. A respeito desse último tema, por mera liberalidade, poderá ainda optar por custear formas alternativas de transporte em relação aos empregados que utilizam o transporte público.

Ainda no que tange às regras de saúde e segurança, outra medida interessante será fixar o cronograma de retorno à atividade presencial em ondas, que pode levar em consideração critérios como faixa etária e presença de comorbidades.

Uma vez que a Covid-19 costuma ser mais letal em pessoas acima de sessenta anos e que possuem doenças pré-existentes, sugere-se que os integrantes que se enquadrem em alguma dessas duas categorias sejam incluídos na última onda de retorno ao trabalho presencial.

Em paralelo, poderá estabelecer diversos turnos de trabalho, proporcionando que poucas pessoas trabalhem em um mesmo período, mantendo distanciamento físico recomendado até o completo término da pandemia.

A segunda premissa do plano de retomada é reconhecer que após-quarentena o trabalho presencial e remoto coexistirão, em proporções variadas, a depender da função desempenhada pelo empregado, situação familiar, local de domicílio, meio de transporte utilizado para ir ao trabalho, dentre outros aspectos. Dessa forma, empresas poderão optar por tornar definitivo o trabalho remoto desenvolvido por alguns empregados durante a quarentena.

Caso o teletrabalho se torne definitivo, sugere-se que empresa e empregado firmem um Aditivo ao Contrato Individual de Trabalho, para formalizar as condições do teletrabalho, especialmente no que tange ao fornecimento de mobiliário. Registre-se igualmente que o cenário de administrar equipes mistas, presenciais e remotas, será mais um desafio para os gestores, que deverão receber o devido treinamento por parte do RH.

Como terceira premissa, o plano de retomada deverá contemplar um capítulo específico com um plano de ação caso seja necessário retroceder ao trabalho integralmente remoto, ou mesmo parar totalmente a operação, se as autoridades em nível federal, estadual ou municipal assim demandarem, por motivos de saúde pública. Nesse sentido, após o retorno à atividade presencial, o RH deverá manter um canal permanente de comunicação com os empregados, para informá-los periodicamente a respeito do estágio da pandemia. Ademais, o RH deverá programar treinamentos e sessões de orientação a respeito dos cuidados com a saúde que todos deverão ter mesmo após o final oficial da quarentena. Igualmente, o departamento de RH deverá gerenciar o afastamento médico e fazer o acompanhamento de todos os casos suspeitos de Covid-19.

Uma vez estruturado o plano de retomada, deverá ser divulgado com antecedência à data de retorno aos empregados, cabendo ao RH encorajar os empregados a expressarem eventuais dificuldades pessoais para o retorno ao trabalho presencial e juntamente com o empregado encontrar maneiras de compatibilizar a demanda pessoal com a demanda da empresa.

O dia de efetivo retorno ao trabalho também deverá ser marcado por alguma atividade, também gerenciada pelo RH, que demonstre que a empresa está adotando uma série de medidas para garantir o retorno às atividades presenciais de maneira segura. Verifica-se, assim, que o envolvimento de representantes de todos os setores da empresa, liderado pelos departamentos de RH e Jurídico, garantirão que o plano de retomada e o trabalho presencial pós-quarentena sejam executados da maneira segura e vantajosa para todos. 



ARQUIVO PESSOAL

LUIZ FERNANDO ALOUCHE é Sócio responsável pela área trabalhista do IWRCF.



ARQUIVO PESSOAL

TAMIRA MAIRA FIORAVANTE é Advogada da Área Trabalhista do IWRCF.



As novas diretrizes para o consumo consciente e o planejamento financeiro

■ POR SHEILA DAVID OLIVEIRA

“Neste cenário de futuro breve, os novos negócios focados em bem-estar e felicidade terão um grande impacto e serão vetores da nova economia. Serão também importantes na regeneração da economia mundial, com inovações e tecnologias utilizadas para melhorar o bem-estar e a saúde das pessoas e do planeta.”

As incertezas econômicas impostas pela grave situação sanitária mundial devido à pandemia do coronavírus (Covid-19) vão gerar uma grande revolução na maneira em que o consumidor irá enxergar as empresas que sobreviverem. Não tem como prever quais serão os reais caminhos da economia no mundo, mas certamente teremos curvas crescentes de desigualdade social, fome e até de mudanças climáticas no período pós-pandemia. Praticamente todas as famílias e empresas sofrerão algum impacto em 2020.

O comportamento do consumidor já começou a mudar ao ser afetado pela crise sanitária. Muitos deixaram de se guiar pelo luxo e supérfluo e passaram a consumir o necessário para a sobrevivência. Como também boa parte da sociedade passou a comprar de lojas e empresas locais, para impulsionar o comerciante e o empresário regional. É de se observar que os consumidores passaram a “cancelar” compras com empresas que não têm um propósito social claro de integração com a comunidade. Ou seja, aquelas companhias que pensam somente nos cifrões estão com os dias contados.

O consumidor está mais exigente, sem dúvidas. O produto ou serviço deve ter qualidade, mas também tem que ser ecologicamente correto e socialmente engajado. E essa transição da economia mundial gerada pela pandemia será capitaneada pelo novo consumidor que será mais conectado não só com a tecnologia e suas ferramentas, mas também com uma maior sensibilidade aos movimentos que sejam meramente oportunistas e extrativistas.

Em suma, para as atuais e futuras gerações de consumidores, as empresas e marcas deverão ter um papel não apenas como fornecedores de produtos e serviços, mas também como disseminadores das boas práticas no universo ambiental, social e virtual.

E neste cenário de futuro breve, os novos negócios focados em bem-estar e felicidade terão um grande impacto e serão vetores da nova economia. Serão também importantes na regeneração da economia mundial, com inovações e tecnologias utilizadas para melhorar o bem-estar e a saúde das pessoas e do planeta.

Nesse contexto ganha corpo a FIB – Felicidade Interna Bruta. Um indicador sistêmico baseado na premissa de que o objetivo principal de uma sociedade não deveria ser somente o crescimento econômico, mas a integração do desenvolvimento material com o psicológico, o cultural e o espiritual. O conceito foi desenvolvido no Butão, um pequeno país do Himalaia, no ano de 1972, elaborado pelo rei Jigme Singya Wangchuck. Desde então, o reino de Butão, com o apoio do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), começou a colocar esse conceito em prática, e atraiu a atenção do resto do mundo com sua nova fórmula para medir o progresso de uma comunidade ou nação. Assim, o cálculo da “riqueza” deve considerar outros aspectos além do desenvolvimento econômico, como a conservação do meio ambiente e a qualidade da vida das pessoas.

As principais dimensões para a mensuração do FIB são o bem-estar psicológico e a saúde, ou seja, são avaliados com grande peso o grau de satisfação e otimismo de cada pessoa em relação a sua vida, com a prevalência de taxas de

emoções tanto positivas quanto negativas, e analisam a autoestima, sensação de competência, estresse e atividades espirituais.

Outras importantes mensurações são a governança e o padrão de vida. Na governança a população avalia o governo, a mídia, o judiciário, o sistema eleitoral e a segurança pública, em termos de responsabilidade, honestidade e transparência. Também mede a cidadania e o envolvimento dos cidadãos com as decisões e processos políticos. Já o chamado padrão de vida, leva em conta a renda individual e familiar, a segurança financeira, o nível de dívidas, a qualidade das habitações, etc.

O FIB leva em consideração outros fatores como o uso do tempo, a vitalidade da comunidade, a educação, a cultura e os cuidados com o meio ambiente, ou seja, é um medidor muito mais completo e complexo que o conhecido PIB – Produto Interno Bruto – que move as centenas de nações espalhadas pelo mundo, inclusive o Brasil. O PIB, um indicador meramente econômico tem um peso gigantesco em todos os passos da sociedade e que aumenta a cada ano a desigualdade e gera um desequilíbrio não só econômico, mais no bem-estar social e psicológico das pessoas.

Nesse contexto, vislumbramos que a educação financeira será uma peça fundamental para conscientizar os indivíduos sobre o planejamento como ferramenta de equilíbrio financeiro para um melhor avanço na tomada de decisões de investimentos e consumos de boa qualidade. Logo, a melhora no desempenho para o indivíduo na sua vida financeira contribui para um bem-estar coletivo, ou seja, as pessoas terão melhores condições teóricas para lidar com imprevisto e oscilações econômicas na vida.

O impacto já é visível, uma vez que as empresas estão sendo forçadas a tomar decisões desde a redução de salário a demissões. Onde as famílias também estão exercitando sua cultura financeira para minimizar o impacto das reduções salariais e de recursos para a manutenção do padrão e da qualidade de vida neste momento de crise. A grande maioria da população está “apertando” o orçamento, visto que dentro de uma família, todos idistintamente estão assumindo uma maior responsabilidade com os gastos mensais da esposa aos filhos. E para auxiliar empresas, colaboradores e famílias a atravessarem esse oceano de novas e duras medidas financeiras, é extremamente interessante adotar um programa de conscientização à educação financeira.

Uma vez que, como cada um de nós, dependendo de suas características humana de pensar, sentir e se comportar, irá refletir e agir neste momento de maneiras diversas. E não há dúvidas de que precisa ter cautela, qualquer que seja o perfil humano. É imprescindível ter uma força pessoal para enfrentar a crise, com bravura, criatividade, curiosidade, esperança, amor de aprender, persistência, prudência, auto-regulação, entre outros. A soma destes fatores poderá ajudar a passar por esta crise repentina com as perdas e os riscos reduzidos, sejam eles financeiros e/ou emocionais. 



SHEILA DAVID OLIVEIRA é Planejadora financeira, membro Top of the Table da maior Associação de Planejadores Financeiro do Mundo – MDRT (Million Dollar Round Table), sócia e diretora da GFAI Empresa de Planejamento Financeiro.

Finalmente, transação tributária

■ POR IRAPUÃ BELTRÃO

“O que se espera é que o instituto não acabe nas fronteiras da insegurança jurídica sobre a sua efetiva compreensão ou dos limites de sua aplicação, mas sim que contribua como um real elemento de racionalização nas relações no sistema tributário.”

Passado mais de 50 anos da promulgação do Código Tributário Nacional parece que a possibilidade de composição de alguns interesses e a realização de transação como forma de extinção dos deveres fiscais começa a sair da eficácia restrita das previsões do CTN. Como as demais formas que no âmbito privado se davam exclusivamente em razão da autonomia das vontades, no caso fiscal, demandava lei de cada ente federativo para fins de implementação. Assim era explícito no art. 171 do Código Nacional e, em muitas vezes, replicado nas normais gerais estaduais ou municipais.

Sendo uma previsão de eficácia limitada, o instituto minimamente tratado no art. 171 do CTN ficava apenas referência vazia nas aulas e cursos de Direito Tributário. Mas, finalmente, a União Federal começa a tirar esta previsão da prateleira de estudos. A Medida Provisória nº 899, editada em 16 de outubro de 2019, regulamentou a hipótese, explicitamente pretendendo aclarar as formas de sua aplicação. Apesar disto, pouca notícia se tinha de seu uso.

Mas este cenário ganha novos contornos em 2020, com conversão daquela MP na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, e sua regulamentação pela Portaria PGFN nº 9917, da mesma data, trazendo parâmetros para aceitação da transação individual, além de critérios para a transação por adesão à proposta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.



De plano há de se observar que as regras contidas nas normas não se restringem a débitos tributários, havendo expressa possibilidade de sua aplicação a valores de origem não tributária. Por outro lado, nem tudo o que decorre das normas são bons frutos, bastando para tanto a constatação de que a normatização utilizou conceitos jurídicos indeterminados como contencioso administrativo de pequeno valor, créditos irrecuperáveis ou de difícil reparação que deverão ainda ser explicitados pelos setores de administração e gestão tributária.

Além de dificuldades deste quilate, diversos outros aspectos deverão ser observados pelos contribuintes e devedores em eventual adesão ou mesmo proposta de transação. Salto já aos olhos a informação de que, para dar a devida transparência e atender aos comandos da isonomia, os termos do acordo serão divulgados nos meios eletrônicos. Querendo ou não qualquer interessado em celebrar o acordo deve ter em mente que seus elementos serão públicos.

E, nem tudo o que decorre das normas são frutos seguros. Repetindo uma previsão já conhecida dos termos de parcelamento, é dado no art. 3º, §1º da Lei 13.988 que “a proposta de transação deferida importa em aceitação plena e irrevogável de todas as condições estabelecidas nesta Lei e em sua regulamentação, de modo a constituir confissão irrevogável e irrevogável dos créditos abrangidos pela transação”. Deverá, portanto, ser sempre cotejada o interesse da realização da transação com a fluência avançada de tempo e eventual iminência de prescrição dos valores.

Ainda que tal aspecto em muitas vezes não cause maiores problemas para os contribuintes e devedores, é sabido que, em muitas ocasiões, alguns se valem dos regimes especiais previstos visando uma regularização instantânea ou temporária de sua situação fiscal, mas que, ainda assim, pretendem discutir em juízo o mérito daquelas situações que ensejam ao crédito tributário. Para tanto, importante registrar que a 1ª seção do STJ, em sistemática de recursos repetitivos, afirmou que “a confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários” (REsp 1133027, j. em 13/10/2010).

Tanto quanto nos regimes de parcelamento este dispositivo de reconhecimento e confissão de dívida irrevogável e irrevogável deverá ser objeto de cautela dos contribuintes, ainda que se entenda mais do que natural sua existência quando pensado no prisma da fazenda pública. Além disto, é certo que sua existência não impedirá a judicialização de temas, navegando, assim, contra a própria essência extintiva da transação.

A verdade é, seja pela aplicação no mundo real destas novas normas federais, seja por eventual regulamentação de alguns aspectos que ainda está por vir, o emprego da transação como forma de extinção de questões tributárias vem com a pretensão clara de uma redução da judicialização e contencioso fiscal, quem sabe com uma maior racionalidade. O que se espera é que o instituto não acabe nas fronteiras da insegurança jurídica sobre a sua efetiva compreensão ou dos limites de sua aplicação, mas sim que contribua como um real elemento de racionalização nas relações no sistema tributário. **C**



IRAPUÃ BELTRÃO é Doutor em Direito, Professor de Tributário.



Remoção como direito da servidora pública na Lei Maria da Penha

■ POR LUCIANA SANTOS SILVA

“As normas gerais muitas vezes não dão conta de regular fatos singulares. Assim a violência de gênero decorrente do patriarcalismo exige do Direito e de suas e seus operadores respostas específicas na proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, por isso a importância da Lei Maria da Penha.”

O presente artigo tem por objetivo traçar os contornos jurídicos do direito à remoção da servidora pública em situação de violência doméstica e familiar. Por ser um direito recentemente legislado há um desconhecimento do instituto por parte das servidoras e da própria administração pública fragilizando a tutela ampla dos direitos femininos na prevenção e coibição dessa espécie de violência. Assim o presente artigo visa contribuir para o debate e difundir esse direito.

O conceito de Gênero surge na academia no final da década de 60, sendo amplamente utilizado pelos movimentos feministas a partir de meados da década de 70 o que favoreceu sua popularização para além do campo científico. Atualmente é muito importante definir o significado da categoria analítica de gênero diante de suas deturpações de caráter conservador.

Beauvoir (1980) afirmou que “Não se nasce mulher, torna-se mulher”. Nessa senda Saffioti (2007) explica que gênero traz que as formulações em torno do feminino e do masculino são construções sociais e que o patriarcalismo dá conta de sua hierarquização. As diferenças entre feminino e masculino são construídas no devir social pela educação formal, informal e por diversos meios simbólicos que vão da religião às brincadeiras infantis alocando sempre o que é apropriado e inapropriado à mulher e ao homem forjando, desse modo, formas hegemônicas de feminilidade e masculinidade. Ocorre que essas construções simbólicas além de trazer um padrão dominante do ser mulher e do ser homem alocam os valores masculinos como centrais, inferiorizando o feminino. Todo *ethos* ligado ao feminino é subalternizado refletindo em exclusão da mulher e naturalização da violência sofrida pela mesma culminando em sua reificação. Destaque-se que esses atos violentos são mais acentuados no grupo de feminilidade não-hegemônica a exemplo das mulheres negras já que a opressão de gênero é interseccionada pela classe e raça.

No campo jurídico essa expressão patriarcal de gênero pode ser observada na jurisprudência que referendava a tese da legítima defesa da honra, como também na lei civil que considerava a mulher casada como relativamente incapaz devendo ser representada pelo marido. Os movimentos feministas tiveram e ainda possuem importante papel em prol da igualdade entre mulheres e homens nos diversos setores da sociedade. Uma frente importante para esse desiderato foi a pressão para mudanças no campo jurídico que ficou conhecido como *advocacy* feminista. Piovesan e Pimentel (2007) trazem o registro histórico de que durante a constituinte de 1988 os movimentos feministas tiveram participação ativa, elaborando “carta das Mulheres brasileiras aos constituintes” como estratégia de concretização da cidadania feminina. Diversos dispositivos na vigente Constituição refletem o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos como também vem impulsionando alterações gradativas nas leis infraconstitucionais pela constante atuação desse importante movimento social.

O reconhecimento da ilegalidade e ilegitimidade da tese da legítima defesa da honra foi fruto da pressão dos movimentos feministas com o lema “quem ama não mata” aliado as manifestações feitas durante julgamentos de homens que mataram esposas e companheiras na década de 70. No plano internacional, o Brasil passou a ser signatário de documentos que tutelava direitos da mulher. A tipificação do feminicídio e a lei Maria da Penha também são decorrentes da atuação do citado movimento social¹.

Embora a Lei Maria da Penha englobe vários setores do Direito, a feição mais divulgada dela é a de natureza penal o que pode contribuir para a não disseminação dos institutos ligados a outros ramos. Nesse sentido a possibilidade de remoção da servidora pública em situação de violência doméstica e familiar não é tão popularizada. Observamos, durante a construção do *corpus* da pesquisa, que há farta doutrina e jurisprudência sobre dispositivos da Lei Maria da Penha relacionados ao aspecto criminal e às medidas protetivas de urgência, contudo, em relação ao objeto de estudo deste artigo não há muito material disponível.

A previsão legal de remoção da servidora pública está prevista no art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei nº 11.340/2006, nos seguintes termos:

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da

Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e *emergencialmente* quando for o caso:

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I – acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta; (grifamos).

A definição de remoção é dada pela lei dos Servidores Públicos da União (8.112/90), no art. 36, *caput*, senão vejamos: “remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede”. A partir dessa norma é possível afirmar que a remoção pode se dar por iniciativa da própria Administração ou a pedido da servidora ou do servidor. Quando efetivada *ex officio* é um direito da Administração Pública prevalecendo sempre o seu interesse. Na hipótese em que for requerida pela servidora ou servidor, havendo fundamento legal vinculante, a remoção independe do interesse da Administração. Se não houver motivação legal específica o deslocamento também a pedido só ocorrerá mediante análise discricionária do ente público.

À guisa de exemplo temos que a remoção fundamentada no art. 36, parágrafo único, inciso II da Lei nº 8.112/90, ou seja, “a pedido, a critério da Administração”, por não haver fundamentação específica cabe exame de conveniência e oportunidade. Já nas situações do inciso III, a remoção independe do interesse da Administração, como consta de forma expressa no texto legal, tendo como base do requerimento “saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial” ou “para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração”.

A Lei Maria da Penha traz situação de remoção fundamentada na preservação da integridade física e psicológica da servidora pública da Administração direta ou indireta em situação de violência doméstica e familiar. Trata-se, portanto, de situação de remoção a pedido da qual não cabe exame de conveniência e oportunidade da Administração Pública uma vez que, assim como nas situações apresentadas pela Lei nº 8.112/90 (art.36, parágrafo único, inciso II), há motivação legal específica. Além disso, a Lei Maria da Penha, no art. 9º, *caput*, fez constar que essa assistência deve ser prestada de forma emergencial o que é incompatível com juízo de conveniência e oportunidade.

Corroborando esse entendimento a Desembargadora Federal, Gilda Sigmaringa Seixas, afirmou nos autos do Processo nº 66861220154013300/BA (TRF-1) que o ato de remoção previsto na Lei Maria da Penha tem como fim a preservação do direito à vida, à integridade física, à segurança, ao trabalho e à família, permitindo a remoção independentemente do interesse da Administração.

