

conceito jurídico

ano IV | junho de 2020 | nº 42



Impactos da reabertura
econômica precoce

Pág. 7



zakarewicz
editora



O controle da corrupção na gestão do estado democrático de direito sob pandemia



**PAINEL
ECONÔMICO**
Thiago de Moraes
Moreira

Medo crescente de uma
recessão de dois dígitos



TENDÊNCIAS
Rômulo de Andrade
Moreira

De João Pedro a George
Floyd, o racismo que mata



ENFOQUE
Pedro Puttini Mendes

Marco temporal nas
demarcações de terras
indígenas

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

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Redação e Correspondência

artigos@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





Heleno Taveira Torres

ARQUIVO PESSOAL

Da urgência à reforma tributária

Diante da grave excepcionalidade da pandemia do COVID-19, deve-se adotar um típico direito tributário de exceção, para mitigar os danos na economia e nas contas públicas. E o Brasil, a exemplo de outras nações, até agora tem empregado as ações emergenciais mais adequadas e coerentes.

Talvez para alguns, todas as medidas já deveriam ter sido criadas, mas em matéria de finanças públicas não é assim. As incertezas sobre os desdobramentos do porvir da crise não oferecem dados confiáveis. Basta pensar que as perdas de arrecadações e o aumento da dívida pública dos entes federais exigirão centenas de bilhões, a recomendar cautelas de austeridade.

Ciente destas dificuldades, a OCDE, em recente documento (*Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*), sugere 4 fases a serem seguidas pelos países.

A Fase 1 (*fase de contenção*) foi aquela da resposta imediata, de curto prazo, com ações que combinavam medidas tributárias com gastos no sistema de saúde e políticas monetárias de liquidez, para manter a capacidade de pagamento e sobrevivência das pessoas.

A Fase 2 dependerá do tempo de duração do contágio, para aprofundamento das medidas iniciais.


A Fase 3 (*fase de recuperação*) terá início com a reabertura da economia, quando serão criados os estímulos fiscais necessários para expansão dos investimentos e do consumo, recuperação das empresas em crise e dos empregos perdidos. Cortes nas taxas de juros e aquisição, por Bancos Centrais, de títulos públicos e ativos privados, são parte desta etapa.

E, na Fase 4 (*fase de estabilização*), a política tributária deverá buscar a recomposição das finanças públicas, ao lado da recuperação da economia. Neste momento, a sustentabilidade da situação fiscal exigirá especial atenção, com políticas de desenvolvimento e de estímulo equilibradas.

No Brasil, ainda estamos na *fase de contenção*. A Receita Federal, dentre outros, permitiu o diferimento para pagamento de tributos, incluídos PIS, COFINS, contribuições, CPRB e Simples Nacional; prorrogação de parcelamentos, desoneração temporária de II, IPI, PIS, COFINS sobre a importação de bens para combater o Covid-19, e do IOF nos empréstimos.

Quanto aos deveres formais, foram ampliados serviços virtuais, com criação do *chat*-RFB, prorrogada a validade de CND e CPEND, bem como o prazo de declarações, como a DIRPE, as DCTF e ECD, e mantido o calendário de restituição do IRPF. Na parte aduaneira, a entrega antecipada de alguns bens e matérias primas para o combate ao COVID-19. Além destes, foram suspensos atos de cobrança por 90 dias, protestos, inscrições em DAU e cobrança ou exclusão de parcelamentos.

Pela PGFN, foi regulamentada a transação tributária, da Lei nº 13.988/20, a qual, junto com o negócio jurídico processual, servirá para redução dos litígios, substituição de garantias processuais ou acordos para pagamentos dos tributos, juros e multas com parcelamentos ou reduções.

Por fim, na fase 4 de *recuperação*, pode-se empregar medidas temporárias de incentivos, como prevê o art. 3º da EC 6/20; e, para a fase de *estabilização*, urge avançar numa reforma tributária infraconstitucional, do PIS/COFINS, ICMS, IPI, ISS, IRPJ, ITCMD etc., com redução dos tributos sobre folha de salários, equalização da carga tributária, simplificação, segurança jurídica e estímulos aos investimentos. O otimismo vencerá. 