Importante registrar que a remoção é sempre deferida com base na supremacia do interesse público como princípio basilar da Administração Pública. É cediço que o interesse da Administração não se confunde com interesse público. Nesse sentido é o magistério de Alves Júnior (2019, p. 6):

“Em primeiro lugar não se deve confundir o interesse administrativo com o interesse público. Não há maior interesse público que o bem-estar de todas as pessoas. Não há

maior interesse público que a preservação das famílias. Isso pode até não ser relevante para o administrador – ou para alguns administradores – mas para a sociedade esse é o interesse capital. Por isso, pode até ser que não haja interesse administrativo, mas dizer que não há interesse público é acreditar que só há interesse público onde houver interesse administrativo. Essa é uma concepção que não se enquadra no paradigma de um Estado Democrático de Direito, onde a sociedade e os indivíduos não são reféns do Estado e nem estão a serviço dele. Ao contrário, o Estado existe para servir à sociedade e aos indivíduos, sob pena de perder o seu sentido, especialmente em uma democracia”.

Assim, a remoção prevista na Lei Maria da Penha deve ser deferida de forma emergencial, a bem da supremacia do interesse público e independente do interesse da Administração Pública. Importante também registrar que embora o art. 9º, *caput*, da Lei Maria da Penha traga que “o juiz assegurará o direito a remoção”, essa matéria não é afeta de forma exclusiva ao Poder Judiciário. O pedido pode e deve ser feito na via administrativa uma vez que o art. 2º, § 2º, da Lei Maria da Penha determina que: “Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no *caput*”.

Por tratar da tutela de Direitos Humanos os dispositivos dessa legislação, com exceção das normas de Direito Penal por conta do princípio da legalidade, devem ser interpretados de forma extensiva. Nesse diapasão o art. 4º da lei Maria da Penha faz anotar que: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”. Em suma, sendo a remoção instituto típico do Direito Administrativo aplicado em prol da supremacia do interesse público, que no caso é coibir e prevenir a violência contra mulher, a esfera administrativa é competente para análise do pleito. Marcelo Fonseca (2019) debruçando sobre o assunto pontua que: “o instituto da remoção independe de autorização judicial, a própria Administração pode determinar e fazer executar as medidas de força que se tornarem necessárias para a execução do ato”. No mesmo sentido Karina Albuquerque (2019) escreve que:

“Assim é que comprovada a situação de risco é dever dos órgãos estatais, dar meios à servidora de mudar para cidade ou lotação longe de seu agressor, promovendo o que estiver ao alcance da instituição para dar efetividade de proteção. Os órgãos Administrativos, ao analisarem pedidos de transferência/remoção e diante de fortes indícios de que a mulher servidora pública se encontre em situação de violência, devem priorizar tais pedidos, por se tratar de situação excepcionalíssima, qual seja, o risco de vida, de segurança e de saúde, sob pena de trazer para si a responsabilidade pela demora na medida”.

Relevante frisar que o inquérito policial não é requisito essencial para sustentar o pleito de remoção sendo que as circunstâncias que devem fundamentar o pedido podem ser comprovadas por qualquer meio de prova, sendo a ata notarial um deles. No mais, ainda que a violência tenha cessado a remoção ainda é possível para preservar, por exemplo, a integridade psicológica da servidora já que muitas vezes os danos psíquicos persistem por longo tempo mesmo após findo os atos violentos como nos casos em que a servidora precisa ser removida da cidade em que os atos ocorreram. Essa necessidade pode ser comprovada por relatório médico e/ou psicológico.

No processamento do pedido a Administração Pública, para evitar a revitimização, deve garantir o sigilo do pedido com vistas à preservação da intimidade da servidora. A decisão também deve ocorrer em prazo razoável sendo decidida de plano pela autoridade competente ou mediante instauração de procedimento administrativo no caso de necessidade de dilação probatória. Não pode haver análise de interesse da administração, o deferimento do pedido deve ter como objeto apenas a constatação dos requisitos do art. 9º da Lei Maria da Penha, qual seja: preservação da integridade física e psicológica da servidora em decorrência da situação de violência doméstica e familiar como recorte do interesse público.

A remoção na Lei Maria da Penha é um relevante instituto de combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, trazendo peculiaridades que devem ser divulgadas e observadas pela Administração Pública. É um direito que deve ser amplamente difundido no campo jurídico e na sociedade em geral. Essa espécie de remoção tutela não apenas a integridade física e psicológica, mas garante também direito ao convívio familiar, à segurança e à tutela do trabalho feminino sendo verdadeiro corolário da dignidade da pessoa humana. As normas gerais muitas vezes não dão conta de regular fatos singulares. Assim a violência de gênero decorrente do patriarcalismo exige do Direito e de suas e seus operadores respostas específicas na proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, por isso a importância da Lei Maria da Penha. 

NOTA

- 1 Como forma de solapar as mudanças sociais em prol dessa igualdade entre mulheres e homens os movimentos e as feministas estão sendo constantemente desqualificadas com afirmativa, por exemplo, de que pregam a destruição da família. O mesmo ocorre com a categoria analítica de gênero que vem sendo deturpada em prol da manutenção do machismo, a estratégia usada é usar o termo “ideologia de gênero” em lugar da categoria analítica de gênero para distorcer o conteúdo desta, negando seu potencial de transformação social.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Karina. *O papel ativo do Estado na proteção da mulher servidora pública vítima de violência*. In <https://jus.com.br/>, acesso em dezembro de 2019.
- ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da legalidade e o § 2º do art. 84, da Lei nº 8.112/90*. In <http://jus.com.br/artigos/7216>, acesso em dezembro de 2019.
- BEAUVOIR, Simone. *O Segundo sexo – fatos e mitos*; tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1980.
- FONSECA, Marcelo. *A Possibilidade de Remoção a pedido, independente do Interesse da Administração, em função de violência doméstica*. In www.conjur.com.br, acesso em dezembro de 2019.
- PIOVESAN, Flávia e PIMENTEL, Sílvia. *Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela*. In <http://cartamaior.com.br/?/Opiniao/Lei-Maria-da-Penha-inconstitucional-nao-e-a-lei-mas-a-ausencia-dela/21984>, Acesso em dezembro de 2019.
- SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcalismo, violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2007.



O mundo e o Brasil após a COVID-19: o que se esperar?

■ POR JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES



DIVULGAÇÃO

“O desenvolvimento dos países após o Coronavírus advém de uma consciência de jornada coletiva, agregada por políticas extra-setoriais coerentes, focadas nos cidadãos, nas vulnerabilidades e nas particularidades de cada nação.”

Pensar em um mundo pós-pandemia do COVID-19 é uma tarefa árdua. Não há como prever os efeitos do coronavírus nas relações comerciais, no crescimento econômico e nas relações entre mercados de bens essenciais na área da saúde daqui para frente.

A expansão do vírus pelo mundo acontece exponencialmente, ao passo que a rapidez da proliferação demanda novas decisões igualmente rápidas no âmbito público e privado, dos governos, das empresas, e até mesmo dos cidadãos.

No meio a tantas dúvidas sobre qual decisão certa a tomar para evitar efeitos catastróficos do vírus nas relações pessoais, econômicas e mundiais, o Brasil e a comunidade internacional estão tentando evitar a propagação da COVID-19. As medidas perpassam a ampliação do atendimento na área da saúde, apresentação de pacotes econômicos e financeiros para entes privados e agilidade no setor público.

Veronica Sánchez¹, no livro *Direito Provisório e a Emergência do Coronavírus*, explica, que o “tamanho dos pacotes econômicos de estímulo tem variado e não está relacionado diretamente à proporção de casos confirmados de contaminação por coronavírus, chegando, em alguns casos, a 25% do PIB do país”.

No Brasil, o governo brasileiro, por meio do Ministério da Economia², redigiu um documento sobre a Política de resposta ao Covid-19, no dia 7 de abril. As principais medidas adotadas para mitigação dos efeitos do vírus estão concentradas em áreas-chaves:

- I – calamidade pública;
- II – saúde;
- III – comércio;
- IV – apoio às famílias;
- V – emprego;
- VI – apoio às empresas;
- VII – companhias aéreas;
- VIII – créditos;
- IX – políticas monetárias e de câmbio;
- X – mercados financeiros;
- XI – plano de Ajuda a Estados e Municípios; e
- XII – contenção do vírus.

Em curto prazo, o plano de resposta ao Covid-19 visa combater os efeitos imediatos do vírus e das políticas adotadas como distanciamento social e teletrabalho, por exemplo. A longo prazo, essas medidas visam preparar o cenário após a pandemia da Covid-19, de forma a reposicionar o Brasil no cenário mundial, diminuir as desigualdades sociais e econômicas do período, e buscar a retomada do desenvolvimento.

Perceba: as medidas adotadas pelo Brasil perpassam objetivos fundamentais transcendentais já previstos na Constituição Federal de 1988 no art. 3º, como sociedade livre, justa e igualitária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e desigualdades sociais e regionais; bem como a promoção do bem de todos.

Para a retomada do desenvolvimento brasileiro, portanto, o governo e as instituições estão procurando manter a sobrevivência das famílias e das instituições privadas no presente. Para que, no futuro, não tenha que lidar com as consequências de falta de liquidez de empresas, desempregos, lenta retomada do comércio e crescimento econômico.

As medidas têm um olhar solidário e resiliente para o futuro, o que exige repensar os papéis das instituições no desenvolvimento do país. A própria Organização das Nações Unidas preconiza que para o atendimento dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável³ para a Agenda 2030, ninguém ou nenhuma nação será deixada para trás nesse processo.

Implica dizer: o desenvolvimento dos países após o Coronavírus advém de uma consciência de jornada coletiva, agregada por políticas extra-setoriais coerentes, focadas nos cidadãos, nas vulnerabilidades e nas particularidades de cada nação.

Mesmo assim, vale entender que, na realidade do Brasil, várias são as preocupações com a economia no período posterior a pandemia da Covid-19. Com os gastos públicos dispendidos pelo governo para mitigar os efeitos do vírus em diversos setores, a pergunta é: como pagar a conta depois que a crise acabar?

A Folha de São Paulo, na edição do dia 12 de abril de 2020, demonstrou que o enfrentamento das circunstâncias da pandemia precisa de uma definição do que é gasto necessário para o governo. Isso porque o país ainda não se recuperou integralmente da recessão econômica.

Por isso, as medidas para pagar a conta após a crise foram elencadas como:

- 1) revisão ampla de subsídios e benefícios tributários;
- 2) elevação da alíquota máxima do Imposto de Renda das pessoas físicas;
- 3) tributação de dividendos, com ajuste na alíquota do IRPJ;
- 4) aceleração das privatizações;
- 5) redução de jornada e salários de servidores públicos; e
- 6) regulamentação do teto salarial do serviço público.

No cenário de incertezas, é importante que o Brasil saiba priorizar os gastos necessários agora. E no futuro, o país precisa repensar nas deficiências dos setores, de forma a alocar recursos para gerar mais emprego, renda, crescimento e desenvolvimento econômico. O setor da infraestrutura, por exemplo, ainda é pouco explorado.

Conforme dados do Banco Interamericano de Desenvolvimento⁴, os países da América do Sul investem cerca de 2,8% do PIB em infraestrutura, ao passo que o Brasil investe quase metade disso⁵.

Dessa forma, o período da pandemia da Covid-19 deve ser utilizado para se repensar o desenvolvimento, produtividade e competitividade em sua amplitude temporal e mundial. 

NOTAS

- 1 JACOBY FERNANDES, J. U. *et al. Direito Provisório e a Emergência do Coronavírus*. Capítulo 8 – O Brasil que queremos após a pandemia do COVID-19. *Veronica Sánchez da Cruz Rios*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020.
- 2 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Política de resposta do Governo brasileiro a Covid-19*. Publicado em 07 abr. 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-em-outros-idiomas/covid-19/brazil2019s-policy-responses-to-covid-19/@@download/file/COVID-19 2020 07 04 Brazil Policy Measures_v3.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-em-outros-idiomas/covid-19/brazil2019s-policy-responses-to-covid-19/@@download/file/COVID-19%2020%2007%2004%20Brazil%20Policy%20Measures_v3.pdf). Acesso em 16 abr. 2020.
- 3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. *Department of Economic and Social Affairs. Leaving no one behind*. Publicado em 17 ago. 2018, Nova Iorque. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/en/news/sustainable/leaving-no-one-behind.html>. Acesso em 16 abr. 2020.
- 4 BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO [BID]. *Numbers for Development*. 2020. Disponível em: <https://data.iadb.org/>. Acesso em 15 abr. 2020.
- 5 JACOBY FERNANDES, J. U. *et al. Direito Provisório e a Emergência do Coronavírus*. Capítulo 8 – O Brasil que queremos após a pandemia do COVID-19. *Veronica Sánchez da Cruz Rios*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2020.



JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES é Advogado, Mestre em Direito Público, Professor de Direito Administrativo, Escritor, Consultor, Conferencista e Palestrante.

“A lei incrimina no seu art. 28 a divulgação indevida de gravações que possam ferir, sem justa causa, a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de investigado ou acusado.”

Abuso de autoridade por divulgação de gravações e violação da vida privada, intimidade, honra e imagem

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

Os bens jurídicos tutelados exsurgem claros na própria dicção do dispositivo, sendo eles a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X, CF), bem como, mais genericamente, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Sempre está presente a tutela do regular funcionamento da Administração Pública, mais precisamente, da Administração da Justiça. Não há tutela do sigilo das comunicações telefônicas, informáticas ou telemáticas, previsto no art. 5º, XII, CF, tendo em vista que, para tanto, há lei específica (Lei nº 9.296/96).

Sujeito ativo do crime será qualquer agente público encarregado de cumprir o sigilo das gravações. Souza afirma que até mesmo o agente público aposentado, se guardar consigo cópia da gravação e a divulgar poderá ser sujeito ativo.¹ Ousa-se discordar do autor em destaque, tendo em vista que os crimes de Abuso de Autoridade são funcionais e próprios, nos estritos termos dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 13.869/19. O aposentado não é agente público e não pode mais agir no exercício da função, nem mesmo a pretexto de exercê-la, conforme dicção legal. No caso de um aposentado ou um particular (o aposentado é agora um “extraneus”), somente pode haver responsabilização na Lei de Abuso de Autoridade em caso de concurso de agentes e ciência de que o outro autor é funcionário público. A indevida divulgação feita pelo particular, abrangendo agentes aposentados, poderá configurar, conforme o caso, crimes contra a honra ou mesmo violações do sigilo previstas nos arts. 10 ou 10-A da Lei nº 9.296/96, mas nunca crime de abuso de autoridade.

Sujeito passivo será a pessoa atingida pela indevida divulgação em sua intimidade, vida privada, honra ou imagem.

Observe-se que o crime é material, pois o verbo “divulgar” implica resultado naturalístico e, portanto, admite tentativa. Ademais, é importante perceber que não é incriminada nesse tipo penal a realização da gravação em si, mas o ato ulterior de sua indevida “divulgação”. Além disso, a divulgação incriminada é aquela feita a terceiros ou publicizada (v.g. imprensa, mídias sociais etc.). É claro que se um agente público consegue provas em gravação de um ilícito e remete tal conteúdo à autoridade competente ou com atribuição para a apuração, não comete crime algum.² Na verdade, poderia cometer se não fizesse essa remessa, por exemplo, por motivos pessoais (eventual “Prevaricação”, nos termos do art. 319, CP).

Será então que estaríamos diante de uma lacuna na lei penal? A indevida gravação seria fato atípico? Não nos parece. O crime em espécie tem natureza subsidiária (subsidiariedade tácita) e somente será aplicado quando não se tratar de gravações ou captações abrangidas por outros dispositivos penais, mais precisamente previstos na Lei nº 9.296/96, que trata das interceptações telefônicas, inclusive com nova redação dada pela própria Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19) e pela chamada Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19).

A realização de uma interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática ou de escuta ambiental de forma ilegal, constitui o crime previsto no art. 10 da Lei nº 9.296/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.869/19, afastando qualquer possibilidade de aplicação do art. 28 em estudo, mesmo porque se trata aqui de “divulgação” e não dos atos previstos na primeira parte do art. 10 da Lei de Interceptação Telefônica.

Entretanto, o art. 10 da Lei nº 9.296/96 prevê também a quebra ilegal do segredo de justiça e, neste caso, pode abranger certamente o ato de uma divulgação. Entendemos que nesses casos, ainda deve prevalecer o art. 10 em questão e afastar-se a aplicabilidade do art. 28 da Lei de Abuso de Autoridade, pois que este é tacitamente subsidiário. O art. 28 da Lei nº 13.869/19 somente será aplicado em casos de divulgações de gravações que não tenham sido realizadas na forma da Lei nº 9.296/96. A violação do segredo de justiça previsto na legislação respectiva pressupõe uma gravação feita com ordem judicial e envolvendo interceptação telefônica, de informática ou telemática ou escuta ambiental. As gravações a que se refere a Lei nº 13.869/19 não podem ser dessa espécie, mas somente aquelas que também sejam legais (pois escutas ou interceptações ilegais recaem no art. 10 da Lei nº 9.296/96) e diversas das relacionadas na legislação especial de interceptação. Por exemplo, a gravação de um depoimento, a gravação em local público de uma diligência policial, a gravação em atividade de campana, em local público, de suspeitos etc. Essas gravações previstas no art. 28 da Lei de Abuso de Autoridade, na falta de uma delimitação, devem ser interpretadas de maneira ampla, de modo a atingirem tanto o áudio, como imagens e audiovisual.

Também é de se afastar a aplicação do art. 28 da Lei nº 13.869/19 quando se tratar da realização de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida, pois que há tipificação do art. 10-A, da Lei nº 9.296/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.964/19. Novamente a distinção é clara, pois aqui se trata da realização da captação ambiental e não da divulgação de seu conteúdo. Não obstante, novamente a legislação específica prevê a ilegalidade da divulgação pelo descumprimento por agente público do sigilo das investigações

e, principalmente, pela revelação do conteúdo das gravações mantidas sob sigilo judicial. Pelos mesmos motivos acima expostos (subsidiariedade tácita do art. 28 da Lei nº 13.869/19) deverá prevalecer a aplicação do crime nos termos do art. 10-A, § 2º, da Lei nº 9.296/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.964/19.

É interessante notar que na incipiente doutrina acerca do tema, falta, em regra, a percepção da necessária distinção entre os casos de aplicação do art. 28 da Lei de Abuso de Autoridade e aqueles atinentes aos crimes previstos nos arts. 10 e 10-A da Lei de Interceptações telefônicas, tratando da questão como um bloco e fazendo sempre referência ao art. 28 da Lei nº 13.869/19,³ o que é mesmo inviável, com o devido respeito, pois, no mínimo, há que considerar que este último dispositivo regula a “divulgação” de gravações, enquanto os demais regulam a “realização” destas. Além disso, como exposto, é visível que a quebra do sigilo pela divulgação de gravações feitas nos termos da Lei nº 9.296/96 tem previsão legal específica, implicando na necessária subsidiariedade do art. 28 da Lei nº 13.869/19, o que parece ter sido olvidado pela doutrina em geral. Há, a argumentação que a quebra do sigilo com divulgação prevista nos tipos penais dos arts. 10 e 10-A da Lei de Interceptações se referiria somente aos casos em que o conteúdo da gravação tivesse relação com a prova, mas não existe esse limite nos respectivos dispositivos, nem o fato de haver essa limitação no art. 28 da Lei de Abuso de Autoridade tem o condão de restringir o alcance dos crimes mais graves previstos na Lei nº 9.296/96, os quais devem, necessariamente, prevalecer, sobre o crime de menor monta e claramente subsidiário. Ao reverso, a Lei nº 9.296/96 até mesmo trata das gravações que não interessam à prova e de sua eliminação, de acordo com o art. 9º e seu Parágrafo Único daquele diploma, impedindo o afastamento dessas gravações das violações criminosas de sigilo previstas nos arts. 10 e 10-A da mesma legislação, sob pena de uma interpretação sistemática tortuosa.

Há, porém, quem, como nós, tenha se apercebido dessa necessária distinção entre o art. 28 da Lei de Abuso de Autoridade e os dispositivos da Lei de Interceptação Telefônica. Proverbial e digno de transcrição é o ensinamento de Souza:

O crime do art. 28 da Lei nº 13.869/2019 também pode ser confundido com o crime previsto no art. 10 da Lei de Interceptações que é outra espécie de violação de segredo, porém, circunscrito às situações em que a informação sigilosa foi obtida mediante interceptação telefônica (com ou sem autorização judicial), circunstâncias que diferenciam as espécies delitivas. Com efeito, no novo delito, a informação divulgada, além de não ser necessariamente sigilosa, não foi, necessariamente, obtida mediante autorização judicial e nem mediante interceptação telefônica.⁴

Doutra banda, insta anotar que o art. 28 da Lei nº 13.869/19 é especial em relação ao crime de “Violação de Sigilo Funcional”, previsto no art. 325, CP. Dessa forma, tratando especificamente de divulgação irregular de “gravações”, deve prevalecer, pelo Princípio da Especialidade, em relação ao tipo penal do Código Penal Brasileiro, sendo este último aplicado para outras violações com objetos materiais diversos (v.g. informações, documentos, fotos, depoimentos escritos etc.).

A divulgação pode ser da gravação completa ou de trecho dela, conforme estabelece o art. 28 em estudo. Exige-se apenas o resultado de que haja exposição da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem do investigado ou acusado. Portanto, não são abrangidas gravações que sejam de conhecimento público ou captadas em público ou mesmo divulgadas inicialmente por ato do próprio

investigado ou acusado. Também é requisito que a gravação divulgada não tenha relação com a prova a ser produzida. Fica evidenciado que o crime se configura com a divulgação de sons, imagens ou ambos que exponham de forma absolutamente inútil o investigado ou acusado. Se a divulgação se destina a, de alguma forma, contribuir para a investigação ou o processo, será lícita. Exemplificando: a) Será ilícita a divulgação de parte de um depoimento de testemunha ou declaração de suspeito ou vítima em que se mencione detalhes da vida sexual de alguém que em nada contribuirão para as investigações; b) Será lícita, porém, a divulgação de imagens de um local de roubo, com sons de voz e a fisionomia, bem como características físicas de um infrator, a fim de poder identificá-lo com obtenção de colaboração da sociedade.

Para a configuração do crime não é exigida prévia decretação do sigilo, bastando que a divulgação seja feita afetando a privacidade, intimidade, honra ou imagem do investigado ou acusado.⁵

Parece até desnecessário salientar que essa infração penal ora em estudo pode se referir a gravações ocorridas no curso de investigação pré-processual ou no decorrer do processo-crime, já que a lei faz menção ao “investigado” ou “acusado”. Aliás, atualmente, na maior parte das comarcas, as audiências são gravadas em audiovisual, ensejando a oportunidade para esse tipo de divulgação espúria e criminosa.

O crime é doloso, não havendo previsão de figura culposa. O dolo, como sempre, é específico, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 13.869/19. Além disso, deverá o agente ter em mente o desejo de fazer a divulgação da gravação sem ligação com a prova pretendida, com o fito de expor a intimidade, a privacidade, a honra ou a imagem do acusado ou investigado. 

REFERÊNCIAS

- GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 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.
- MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019.
- SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

NOTAS

- 1 SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 192.
- 2 Op. cit., p. 193.
- 3 Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 268-273. GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 251-257. MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019, p. 125. LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: ACADEPOL, 2020, p. 126-127.
- 4 SOUZA, Renee do Ó, Op. cit., p. 194.
- 5 Op. cit., p. 193-194.



EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é Delegado de Polícia aposentado, Parecerista e Consultor 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.

Impactos do COVID-19 nos processos de recuperação judicial com plano homologado

■ POR JOSÉ ANTONIO BUENO DE TOLEDO JUNIOR, VITÓRIA BEDUTTI RODRIGUES, EDUARDO BONIOLO E JULIO CESAR TEIXEIRA DE SIQUEIRA

“Os profissionais envolvidos no processo de recuperação podem – e devem – lançar mão dos institutos disponíveis em nosso ordenamento a fim de tutelar a continuidade da empresa, seus benefícios sociais, os postos de trabalho e sua função social; contudo, devem também se lembrar que a pandemia está afetando, salvo raras exceções, os credores desse devedor, que igualmente possuem compromissos.”

A pandemia do COVID-19 e todas as implicações dela advindas, como as determinações de isolamento social e de impossibilidade de desenvolvimento normal das atividades econômicas nos setores dispensáveis para o atual cenário, evidentemente, gera reflexos imensuráveis para as empresas sadias cumprirem com as obrigações assumidas, e ainda mais para as empresas em recuperação judicial – que antes mesmo da instalação da atual crise, tentavam o soerguimento de uma econômico-financeira já existente.

Frisa-se que foi declarado o Coronavírus como pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e decretado Estado de Calamidade Pública pelo governo do Estado de São Paulo por meio do Decreto nº 64.879/20, complementado pelo

Decreto nº 64.881/20. Mencionado decreto estabelece, inclusive, quais seriam as atividades tidas como não essenciais, determinando a paralisação de estabelecimentos não essenciais que promovessem o atendimento pessoal ao público, sob pena de sanções administrativas.

Ademais, no dia 8 de maio de 2020, o Governador do Estado de São Paulo prorrogou a quarentena até 31 de maio de 2020 em razão do ritmo acelerado de contágio do coronavírus e o aumento crítico no total de infectados e de mortes por COVID-19, com risco iminente de colapso no sistema de saúde. Prorrogação que foi aplicada também, em menor ou igual prazo, por mais de 18 estados brasileiros além do Distrito Federal.

Logo, diante dessas determinações, as empresas foram obrigadas a readequar suas operações, algumas paralisar as atividades, e outras com faturamento muito abaixo do seu fluxo normal, e, com isso, analisar as consequências e implicações que terão de arcar em caso de descumprimento das obrigações assumidas frente seus fornecedores, funcionários e servidores em geral e, ainda, como atuarão diante da impossibilidade de adimplemento das obrigações pela parte adversa.

Nas empresas em recuperação judicial, além do adimplemento das obrigações assumidas no desenvolver de sua atividade, também deverão se preocupar com as obrigações assumidas a partir da aprovação e homologação do Plano de Recuperação Judicial.

Ao contrário de todas as empresas brasileiras, as empresas em recuperação judicial cujo cumprimento de seus planos estão em curso, não poderão gozar das medidas de socorro empresarial que vem sendo divulgadas e outras que venham a ser disponibilizadas.

Essas empresas não poderão simplesmente renegociar suas dívidas diretamente com parte dos credores, pois essa medida infringiria a paridade entre credores. O socorro mediante instrumentos de insolvência, por óbvio, tem suas portas fechadas a essas empresas. E o inadimplemento, no caso, vai além dos contratos: caso a empresa não cumpra o seu plano de recuperação judicial, o juízo decretará a sua falência com base no rigor imposto pelo § 1º, do art. 61 e inciso IV, do art. 73, ambos da Lei nº 11.101/05.

Por outro lado, importante esclarecer que, também no âmbito da recuperação judicial, pode ser aplicado os institutos dos contratos e obrigações. Logo, inegável que a declaração de pandemia pela OMS e estado de calamidade pública pelo Estado de São Paulo permitem enquadrar a situação como condição de 'força maior', permitindo a exclusão da responsabilidade contratual por estarem preenchidos os seus requisitos: ausência de responsabilidade da parte, imprevisibilidade e situação inevitável.

Nesse contexto, evidente que a pandemia COVID-19 configura evento de força maior e implica em alteração na realidade financeira da empresa em Recuperação Judicial por razões imprevisíveis e incontroláveis. Deste modo, é razoável entender que eventual insuficiência de recursos para a satisfação e adimplemento de obrigações assumidas antes do referido cenário – absolutamente diferente da projeção elaborada na apresentação do plano – é causa hábil para alterar determinadas condições nas obrigações sem ônus à parte devedora/recuperanda.

As empresas que se encontram na fase de cumprimento do plano buscam a efetiva realização dos fluxos de caixa estimados quando da elaboração da proposta de pagamento aos credores, fato que certamente ocorreu bem antes dos impactos

da pandemia. Ainda que as propostas de pagamentos tenham sido conservadoras quanto a realização dos fluxos de caixa, não é de se imaginar que o conservadorismo empregado tenha previsto um impacto econômico tão severo como o que vivenciamos atualmente.

Diferentemente dos históricos de abalos econômicos e financeiros vivenciados pelas empresas brasileiras, a pandemia impôs medidas de isolamento social, onde foram obrigadas a tomar medidas sem o adequado planejamento e mensuração dos impactos, tais como trabalho remoto, funcionamento parcial das atividades ou simplesmente impossibilidade de exercer qualquer atividade, como é o caso do comércio de produtos e serviços não essenciais realizados em lojas de ruas e em shopping centers.

Diante da queda na atividade econômica, empresas foram obrigadas a realizar demissões e reduzir sua estrutura física, tendo como consequência, aumento da dívida extraconcursal com exigibilidade imediata, afetando diretamente a capacidade de pagamento aos credores concursais.

Devido ao cenário de incompatibilidade entre geração de caixa e cumprimento das obrigações, é necessário avaliar, com urgência, a possibilidade de uma repactuação das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, com a proposição de um modificativo dos termos do plano de recuperação judicial homologado, antes que seja requerida a falência do devedor em função do descumprimento do plano.

Quanto a possibilidade de flexibilização e/ou alteração do plano de recuperação judicial já homologado, em recente julgado, o juízo da 1ª vara Cível de Itaquaquecetuba/SP, autorizou à empresa recuperanda o pagamento de 10% dos créditos devidos a cada credor trabalhista em relação às parcelas dos próximos dois meses (abril e maio)¹.

No entanto, frisa-se que as empresas recuperandas, que foram e estão sendo diretamente afetadas pela pandemia, e que desejam solicitar eventual pedido de prorrogação do cumprimento dos pagamentos das parcelas do plano de recuperação judicial, deverão apresentar, comprovadamente, o impacto do evento em sua atividade empresarial e seu faturamento (através, por exemplo, de relatórios internos da empresa, contabilidade e outros), corroborando qualquer argumento de incapacidade de pagamento pretendido.

Isso porque, nas recentes decisões proferidas sobre o tema, como por exemplo a da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judiciais de São Paulo, exige-se a comprovação do impacto do COVID-19 na atividade empresarial e no faturamento da empresa².

É condição essencial demonstrar ao magistrado a prova técnica dos impactos causados pela pandemia, através de demonstrativos contábeis financeiros, bem como documentos que comprovem os impactos ocorridos, bem como possíveis impactos futuros.

Muito se fala em queda no faturamento como prova técnica para demonstrar os impactos na atividade econômica, todavia esse não pode ser o único indicador. Além da queda na atividade refletida no faturamento, devem ser considerados outros fatores econômicos que afetam diretamente tal atividade, como por exemplo, escassez de créditos, aumento das taxas dos juros cobrados pelas instituições financeiras, inadimplência dos clientes e os aumentos dos custos operacionais.

Citamos apenas para exemplificar, a atividade econômica dos supermercados que ao contrário, tiveram crescimento no faturamento, todavia, os custos de aquisição de mercadorias também aumentaram. Não obstante, para manter suas

operações, essas empresas foram obrigadas a adotarem medidas de segurança e higiene de funcionários, prestadores de serviços e até mesmo dos clientes, dispendo de equipamentos de proteção individual e adaptando suas instalações. Se considerarmos somente o faturamento como indicador de crise gerada pela pandemia, certamente não será possível provar tal fato, todavia indicadores de resultados, aumento do custo financeiros e da inadimplência, podem evidenciar melhor aquilo que não se reflete diretamente no faturamento.

Outro exemplo seria de uma empresa com contratos de fornecimento que foram comunicadas pelos seus clientes sobre uma redução futura do volume de compras. Os impactos desse fato não podem ser demonstrados pelo faturamento acumulado até o presente momento, mas, pela previsão de queda no faturamento futuro e conseqüente redução dos fluxos de caixa estimados.

Diante do exposto, concluímos que para comprovação da situação de crise gerada pela pandemia, se faz necessário uma demonstração técnica detalhada evidenciando fatos que causaram ou causarão impactos nos fluxos de caixa da devedora, visando justificar a necessidade de alteração das condições de pagamentos assumidas no plano de recuperação judicial homologado, bem como para evitar as execuções de credores extraconcursais.

Note-se, portanto, que a necessidade da comprovação robusta e documental dos prejuízos sofridos pelas empresas em recuperação judicial durante a pandemia é, na verdade, um modo do judiciário evitar oportunismo de empresas em desfavor de seus credores e, ao mesmo tempo, restaurar um equilíbrio entre partes e cumprir com os princípios e objetivos da Lei nº 11.101/05, qual seja: ‘viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica’³.

Inclusive, no que tange a superação da situação de crise econômico-financeira, foram propostas algumas medidas para mitigar os efeitos causados pelo vírus nas empresas em recuperação judicial, como exemplo a do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que publicou a Recomendação 63⁴, de 31 de março, aos magistrados competentes para processar e julgar recuperações empresariais e falência.

Salienta-se que, muito embora sejam recomendações, é sabido que no Brasil há poucas varas especializadas em recuperação e falência, de modo que, na prática, os magistrados de varas cumulativas certamente seguirão tais premissas – que em última análise visam injetar dinheiro na economia, proteger os benefícios sociais advindos da atividade econômica, viabilizar reuniões ou assembleias virtuais e outras.

Mas a medida com mais destaque nesse contexto de crise até o momento é, sem dúvidas, o Projeto de Lei nº 1.397/2020 (PL transitório), que institui medidas de caráter emergencial, mediante alterações, de caráter transitório, na Lei nº 11.101/2005 (LRF) pelo menos até 31 de dezembro, ou até quando perdurar a pandemia.

Vale frisar que, em que pese o PL transitório ainda não tenha sido aprovado pelo Congresso, ele já é vislumbrado e objeto de intensos debates pelos especialistas em razão do que dispõe o seu artigo 12⁵, que autoriza a inclusão, no plano, de créditos vencidos após o ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

De forma simplória: o ajuizamento do pedido recuperacional estabelece um marco, isto é, todos os créditos existentes na data do pedido estarão submetidos ao plano de recuperação judicial, nos termos do art. 49, *caput*, da Lei nº 11.101/05 e, os créditos que ‘nasceram’ após o pedido de recuperação judicial não estão sujeitos ao regime de recuperação judicial e, portanto, não se sujeitariam ao plano de recuperação judicial.

Deste modo, os credores detentores de crédito submetido ao processo e ao plano de recuperação judicial não pode satisfazer o seu crédito pela via extrajudicial, sob pena de violação do princípio da *pars conditio creditorum* (da igualdade entre os credores).

Agora, com a previsão do art. 12 do PL nº 1397/20, créditos extraconcursais – posteriores ao pedido de recuperação – que não estariam sujeitos ao processo de recuperação judicial, e que poderiam ser executados de forma autônoma, poderiam também ser incluídos no plano de recuperação judicial e, portanto, sujeitar-se às formas de pagamento estabelecidas e aprovadas pela maioria dos credores.

Conquanto em um primeiro momento a faculdade de incluir créditos vencidos após o ajuizamento do pedido de recuperação judicial possa ser uma medida de desafogo para a sociedade em crise financeira, tal medida não está devidamente clara no PL transitório – como, por exemplo, se serão incluídos com algum privilégio no quadro geral de credores.

Esclarece-se que tal medida, no médio ou no longo prazo pode trazer mais malefícios do que benefícios às recuperandas, sobretudo afetar a já escassa oferta de crédito para empresas que se encontram submetidas ao regime recuperacional.

Nesse sentido, uma possibilidade legal da sujeição desses ‘novos créditos’ para evitar os prejuízos que a aplicação do art. 12 do PL nº 1397/20 pode trazer, é a inclusão desses créditos em uma subclasse com preferência dentre aos demais já sujeitos. Para tanto, aplicar-se-ia, por analogia, o art. 84 da Lei nº 11.101/05 que, dentro do processo falimentar, trata com preferência no recebimento as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial.

Outra possibilidade seria permitir que este novo credor, que teve o seu crédito constituído após o ajuizamento do pedido de recuperação judicial, tenha o direito de optar em se submeter ou não às condições de pagamento previstas no novo plano de recuperação judicial.

Ou ainda, a apresentação de um plano de recuperação extrajudicial específico para pagamento destes credores, o que não violaria o *princípio da pars conditio creditorum*. Assim, tratar-se-iam os desiguais conforme suas desigualdades e combateria possíveis injustiças aos credores detentores de créditos pós-recuperação judicial.

Um fato é inegável: alterar as regras com os processos em andamento gera uma insegurança jurídica e, a depender das modificações, os malefícios podem superar os benefícios. Assim, além de trazer instabilidade para os processos com plano de recuperação judicial homologado, a medida proposta, na forma do art. 12 do PL, pode até prejudicar credores parceiro que, de boa-fé, concordaram em apostar no soerguimento da empresa na certeza que não estariam sujeitos ao processo recuperacional, porquanto forneceram crédito, insumo ou serviços após o pedido de recuperação, mas que agora poderiam ser equiparados aos demais credores “concursais”.

Nesse contexto, os profissionais envolvidos no processo de recuperação podem – e devem – lançar mão dos institutos disponíveis em nosso ordenamento a fim de tutelar a continuidade da empresa, seus benefícios sociais, os postos de trabalho e sua função social; contudo, devem também se lembrar que a pandemia está afetando, salvo raras exceções, os credores desse devedor, que igualmente possuem compromissos, obrigações e colaboradores, motivo pelo qual se sugere cautela na adoção das medidas, sob pena de se gerar um verdadeiro colapso em cascata.

Apesar de eventuais ajustes serem convenientes, ao final, pode-se concluir que: o PL transitório não poderia ser mais oportuno, uma vez que introduz valiosos mecanismos que tem como objetivo, dentro dessa nova crise, viabilizar o reerguimento das empresas em recuperação judicial inclusive das com plano já homologado. 

NOTAS

- 1 1006707-50.2016.8.26.0278
- 2 “[...]O pedido não tem qualquer cabimento. Embora sejam prováveis os efeitos deletérios da pandemia do coronavírus na economia nacional, os quais, por ora, diga-se, são apenas estimados, o fato é que a recuperanda nada aos autos traz de concreto sobre o impacto do evento em sua atividade empresarial e seu faturamento, e, portanto, não comprova, sequer remotamente, a alegada incapacidade de pagamento das faturas dos serviços essenciais cuja manutenção pretende. A inviabilidade de deferimento da suspensão ora postulada, contudo, não se dá pelo fato acima apontado, tampouco pela aparente utilização oportunista da pandemia do coronavírus como justificativa para a manutenção de serviços essenciais de forma gratuita por período indeterminado. [...] – Processo Digital nº 1064903-57.2019.8.26.0100 – Classe – Assunto Recuperação Judicial – Concurso de Credores – Requerente: Tkasa Comércio Varejista Ltda
- 3 Trecho retirado do art. 47 da Lei nº 11.101/05.
- 4 Texto normativo com inúmeras recomendações positivas aos magistrados com competência para o julgamento de ações de recuperação judicial e falência nestes tempos de pandemia ocasionada pela Covid-19.
- 5 Artigo 12 – Fica autorizada a apresentação de novo plano por aquele devedor que já estiver com plano de recuperação judicial ou extrajudicial homologado em juízo, podendo sujeitar créditos posteriores ao anterior pedido de recuperação judicial ou extrajudicial já homologado, com direito a novo período de suspensão previsto no artigo 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, sujeitando-se o plano aditado à nova aprovação pelos credores nos termos do procedimento específico.

ARQUIVO PESSOAL



JOSÉ ANTONIO BUENO DE TOLEDO JUNIOR é Advogado, professor de Direito Empresarial e sócio fundador do escritório Bueno de Toledo Advocacia Empresarial. Pós-graduado em Direito Tributário pela FACAMP, MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Participou do livro de Perícias em Falência e Recuperação Judicial. Trevisan Editora, de autoria de Eduardo Boniolo e Recuperação Judicial de Empresas Médias e Pequenas. Trevisan Editora, de autoria de Julio Cesar Teixeira de Siqueira.

ARQUIVO PESSOAL



VITÓRIA BEDUTTI RODRIGUES é Advogada especializada em Recuperação Judicial e Falência pela PUC/SP, membro colaborador da Comissão de Estudos em Falência e Recuperação Judicial da OAB-Campinas e responsável pela área de recuperação judicial no escritório Bueno de Toledo Advocacia Empresarial.

ARQUIVO PESSOAL



EDUARDO BONIOLO é Contador especializado em Gestão Financeira, Controladoria, Auditoria e Recuperação de Empresas. Professor dos cursos de pós-graduação e cursos de extensão. Autor do livro Perícias em Falências e Recuperação Judicial Editora Trevisan 2015. Sócio fundador da Aptar Recuperação de Empresas, atuando como consultor especializado em processos de reestruturação e recuperação de empresas. Perito Judicial com diversas nomeações no Estado de São Paulo.