SUMÁRIO

3 Da urgência à reforma tributária

COM A PALAVRA

Heleno Taveira Tôrres

7 Impactos da reabertura econômica precoce

ENTREVISTA

Reinaldo Marques da Silva

10 Autoinfecção de coronavírus na pesquisa

DIREITO E BIOÉTICA

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

12 Ives Gandra está certo – de novo

PAINEL DO LEITOR

Líbero Penello de Carvalho Filho

16 Perigos escondidos no PL que suspende despejo e reintegração de posse

PROPOSTAS E PROJETOS

Taarik Castilho

19 Medo crescente de uma recessão de dois dígitos

PAINEL ECONÔMICO

Thiago de Moraes Moreira

22 Em silêncio, idosos aguardam atenção

DESTAQUE

Dimas Ramalho e Thiago Pinheiro Lima

23 O controle da corrupção na gestão do estado democrático de direito sob pandemia

CAPA

Jessé Torres Pereira Junior

38 O Direito Provisório e as contratações públicas durante a pandemia de Covid-19

CAPA

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

50 O coronavirus e os contratos de emergência

CAPA

Ivan Barbosa Rigolin

56 Imposição de programa de integridade para contratação no setor público

GESTÃO EMPRESARIAL

Wilson de Faria e Camila Chizzotti

61 Quando a renda fixa é fixa

PLANEJAMENTO FINANCEIRO

Marcia Dessen

SUMÁRIO

63

ENFOQUE

Marco temporal nas demarcações de terras indígenas

Pedro Puttini Mendes

66

CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

O federalismo como instrumento de concretização de direitos fundamentais e sociais

Regis Fernandes de Oliveira

83

IN VOGA

A perigosa transformação do celular em espião estatal

André Damiani e Marina Dias

86

TENDÊNCIAS

De João Pedro a George Floyd, o racismo que mata

Rômulo de Andrade Moreira

90

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

Os direitos humanos do infante, as falsas memórias perante o depoimento especial no processo penal

Matheus Caetano Barros,
Pedro Hoffmann Hass e
Cristiane Feldmann Dutra

101

CONTEXTO

O Regimento do Inquérito

Fabricio Rebelo

105

DIREITO
EMPRESARIAL

Olhar crítico sobre as assembleias gerais de credores em ambiente virtual

Marcela Fuga Antunes Cardoso
e Maria Laura Zoéga

113

PORTAL
JURÍDICO

IBAMA expede orientação geral em desfavor da fauna e do meio ambiente

Vanice Teixeira Orlandi

122

CONJUNTURA

A pandemia e o programa extraordinário de regularização tributária

Guilherme Lattanzi Mendes
Oliveira

124

VISÃO JURÍDICA

“A exigência de imposto de renda sem ocorrência do fato gerador – Violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e moralidade” – Opinião Legal

Ives Gandra da Silva Martins e
Marielene Talarico Martins Rodrigues

137

DOCTRINA

A majorante do tráfico em transporte público e a jurisprudência dos Tribunais Superiores

Rodrigo Guimarães Leventi

147

PONTO
DE VISTA

A dialética entre branquitude crítica e antirracismo

Monique Rodrigues do Prado



ARQUIVO PESSOAL

Reinaldo Marques da Silva

Impactos da reabertura econômica precoce

Na sexta-feira, 03/07/2020, levantamento do consórcio de veículos de imprensa apontou 1.508.991 casos confirmados e 62.304 mortes por coronavírus no Brasil. Dada a subnotificação, esses números podem ser muito maiores. Mesmo com esses dados demonstrando que o Brasil se tornou um dos epicentros da pandemia Covid-19 (só atrás dos EUA), parte da sociedade insiste na ampla reabertura comercial. E para falar sobre os impactos que toda a sociedade sofrerá com a reabertura econômica precoce, convidamos o Mestre em Direito Comparado pela Samford University / University of Cambridge; Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Reinaldo Marques da Silva para discorrer sobre o assunto. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *O que significa para o País essa reabertura precoce?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – Os estados implementaram uma reabertura gradual e a população, desinformada ou alheia à gravidade da pandemia que se instala, aglomera-se em shoppings, lojas, transportes públicos, praias, parques, etc. numa atitude que faz piorar a catástrofe atual e tende a prolongar a quarentena por muito mais tempo.

CONCEITO JURÍDICO – *Mas o objetivo central dessa reabertura não é salvar a economia que já se encontra em frangalhos?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – O discurso de quem defende a reabertura da economia, com o relaxamento do isolamento social, é um só: salvar a economia. Contudo, engana-se quem assim argumenta. A reabertura da economia nada mais é do que um curtíssimo respiro econômico. Matar as pessoas e abarrotar os leitos de UTIs agravará a crise, havendo a necessidade de voltar atrás, com o fechamento forçado da economia e o “lockdown” nas regiões mais afetadas. De todas as alternativas possíveis, não tenha dúvidas, a reabertura é a pior. Enquanto parte da elite econômica brasileira não ouvir os médicos, economistas e cientistas no sentido de que esta “volta à normalidade” (relaxamento precoce do isolamento) tão somente vai piorar a situação, não haverá saída, nem paz.