ARQUIVO PESSOAL



JULIO CESAR TEIXEIRA DE SIQUEIRA é Administrador e Contador, com especialização em Gestão Financeira, Controladoria, Auditoria e Recuperação de Empresas. Sócio fundador da Aptar Recuperação de Empresas, atua na elaboração do planejamento estratégico para empresas em processo de recuperação judicial e é perito judicial. Autor do livro Recuperação Judicial das Empresas Médias e Pequenas: Guia prático para o Credor e o Devedor (Trevisan Editora, 2016).



Isolamento vertical é ilegal e ineficaz

Em toda parte ele não foi suficiente no combate ao Covid-19; no Brasil, não será diferente

■ POR ANDRÉ DAMIANI E JOÃO PAULO MAZZIEIRO

“Somando-se o retumbante fracasso do isolamento vertical em outros países e a muralha jurídica nacional, endurecida pela argamassa constitucional e penal, o isolamento vertical somente será permitido caso outros tantos requisitos legais e científicos sejam fielmente cumpridos.”

O mundo vivencia as mazelas do novo coronavírus. Cada país tenta combatê-lo à sua maneira – alguns com relativo sucesso, outros, nem tanto. A pandemia parece longe do fim, contudo já deixou importante lição: há que se aprender com a experiência alheia, isto é, replicar e aprimorar o que funcionou e abandonar o que deu errado.

A China, por exemplo, enfrentou o vírus em sua fase embrionária. Entre as várias medidas sanitárias adotadas, impôs regime de isolamento total em Wuhan – epicentro da primeira contaminação. Pouco tempo depois, combinou testagem massiva e duras restrições para todo o seu território. Quatro meses se passaram e pouquíssimos casos de transmissão local foram registrados. Na mesma esteira, Coreia do Sul, Cingapura e Hong Kong obtiveram relativo sucesso contra o vírus.

Na contramão, vieram Estados Unidos, Espanha e Itália. Quando realmente foram desafiados pela força da COVID-19, não seguiram a cartilha dos asiáticos. Prevaricaram. Por exemplo, num primeiro momento, os italianos ignoraram o surto. Focados na economia, lançaram a campanha virtual *#MilanoNonSiFerma* (“Milão não para”) e mantiveram o comércio aberto. Dias depois, perceberam o erro mortífero, afinal, o vírus nunca parou. Como consequência direta, a Itália soma dezenas de milhares de mortes. Por muito tempo, liderou o ranking global neste quesito. Hoje, ocupa a segunda posição, seguida pelos espanhóis. Os norte-americanos ocupam a primeira – e trágica – posição. Triste cenário!

De outro lado, pode-se dizer que Holanda e Inglaterra, a duras penas, seguiram precioso ensinamento do filósofo romano Cícero – “qualquer pessoa pode errar,

mas ninguém que não seja tolo persiste no erro”. No meio do caminho, replicaram as medidas adotadas por outros países na luta contra o coronavírus. Copiaram o que deu certo, em sábia decisão.

Já o Brasil, desde o início, promoveu o isolamento horizontal – também chamado de *lockdown* horizontal. Até o momento, tal decisão demonstra ser a mais acertada. De acordo com o Centro de Estudos Estratégicos do Exército (Ceeex), países que adotaram o isolamento social, fechamento do comércio e das escolas, proibição de eventos públicos e rígido controle das fronteiras têm conseguido diminuir o avanço da doença.

No entanto, ao longo das últimas semanas, alguns poucos governantes, entre eles o próprio presidente da República, sugerem mudança drástica: sai o isolamento horizontal, entra o vertical. Mesmo na falta de informações precisas sobre quantos infectados há no Brasil, propõem a imediata reabertura de escolas, universidades e comércio, mantendo-se isolados exclusivamente os idosos e pessoas com doenças pré-existentes.

Na teoria, o isolamento “cirúrgico” parece sedutor. Sozinho, contudo, ele não se sustenta, seja porque carece de fundamento legal (viola aspectos do Direito Constitucional e Penal), seja pela sua comprovada ineficácia. Ora, na prática, os idosos dificilmente estarão protegidos, uma vez que mais de 16% deles residem com adultos e crianças, conforme dados do censo do IBGE de 2010 e estudos do Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); ou seja, assim que a população ativa retomar suas atividades cotidianas, o vírus fatalmente pegará carona até os mais velhos, tornando a medida insustentável.

Além disso, o isolamento vertical mostra-se ainda mais deletério quando se analisa o grupo dos portadores de doenças pré-existentes. Estudos desenvolvidos por pesquisadores da Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e Associação Brasileira de Educação e Tecnologia apontam que cerca de 45% dos brasileiros com mais de 18 anos possuem alguma enfermidade crônica, como hipertensão, insuficiência renal, diabetes, câncer e complicações cardiovasculares”. Em síntese, caso adotado apressadamente, o *lockdown* vertical representará verdadeira “política genocida”, na expressão cunhada pelo ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal.

No detalhe, o art. 196 da Constituição Federal prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, devendo este assegurar, inclusive, a “redução do risco de doença (...)”. Bem por isso, referido texto constitucional proíbe, expressamente, a criação de medidas capazes de colocar em risco a saúde e, reflexamente, a vida dos cidadãos; de qualquer um.

Por consequência lógica, não pode o Estado agir como um propagador de doenças, sob pena de que seus agentes sejam eventual e criminalmente responsabilizados por “*causar epidemia*”, nos termos do art. 267 do Código Penal. Destaque-se que as sanções para esse delito são de 10 a 15 anos de reclusão e, em caso de morte, aplicam-se em dobro.

Desta forma, somando-se o retumbante fracasso do isolamento vertical em outros países e a muralha jurídica nacional, endurecida pela argamassa constitucional e penal, o isolamento vertical somente será permitido caso outros tantos requisitos legais e científicos sejam fielmente cumpridos. 



ARQUIVO PESSOAL

ANDRÉ DAMIANI é sócio fundador da Damiani Sociedade de Advogados, especializado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (GV-LAW).



ARQUIVO PESSOAL

JOÃO PAULO MAZZEIRO é sócio da Damiani Sociedade de Advogados, especializado em Teoria Geral do Direito Penal pela USP.

O instituto da entrega no ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

■ POR RODRIGO LEVENTI GUIMARÃES



“O ato de “Entrega”, é possível no Ordenamento Jurídico Brasileiro, cabendo ao Supremo Tribunal Federal deliberar sobre questões de legalidade do Mandado de Detenção. Para tanto, deve-se fazer cotejo com a norma mais favorável ao agente, conforme disposição do próprio Estatuto de Roma.”

O presente escrito visa refletir sobre o instituto de direito internacional público denominado “ENTREGA”, de forma que a discussão acadêmica esteja voltada ao aperfeiçoamento do Sistema Jurídico brasileiro, sob o prisma dos direitos fundamentais e os compromissos firmados pela República Federativa do Brasil no plano internacional.

O Supremo Tribunal Federal recebeu pedido de detenção e entrega do presidente do Sudão¹. Distribuída a Petição 4625, ao Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, determinou-se vistas à Procuradoria Geral da República (PGR), uma vez que o Tribunal Penal Internacional (TPI) requer que o governo brasileiro prenda e entregue o atual presidente da República do Sudão, Omar Al-Bashir, caso ele venha para o Brasil. Trata-se do primeiro pedido de detenção e entrega de presidente da República de outro Estado soberano, ainda no exercício do mandato, originado do Tribunal Penal Internacional ao governo brasileiro.

Além das questões acerca da competência do TPI, verificou-se a “alta relevância do tema e a necessidade de discussão”, pela Suprema Corte, ante às diversas dúvidas por parte dos doutrinadores e juristas do ramo do Direito Internacional Público quanto à aplicação e incorporação dos dispositivos do Estatuto de Roma – os quais tratam da jurisdição do TPI – ao ordenamento jurídico interno brasileiro, principalmente quanto ao caráter supra-estatal desse organismo judiciário; à competência do STF para examinar este pedido de cooperação internacional; e à compatibilidade de determinadas cláusulas do Estatuto em face da Constituição brasileira².

No ponto, insta esclarecer que Omar Al-Bashir foi denunciado em razão de ter, supostamente, cometido crimes de guerra e contra a humanidade, os quais estão tipificados nos arts. 7º e 8º, do Estatuto de Roma, incorporado ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, por intermédio do Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002³, e com a promulgação da Emenda Constitucional 45, em 2004, o Brasil passou a se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5º, § 4º, da CF)⁴.

Mas o que vem a ser o instituto jurídico da “Entrega” ou no Direito Norte Americano: “surrender”?

ENTREGA. CONCEITO

A “Entrega” é o ato pelo qual um Estado soberano entrega seu nacional para julgamento perante um Tribunal Penal Internacional.

Nos termos do art. 58, item 5, do Estatuto de Roma, “com base no mandado de detenção, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva ou a detenção e entrega da pessoa em conformidade com o disposto na Parte IX do presente Estatuto”.

Por sua vez, o art. 59, item 1, dispõe que “o Estado Parte que receber um pedido de prisão preventiva ou de detenção e entrega, adotará imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção, em conformidade com o respectivo direito interno e com o disposto na Parte IX”.

Na esteira da doutrina do Professor Valério Mazzuoli⁵, “daí estar correto o entendimento de que o ato de entrega é aquele feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado a outro, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado”.

Tal conceito é de fundamental importância para que os institutos da “deportação”, “expulsão” e “extradição” sejam muito bem definidos, na forma da Lei de Migração, Lei Federal nº 13.445, de 24 de maio de 2017, e não tumultuados com o que se entende por “entrega”.

Com efeito, o instituto da “Entrega” está previsto no art. 89 do Estatuto de Roma, que além de criar um sistema processual penal de âmbito internacional, “deu vida” ao Tribunal Penal Internacional.

PROCEDIMENTOS

Nos termos do E.R., o Tribunal poderá expedir um pedido de detenção e a consequente entrega de uma pessoa a qualquer Estado, devendo estes esclarecer sobre o devido cumprimento da Ordem detentiva.

Havendo por parte da pessoa cuja entrega é solicitada interesse em impugnar a Entrega, esta somente poderá manejar argumentação vinculada. Com efeito, dispõe o E.R., que tal irresignação abrangerá a hipótese do art. 20⁶, que trata de eventual *ne bis in idem*.

Nesta seara, o Estado requerido consultará, de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade, pois se considerado admissível o caso, o Estado requerido dará seguimento à Entrega.

Se, por outro lado, estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

Questão polêmica se dá quanto à alegação de eventuais nulidades no procedimento de Entrega. Veja-se.

Conforme o já citado art. 89, o Mandado de Entrega deverá estar instruído com os documentos comprovativos referidos no art. 91 do mesmo Diploma Internacional. Por sua vez, o referido dispositivo regular que o pedido de detenção e de entrega será formulado por escrito, não havendo previsão de ser realizado oralmente. Isto é, mesmo em caso de urgência, o pedido poderá ser feito através de qualquer outro meio de que fique registrado o escrito, devendo, no entanto, ser confirmado o recebimento pelo destinatário.

Ademais, o pedido de detenção e entrega deverá conter ou ser acompanhado dos documentos que descrevem a pessoa procurada, contendo informação suficiente para sua identificação; provável localização; e declarações necessárias para satisfazer os requisitos do processo de entrega pelo Estado requerido.

Salienta-se que tais requisitos não deverão ser mais rigorosos dos que os que devem ser observados em caso de um pedido de extradição em conformidade com tratados ou convênios celebrados entre o Estado requerido e outros Estados, devendo, se possível, ser menos rigorosos face à natureza específica de que se reveste o TPI.

No caso então, induz a entender que se deve respeitar a norma mais favorável ao agente, aplicando-se menor rigorismo quando assim dispuser a norma interna.

No caso brasileiro, de regra, o Código de Processo Penal regula que qualquer pessoa poderá ter restrita sua liberdade em caso de Ordem Judicial, à exceção das regras referentes aos casos militares, ou nas hipóteses de flagrante delito⁷. Como se trata de Ordem escrita e fundamentada, deve-se ainda observar o disposto no art. 563 do CPP, no sentido de que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Registre-se, ainda no plano das nulidades, que na hipótese de requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeite a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre quaisquer requisitos previstos no seu direito interno que possam ser aplicados no caso concreto, revelando-se providência cautelar para se evitar prejuízos ao procedimento e à defesa e, conseqüentemente, a alegação de vícios no cumprimento da respectiva Ordem.

Considerando que ao realizar a “entrega” de seu nacional, o Estado concorda que o julgamento seja fora de seu território, por Órgão jurisdicional diverso de sua estrutura, há mitigação de sua soberania, que não deixa de existir, mas cede espaço em razão de verdadeira cooperação internacional em tema penal.

Outra questão polêmica é saber se, diante da possibilidade de cotejo com o direito interno e a aplicação da norma mais favorável ao agente, a atuação do Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Magna Carta é *longa manus!*

Pela leitura do Estatuto de Roma, a Ordem Judicial é executada em extensão de jurisdição do TPI, e eventual impugnação deve ser dirigida diretamente a este Tribunal.

A Corte local, em caso de dúvida atinente a aplicação do direito interno, poderá proceder conforme o item 4 do art. 91 do E.R., a saber:

“Mediante requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeite a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre quaisquer requisitos previstos no seu direito interno que possam ser aplicados nos termos da alínea c) do § 2º. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal dos requisitos específicos constantes do seu direito interno”. Sublinhado.

Assim, em caso de dúvidas, as questões internas serão remetidas ao Tribunal que expediu a Ordem de Detenção para decisão final. Trata-se, evidentemente, de competência do Tribunal Penal Internacional, que irá deliberar sobre o mérito quanto a aplicação do melhor direito à pessoa detida, restando subtraída tal análise do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, tal disposição, a nosso pensar, não deve se aplicar quando houver patente ilegalidade no ato de detenção. Por exemplo, invasão em domicílio fora da esfera dos permissivos constitucionais e legais. Cabe, pela Corte Suprema, a análise do controle de legalidade, cujo vício pode ser extirpado pela via do *habeas corpus*.

É de se lembrar que o próprio ato de “Entrega” revela-se em exercício da soberania, podendo-se afirmar que a adesão ao Estatuto de Roma implica em prestígio do postulado da Justiça Universal, impedindo-se que a fuga para outro Estado resulte em impunidade.

DA FORÇA COGENTE DAS CLÁUSULAS CONVENCIONAIS

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, incorporada ao ordenamento interno por intermédio do Decreto Presidencial nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, (com reserva aos arts. 25 e 66), dispõe sobre as normas imperativas, de ordem pública, as quais todos devem respeito⁸.

Tratam-se das normas cogentes, as quais também estão inseridas no Estatuto de Roma, em seu art. 88, devendo os Estados Partes instituir, no plano doméstico,

“procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas” em referido Estatuto.

O Brasil está adotando as providências necessárias para tanto, e segundo o site www.planto.gov.br (da Presidência da República), foi enviado ao Congresso Nacional a Mensagem nº 700, de 17/09/2008, acerca do Projeto de Lei que “Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências”, que está sob o manto de análise.

Contém o aludido Projeto de Lei, a Exposição de Motivos Interministerial nº 18 SEDH-PR/MJ/MRE/AGU:

“1. O Brasil assinou (...) o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição permanente e complementar às jurisdições penais nacionais, com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade. 2. Após a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, o referido ato internacional passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002. Desde então, faz-se necessária a regulamentação dos tipos penais criados pelo Estatuto de Roma e ainda não previstos em nosso ordenamento jurídico interno. 3. Com exceção do crime de genocídio, já tipificado em lei própria, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ainda não são previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal. 4. Desse modo, com o intuito de incorporar o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional, e assim dar cumprimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República instituiu, sob sua coordenação, Grupo de Trabalho (GT) de que resultou a elaboração do Projeto de Lei que ‘dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências’. 5. Após quase quatro anos de dedicação e afincos, os membros do Grupo, composto por renomados juristas representantes do Ministério Público Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), apresentam como resultado o referido Projeto de Lei, acompanhado de uma exaustiva justificativa que fazemos questão de incluir como anexo desta Exposição de Motivos, pelo seu valor não só jurídico, mas também acadêmico. 6. O presente Projeto de Lei tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Assegura-se, assim, que, em nenhuma hipótese, uma pessoa ou um crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira renda ensejo à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois se dota o País dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais. 7. Por fim, ressaltamos a valiosa contribuição recebida do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), especialmente no que diz respeito ao art. 39 e ao parágrafo único do art. 58, permitindo que o texto do Projeto de Lei contemplasse, de maneira mais abrangente, dispositivos previstos no direito humanitário internacional.”

Conclui-se que as cláusulas do Estatuto de Roma revelam normas cogentes, de cunho imperativo, que traduzem Justiça Universal, tendo o Tribunal Penal Internacional caráter permanente, cuja competência é de processar e julgar aqueles que hajam praticado (ou tentado praticar) delitos extremamente graves, com repercussão e transcendência internacionais, como o são os crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade.

DO COTEJO DO ESTATUTO DE ROMA COM OS INSTITUTOS PREVISTOS NA LEI FEDERAL Nº 13.445/2017 (LEI DE MIGRAÇÃO)

A par do citado Projeto de Lei em análise do Congresso Nacional, houve um diálogo de fontes entre a Lei de Migração e o Estatuto de Roma, no que tange ao Tribunal Penal Internacional.

Com efeito, nos termos do art. 28 da Lei de Migração, o asilo não será concedido àquele tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Mais uma vez, prestigiou-se a Justiça Cosmopolita, evitando-se a utilização de instituto humanitário (asilo) como instrumento de fuga da responsabilidade penal, devendo o autor das atrocidades ser entregue ao TPI para enfrentamento do devido processo legal.

Ademais, nos moldes do art. 45 do referido Diploma Migratório, o indivíduo poderá ser impedido de ingressar no País, após entrevista individual e mediante ato fundamentado, que foi condenado ou esteja respondendo a processo por ato de terrorismo ou por crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Veja que mesmo que o indivíduo Omar Al-Bashir tenha pedido asilo, este não poderá ser concedido, devendo, inevitavelmente ser entregue ao Tribunal Penal Internacional, caso aqui venha ser preso.

É de se registrar que poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Tal dispositivo visa impedir o senso de impunidade, posto que neste caso já houve condenação com trânsito em julgado, estando o *decisum* em fase de execução.

A ENTREGA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIEDADE

O que significa o princípio da complementaridade ou subsidiariedade do TPI?

Significa que o TPI só está autorizado a julgar o caso, se estiver previsto em sua competência e se o Poder Judiciário doméstico e demais Autoridades responsáveis não exercerem jurisdição de forma competente.

As disposições do art. 17, I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do aludido TPI, revelam as condições de reconhecimento da sua competência, sendo certo que quando os casos em que: a) for objeto de inquérito ou procedimento criminal por parte do Estado que tenha jurisdição sobre ele; b) tiver sido objeto de inquérito ou procedimento criminal, e o Estado tenha decidido não dar seguimento; c) a pessoa já tiver sido definitivamente julgada; e d) o fato não for suficientemente grave a justificar a intervenção do Tribunal, não haverá complementação do TPI.

Na perfunctória análise das alíneas “a” e “b”, verifica-se o desinteresse ou a incapacidade do Estado em concluir ou mesmo iniciar investigação ou procedimento contra o infrator da norma. Na alínea “c”, veda-se o *ne bis in idem*, buscando a justiça de uma causa já apreciada e sobre a qual recaiu uma decisão judicial. Assim, evita-se que por duas vezes ou mais, o infrator seja levado à Corte. Na hipótese da alínea “d”, a ausência de gravidade da infração impede a instalação da competência do TPI.

Dos preceitos acima transcritos, extrai-se que a jurisdição do TPI somente se instaura de forma complementar a dos ordenamentos jurídicos domésticos. Ademais, necessário se faz verificar a existência ou não de coisa julgada; de vontade e disposição de punir por parte do Estado; e a gravidade da infração.

Em hipótese alguma pode-se afirmar que a competência do TPI sobrepõe à competência doméstica do Estado. Não se trata de um super Tribunal ou de uma instância revisora da jurisdição interna, uma vez que a própria competência do TPI deve ser aceita pelo Estado. A intenção é que o crime que afronta os direitos humanos, em grandes proporções, não fique impune. É, em verdade, um grande esforço de todas as nações que aderiram ao Estatuto de Roma de evitar novos massacres mundiais, que tanto envergonham a população mundial.

Todavia, no caso brasileiro ainda há o Incidente de Deslocamento de Competência para Justiça Federal, pois mesmo que haja inércia dos Estados-membros, deverá o Procurador-Geral da República suscitar o incidente de deslocamento de competência perante o Superior Tribunal de Justiça, na forma do § 5º do art. 109 da Constituição da República⁹.

Esgotados os instrumentos domésticos sem êxito, aí se instaura a competência do Tribunal Penal Internacional, nos termos do Estatuto de Roma.

CONCLUSÃO

Em conclusão, constata-se que a República Federativa do Brasil exerceu sua soberania ao aderir ao Estatuto de Roma, apresentando-se como Estado Parte.

Verificou-se ainda que há Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional deliberando sobre as questões relacionadas ao cumprimento do aludido Tratado Internacional.

O ato de “Entrega”, portanto, é possível no Ordenamento Jurídico Brasileiro, cabendo ao Supremo Tribunal Federal deliberar sobre questões de legalidade do Mandado de Detenção. Para tanto, deve-se fazer cotejo com a norma mais favorável ao agente, conforme disposição do próprio Estatuto de Roma.

Nessa toada, torna-se irrelevante a qualidade de oficial do agente (art. 27, E.R.), significando que a condição política de Chefe de Estado, não se qualifica como causa excludente da responsabilidade penal em relação aos crimes de

competência do TPI, o que se verifica no caso do Presidente da República do Sudão, Omar Al-Bashir.

Na hipótese do agente de grave violações de direitos humanos, em especial de crimes de competência do TPI, só haverá instalação da Corte Internacional após o exaurimento dos instrumentos internos, inclusive do incidente de deslocamento de competência, pelo Procurador Geral da República.

Aguarda-se, pois, o julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que até a conclusão deste ensaio, o procedimento está concluso. 

NOTAS

- 1 Ver in <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111251>. Acesso em 01/05/2020.
- 2 Idem.
- 3 Estatuto de Roma, art. 5º. Crimes da Competência do Tribunal. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão.
- 4 CF/88. Art. 5º ... § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.
- 5 Curso de Direito Internacional Público. RT: S.Paulo, 2007, p. 761.
- 6 Art. 20. *Ne bis in idem*. 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no art. 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos arts. 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.
- 7 CF/88. Art. 5ºLXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.
- 8 “Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.
- 9 Art. 109. § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.



RODRIGO LEVENTI GUIMARÃES é Promotor de Justiça. Especialista em Direito Público – ênfase em Constitucional e Administrativo, Processo Penal e Penal e em Civil e Processo Civil.



Renegociação de contratos de locação comercial diante da crise do coronavírus

■ POR FABIANO FURLAN

“Caberá ao Poder Judiciário, portanto, reinventar as normas jurídicas das relações privadas para equilibrar os prejuízos para todas as partes, porém não podemos negar a realidade extraordinária e imprevisível que vivemos.”

Considerando que os contratos de locações e seus efeitos têm sido revistos pelo Poder Judiciário em todos os Estados por conta da situação imprevisível e extraordinária resultante da pandemia de Covid-19 (ou novo coronavírus) e, que há uma notória soma de esforços dos três poderes a fim de minimizar seus impactos econômicos e jurídicos, o Congresso Nacional está em conclusão da votação do Projeto de Lei nº 1.179/20, onde é prevista a proibição de decisões liminares em ação de despejo.

O art. 9º do suscitado projeto de lei, determina que: “Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 31 de dezembro de 2020”.

Observa-se que não se trata de um período sem fim, mas um intervalo extraordinário de três importantes meses onde se prevê uma curva acentuada de recessão econômica.

Tal situação, aliada ao fechamento de qualquer comércio não essencial nas principais capitais, muitos estabelecimentos empresariais perderam a razão de sua existência, qual seja, o lucro de seu faturamento, pior sem prazo certo de cessação. Com o cenário de recessão econômica instalado, onde, para muitos, é pior que as próprias consequências da doença, importante uma atuação preventiva conforme os termos abaixo, não sendo necessária a publicação da lei de suspensão do despejo, consequência extrema onde certamente levará à derrocada financeira de todas as partes contratadas.

No presente artigo, nosso objetivo é uma orientação no tocante ao contrato de locação. Assim, como medida preventiva, os inquilinos que já sentem os efeitos da recessão, devem estabelecer negociações extrajudiciais de suspensão e/ou revisão dos valores dos aluguéis, buscando garantir os pontos comerciais e um retorno viável quando tudo amenizar.

Com efeito, um dos cânones do Direito Contratual é a força obrigatória do contrato, de sorte que, uma vez concluído, ele se incorpora ao ordenamento jurídico, fazendo lei entre as partes. É decorrência do princípio tradicional *pacta sunt servanda*. Entretanto, a força obrigatória dos contratos não é um princípio absoluto, mas relativo.

Dentre as suas mitigações, nos importa, neste momento, a teoria da imprevisão, que se revela num moderno movimento que permite ao juiz, obedecidas certas circunstâncias, revisar o contrato mediante o pleito unilateral de um dos contratantes.

A teoria da imprevisão tem aplicabilidade quando uma situação nova e extraordinária surja no curso do contrato, colocando uma das partes em extrema dificuldade, flexibilização ativada a fim de cumprir a função social de contrato e impedir o enriquecimento indevido, intento rechaçado por todo ordenamento jurídico.

Permeando o objeto de nosso estudo, tal teoria encontra paralelo no art. 18 da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18 de outubro DE 1991), que é claro no sentido da possibilidade de repactuar o novo valor para o aluguel em comum acordo sem a necessidade de medidas judiciais extremas que podem gerar custos desnecessários às partes, como é o caso da Ação Revisional ou Despejo.

Não ignorando os termos da lei de locação no cenário econômico apresentado é possível ainda a revisão dos contratos em geral com base nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil, que permitem a resolução, redução da prestação ou seu modo de execução diante de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” que torne a prestação de uma das partes excessivamente onerosa. Vejamos: Da Resolução por Onerosidade Excessiva

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Com fundamento em nosso ordenamento jurídico, nossa sugestão tem sido no sentido de elaborar um adendo contratual prevendo a concessão de um prazo de carência ou suspensão de até 4 (quatro) meses das prestações locatícias, período que não haveria cobranças.

Caso não haja consenso extrajudicial, pode-se valer das medidas judiciais cabíveis, como a Ação Revisional de Aluguel, cujos requisitos serão relativizados pelo juízo atento aos fatos concretos e a suscitada Teoria da Imprevisão, ou seja, podem ser dispensados diante do cenário apresentado (art. 19 da Lei nº 8.245).

Tal cenário, já realidade em nossos tribunais, recentemente Juiz de Direito Dr. Fernando Henrique de Oliveira Biolcati, da 22ª Vara Cível da Capital de São Paulo deferiu liminar e determinou a redução no valor do aluguel pago por um restaurante em virtude da atual crise ocasionada pela Covid-19, determinando que fosse pago o equivalente a 30% do valor original do aluguel, enquanto durar a crise sanitária.

Baseou-se o Ilmo. Magistrado, no Decreto Estadual nº 64.881/20 que, no art. 2º, inciso II, proíbe a abertura ao público das atividades de restaurante, onde afirma que “Tal situação ocasionou a queda abrupta nos rendimentos da autora, tornando a prestação dos alugueres nos valores originalmente contratados excessivamente prejudicial a sua saúde financeira e econômica, com risco de levá-la à quebra”. Processo: 1026645-41.2020.8.26.0100

Em outra recente decisão, aplicada em um contrato societário, corroborando os argumentos aqui defendidos, o desembargador Dr. Cesar Ciampolini, da 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, trouxe como fundamento um “cenário de guerra” e autorizou o diferimento das parcelas de abril, maio e junho em um contrato de cessão de quotas.

Destacou que após a 1ª Guerra Mundial, os países viveram uma situação econômica absolutamente inesperada, que “tornou deveras ruinosos e inexecutáveis todos os contratos a longo prazo e de execução sucessiva ou diuturna”, ressuscitando assim a cláusula rebus sic stantibus, diante da crise sanitária. Afirmou, ainda, que “em tempo de guerra, que é, mutatis mutandis, aquele que vivemos em face da pandemia do coronavírus, assim deve realmente ser”. Processo: 2061905-74.2020.8.26.0000

Caberá ao Poder Judiciário, portanto, reinventar as normas jurídicas das relações privadas para equilibrar os prejuízos para todas as partes, porém não podemos negar a realidade extraordinária e imprevisível que vivemos. Para tanto a cláusula geral prevista no art. 478 do Código Civil será de grande valia na pacificação dos conflitos e soluções contratuais.

Certamente os comandos legais serão insuficientes para a solução dos casos apresentados com fundamento neste extraordinário cenário de pandemia, mas tende a um reequilíbrio onde ninguém se favorecerá indevidamente sobre o outro. O bom senso imperará a fim de evitar o enriquecimento sem causa, principalmente nos casos onde será necessária a devida ponderação de interesses. 



FABIANO FURLAN é Advogado especialista em Direito Empresarial e parceiro do escritório Stuchi Advogados.

O agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime)

■ POR JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR

“A nova figura do agente policial disfarçado será importante para o enfrentamento nos crimes de tráfico de armas e drogas, técnica esta que poderá ser aplicada para investigações e monitoramento de outras infrações penais, apenas e tão somente por servidores policiais integrantes das Polícias Judiciárias.”

ALGUMAS REFLEXÕES PONTUAIS SOBRE O NOVO INSTITUTO DO AGENTE POLICIAL DISFARÇADO, COM VISTAS A RELATIVIZAR O CRIME IMPOSSÍVEL (OBRA DO AGENTE PROVOCADOR OU FLAGRANTE PREPARADO)

A Lei Federal nº 13.964/2019 denominada de Lei do Pacote Anticrime entrou em vigor recentemente, embora alguns dispositivos legais estejam suspensos até o momento, por força de decisões monocráticas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, através dos Ministros Dias Toffoli¹ e Luiz Fux², ambos do STF.



Sem embargos de vários pontos criticáveis, a novíssima Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) trouxe à tona o instituto do *agente policial disfarçado, parte esta em plena vigência*, que não pode ser confundido com as técnicas de investigação de agente policial infiltrado e agente policial em ação controlada.

Dentre as inovações, o instituto do agente policial disfarçado foi inserido no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas, consoante a didática apresentada no quadro abaixo:

Inovação trazida pela lei supra à Lei nº 10.826/2013	Inovação trazida pela lei supra à Lei nº 11.343/2006
<p>“Art. 17. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º § 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR). Art. 18. Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR)</p>	<p>Art. 33. § 1º IV – vende ou entrega drogas ou matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.</p>

A razão de ser da lei foi de conferir segurança jurídica nas ações policiais ao permitir a técnica do agente policial disfarçado no combate e repressão ao crime de tráfico de arma de fogo e tráfico de drogas que até então, a depender da circunstância tornava nula a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão. Aliás, em obra escrita em coautoria na Lei Anticrime nos atrevemos a sustentar a incidência desta técnica para outros diversos delitos também, afora do rol enumerado pela novel lei (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR, 2020).

Com a nova Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) não existe mais dúvida de que não ocorrerá mais o crime impossível (obra do agente provocador ou de flagrante preparado), quando o policial agir disfarçadamente, para protagonizar a aquisição de armas de fogo ou de drogas entre outras condutas do agente criminoso no tráfico de armas de fogo e tráfico de drogas.

Defende-se estar diante de uma nova norma penal incriminadora autônoma, já que o legislador ordinário seguindo o mandato de criminalização da Constituição Federal (referente ao tráfico de drogas) criminaliza como infração penal a conduta daquele agente criminoso que vende ou entrega drogas, matéria-prima, insumo ou produto químico ao agente policial disfarçado. Na mesma esteira, legislador ordinário passa a criminalizar o agente criminoso que vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição ao agente policial disfarçado. Em ambas as situações, em termos práticos, o legislador passa a propiciar ao mesmo tempo, no campo da intervenção policial (ação policial), a prisão flagrancial do agente criminoso nestas situações sem eivar de nulidade a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão.

Mas isto não era possível antes? A resposta é não. Não era possível, pois ocorria o crime impossível (obra do agente provocador ou de flagrante preparado), que

tornava nula a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão e outros desdobramentos jurídicos.

Agora, com advento da nova lei, há proteção legal com chancela da ação policial pelo legislador, em vista da prática criminosa realizada pelo autuado.

Houve uma clara preservação da ação policial sob o ponto de vista da legalidade e legitimidade do ato pela Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime), sem o risco de uma possível invalidação da prisão flagrancial e de incriminação da postura policial.

Da importância de se conceituar e definir a figura do agente policial disfarçado

Extrai-se pela leitura atenta da Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) que, em momento algum a lei conceitua expressamente o instituto do agente policial disfarçado, embora traga o conceito e definição do instituto do agente policial disfarçado de maneira tácita/implícita.

Na obra denominada Lei Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019 em coautoria com o delegado de polícia, Bruno Barcelos Lima e outros autores, tivemos a oportunidade de conceituar o instituto em análise como:

“[...] a figura do agente policial disfarçado como um modelo de técnica especial de investigação de atuação policial operacional, empregado em situações singulares, que envolveria uma mera campana policial e uma infiltração policial ou até mesmo uma ação controlada.

Em outra forma de dizer, a novel Lei nº 13.964/2019, intuitivamente conceitua e define a figura do agente policial disfarçado como o indivíduo que ocultando sua real identidade, se vale ostensivamente como um cidadão comum para coletar elementos probatórios (ou elementos informativos) que ilustrem a conduta delitativa preexistente do sujeito ativo, alvo do agente policial disfarçado.

O agente policial disfarçado, não se infiltra no meio criminoso e nem interfere na ação voluntária e consciente da conduta delitativa do autor dos fatos, alvo do agente policial disfarçado. Entendemos que esta técnica pode se apresentar como uma terceira modalidade de *ação encoberta* dos agentes estatais” (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR, 2020, p. 85-86).

Em nosso posicionamento, o agente policial disfarçado atua como o indivíduo que oculta sua real identidade, como se fosse um cidadão comum, para coletar elementos probatórios (ou elementos informativos) que apontem a conduta delitativa preexistente do sujeito ativo criminoso, alvo do agente policial disfarçado. Neste prisma, o agente policial disfarçado, não materializa nenhuma infiltração no meio criminoso e nem atua na ação voluntária e consciente da conduta delitativa do agente delitivo, alvo do agente policial disfarçado.

A figura do agente policial disfarçado somente pode ser empregada por servidores policiais integrantes das Polícias Judiciárias

Defende-se o ponto de vista, que para o uso da técnica de ação policial, deva ser necessariamente um servidor integrante das Polícias Judiciárias.

O instituto em apreço é insito às investigações policiais que são realizadas constitucionalmente pelas Polícias Judiciárias.

Ademais, a habilidade da atuação e monitoramento de situação de maneira disfarçada e descaracterizada de modo a oportunizar um maior feixe de coleta de possíveis provas de infrações penais (ou elementos informativos) e de sua autoria, sem imiscuir e interferir no curso causal da infração penal, é inerente atividade de

polícia judiciária, em que os policiais agem sem identificarem, ostensivamente, seja por veículos ou por indumentárias – diferente das atividades de policiamento ostensivo e preventivo.

Dedicará mais adiante um maior aprofundamento ao tema neste ponto.

Da definição e interferência do agente provocador

O agente provocador interfere e atua ativamente na linha da infração penal, seja com incitação, instigação e preparação no todo ou em parte do ato delitivo, diante do agente criminoso.

Deste modo, o agente provocador (policial) exterioriza ato ilegítimo e ilegal, diante da atuação.

Diferente disto, o agente policial disfarçado e o agente infiltrado não atuam como agentes provocadores, vez que as ações do agente policial disfarçado e do agente infiltrado são passivas e não ativas como do agente provocador.

Da exigência normativa quanto a necessidade da presença de elementos probatórios (ou elementos informativos) suficientes para ilustrar possível conduta criminal preexistente, sob investigação ou suspeita

A Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) exige como requisito para a técnica de agente policial disfarçado, qual seja, a demonstração de provas, em grau suficiente, a indicar a possível conduta criminal antes (por isto: preexistente) de o alvo criminoso realizar efetivamente uma conduta criminosa.

Merece crítica respeitosa a técnica redacional adotada pelo legislador pátrio, já que ao corporificar a redação “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, deu margens para questionamentos, porquanto em sede de investigações policiais o que se tem na maioria das vezes academicamente falando são somente elementos informativos e não provas na concepção jurídica técnica.

Posto isto, partimos da premissa de que o legislador quis na verdade foi abranger provas e elementos informativos razoáveis de conduta criminal preexistente, sob pena de tornar letra morta, estes inéditos dispositivos legais nesses pontos da novel lei. Porém, disto surge outra problemática: em matéria de direito penal com lei incriminadora poderia haver um alargamento (ampliação/extensão) desta interpretação? Em nosso ponto de vista, inclinaríamos a dizer que não, embora sobre este ponto centralizarão infundáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Os elementos probatórios (ou elementos informativos) razoáveis a respeito da conduta criminosa preexistente permitem a caracterização do crime sem que se cogite em flagrante preparado, agente provocador ou crime impossível, assegurando que a conduta delitiva foi perpetrada de forma voluntária, livre e consciente pelo agente criminoso.

Registramos que são estas as provas (ou elementos informativos) que alicerçam que a participação do agente disfarçado foi neutra e que não teve interferência na linha causal da infração penal.

A título de exemplo, valhamos-nos do mesmo citado na obra intitulada Lei Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019:

“Citamos para fins didáticos, um exemplo de materialização desta técnica do agente policial disfarçado, com objetivo de facilitar à compreensão. Assim, suponhamos que um policial que anonimamente (com emprego do agente policial

disfarçado) procura adquirir drogas de um traficante ou armas de um intermediário, já existindo um levantamento investigativo³ prévio, em que se aponta que determinado indivíduo exerce função de vendedor de drogas – em parcas quantidades para dificultar sua autuação no tráfico de drogas – ou vende armas, e venha o agente a realizar com aquele ou com este uma negociação efetiva pela droga ou armas. Neste exemplo, o agente policial disfarçado deverá no momento da venda ou da entrega da droga ou da venda ou da entrega da arma de fogo efetivar a prisão em flagrante do traficante, já que a infração penal, neste instante, restara configurada diante da realização dos elementos específicos do tipo, mesmo que o agente delitivo mantenha consigo a mesma quantidade de drogas comercializadas ou de armas.

Em termos práticos e teóricos, no exemplo citado, se não existisse esta nova figura delitiva examinada, com o emprego da técnica do agente disfarçado, não seria possível a prisão em flagrante delito do traficante e nem do intermediário de armas de fogo pelos demais núcleos verbais, porquanto a ação volitiva (vontade/voluntariedade) destes núcleos restariam descaracterizados, acerca da posse (porte) da droga envolvida na comercialização e até mesmo das armas de fogo” (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR, 2020, p. 93-94).

Análise da (im)possibilidade da técnica do agente policial disfarçado em outras infrações penais diversas - além das contempladas pela Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime)

A provocação que lançamos é sobre a possibilidade de empregar a técnica do agente policial disfarçado para investigação em outros crimes (afora os delitos de armas e de drogas). Isto seria possível?

O debate na doutrina e na jurisprudência sobre ser possível ou não a adoção da técnica de agente disfarçado para que se investiguem e monitorem outros crimes como associação criminosa, organização criminosa, lavagem de dinheiro, corrupção, dentre outros é inevitável.

Sob o ponto de vista particular nosso, entende-se que é perfeitamente possível a técnica de agente disfarçado para que se investiguem outros crimes diversos dos contemplados inicialmente pela Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime).

Em nossa obra abordamos todos os fundamentos jurídicos a dar sustentação a este ponto de vista para onde remetemos o leitor para maior aprofundamento (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR, 2020).

De qualquer sorte, por todos os fundamentos lá lançados, entendemos ser aplicável aqui o raciocínio para se permitir a adoção da técnica de agente policial disfarçado, com o fim precípuo de que se investiguem e monitorem crimes diversos dos listados, como organização criminosa, lavagem de dinheiro, associação criminosa, corrupção dentre outros.

Da (im)possibilidade do emprego da técnica do agente policial disfarçado na internet e demais meios similares: a figura do “agente policial disfarçado virtual” ou do “agente policial disfarçado por extensão”

A técnica do agente policial disfarçado exige um “diálogo” e “interação” do agente policial disfarçado e o agente criminoso em tempo real, pelo menos em regra, para fins de configurar eventualmente os novos tipos penais autônomos da Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime).