CONCEITO JURÍDICO – *Diante dessa atual conjuntura, qual seria em sua opinião um planejamento eficaz?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – Uma vacina, se não contrariadas as atuais expectativas, dificilmente estará disponível nos próximos meses. Por isso que muitas empresas, preparadas e socialmente responsáveis, já adotaram o “home office” definitivamente. As grandes universidades adotaram o ensino a distância por no mínimo até 2021. Nessa conjuntura, defendemos um planejamento econômico setorial. Os setores que dispensam a presença física das pessoas, quais sejam, prestação de serviços em geral, engenharia de software, serviços bancários, Justiça, advocacia, ensino, educação, pesquisa, design, projetos, etc., devem adotar o trabalho remoto como modelo, pois, provável, seja assim por anos. Esses setores devem dar o seu exemplo. Com essa conduta, além de contribuírem para contenção da disseminação do vírus, estarão trilhando rumo à sua própria sobrevivência.

CONCEITO JURÍDICO – *Quais os setores que estão mais ameaçados pela crise do novo coronavírus?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – Considerando que aqueles setores adotem definitivamente o “home office”, os esforços políticos de reabertura ou não devem estar concentrados nos setores que não existem sem a presença física das pessoas, a saber, produção de bens, manufatura, fábricas, construção, obras de infraestrutura, logística, transporte de pessoas, turismo, restaurantes, bares, comércio, etc. São esses setores que, de fato, estão mais ameaçados pela crise da pandemia Covid-19. Clamam por sérias inovações nas suas estruturas para afastar o risco de contágio, por medidas sanitárias rigorosas e, necessariamente, incorrerão em elevados custos de adaptação da produção ou de seus serviços aos cuidados imprescindíveis para evitar a propagação do vírus. Ademais, devem pensar em digitalizar, senão todas, ao menos parte de suas operações, devem usar os aplicativos, os sistemas “delivery” e todos os modelos de negócios capazes de suprir a presença física das pessoas.

CONCEITO JURÍDICO – *Como estamos vendo, a abertura como um todo está cada dia mais visível, o que podemos esperar como resultado?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – Urge cada setor econômico dar o seu exemplo e os gestores públicos, em cooperação, articularem esses esforços porque o isolamento social persiste. Não há que se falar em reabertura da economia. As possibilidades desta são remotas e extremamente arriscadas ou, ao menos, deve ser lenta e gradual, além de pensada por setores. A ampla reabertura agrava a situação porque aumenta o fluxo de pessoas, o número de infectados, a demanda por UTIs e o número de mortos, resultando numa maior demora para recuperação da crise sanitária, numa profunda recessão e num isolamento do Brasil do resto do mundo.

CONCEITO JURÍDICO – *E com relação à aprovação do adiamento das eleições?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – A sociedade precisa entender a atual crise como gravíssima e complexa. O cenário recessivo já está instalado. Não é mais um mero jogo político. A discussão atinente ao próximo pleito, com a demora na aprovação do adiamento das eleições municipais para novembro, arrastou-se desnecessariamente. Com a atual propagação do vírus, esse modesto adiamento não será suficiente. Obrigar as pessoas a irem às urnas resultará num aumento exponencial das infecções e das mortes. Prefeitos e vereadores não teriam o que fazer em cidades arrasadas. Por isso, sugerimos eleições virtuais e o formato digital para o título de eleitor. Caberia ao Tribunal Superior Eleitoral o desenvolvimento de uma plataforma digital que permita ao eleitor escolher os seus candidatos na comodidade de sua casa, mediante, por exemplo, um aplicativo habilitado via WhatsApp. Em instantes, o eleitor acessa a plataforma, escolhe seus candidatos e o aplicativo colhe a sua foto. Um procedimento seguro, sigiloso, econômico e, sobretudo, democrático. Aliás, os recursos do fundo partidário deveriam ser revertidos

para o combate ao coronavírus. Ademais, urgente é a necessidade de melhora dos mecanismos de controle e prestação de contas dos recursos alocados para o combate à pandemia Covid-19. Inadmissível que, desses recursos, 1,48 bilhão de reais já esteja comprometido com a corrupção, crime que, nas atuais circunstâncias, é hediondo.