Nesse enfoque, é possível cogitar a adoção da técnica de agente policial disfarçado para que se investiguem e monitorem através da rede mundial de computadores ou outros meios similares tecnológicos?

Parte-se do pressuposto de que não se pode peremptoriamente apartar-se desta possibilidade, principalmente quando se visualiza que os avanços tecnológicos devem andar de “mão dadas” com os meios investigativos, diante do princípio constitucional da eficiência, do interesse público do Estado-investigação e do princípio da vedação de proteção deficiente.

O raciocínio é simples: se a legislação pátria permite o instituto do agente policial disfarçado (agente policial disfarçado presente ou por presença física ou real) por meio de presença física/real (que é um “plus”, ou seja, “o mais”) para se permear próximo ou nos limites fronteiriços da prática delitiva, com maior razão não existiria vedação para o instituto do agente policial disfarçado virtual (que é o “minus”, ou seja, “um menos”) para se aproximar ou permear nos limites fronteiriços da prática delitiva, onde a integridade física e psíquica do agente policial estaria com redução drástica de riscos conferindo mais segurança de atuação e até mesmo da sua verdadeira identidade, para se evitar possíveis represálias e retaliações “a posteriori” por parte da criminalidade, mormente a criminalidade organizada.

Com isto, em nosso pensar é possível às figuras do agente policial disfarçado virtual/remoto/ficto/presumido ou do agente policial disfarçado por extensão.

Registra-se que não existe diferença paradoxal entre a presença real/presença física/presença efetiva do agente policial disfarçado com a presença remota/presença virtual/presença presumida do agente policial disfarçado, mormente quando a tecnologia propicia uma conversação e interação em tempo real para se ter uma verdadeira “presença”, ainda que a distância por meio virtual, permitindo eventual elucidação das condutas apuradas, para fins de configurar os novos tipos penais autônomos, com as ressalvas adiante.

Aliás, meios que propiciem a presença remota/virtual/presumida [entre outros vocábulos correlatos] como a presença por telefone tradicional/convencional, telefone móvel (celular), aplicativos de WhatsApp, Telegram, Kik, Skype, SnapChat, Facebook Messenger, GoSMS Pro, Im+, WeChat, BBM, Viber, e-mails, redes sociais, videoconferência, entre outros dispositivos tecnológicos análogos (que autorizem conversação e outras interações em tempo real), permitem esta incursão do agente policial disfarçado sem distinções substanciais da presença real/ física/efetiva do agente policial junto do agente criminoso, porque os recursos tecnológicos (que permitem conversação em tempo real) propiciariam uma verdadeira presença real, ainda que a distância (em posição remota), permitindo eventual descortinamento das condutas apuradas.

Por tudo isto, defende-se a ideia da possibilidade do uso da técnica de agente policial disfarçado para que se investiguem e monitorem através da rede mundial de computadores ou outros meios, se valendo das figuras do agente policial disfarçado virtual ou do agente policial disfarçado por extensão, que diferencia da figura da infiltração virtual.

Afinal, quais as polícias podem adotar a técnica do agente policial disfarçado?

Como já dito em linhas passadas, entende-se que apenas aos servidores policiais integrantes das polícias judiciárias (Polícia Federal e Polícias Cíveis) é dada a técnica de agente policial disfarçado, polícias estas constitucionalmente com o múnus de proceder às investigações criminais, que visem apurar a autoria e materialidade delitiva.

Certamente, posições jurídicas surgirão defendendo à adoção da técnica em estudo para todas as polícias de maneira irrestrita, com argumentos utilitaristas e em conflito com o ordenamento pátrio, em oposição ao ponto de vista de que apenas integrantes das polícias judiciárias poderiam adotar a técnica de agente policial disfarçado.

Sob esta possível invocação indevida da técnica se estender a todas as polícias, alerta-se que qualquer atividade de interpretação jurídica apenas se legitima, se em conformidade com a Constituição Federal. Não se pode confundir uma leitura com filtragem constitucional, em vista de uma leitura com interpretação e argumentos utilitaristas/eficientista.

As inovações sobre a figura o *agente policial disfarçado*, apenas pelo aspecto redacional, deixam clarividente que esta técnica dedicaria e estaria reservada apenas aos servidores policiais integrantes das polícias judiciárias (Polícia Federal e Polícias Civis). Vejamos:

Inovação trazida pela lei supra à Lei 10.826/2013	Inovação trazida pela lei supra à Lei nº 11.343/2006
<p>“Art. 17. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º § 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR).</p> <p>Art. 18. Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR)</p>	<p>Art. 33. § 1º IV – vende ou entrega drogas ou matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.</p>

Em ambas as redações em cotejo, o legislador ordinário usa da seguinte expressão “[...] a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

A máxima jurídica de que não existem palavras inúteis no texto da lei se aplica aqui, pois na redação contidas nos dispositivos acima “presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, resta claro que se almejou a incidir este instituto tão somente às polícias judiciárias, já que a expressão analisada pressupõe no mínimo, a existência de investigação em curso ainda que na fase preliminar, a fim de ilustrar os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, recordando que a investigação criminal competiria apenas às Polícias Judiciárias pelo texto da Constituição Federal de 1988.

Por isso, em nosso pensar, os integrantes das polícias militares⁴⁻⁵, integrantes da polícia rodoviária federal, os GAECOS com seus integrantes (ressalvados os agentes das Polícias Judiciárias, eventualmente lotados neste grupo), integrantes da polícia ferroviária federal, integrantes da “ABIN”, integrantes das polícias penais (federal, estaduais e distrital), integrantes da polícia legislativa do Senado, integrantes da polícia legislativa da Câmara entre outras forças policiais estariam impedidos de adotarem esta técnica de agente policial disfarçado, sob pena de usurpação da atividade de investigação com desvio de finalidade.

Omissão do legislador pátrio em definir o prazo legal (ausência de prazo) de duração do instituto do agente policial disfarçado

A Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) não fixou prazo de duração para o emprego do instituto de agente policial disfarçado, e isto não implica em concluir que a medida seja ‘ad *aeternum*’.

O requisito legal para o emprego do instituto de agente policial disfarçado é de preexistência de provas e a presença dos crimes listados (além do entendimento defendido de se estender para outras infrações penais).

Uma observação se faz necessária, já que muito embora a conveniência e oportunidade orientem, em regra, à atuação policial, mais uma vez vale a advertência de que preenchido os requisitos legais, a nosso ver, a intervenção policial seria obrigatória, sob pena de prevaricação e outras sanções.

Omissão do legislador em não disciplinar à previsão de procedimento para documentar o instituto e da ausência de formalidade expressa a ser observada sob a ótica da Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime)

Sem dúvidas o legislador pátrio deixou passar uma oportunidade ímpar de disciplinar sobre possível procedimento e as formalidades a serem adotadas pela técnica especial do uso do agente policial disfarçado antes e depois do emprego da técnica, até para fins de controle e de verificação da legalidade quanto ao preenchimento dos requisitos legais para a implementação da técnica.

Outras inquietações surgirão também: como ao final do emprego da técnica do agente policial disfarçado exitosa, para onde destinar o procedimento de documentação – partindo da premissa da sua necessidade? Deve ser arquivado na Delegacia de Polícia responsável pela técnica ou encaminhado ao Ministério Público, ao Poder Judiciário e até mesmo Corregedoria-Geral de Polícia para fins de aferir o controle de legalidade? O procedimento poderia ser juntado ao bojo ou encaminhado em apenso junto do procedimento policial matriz (inquérito policial)? Na ausência de um regramento, adotaria-se a analogia de algum procedimento? Se positivo, qual?

Noutro prumo, como proceder caso a técnica do agente policial disfarçado seja inexitosa e frustrada? Haveria desdobramentos?

O procedimento correria sob sigilo ou não? Qual o limite de acesso pelo advogado? Haveria incidência da Súmula Vinculante nº 14 do STF?

Para nós, todas estas provocações deverão ser debruçadas pela doutrina e jurisprudência, a fim de solapar dúvidas e trazer luzes.

DAS CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Conclui-se que, a nova figura do agente policial disfarçado prevista na Lei Federal nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) relativizou o crime impossível (obra do agente provocador ou flagrante preparado), chancelando a atuação estatal policial, sob o prisma da legalidade.

Ademais, a nova figura do agente policial disfarçado será importante para o enfrentamento nos crimes de tráfico de armas e drogas, técnica esta que poderá ser aplicada para investigações e monitoramento de outras infrações penais, apenas e tão somente por servidores policiais integrantes das Polícias Judiciárias (Polícia Federal e Polícia Civil), inclusive se valendo da figura do agente policial disfarçado através da internet e demais meios similares. 

NOTAS

- 1 A decisão liminar foi proferida no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (ADI 6298), pelos partidos Podemos e Cidadania (ADI 6299) e pelo Partido Social Liberal (ADI 6300). Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434788>>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2020.
- 2 O ministro Luiz Fux, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu por tempo indeterminado a eficácia de parte das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar foi proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, onde será submetida a referendo do Plenário. O ministro Fux, que assumiu o plantão judiciário no STF no domingo (19) deste ano de 2020 será o relator das quatro ações.
- 3 Elementos probatórios (elementos informativos) razoáveis a respeito da conduta criminosa preexistente.
- 4 Com ressalva nas infrações penais militares que confirmam à Polícia Militar a missão de investigar pela nova Lei Federal nº 13.491/17, onde a Polícia Militar poderia empregar a técnica para investigar, eventualmente, seus militares envolvidos em infrações penais militares. Como já defendido, os policiais militares do serviço reservado, de inteligência ou os vulgarmente denominados de “p2” (P2) somente poderiam utilizar a técnica de agente policial disfarçado em situações a envolver militares em infrações penais militares, com exceção de eventual conexão ou continência que poderiam legitimar num primeiro momento as suas atuações também. Portanto, os policiais militares do serviço reservado, de inteligência ou os vulgarmente denominados de “p2” (P2) não poderiam agir em desvio de função e usar desta técnica em crimes comuns.
- 5 Embora não seja o centro das discussões, como comentários de passagem, devemos advertir que recentemente no informativo nº 932 do STF, a Corte entendeu ser ilegal a infiltração virtual realizada por policial militar da área de inteligência, sem observância da Lei Federal nº 18.850/2013. Além deste argumento do STF, entendemos também que deve observar o art. 190-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos o julgado:

“Segunda Turma

DIREITO PROCESSUAL PENAL – PROVAS

Infiltração policial sem autorização judicial e ilicitude de provas

A Segunda Turma concedeu parcialmente habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para declarar a ilicitude e determinar o desentranhamento da infiltração realizada por policial militar e dos depoimentos por ele prestados em sede policial e em juízo, nos termos do art. 157, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP) (1), sem prejuízo da prolação de uma nova sentença baseada em provas legalmente colhidas.

Na espécie, a paciente foi denunciada e presa preventivamente pela suposta prática do delito de associação criminosa, previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal (CP) (2). Ela teria se associado a outros indivíduos, de forma estável e permanente, para planejar ações criminosas e recrutar simpatizantes pelas redes sociais e outros canais, que resultaram em atos de vandalismo durante manifestações ocorridas no período da Copa do Mundo de 2014, na cidade do Rio de Janeiro.

A Turma entendeu que o policial militar em questão atuou como agente infiltrado sem autorização judicial e, por isso, de forma ilegal. Explicou que a distinção entre agente infiltrado e agente de inteligência se dá em razão da finalidade e amplitude de investigação. O agente de inteligência tem uma função preventiva e genérica e busca informações de fatos sociais relevantes ao governo; o agente infiltrado age com finalidades repressivas e investigativas em busca da obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas.

Segundo o colegiado, o referido agente foi designado para coletar dados para subsidiar a Força Nacional de Segurança em atuação estratégica diante dos movimentos sociais e dos protestos ocorridos no Brasil em 2014. Ele não precisava de autorização judicial para, nas ruas, colher dados destinados a orientar o plano de segurança para a Copa do Mundo. Entretanto, no curso de sua atividade originária, apesar de não ter sido designado para investigar a paciente nem os demais envolvidos, acabou realizando verdadeira e genuína infiltração no grupo do qual ela supostamente fazia parte e ali obteve dados que embasaram sua condenação. É evidente

a clandestinidade da prova produzida, porquanto o policial, sem autorização judicial, ultrapassou os limites da sua atribuição e agiu como incontestável agente infiltrado. A ilegalidade, portanto, não reside na designação para o militar atuar na coleta de dados genéricos nas ruas do Rio de Janeiro, mas em sua infiltração, com a participação em grupo de mensagens criado pelos investigados e em reuniões do grupo em bares, a fim de realizar investigação criminal específica e subsidiar a condenação. Suas declarações podem servir para orientação de estratégias de inteligência, mas não como elementos probatórios em uma persecução penal.

A Turma também reconheceu a aplicabilidade, no caso concreto, das previsões da Lei 12.850/2013 (3), que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Ainda que se sustente que os mecanismos excepcionais previstos nesse diploma legal incidem somente nas persecuções de delitos relacionados a organizações criminosas nos termos nela definidos, os procedimentos probatórios ali regulados devem ser respeitados, por analogia, em casos de omissão legislativa. No ponto, o colegiado asseverou que o policial militar começou a atuar como agente infiltrado quando o referido diploma legal já estava em vigor.

Ademais, considerou que o pedido requerido no writ apresenta uma impugnação específica, a partir dos debates ocorridos nas instâncias inferiores e dos elementos probatórios aportados nos autos e reconhecidos pelos juízos ordinários. Portanto, caracteriza-se cognição compatível com a via estreita do habeas corpus. Ainda que a análise em habeas corpus tenha cognição limitada, se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos, for evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial, devem ser resguardados os direitos violados com a concessão da ordem.

(1) CPP/1941: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (...) § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

(2) CP/1940: “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:”

(3) Lei 12.850/2013: “Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.”

REFERÊNCIAS

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. *A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei nº 13.964/2019*. Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejuridico.com. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019/>>. Acesso em 08 de janeiro de 2020.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. A infiltração policial na internet na repressão de crimes contra a dignidade sexual de criança e adolescente e a possibilidade de se estender o instituto da infiltração virtual a outras investigações de crimes diversos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5063, 12 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57640>. Acesso em: 9 jan. 2020.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. *Coordenador: Renne do Ó Souza. Lei Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019*. Editora D' Plácido, 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, autor de artigos jurídicos, palestrante e professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

Do poder constitucional de investigação do Ministério Público¹



DIVULGAÇÃO

■ POR ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON

“Ousamos, numa análise hipotética de constitucionalidade da respectiva Proposta de Emenda Constitucional, argumentar pela inconstitucionalidade da mesma, por violação da cláusula pétrea da separação dos poderes (limitação material ao poder de reformar), em decorrência da concentração exclusiva do poder de investigação no Poder Executivo, o que feriria o núcleo intangível dessa cláusula.”

A Proposta de Emenda Constitucional nº 37, mas do que uma questão jurídica é fruto de um embate político entre a categoria da polícia judiciária e do Ministério Público, onde se questiona a exclusividade ou não da investigação criminal.²

Esse é um debate acalorado que se desenvolve há vários anos, seja na seara acadêmica, seja nas lides perante tribunais. Todavia, o tema em questão ressurgiu de forma “explosiva” com a PEC nº 37, levando a discussão, agora, para a sociedade civil, vindo a se hastear uma bandeira de combate à corrupção, disseminado pelas redes sociais, arrastando a população a protestar em via pública.

É aterrador aferir que por questões de brios feridos, houve uma real ameaça de se alijar a atuação criminal do Ministério Público, o qual, na ordem constitucional vigente, tornou-se um dos principais protagonistas de uma ardorosa esgrimatura contra a criminalidade, tanto em relação aos crimes perpetrados pela classe menos abastados, e, sobretudo, em relação aos delitos de “colarinho branco” cometidos pela “elite” e políticos inescrupulosos.

Deve-se advertir que o presente artigo em nenhum momento visa ostentar os méritos do Ministério Público em demérito a polícia. Ambas são duas instituições fundantes do Estado de Direito, com atribuições constitucionais, os quais devem trabalhar num sistema de cooperação, com o fim de propiciar uma maior eficiência nas suas atuações.

O desiderato da dissertação em tela é ofertar argumentos jurídicos que justifiquem a legitimidade do Ministério Público em investigar, vindo a constatar que a PEC nº 37, muito mais que respaldar os interesses uma categoria, é um ato atentatório a “Justiça”, por estar retirando uma ferramenta basilar para o desenvolvimento da persecução criminal do titular da ação penal.

DO CONTEÚDO DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37

O Proposta de Emenda Constitucional de nº 37 fora proposto pelo Deputado Federal Lourival Mendes da Fonseca Filho, do PTdoB, apresentada no dia 08 de junho de 2011.

A presente Proposta de Emenda Constitucional acrescentaria um décimo parágrafo ao art. 144 da Constituição Federal, o qual teria a seguinte redação:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

.....
§ 10. A apuração das infrações penais de que trata os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.³ (grifo nosso)

Nos fundamentos que vem por respaldar essa alteração constitucional, apresentados na proposta de emenda supra, destaca-se:

“A falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública neste processo tem causado grandes problemas ao processo jurídico no Brasil. Nessa linha, temos observado procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos,

sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao estado de direito vigente.

Dentro desse diapasão, vários processos tem sua instrução prejudicada e sendo questionado o feito junto aos Tribunais Superiores. Este procedimento realizado pelo Estado, por intermédio exclusivo da polícia civil e federal propiciará às partes – Ministério Público e a defesa, além da indeclinável robustez probatório servível à propositura e exercício da ação penal, também os elementos necessários à defesa, tudo vertido para a efetiva realização da justiça”⁴

Por fim, corroborando com a justificativa apontada na proposta de emenda, é transcrito, apenas, a opinião do Desembargador aposentado Alberto José Tavares Vieira da Silva, explicitado no seu livro “Investigação Criminal: Competência”. Sobreleva o seguinte trecho:

“Ao Ministério Público nacional são confiadas atribuições multifárias de destacado relevo, ressaíndo, entre tantas, a de fiscal da lei. A investigação de crimes, entretanto, não está incluída no círculo de suas competências legais. Apenas um segmento dessa honrada instituição entende em sentido contrário, sem razão.

Não engrandece nem fortalece o Ministério Público o exercício da atividade investigatória de crimes, sem respaldo legal, revelador de perigoso arbítrio, a propiciar o sepultamento de direitos e garantias inalienáveis dos cidadãos.

O êxito das investigações depende de um cabedal de conhecimentos técnico-científicos de que não dispõem os integrantes do Ministério Público e seu corpo funcional. As instituições policiais são as únicas que contam com pessoal capacitado para investigar crimes e, dessarte, cumprir com a missão que lhe outorga o art. 144 da Constituição Federal”⁵

E nesses termos, tem-se a exposição de uma proposta de modificação da Constituição Federal do Brasil.

O PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No Superior Tribunal Federal

Por meio do Habeas Corpus de nº 91.661, o qual teve a Ministra Ellen Gracie como relatora, à 2ª Turma do STF,⁶ acatou a tese de que o Ministério Público poderia investigar baseado na teoria dos poderes implícitos, segundo o qual se a Constituição outorgou os fins, a mesma chancela os meios.

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes

apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 91.661, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10.03.2009, Segunda Turma, DJ de 02-04-2009).⁷

Essa foi uma decisão unânime da turma, o qual seguiu o voto da relatora.⁸

Hoje, essa matéria é pauta do pleno do STF, o qual tem reconhecida a Repercussão Geral dessa temática, sendo discutido no Recurso Extraordinário de nº 593.727, de 2009, proveniente do Estado de Minas Gerais, tendo por relator o Min. Cezar Peluso.

No mérito, desse Recurso Extraordinário, o relator, dissertou longamente, em seu voto, não acolhendo a legitimidade do Ministério Público para o ato de investigação criminal, vislumbrando que o art. 144 § 1º, I e IV, e § 4º, da Constituição Federal, atribuíra à exclusividade da apuração de infrações criminosas, as polícias.⁹

Afirmou o Min. relator, que a investigação direta feita pelo Ministério Público produziria consequências que ofenderiam sumamente o devido processo legal:

Decreto que a investigação direta pelo Ministério Público, no quadro constitucional vigente, não encontraria apoio legal e produziria consectários insuportáveis dentro do sistema governado pelos princípios elementares do devido processo legal: a) não haveria prazo para diligências nem para sua conclusão; b) não se disciplinariam os limites de seu objeto; c) não se submeteria a controle judicial, porque carente de existência jurídica; d) não se sujeitaria à publicidade geral dos atos administrativos, da qual o sigilo seria exceção, ainda assim sempre motivado e fundado em disposição legal; e) não preveria e não garantiria o exercício do direito de defesa, sequer a providência de ser ouvida a vítima; f) não se subjugaria a controle judicial dos atos de arquivamento e de desarquivamento, a criar situação

de permanente insegurança para pessoas consideradas suspeitas ou investigadas; g) não conteria regras para produção das provas, nem para aferição de sua conseqüente validade; h) não proviria sobre o registro e numeração dos autos, tampouco sobre seu destino, quando a investigação já não interessasse ao Ministério Público. Esclareceu que haveria atos instrutórios que, próprios da fase preliminar em processo penal, seriam irrepetíveis e, nessa qualidade, dotados de efeito jurídico processual absoluto. Seriam praticados, na hipótese, à margem da lei.¹⁰

O voto do Min. Cezar Peluso fora acompanhado pelo Min. Ricardo Lewandowski.

Divergindo dos ministros alhures, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, negou provimento ao recurso, reconhecendo a ilicitude da investigação feita pelo Ministério Público, resgatando os argumentos proferidos no Habeas Corpus de nº 91.661, acima mencionado.¹¹

O Min. Celso de Mello vislumbrou a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, tendo em vista que a Constituição outorgara o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial.¹²

O presidente, a época, Ayres Britto, restou que o poder de investigação permitiria um melhor cumprimento das finalidades do Ministério Público, além de destacar, inúmeras leis ordinárias que prescreveriam a atribuição investigativa dessa instituição (Estatuto do Idoso; Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA; Lei Maria da Penha; Estatuto de Defesa e Proteção do Consumido).¹³

Em sessão (dezembro de 2012) onde discutia ao presente assunto, o Min. Luiz Fux proferiu o voto tanto no RE nº 593.727 como no HC nº 84.548/SP. O ministro, no RE, negou provimento e em seguida o Min. Marco Aurélio pediu vistas.¹⁴

Afira, que atualmente, temos uma votação pendendo para o reconhecimento da tese da legitimidade do Ministério Público em investigar, sendo este corolário lógico da titularidade da ação penal pública, conferida pelo constituinte de 1988. Tem-se, em suma, dois votos contra e 5 favoráveis ao Ministério Público.

O Min. Luiz Fux, no Habeas Corpus nº 84.548/SP, proferiu voto a favor do poder de investigação do Ministério Público, onde por meio de uma interpretação sistêmica, o *parquet* subsidiariamente poderia realizar investigações, não vislumbrando incompatibilidade com os ditames constitucionais.

Aduziu que a Constituição asseguraria o livre exercício das funções institucionais do Ministério Público, consagradas sua autonomia e independência. Destacou que a ausência de menção, no CPP de 1941, a modelo de investigação preliminar presidida por promotor decorreria da inexistência das garantias asseguradas hoje aos membros do Ministério Público. Pontuou não haver razão para alijar o Ministério Público da condução dos trabalhos que precedessem o exercício da ação penal de que seria titular. Asseverou que, além de compatível com a Constituição, a investigação direta pelo Ministério Público proporcionaria plena observância do princípio da obrigatoriedade, a militar em favor dos direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal. Em conseqüência, evitar-se-iam delongas desnecessárias no procedimento prévio e proporcionar-se-ia contato maior do dominus litis com os elementos que informariam seu convencimento.¹⁵

Destacou, ainda, ser a investigação perpetrada pelo Ministério Público imprescindível quando da apuração de infrações penais cometidos por policiais. Além

disso, concluiu que o art. 4º do Código de Processo Penal, ao designar a atribuição à polícia judiciária para apuração dos fatos criminais, não teria excluído que outras autoridades assim o fizessem.

Assegurar-se-ia, ademais, a independência na condução dos trabalhos investigativos, mormente quando a referida atividade tivesse por escopo a apuração de delitos praticados por policiais. Frisou que a adoção de processo hermenêutico sistemático induziria à conclusão de que o Ministério Público poderia, ainda que em caráter subsidiário e sem o intuito de se substituir à polícia, realizar investigações para fins de instrução criminal. Dessumiu que o art. 144 da CF, conjugado com o art. 4º, parágrafo único, do CPP (“Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”), conduziria à exegese de legitimidade na atuação do órgão ministerial.¹⁶

Ao final do seu voto, o Min. Luiz Fux, listou uma série de diretrizes para a condução investigatória feita pelo Ministério Público. Sobressai o reforço feito pelo Ministro que a atuação do *parquet* no que tange a atos investigatórios deve ser concomitante ou subsidiária à atuação da polícia.

Propôs diretrizes para o procedimento investigativo conduzido diretamente pelo *parquet*, que deve: *a) observar, no que couber, os preceitos que disciplinam o inquérito policial e os procedimentos administrativos sancionatórios; b) ser identificado, atuado, numerado, registrado, distribuído livremente e, salvo nas hipóteses do art. 5º, XXXIII e LX, da CF, público. A decisão pela manutenção do sigilo deve conter fundamentação; e c) ser controlado pelo Poder Judiciário e haver pertinência entre o sujeito investigado com a base territorial e com a natureza do fato investigado. Ademais, o ato de instauração deve: a) formalizar o ato investigativo, delimitados objeto e razões que o fundamentem; e b) ser comunicado imediata e formalmente ao Procurador-Chefe ou ao Procurador-Geral. Além dessas diretivas: a) devem ser juntados e formalizados todos os atos e fatos processuais, em ordem cronológica, principalmente diligências, provas coligidas, oitivas; b) deve ser assegurado o pleno conhecimento dos atos de investigação à parte e ao seu advogado, nos termos da Súmula Vinculante 14 (“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”); e c) deve haver prazo para conclusão do procedimento investigativo e controle judicial quanto ao arquivamento. Por último, enfatizou que a atuação do Ministério Público deve ser concorrente ou subsidiária e ocorrer quando não for possível ou recomendável a atuação da própria polícia.¹⁷ (grifos nossos)*

Nesses termos, agora, só resta esperar o deslinde da matéria com o julgamento do RE nº 593.727, para por fim aos entraves processuais penais que essa matéria tem gerado.

Lembrar, que por se tratar de matéria ensejadora de Repercussão Geral, inúmeros/milhares de processos de natureza penal estão suspensos, aguardando uma posição definitiva da Suprema Corte Federal. Esse Recurso Extraordinário vem se arrastando desde outubro de 2008.¹⁸

NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa matéria é há muito pacífica no STJ, sendo fruto da consolidação de sua jurisprudência a súmula nº 234 “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.¹⁹

É decisão recente, tal posicionamento é reiterado:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO

LEGAL. 2. TORTURA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 9.455/1997. CRIME COMUM. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SEM NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL RESTRITO AOS CRIMES FUNCIONAIS TÍPICOS. 3. INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. 4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MÍDIAS JUNTADAS AO PROCESSO ANTES DO OFERECIMENTO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. PREJUÍZO NÃO APONTADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

4. A tese relativa à ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista ter sido a diligência de interceptação telefônica conduzida pelo Ministério Público, já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça – HC nº 32.586/MG – oportunidade em que se reconheceu a legitimidade do Ministério Público para o procedimento preliminar de investigação.²⁰ (grifos nossos)

A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

Essa teoria tem sua origem no sistema constitucional americano, desenvolvido no caso *McCulloch v. Maryland*, julgado pela suprema corte americana em 1819.

O caso tratava-se do fretamento em relação ao segundo banco dos Estados Unidos, feito pelo Congresso Nacional americano, onde o mesmo era depositário de reservas federais, emitia notas, bem como emprestava dinheiro ao governo federal em troca dos impostos.

Em decorrência de uma depressão financeira, em 1818, o Estado de Maryland baixou uma lei criando um imposto que afetaria todos os bancos não fretados pelo respectivo Estado. O único banco não fretado pelo Estado era o banco fretado pelo Congresso Nacional. O presidente do banco, no Estado de Maryland, era James McCulloch, o qual se negou a pagar a alta carga tributária, tendo em vista os privilégios outorgados pelo Congresso Nacional. O Estado de Maryland adentrou com uma ação de cobrança fiscal contra McCulloch.

O tribunal do Estado de Maryland e o tribunal de apelações deram ganho de causa ao Estado de Maryland. O McCulloch recorre à suprema corte americana impugnando a constitucionalidade da lei tributária.

Em decisão unânime, proferida pelo chefe de justiça John Marshall, a suprema corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei de Maryland, afirmando a legitimidade do banco fretado pelo Congresso, em decorrência da norma constitucional que permite o Congresso criar leis necessárias e adequadas para execução dos poderes enumerados na própria Constituição, dentre eles regular o

comércio interestadual, recolher impostos, e realizar a feitura de empréstimo de dinheiro.²¹

Segundo o Juiz Black “tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional envolvendo proibição ou restrição ou garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição”.²²

Essa teoria é assim conceituada por Marcelo Caetano: “A teoria dos poderes implícitos é a de que os órgãos federais têm competência para fazer tudo quanto seja necessário ou útil para se desempenharem cabalmente das atribuições que a Constituição lhes confere”.²³

Outro precedente sobre a teoria dos poderes implícitos tem-se o caso *Myers v. Estado Unidos* (US 272 – 1926), onde se discutia a constitucionalidade do presidente da república em demitir os funcionários do Poder Executivo, tendo em vista que a Constituição Federal só tratava do processo de admissão, sendo omissa em relação à demissão.

A suprema corte reconheceu a dispensabilidade de tal previsão na Constituição, sendo essa omissão proposital, tendo em vista que se fora dado o poder para nomeação de agentes públicos do Poder Executivo ao Presidente da República, implicitamente o mesmo poderia exonerar esses funcionários, não precisando de autorização ou ratificação dos Poderes Legislativos ou do Judiciário.

Como preleciona Marcelo Caetano, as normas constitucionais permite uma interpretação extensiva de forma a manter atual com a dinamicidade social do momento, fazendo uso, para tanto, da teoria dos poderes implícitos.

O texto pode ser explorado logicamente de modo a dele se extraírem todos os sentidos que contenha e assim o manter atual.

...

Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, *admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos* noutros expressamente atribuídos. É o que *se contém nas regras tradicionais de que quem quer os fins, quer os meios; quem pode o mais, pode o menos*; e de que se a lei confere um direito legítima o uso dos meios indispensáveis ao seu exercício.²⁴ (Grifos nossos)

ENQUADRAMENTO NO FENÔMENO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

No momento em que a Suprema Corte Federal, com o fito de solucionar a lide apresentada sobre a constitucionalidade ou não do poder de investigar do Ministério Público, faz uso, como um dos seus fundamentos jurídicos, a teoria dos poderes implícitos, o qual fora desenvolvida no ordenamento jurídico americano, constata uma transversalidade²⁵ entre os ordenamentos jurídicos postos, apresentando o fenômeno chamado pelo professor Marcelo Neves de transconstitucionalismo.

Ou seja, os dois ordenamentos jurídicos possuem “pontes de transição”,²⁶ no qual se desenvolve “diálogos/conversação”²⁷ entre si para a solução de problemas constitucionais semelhantes, relacionados com direitos fundamentais ou controle e limitação do poder.²⁸

Marcelo Neves constata que o sistema jurídico é multicêntrico, onde o centro de uma constitui a periferia de outra, havendo uma “relação de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica”.²⁹

O autor *supra*, explicita que esse entrelaçamento nem sempre ocorre entre tribunais, podendo se dar por meio da “reinterpretação da própria ordem a que está vinculado o tribunal”,³⁰ no qual o mesmo incorpora “sentidos normativos extraídos de outras ordens jurídicas”.³¹

A partir do transconstitucionalismo procura-se respaldar a legitimidade da incorporação da teoria dos poderes implícitos no ordenamento jurídico brasileiro, posto à existência de uma pluralidade de centros jurídicos, ao contrário da formação de uma unidade jurídico global, no qual esses centros se comunicam, seja cooperativamente, seja conflituosamente, em prol de uma construção normativa, a partir dessas conversações mútuas, adequado e satisfatório aos problemas constitucionais.

A REGULAMENTAÇÃO DO PODER INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quando se argumenta em prol do poder de investigação do Ministério Público, não se está por sufragar um poder absoluto, alheio aos ditames constitucionais do baluarte do devido processo legal, sendo realizado segundo o alvitre “ditatorial” do membro do *parquet*.

Atento ao respeito dos direitos fundamentais do investigado,³² o Conselho Superior do Ministério Público, em 2006, publicou a Resolução nº 13 que regulamenta a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal.

A investigação criminal realizada pelo *parquet* dar-se-á por meio de uma portaria, a qual justificará a razão do procedimento, sendo registrada e autuada, indicando o fato a ser investigado e quando possível o possível autor, bem como as diligências iniciais.³³ Percebe-se a semelhança com as regras procedimentais do inquérito policial prescrito no Código de Processo Penal.

Chama-se atenção a obrigatoriedade de comunicação imediata e por escrito ao chefe do Ministério Público quando da instauração do procedimento investigatório criminal.³⁴

O *parquet* poderá notificar o autor do fato investigado, onde o mesmo tem a faculdade de ser acompanhado por advogado, apresentando as informações que achar pertinente. Será realizado auto circunstanciado das feitas das diligências.

Esse processo investigatório possui prazo para conclusão, o qual é de 90 dias, permitida prorrogações, desde que fundamentadas.

Os atos investigatórios são públicos, podendo o investigado, vítima ou terceiro interessado, salvo, é claro, razões de interesse público ou conveniência da investigação.³⁵ Em caso de decretação de sigilo para o bem das elucidações dos fatos ou interesse público, o mesmo será fundamentado.³⁶

Sendo hipóteses de concluir pelo arquivamento do processo investigatório, o *parquet*, o fará motivadamente, solicitando o arquivamento a autoridade judicial ou superior interno responsável por sua apreciação.³⁷

Percebe-se com uma clareza solar que o Ministério Público, caso necessite realizar alguma investigação criminal para subsidiar a ação penal pública, essa investigação é regrada pelo próprio CNMP, tendo em vista dos preceitos constitucionais e legais, sobressaindo, na Resolução nº 13, o princípio da publicidade, do controle da atividade pelo judiciário e pelo órgão superior do Ministério Público, a necessidade de motivação de todos os atos, prazo para conclusão. Em suma um

conjunto normativo formador de arcabouço em defesa do devido processo legal.

O conteúdo da Resolução nº 13 do CNMP, como explicitado, adequa-se com perfeição com as diretrizes apresentadas pelo Min. Luiz Fux, em seu voto no HC nº 84.548/SP, como transcrito alhures.

Desse modo, não se coaduna com os argumentos do insigne Min. Cezar Peluso, em seu voto, quando afirmar que “a investigação direta pelo Ministério Público, no quadro constitucional vigente, não encontraria apoio legal e produziria conseqüências insuportáveis dentro do sistema governado pelos princípios elementares do devido processo legal...”, no RE de nº 593.727.

O RECONHECIMENTO DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA LEI Nº 12.830, DE 20 DE JUNHO DE 2013

Em 20 de junho de 2013 foi publicada a Lei nº 12.830, o qual dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.³⁸

No art. 2º, §3º, da novíssima produção legislativa, fora emitido veto presidencial. Sua redação no projeto de lei era: “O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade”.

As razões do veto tem seu embasamento no fato de que a forma como fora redigido o presente enunciado normativo poderia gerar conflitos de atribuições entre as instituições partícipes da persecução penal.³⁹

Com esse veto, tem-se o indicativo por parte da Presidência da República, bem como da Advocacia Geral da União, os quais reconhecem, a priori, o poder de investigação criminal do Ministério Público, não sendo de exclusividade do delegado de polícia.

UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PEC Nº 37

Adverte-se, em absoluto, que não esta levantando a bandeira de que o Ministério Público tenha como atribuição o dever de investigação, mas sim uma faculdade quando da necessidade do caso concreto, o qual seria um reforço ao cumprimento do seu desiderato. De tal sorte, que poder-se-ia dizer que seria uma função atípica do seu mister,⁴⁰ um “poder” implícito, uma faculdade decorrente da sua missão constitucional.⁴¹

Uma interpretação diversa ensejaria a quebra da independência do Ministério Público, pois ficaria preso ao conteúdo probatório e a atividade desenvolvida pela polícia, entidade do Poder Executivo,⁴² ensejando uma vinculação direta do conteúdo da denúncia com as conclusões do inquérito policial.

Como corolário normativo, qualquer atividade do Ministério Público na fase pré-processual da persecução criminal, dará ensejo à ruptura do devido processo legal, configurando prova ilícita.

A faculdade de investigar do Ministério Público seria uma forma de reforço de sua independência em face dos três poderes, podendo ser dito como um instrumento para o “*checks and balances*” inerente ao princípio da separação dos poderes.⁴³

Poder-se-ia alegar, que essa interpretação esposada seria uma interpretação muito além do conteúdo nuclear intangível da cláusula pétrea da separação dos poderes.⁴⁴

Acreditamos que não. É ululante que o conteúdo normativo da PEC nº 37 tenha por deslinde a transferência, com exclusividade, para uma entidade do Poder Executivo, a função de investigação criminal. Destarte, em qualquer processo que se constatasse indícios de fatos criminosos o mesmo terá que ser remetido a instâncias policiais.

Exsurge, assim, o morticínio do princípio da separação dos poderes, pois esta havendo a concentração da função de investigação criminal em um único poder.⁴⁵

Ressalta-se, que não se adentrará, de forma profícua, no mérito da discussão se o Ministério Público seria ou não um poder, mas fica tangível que com a proposta de emenda supra proporciona um esvaziamento a atribuição típica da ação penal, no qual o Ministério Público é o “dominus litis”, bem como interfere em sua independência.

Por mais que se interceda pela não configuração de uma poder, o Ministério Público, sem dúvida é um importante protagonista na manutenção na harmonia dos três poderes, onde sua função é uma função estatal constitucionalmente adequada⁴⁶ na busca da concretização dos ditames constitucionais, em face da dinâmica social vigente.

Dissenso, afetar a independência dessa entidade política vindo simultaneamente a concentrar a função de investigação criminal em um único poder acarretará o comprometimento do equilíbrio supra,⁴⁷ afetando, diretamente, o núcleo da cláusula pétrea da separação dos poderes.⁴⁸

Natureza jurídica do Ministério Público

Não se adentrará, sobremaneira, em um estudo de profundidade em relação à posição institucional do Ministério Público, todavia, em face das ilações acima faz necessário algumas ponderações.

Deve se advertir que não se vislumbra o Ministério Público como um quarto poder⁴⁹, mas sim como uma entidade promotora do equilíbrio entre a interlocução dos três poderes.⁵⁰

Não se pode galgar raciocínio que enquadre o mesmo em um órgão que integre os quadros do Poder Executivo, como outrora foi.⁵¹

A Constituição Federal de 1988 conferiu a essa entidade a independência, de forma a não ser subjugada ou sofre ingerências externas por qualquer dos poderes, isso, com o fito de garantir o bem exercer das suas árduas atribuições constitucionais, sendo incumbido à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.⁵²

Tornar-se pertinente as palavras do professor Fabio Konder Comparato, que corrobora com as afirmações acima, quando disserta sobre especialização e controle recíproco dos órgãos do Estado, tecendo considerações sobre o Ministério Público:

Resta dizer algumas palavras sobre o Ministério Público.

...

Sucedeu, porém, que a superação das monarquias absolutas não conseguiu apagar os traços genéticos dessa primitiva vinculação do Ministério Público ao chefe de Estado, ou ao chefe do governo. A situação é tão absurda, nos sistemas presidenciais de governo, que o chefe do órgão, nomeado pelo presidente, e portanto a ele pessoalmente

grato, aparece, em geral, como o único agente público) competente para denunciá-lo em processos criminais.

Hoje, quando o Ministério Público dispõe de poderes ampliados, notadamente para a defesa dos chamados direitos difusos ou transindividuais, e para a responsabilização pessoal de todos os agentes públicos por condutas imorais ou lesivas ao bem comum, esse resquício de ligação do órgão com o Poder Executivo é preocupante. o Ministério Público serve, não raras vezes, os interesses político-partidários do governo, propondo, a pedido deste, ações de inconstitucionalidade de leis, julgadas inconvenientes ao Executivo ou à maioria parlamentar. Outras vezes, as instâncias superiores do órgão deixam de agir com o necessário zelo contra membros do governo, sob o curioso pretexto de que o assunto é de natureza político-partidária.