CONCEITO JURÍDICO – *E como deveria ser a postura do Governo Federal com relação ao controle desses recursos alocados para o combate ao coronavírus?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – O Governo Federal deve adotar uma postura firme no controle e alocação desses recursos. Punir e afastar corruptos do governo. No mais, o presidente Jair Bolsonaro deve admitir que não se trata de mera “gripezinha” e esforçar-se para salvar sua gente. Informar as pessoas da necessidade de preservarem suas vidas. Defender que evitar o contágio e, por conseguinte, praticar o distanciamento social, é o melhor remédio. Trabalhar para manter e gerar emprego, bem como renda. Capacitar pessoas para a novíssima economia. E, ademais, apostar na capacidade criativa do brasileiro. Com as atuais proporções alcançadas pela crise, ao presidente, só restam dois papéis, o de vilão ou o de salvador, cabe a ele escolher qual exercer.

CONCEITO JURÍDICO – *E quais seriam as alternativas para o isolamento social?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – No momento, não existem alternativas para o isolamento social sério, com toda a sociedade engajada, dada a necessidade de salvar vidas. Apesar dos graves impactos na economia, não irá ocorrer uma catástrofe econômica, a qual só ocorrerá se não forem adotadas as políticas econômicas adequadas, muitas das quais já deveriam ter sido implementadas.


CONCEITO JURÍDICO – *E quais seriam essas políticas econômicas adequadas?*

REINALDO MARQUES DA SILVA – Nem se cogita de que, apesar da teimosia e escárnio de tantos, muitas pessoas apenas não fazem quarentena porque não têm renda suficiente para sua própria subsistência. Essas pessoas, se tiverem uma renda mínima e forem bem informadas, praticarão o distanciamento social. Por isso a importância das políticas públicas que, além de oferecerem auxílio econômico aos necessitados, também lhes prestem auxílio de capacitação e opção de renda frente à novíssima economia que se instaura. E mais, além do auxílio emergencial (pago por vários bancos ou de maneira escalonada para evitar aglomerações), o governo poderia permitir às empresas colocarem seus funcionários em licença-saúde via INSS. Quem paga essa conta é o Governo Federal. Poderia, então, o governo assumir parte da folha de pagamento das empresas, garantindo emprego e renda.

CONCEITO JURÍDICO – *E quando essa conta chegar, quem assumirá?*

Reinaldo Marques da Silva: À custa de um ajuste fiscal, o Governo Federal tem o poder para criar dinheiro e emitir títulos para captar recursos, é dizer, pode se endividar, o que os Estados e Municípios não podem fazer. A conta dessa dívida vem no médio e longo prazo, geralmente na forma de inflação. O Brasil já superou vários períodos de inflação alta. Hoje, a inflação está controlada. Apenas seria preciso que a sociedade assumisse essa conta posteriormente.

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

REINALDO MARQUES DA SILVA – Não recomendamos o relaxamento do isolamento social, tendo em vista a urgente necessidade de conter a curva de contágio e salvar vidas. No mais, o Brasil precisa se reinventar e construir uma nova economia em resposta à pandemia Covid-19. Criar alternativas às atuais fontes de renda. Capacitar as pessoas para a novíssima economia. 



Autoinfecção de coronavírus na pesquisa

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“O tema traz interessantes incursões para os bioeticistas, mas gera ainda boa margem de polêmica na comunidade científica mundial. Como se trata de um vírus que ainda é desconhecido e vem provocando alta mortalidade, sem ainda um tratamento confiável, fica até difícil explicar os riscos para o participante da pesquisa quando da feitura do termo de consentimento.”

Cada vez aumenta mais a ansiedade mundial quando vem à tona o assunto relacionado à descoberta de alguma vacina com potencial efetivo para combater a Covid-19. Como é sabido, muitos laboratórios vêm desenvolvendo estudos, alguns já na fase de ensaios clínicos com testes em humanos. Mas tal processo é moroso e demanda um tempo razoável para encontrar a imunização ideal.

Alguns países, para abreviar todo o *iter* obrigatório das pesquisas, compreendendo testes iniciais em laboratório, posteriormente a utilização da droga em animais e, finalmente, a aplicação em voluntários humanos, optaram por provocar a infecção do vírus no colaborador da pesquisa, no processo conhecido como *Human Challenge Trial* consistente em aplicar a imunização que será testada e, na sequência, provocar a infecção no colaborador da pesquisa. Em vez de vacinar as pessoas para saber sua eficácia, os cientistas irão infectar um número mais reduzido de voluntários, que serão monitorados em ambiente que possibilite o acompanhamento com segurança.

Para o pesquisador é um ganho considerável de tempo porque irá trabalhar diretamente com a pessoa que se voluntariou para ser infectada. Não há, desta forma, como no estudo convencional, que fazer o monitoramento daquele que recebeu o medicamento ou o placebo.

Nos países em que o estudo é admitido, o voluntário deve assinar o termo de consentimento no qual se declare consciente que expõe sua vida em risco e que não pertence a nenhum grupo de vulnerabilidade. Sem a autorização a conduta passa a ser recriminada eticamente e o colaborador considerado uma cobaia humana, como nos tempos das horrendas experiências nazistas. Para tanto é remunerado e, em caso de não vingar a imunização testada, terá direito ao tratamento médico adequado e preferência na utilização de equipamentos de emergência, em busca da *restitutio ad integrum*.


O questionamento que se faz é se é ética e condizente com a dignidade humana a decisão do colaborador em aceitar ser contaminado pelo vírus, se a regra e o consenso mundial pregam todos os protocolos de segurança para evitar a contaminação.

Pelo princípio biótico da autonomia da vontade, que guarda também restrições, a pessoa é detentora exclusiva de tomar as decisões e fazer as escolhas existenciais que julgar convenientes, como se fosse um poder absoluto que lhe confere a soberania plena para tomar as providências relacionadas com o grande latifúndio que carrega, representado pelo corpo humano.

Na realidade, tamanha autonomia cai por terra. Basta ver que na lei de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano (Lei nº 9434/97), o Estado, como gestor dos direitos fundamentais, arvora-se em administrador de patrimônios vitais indisponíveis e, para tanto, estabelece normas e regras restritivas para a fruição de relevante direito.

No caso proposto de contaminação voluntária, não se trata de um desprezo à vida humana e muito menos de obter um benefício de saúde, uma vez que o participante é saudável e pode vir a óbito em razão do elevado altruísmo. A razão é mais relevante e aqui o Estado tem a obrigação de se manifestar e jamais manter-se neutro diante da autonomia individual que, em tese, apresenta uma escolha incorreta feita pelo cidadão na esfera de sua independência ética. Neste caso, cabe ao Estado não exercer a figura paternalista tradicional, mas sim figurar como órgão interveniente obrigatório e responsável pelo acompanhamento do estudo que tem por finalidade a promoção do bem maior, comum e universal.

Tanto é que a proposta de pesquisa, ao selecionar o participante, contará com a presença estatal que irá analisar todos termos apresentados e fará a ponderação de interesses orientada principalmente pelo zelo, pela segurança e as garantias que serão conferidas ao colaborador que, por sua vez, deve demonstrar de forma inequívoca o seu consentimento em todas as fases da pesquisa, tudo acompanhado por um comitê de ética idôneo.

O tema traz interessantes incursões para os bioeticistas, mas gera ainda boa margem de polêmica na comunidade científica mundial. Como se trata de um vírus que ainda é desconhecido e vem provocando alta mortalidade, sem ainda um tratamento confiável, fica até difícil explicar os riscos para o participante da pesquisa quando da feitura do termo de consentimento. Pode ser um caminho sem volta. 



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.



Ives Gandra está certo – de novo

■ POR LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO

“Dr. Ives Gandra compreendeu melhor o sentido de nação, de ordem pública geral, de política de Estado, do papel das Forças Armadas como garantidoras da democracia, do funcionamento das instituições, contido no art. 142.”

Recentemente, decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal impediu que o Presidente da República nomeasse escolhido ao cargo de Diretor Geral da Polícia Federal. Houve gritaria entre os defensores da independência entre os poderes e nomeação de livre atribuição do Presidente e os defensores da moralidade pública e administrativa.

O eminente jurista Ives Gandra da Silva Martins publicou artigo, no qual dizia o seguinte:

“Não entro no mérito de quem tem razão (Bolsonaro ou Moro), mas no perigo que tal decisão traz à harmonia e independência dos poderes (art. 2º da CF), a possibilidade de uma decisão ser desobedecida pelo Legislativo que deve zelar por sua competência normativa (artigo 49, inciso XI) ou de ser levada a questão – o que ninguém desejaria, mas está na Constituição – às Forças Armadas, para que reponham a lei e a ordem, como está determinado no artigo 142 da Lei Suprema.

A insegurança jurídica enorme que o Poder Judiciário traz sempre que foge à sua competência técnica para ingressar na política, além de levar todo o partido derrotado nas urnas ou nas votações do Congresso pretender su-

prir seu fracasso representativo recorrendo ao Supremo Tribunal Federal para que este, politicamente, lhe dê a vitória não obtida no exercício de sua função eleitoral. (<https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ives-gandra-harmonia-independencia-poderes>)”

Em resposta, o também eminente jurista Lênio Streck publicou artigo, no qual afirmou:

Não encontrei aquilo que Gandra quis mostrar. Aliás, o artigo cheirou a uma ameaça ao STF, do tipo “cuidado com as decisões, porque isso pode dar problema”. Permito-me, com toda lhanza, dizer: isso não é adequado em termos acadêmicos.