*Ora, a denominação do órgão indica, já por si, a natureza das suas atribuições. Trata-se de um servidor do povo, não de um dependente ou agregado governamental. Para que o Ministério Público possa, portanto, defender com absoluta autonomia o bem comum do povo, é indispensável desvincular totalmente o órgão do Poder Executivo, retirando-se deste a atribuição de nomear qualquer dos seus integrantes.*⁵³ (grifos nossos)

Salienta-se a posição constitucional da entidade do sistema português. Em Portugal o Ministério Público é um órgão que compõe o Poder Judiciário, não tendo natureza administrativa.⁵⁴

Apesar de compor o Poder Judiciário, sua independência e autonomia são patentes do ordenamento português, vinculado às disposições legais.⁵⁵ Destaca Canotilho: “... Ministério Público é um poder autónomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder incluindo os juízes”.⁵⁶

Limites materiais implícitos a reforma da Constituição

Vislumbrando o comprometimento direto da cláusula pétrea da separação dos poderes, pela PEC nº 37, em face de uma interpretação restritiva e gramatical, associado à controvérsia sobre a natureza jurídica do Ministério Público, poder-se defender que a proposta em tela, viola os limites materiais implícitos da Constituição Federal.

Mas, por que entrever o poder de investigação criminal como um limite material implícito?

Pois o mesmo é corolário para o bom cumprimento do desiderato constitucional atribuído ao órgão, evitando, de tal sorte, a concentração do poder de investigação, tão somente, nas mãos do Poder Executivo, contribuindo com a função estabilizadora entre os poderes.

A EXTINÇÃO DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37 POR AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE – O ACORDAR DO TITULAR DO PODER

Entre o mês de maio e junho do corrente ano, as ruas do Brasil são invadidas pelos cidadãos, em ato de protesto gerado em decorrência da indignação em relação ao aumento das tarifas de ônibus.

E em um furor, há tempos não visto (desde as “Diretas-já”), o povo brasileiro passa a questionar, não só o aumento das tarifas de transporte público, mas sim um conjunto de descasos públicos e arbitrariedades dos dirigentes estatais, desde a saúde,

a educação, a segurança pública, os gastos exorbitantes com os eventos da Copa das Confederações e Copa do mundo, os escândalos com corrupção, dentre outros.

Em pouco mais de um mês, instaura-se na República Federativa do Brasil uma verdadeira crise de legitimidade,⁵⁸ onde os representantes do povo tem sua posição em cheque pela omissão em concretizar os pleitos sociais.⁵⁹

Os atos políticos e legislativos passam a ser questionados, não em relação à técnica-formal jurídica, mas sim em relação a sua legitimidade, pois no momento que se tem uma série de atos que vão de encontro aos anseios do povo, o qual é o detentor do poder, o ato cai na iniquidade e aquele representante do povo passa a carecer do poder da representação.

No seio dos protestos que se desenvolvem, principalmente, nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, há insurgência da bandeira em relação a PEC nº 37, onde o povo questiona o alijamento do Ministério Público, ao proibir a entidade em exercer o poder investigatório na seara criminal.

O cidadão brasileiro ver nessa proposta de alteração a Constituição Federal, um impecílio ao processo de perseguição criminal, e conseqüentemente da promoção da “justiça”, a qual tanta anseia.⁶⁰ Ter-se-ia, mais um obstáculo à segurança pública, em sentido lato.

A partir dessas manifestações, os quais estão parando o país, os “representantes do povo”, depois de instados, deram uma resposta a esse pleito, com uma celeridade digna dos preceitos constitucionais.

No dia 25 de junho de 2013,⁶¹ em pauta de sessão extraordinária, o pleno da Câmara dos Deputados deliberou sobre a PEC nº 37, sendo a mesma rejeitada, de forma esmagadora, pelo voto de 430 deputados federais, manifestando, apenas, 9 parlamentares em favor da alteração constitucional.

O conseqüente dessa votação fora o arquivamento da proposta de alteração constitucional nº 37 de 2011.

Muito além de todos os argumentos outrora apresentados justificantes do poder de investigação do Ministério Público para embasar uma ação penal pública, não olvidando ser essa uma função constitucional, também das forças policiais, perpassando pelas decisões dos tribunais superiores, pelas teorias do ordenamento jurídico americano, alegações de violação de cláusulas pétreas, além da regulação da matéria em Resolução do CNMP, comprova-se, cabalmente que o Proposta de Emenda Constitucional nº 37 não é detentora de legitimidade, não possuindo respaldo do titular do poder, o povo.

Nesses termos, ovaciona as palavras de Paulo Bonavides:

Uma organização institucional que não coloque os Poderes políticos – Legislativo e Executivo – da União, dos Estados e dos Municípios debaixo do controle direto, imediato e diuturno da vontade popular, jamais há de levar a cabo, bem-sucedida, a cruzada de anticorrupção administrativa deque tanto precisa o País.⁶²

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imanente que Proposta de Emenda Constitucional nº 37 de 2011, que procurou garantir exclusividade da atividade investigativa criminal, apenas as forças policiais judiciais, estava embebecida em um viés, unicamente, política, alheio aos interesses sociais, aos argumentos e implicações jurídicas.⁶³

Aferiu-se o profícuo debate do tema pelo plenário do STF, em face da repercussão geral do tema, constatando uma tendência para o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público em investigar, como outrora decidira por unanimidade a 2ª Turma do Egrégio tribunal. Nos votos dos ministros destacou-se a necessidade de impor limitações a esse poder de investigação com fulcro a respeitar as garantias básicas do investigado.

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, a matéria é pacífica, onde reconhece a legitimidade investigatória do Ministério Público, sendo a matéria sumulada nesse tribunal, no enunciado nº 234.

Destarte, contata-se que a tessitura redacional da Resolução nº 13 do Conselho Superior do Ministério Público, normatiza suficientemente processo investigatório criminal, quando da sua feitura pelo membro do “parquet”, vindo a instrumentalizar os meios ao desenvolvimento do devido processo legal, coadunando-se com os votos já proferidos no citado RE nº 593.727.

A chancela do poder de investigativo criminal do Ministério Público tem por ponto nodal a teoria dos poderes implícitos, onde se sufraga que se a carta constitucional instituiu o membro do “parquet” como o único titular da ação penal pública, ficando implícito os poderes necessários para o bem cumprir do desiderato constitucional, limitado esses poderes, é claro, as demais normatividades constitucionais.

A utilização dessa construção normativa a partir do sistema jurídico americano configura o fenômeno do transconstitucionalismo, no qual os multicentros jurídicos “dialogam”, seja em cooperação ou em conflito, para a solução de problemas jurídicos comuns.

Ousamos, numa análise hipotética de constitucionalidade da respectiva Proposta de Emenda Constitucional, argumentar pela inconstitucionalidade da mesma, por violação da cláusula pétrea da separação dos poderes (limitação material ao poder de reformar), em decorrência da concentração exclusiva do poder de investigação no Poder Executivo, o que feriria o núcleo intangível dessa cláusula.⁶⁴

Atento ao fato que essa afirmação levasse a discussão da natureza institucional do Ministério Público, onde não coadunamos com a tese de ser um quarto poder, fora elaborada a ilação de que caso não se vislumbrasse a violação da cláusula pétrea da separação dos poderes, de forma direta, construiu-se o raciocínio de que o poder de investigação do Ministério Público seria uma cláusula pétrea implícita, tendo em vista que o órgão alhures é um protagonista fundante na dinâmica do “*checks and balances*” entre os poderes.

Não obstante aos argumentos dissertados em prol do poder de investigação do Ministério Público, ocorreu o arquivamento do Proposta de Emenda Constitucional nº 37, no dia 25 de junho de 2013. Isso decorrente de uma das reivindicações clamado pelo povo, que tomara as ruas do Brasil de assalto. Mais do que uma PEC contrária à sistemática normativa brasileira, tem-se um Proposta carecedor de legitimidade popular. 

NOTAS

- 1 Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central, Brasil.

- 2 Vale destacar que o autor da PEC nº 37, o deputado Federal Lourival Mendes da Fonseca Filho, é delegado de polícia de classe especial do Maranhão.
- 3 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda Constitucional Nº 37*. Brasília: 2011 Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 20 de junho de 2013, p. 1.
- 4 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda Constitucional nº 37*. Brasília: 2011 Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 20 de junho de 2013, p. 2-3.
- 5 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda Constitucional nº 37*. Brasília: 2011 Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 20 de junho de 2013, p. 3.
- 6 Na época, a 2ª Turma do STF, era composto pelos Ministros Eros Roberto Grau, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cesar Peluso e pela ministra Ellen Gracie.
- 7 No mesmo sentido: HC 93.930, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07.12.2010, Segunda Turma, DJE de 03.02.2011; HC 96.638, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 02.12.2010, Primeira Turma, DJE de 1º.02.2011; HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20.10.2009, Segunda Turma, DJE de 20.11.2009.
- 8 O ministro Eros Grau estava ausente, justificadamente, a sessão.
- 9 Cf. Informativo nº 671 do STF, de junho de 2012.
- 10 Informativo nº 671 do STF, de junho de 2012.
- 11 Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.
- 12 Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.
- 13 Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.
- 14 Cf. Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.
- 15 Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.
- 16 Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.
- 17 Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.
- 18 Andamento do RE nº 593.727. Acessado em: 15 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.
- 19 STJ Súmula nº 234** – 13.12.1999 – DJ 07.02.2000.
- 20 STJ, HC 167503, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 21.05.2013, quinta turma, DJE 29.05.2013.
- 21 “... a Constituição não diz que o governo federal pode criar bancos; mas se dá à União o poder de emitir moeda, implicitamente lhe permite que crie bancos emissores. É que toda a lei que reconhece um direito legitima os meios adequados para o seu exercício. Ou por outras palavras: quem quer os fins tem de querer os ‘meios idôneos para os alcançar’”. (CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I, p. 99).
- 22 LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus. V. I, p. 213.
- 23 CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I, p. 99.
- 24 CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. II, p. 12-13.
- 25 Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.115.
- 26 Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117. “O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal. As formas em que ocorrem relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não governamentais multiplicam-se no âmbito do direito. Essa situação ganha relevância quando se considera que, em grande parte, as “pontes de transição” entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais”. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 116 -117).
- 27 Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117/122.
- 28 Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XXI.
- 29 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117.

- 30 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 118.
- 31 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 118. “No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma “conversação constitucional”, ... Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica ente ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora.” (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 118).
- 32 Art. 17 da Resolução nº 13 do CNMP.
- 33 Art. 4º da Resolução nº 13 do CNMP.
- 34 Art. 5º da Resolução nº 13 do CNMP.
- 35 Art. 13 da Resolução nº 13 do CNMP.
- 36 Art. 14 da Resolução nº 13 do CNMP.
- 37 Art. 15 da Resolução nº 13 do CNMP.
- 38 BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. **Disponível:** <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. **Acesso em: dia 28 de junho de 2013.**
- 39 “Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução pena.” (BRASIL. **Mensagem nº 251, de 20 de junho de 2013.** *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. **Disponível:** <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-251.htm>. **Acesso em: dia 28 de junho de 2013.**)
- 40 Faz aqui uma analogia com as funções típicas e atípicas no caso da tripartição dos poderes.
- 41 Canotilho utiliza a mesma lógica na seguinte afirmação: “... De salientar que a já referida participação Ministério Público (cfr. L 60/98, de 27-8, Estatuto do Ministério Público, art. 1º) na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, embora se possa considerar um “corolário lógico” das competências constitucionais do Ministério Público, (...).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 685).
- 42 “A especialização funcional inclui a titularidade, por cada poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além das funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes”. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175).
- 43 “Ressalva-se, contudo, que, porque uma separação orgânico-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência – o que, em última análise, reforçará a fiscalização e o controlo recíprocos”. (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 13).
- 44 “Pois bem. Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4º, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito diversa-lente, apenas haverá violação às cláusulas pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, e a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas”.

(BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175).

- 45 A única exceção seria a hipótese do poder de investigação da CPI's, realizado pelo Poder Legislativo.
- 46 "A falência daquela tripartição, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estaduais, e, sobretudo, o progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas, tem levado a doutrina a desinteressar-se progressivamente da elaboração de uma teoria geral das funções estaduais como elemento essencial do princípio da separação dos poderes, para se fixar numa análise das funções do Estado constitucionalmente adequada, no quadro de uma constituição concreta. (...). Esta evolução está, aliás, em consonância com a progressiva transição de um método abstracto-dedutivo para um método normativo-concreto na abordagem e no tratamento dogmático do princípio da separação dos poderes. Ele, tende hoje a construir-se a partir da ordenação de competências jurídico-constitucionais concreta". (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 264). "No direito constitucional brasileiro a crise que analisamos é mais ampla e de efeitos mais prejudiciais. Em matéria de separação de poderes nosso constitucionalismo é ortodoxo e tanto o direito positivo como a doutrina dominante se apegam à ilusão de que, em meados do século vinte, câmaras numerosas e multipartidárias ainda possam exercer o monopólio da elaboração das leis. Aferramo-nos a Montesquieu, como se ele fosse o revelador de um dogma imutável e fechamos os olhos à revisão crítica que já afastou como inteiramente inútil uma teoria que Marcel de La Bigne de Villeneuve qualifica de mal construída, mal denominada, pior interpretada, e considera mesmo uma manifestação da crise do senso comum". (TRIGUEIRO, Oswaldo. *Problemas do governo democrático*. Brasília: Senado Federal, 1976, p. 17.)
- 47 Nuno Piçarra, ao dissertar sobre a tripartição dos poderes menciona que o instituto tem sido tomado em diversas acepções, vindo a enumerar algumas. Chama-se atenção a quarta acepção: "participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, na mesma função estadual, em ordem à prática de um acto imputável a todos". (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 12). Afira a terminologia órgão (ao invés de poder) independente, o qual exercita mais de uma função. Isso permite evitar a concentração de função/poder numa única entidade.
- 48 "... Aqui, explica-se que o princípio pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específico, independentemente dos demais: que esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânico-pessoal nela fundada se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática mas também ou, sobretudo, por preocupações garantísticas: pretende-se que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado: que a entrega de cada uma das fracções em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há-de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder, a favor da liberdade individual". (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 12-13).
- 49 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1367. "Não é um quarto poder do Estado, mas a Constituição coloca o Ministério Público a salvo de ingerências dos outros Poderes, assegurando aos seus membros independência no exercício de suas funções. Com efeito, Ministério Público é conceituado pela Constituição como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 941). Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 582.

- 50 Em Portugal o Ministério Público é um órgão do poder judicial. Destaca Canotilho: “Ministério Público é um poder autónomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder incluindo os juízes”.
- 51 “Já foi lembrada, aqui, a observação de Montesquieu sobre o aperfeiçoamento político que representou a criação, no regime monárquico, do cargo de oficial do rei, encarregado de exercer em cada tribunal o ofício de acusação nos processos-crimes”. (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 678).
- 52 “...Globalmente consideradas, as funções do Ministério Público tem, em geral, como denominador comum, o serem exercidas no interesse do “Estado-comunidade” e não do “Estado-pessoa”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 685).
- 53 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 678-679. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1367.
- 54 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.
- 55 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.
- 56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.
- 57 “Também no Brasil a doutrina majoritária reconhece a existência – para além dos limites expressamente positivados na Constituição – de limites materiais implícitos à reforma constitucional, não se registrando, contudo, unanimidade a respeito de quais sejam exatamente estes limites”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136). Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166. “Outras vezes, as constituições não contem quaisquer preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tacitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1064).
- 58 “A classe dominante perdeu em grande parte a legitimidade do seu atual modelo de exercício da autoridade, sendo patente o hiato entre a vontade dos que governam e a vontade dos que são governados”. (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29).
- 59 “Observa-se uma ruptura entre o Estado e a Sociedade, entre governantes e governados, entre o representante e o cidadão, tudo em proporções nunca vistas, acentuadas, ao mesmo passo, por um estado geral de desconfiança e descrença e até mesmo menosprezo da cidadania em relação aos titulares do poder”. (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29).
- 60 “Num tema tão sensível e caro à efetiva realização da justiça, não pode haver espaço para ingenuidades. A tese da impossibilidade da investigação direta pelo Parquet tem sido levada aos tribunais, via de regra, pela defesa de acusados alto coturno: políticos, grandes empresários, agentes públicos com notável poder dentro da estrutura do Estado, muitos dos quais com direito a foro por prerrogativa de função (...).” (CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica*. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 795).
- 61 Tem-se a votação da matéria com menos de um mês em que as manifestações populares passam a questionar a representatividade do governo, indo além dos reclames sobre o aumento das passagens de ônibus.
- 62 BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29.

- 63 “Fala-se aqui em pudor porquanto o cerne da tese contrária, tal qual veiculada – centrada, via de regra, no argumento da exclusividade da investigação criminal pelas polícias, com base no art. 144 da CF/88 –, é de uma fragilidade incrível. (...)”. (CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica*. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 796).
- 64 “Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável”. (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 26).

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 105. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.
- BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.
- BRASIL. Mensagem nº 251, de 20 de junho de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. **Disponível:** <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-251.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. II.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica*. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus. V. I.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. *Problemas do governo democrático*. Brasília: Senado Federal, 1976.



ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Articulista e poeta. Autor do livro *Curso de Direito Penal – Teoria Geral do Crime – Vol. I* (1. ed., Curitiba: Juruá, art. 2016); *Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena – Vol. II* (1. ed., Curitiba: Juruá, 2017).

Portaria nº 15/2020 do Ministério da Justiça e Segurança Pública

■ POR RAISSA MARTINS FANTON E CARLA VIANNA

Diante da realidade que enfrentamos de isolamento social, na tentativa de conter o avanço do COVID-19, o governo brasileiro vem adotando diariamente medidas para o enfrentamento do estado de calamidade pública.

Uma das recentes medidas foi a edição da Portaria nº 15/2020, pela SENACON, publicada em abril, determinando o cadastro obrigatório de empresas na plataforma “consumidor.gov.br” como forma alternativa para resolução de conflito online – ODR¹.

Embora a Portaria represente um avanço para as disputas online, a obrigatoriedade ainda não é para todos. Além, de terem sido listados nichos específicos, também foram estabelecidos requisitos quantitativos para destacar quais empresas de cada ramo terão que realizar o cadastro.

Estão submetidas ao cadastro obrigatório: (i) empresas com atuação nacional ou regional em setores que envolvem serviços públicos e atividades essenciais; (ii) plataformas digitais de atendimento pela internet dedicadas ao transporte individual ou coletivo de passageiros ou à entrega de alimentos ou, ainda, à promoção, oferta ou venda de produtos próprios ou de terceiros ao consumidor final e (iii) agentes econômicos listados entre as duzentas empresas mais reclamadas no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor no Ministério da Justiça e Segurança Pública (Sindec), no ano de 2019.

Ainda, das empresas listadas acima, somente será obrigatório seu cadastro caso elas ou seus respectivos grupos econômicos estejam enquadrados nos seguintes critérios:

- Faturamento bruto de no mínimo cem milhões de reais no último ano;
- Média mensal igual ou superior a mil reclamações em seus canais de atendimento ao consumidor no último ano fiscal;
- Reclamações em mais de quinhentos processos judiciais que discutem relações de consumo.

Por fim, a Portaria ainda estabelece que poderá haver dispensa do cadastramento, mediante provocação do interessado, se verificado que a solução de conflitos por meio da plataforma não atingiu o objetivo esperado de facilitação.

A medida imposta se mostra positiva, considerando que a ODR é uma ótima alternativa para resolução de conflito entre os envolvidos, tendo como principais benefícios a solução rápida e eficiente, as tratativas em ambiente online, a preservação ou restabelecimento do relacionamento entre as partes, economia financeira pela eliminação de despesas com deslocamentos. **▣**



ARQUIVO PESSOAL

RAISSA MARTINS FANTON é Especialista da área cível e sócia do escritório Finocchio & Ustra.



ARQUIVO PESSOAL

CARLA VIANNA é Especialista da área cível do escritório Finocchio & Ustra.

#TÃNAHORA
DE FALAR SOBRE
EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL.



JUNTOS NO ENFRENTAMENTO DA EXPLORAÇÃO
SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

ACESSE: LIBERTA.ORG.BR

  **INSTITUTOLIBERTA**