O pior de tudo é termos que insistir no fato de que a interpretação do Direito não comporta relativismos. Ora, se o art. 142 pudesse ser lido desse modo, a democracia estaria em risco a cada decisão do STF e bastaria uma desobediência de um dos demais Poderes. A democracia dependeria dos militares e não do poder civil. Seria um haraquiri institucional.

Ou seja, as interpretações simplificadoras-distorcidas do art. 142 devem ser abortadas ab ovo. O art. 142 não permite intervenção militar. Qualquer manual de direito constitucional ensina o que é o princípio da unidade da Constituição. Por qual razão o constituinte diria que todo poder emana de povo, com todas as garantias de sufrágio etc. e, de repente, dissesse: ah, mas as forças armadas podem intervir a qualquer momento, como uma espécie de “poder moderador”.

Como funciona essa Unidade da CF? Simples. O art. 142 diz que As Forças Armadas, sob a autoridade suprema do Presidente da República, destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Pois bem. O dispositivo trata simplesmente da exceção na missão das FA, isto é, elas – as forças armadas – podem ser usadas também na segurança pública. Nada mais do que isso! (<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar>)

QUEM ESTÁ CERTO?

Antes de mais nada, faço duas observações:

1) Cada um dos juristas emitiu sua opinião abalizada a respeito do tema. Darei a minha, e pode ser que nenhum dos três esteja certo.

2) Reconheço minha petulância. É necessária muita coragem ou falta de juízo para um jurista anônimo se intrometer no debate estelar entre dois ícones. O certo, porém, é que o farei.

Inicialmente, deixo claro que não discutirei o mérito da decisão, aspectos políticos, a independência e harmonia entre os poderes, mas tão somente a interpretação dada ao art. 142 da Constituição Federal por ambos os juristas.

Começo pelo Dr. Ives Gandra e, aqui, reservo-me apenas o direito de fazer uma pequena defesa quanto ao perfil do eminente jurista. Sua formação humanista e religiosa, aliada a seu caráter e suas atitudes em 85 anos de vida, mostram o quanto é absurda a suspeita de que tenha transmitido uma ameaça implícita em seu artigo. Não faz parte de seus modos este tipo de atitude. Trata-se de uma ilação sem fundamento tal acusação.

O Dr. Ives Gandra considera que o abalo na independência e harmonia entre os poderes traz insegurança jurídica que pode resultar em ameaça à ordem democrática e ao Estado, o que poderia, em tese, acarretar a invocação do art. 142 da Constituição. Traz, assim, o art. 142 para o campo da ordem institucional pátria, questão de segurança nacional, como instrumento utilizável (embora indesejável) para restabelecer a ordem pública interna.

Não creio haver em seu artigo irregularidades técnicas, mantendo-se dentro da sisudez esperada. Tenho mais observações a respeito da posição do eminente jurista Lênio Streck.

Afirma Lênio Streck que:

Ora, se o artigo 142 pudesse ser lido desse modo, a democracia estaria em risco a cada decisão do STF e bastaria uma desobediência de um dos demais Poderes. A democracia dependeria dos militares e não do poder civil. Seria um haraquiri institucional.

Na tentativa de demonstrar um estrabismo jurídico por parte do Dr. Ives Gandra, o jurista Lênio Streck usou de uma argumentação dramática, extremada, uma verdadeira dislexia jurídica. Explico: o fato de o Dr. Ives ter dito que viu a uva não significa que um parreiral vai cair sobre nossas cabeças. Dr. Ives Gandra apenas chamou a atenção para a perigosa possibilidade de um precedente que pudesse atrair o art. 142 da Constituição. Em nenhum momento disse que tal artigo devesse ser lido como panaceia para qualquer decisão judicial. Trata-se de uma falácia generalizante e especulativa.

Prossegue Lênio Streck:

Ou seja, as interpretações simplificadoras-distorcidas do art. 142 devem ser abortadas ab ovo. O art. 142 não permite intervenção militar. Qualquer manual de direito constitucional ensina o que é o princípio da unidade da Constituição. Por qual razão o constituinte diria que todo poder emana do povo, com todas as garantias de sufrágio etc. e, de repente, dissesse: ah, mas as forças armadas podem intervir a qualquer momento, como uma espécie de “poder moderador”.

O problema é que nunca se disse que a qualquer momento poderia haver aplicação do art. 142, o qual estabelece situações bem específicas. Não há esta zona gris apontada. O poder moderador era algo bem diferente e não comporta comparação aqui. Era um poder acima dos outros, e a autorização do art. 142 é constitucional, autorizada por um dos poderes, e não acima dele.

Sem explicar o que é o princípio da unidade da constituição, Lênio Streck termina por dizer:

Pois bem. O dispositivo trata simplesmente da exceção na missão das FA, isto é, elas – as forças armadas – podem ser usadas também na segurança pública. Nada mais do que isso!

Sei que sou um neófito, bem próximo da ignorância, mas me pergunto: de onde ele tirou essa assertiva? Humpty Dumpty caiu do muro e nem todos os cavaleiros do reino poderão juntar os cacos. Ou o gato sumiu e ficou apenas o sorriso. Calma, analisemos:

Todos somos meio Humpty Dumpty nestes tempos de opinião livre na internet. Alguns de nós, porém, cometeram a imprudência de adentrar a selva densa e capilar da hermenêutica. E aí pensamos o conjunto de forma sistêmica, topográfica, topológica mesmo.

Primeiramente, vamos relembrar o que seria o tal princípio da unidade da constituição: trata-se de princípio destinado a evitar conflitos entre as normas de uma constituição, a qual, portanto, deve ser interpretada como um sistema não hierárquico de regras e princípios. Em outras palavras, o princípio da unidade da constituição é vetor de ponderação, de análise sistêmica e deve ser lembrado na hora de estudar a carta magna. No presente caso, porém, ele nos leva ao oposto do que conclui Streck.

Há que se tomar muito cuidado com pântano dos princípios, região localizada dentro da selva hermenêutica, muito sujeita a areia movediça e sumidouros, por vezes enxurradas e inundações panprincipiológicas. Como bem lembrado por André Albuquerque Garcia:

A verdade é que a cada geração, com a evolução da atividade de interpretação constitucional, surgem “novos vetores interpretativos”. E aos montes. Tem princípio para todos os gostos, especialmente quando não se tem uma norma escrita para fundamentação de determinadas decisões ou quando se quer justificar algo já decidido a priori.

Esse cenário é agravado quando sabemos que a Constituição brasileira é uma das mais extensas do mundo (só é menor em número de artigos que as constituições da Índia e da Nigéria) e permeada de princípios expressos no texto e outros construídos pela atividade de interpretação realizada pelo Poder Judiciário e também pela doutrina especializada.

Nesse processo de interpretação o céu é o limite.

Não é à toa que os autores acima mencionados citam uma inusitada declaração do ex-ministro Ayres Brito: “Com tantos princípios, eu deito e rolo!” (<https://www.simnoticias.com.br/uma-interpretacao-inconveniente/>)

O art. 142 está no capítulo II do Título V da Constituição Federal, que trata da defesa do Estado e das instituições democráticas. Localiza-se tal artigo logo após o capítulo I, do estado de defesa e do estado de sítio. O capítulo II, portanto, trata especificamente das Forças Armadas.

Note-se, então que o art. 142 refere-se à defesa das instituições democráticas, à pátria, à garantia dos poderes constitucionais da lei e da ordem. O sentido é todo nacional, de política de Estado, não segurança pública somente. Ordem pública e segurança pública são duas coisas distintas. Ordem pública é gênero, do qual segurança pública é espécie. O acionamento das Forças Armadas para atuar na segurança pública está em outros dispositivos, mediante intervenção da União nos estados, como, por exemplo, decreto com base no art. 34 da Constituição e não no art. 142 mencionado.

Este sentido amplo, geral, de política de Estado, está ínsito claramente no texto do art. 142, através de expressões como “instituições nacionais”, “defesa da Pátria”, “garantia dos poderes constitucionais”, além da “lei e da ordem”. Falta uma norma constitucional que poderia estar inserida no capítulo III, da Segurança Pública, na nossa Constituição, prevendo o uso das Forças Armadas supletivamente na segurança pública dos estados. Isto não existe. O que existe é a possibilidade de intervenção da União na segurança pública de um estado da federação, mas isto não se refere ao tema ora discutido.

O que fica desse bizantinismo todo é que Dr. Ives Gandra compreendeu melhor o sentido de nação, de ordem pública geral, de política de Estado, do papel das Forças Armadas como garantidoras da democracia, do funcionamento das instituições, contido no art. 142. ■



LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO é Funcionário público. Graduado em Direito. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires – Argentina. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito e Processo Penal Escritor. Pesquisador. Professor universitário de graduação em Direito, Ciências Políticas e de pós-graduação em Direito e em Gestão Pública. Membro da Sociedade Internacional de Direito Criminal (International Criminal Law Society – Berlim – Alemanha). Sócio efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior – São Paulo (Seção brasileira da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale – SIDTSS – Suíça). Membro da Société Française pour le Droit International – Université Paris Ouest Nanterre La Défense – Paris – França. Membro do Institut des Hautes Études sur la Justice – IHEJ – Paris, França. Membro do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário – IBRAJUS. Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Espírito Santo. Membro da Association Internationale de Droit Pénale – Paris – França.

Perigos escondidos no PL que suspende despejo e reintegração de posse

■ POR TAARIK CASTILHO

“É de se esperar que, sancionado o Projeto com o texto que se apresenta, será criado um desincentivo à oferta de imóveis para locação, alargando a crise habitacional, e um desestímulo à concessão de empréstimos ao consumidor.”

O Projeto de Lei nº 872/20, de autoria do Senador Jaques Wagner, foi aprovado na último dia 2 de junho, e seguiu para sanção do Presidente da República. O PL dispõe, segundo seu art. 1º, a suspensão, durante o curso de calamidade pública, dos “processos judiciais com pedido de ordem de despejo e reintegração de posse, em caráter definitivo ou em tutela de urgência, motivados pelo não pagamento de empréstimos imobiliários, aluguéis ou fim de comodato; bem como ações de execução de hipotecas e alienação fiduciária de imóveis residenciais”. Mas em seu art. 3º parece ir ainda mais longe, pois esclarece que “as suspensões de que trata a presente lei abrangem toda e qualquer ação judicial ou ato administrativo que resulte na retirada ou expulsão de indivíduos de imóvel que esteja sendo utilizado como moradia, seja ele bem público ou privado”.



A justificativa do projeto é, em linhas gerais, a seguinte: em tempos de pandemia, sendo a recomendação que a população permaneça em casa, não se poderia permitir que fosse dela retirada por falta de pagamento de contratos, especialmente se as dificuldades financeiras que impedem seu cumprimento são causadas pela mesma crise que recomenda o distanciamento social.

A intenção é certamente louvável, mas como em tantos outros casos no Brasil, o ato que ela produz esconde enormes perigos.

Apesar disso, esse Projeto, que deveria estar recebendo grandes atenções pelos mais diretos impactos que terá na vida dos brasileiros, acabou eclipsado por tantos outros atos do Estado, entre eles a tal Medida Provisória da “restrição da responsabilidade de agentes públicos”.

Contudo e pela importância, não podemos agora desviar o olhar das mazelas que estão por vir e que se escondem no teor texto aprovado.

Antes de mais, entretanto, devemos passar os olhos sobre a Lei de Locações e de Alienações Fiduciárias de Bens Imóveis, para compreender como a retomada da posse de tais bens é atualmente regida e, ainda que brevemente, perceber os porquês disso.

A Lei nº 8.245/91, Lei de Locações, com modificações instituídas pela Lei nº 12.112/2009, admite que se conceda liminarmente ordem de desocupação de imóveis nos casos seguintes: descumprimento de acordo de desocupação fixada para ocorrer no mínimo em 6 (seis) meses; na locação por prazo inferior a 30 meses, se finda relação de emprego por força da qual se instituiu; término do prazo de locação por temporada; morte do locatário, sem deixar sucessor legítimo na locação; permanência de sublocatário após a extinção da locação; necessidade de reparos urgentes do imóvel; término do prazo de locação residencial após comunicação do locador da intenção de retomada do bem; falta de pagamento de alugueres e/ou acessórios da locação após seu vencimento, não estando o contrato garantido por fiança, seguro fiança, caução ou cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Portanto, entre inúmeras hipóteses previstas para o despejo liminar na Lei de Locações, só uma versa sobre a falta de pagamento e, ainda assim, quando a locação não tenha qualquer garantia contratualmente fixada. Nesse caso, o que se pretende é mitigar os prejuízos que um locador, que já não tem garantias contratuais para recuperá-los, sofreria aguardando a retomada de seu imóvel por anos até a decisão final no processo. Seria, ainda, possível se requerer liminarmente a desocupação do imóvel por falta de pagamento, ou outros descumprimentos contratuais, desde que demonstrados o perigo de se incrementarem danos e prejuízos já sofridos pelo locador se tolerada a ocupação irregular pelo locatário até a decisão final no processo. O que se discute aqui é evitar os males do tempo, da espera, quando evidente o descumprimento e necessária a retomada do imóvel.

Esses processos de despejo movidos por falta de pagamento é que teriam seu curso suspenso, nos termos do Projeto de Lei nº 872/20, e por tempo indeterminado.

Mas cabe perguntar. Qual o objetivo do legislador quando autorizou as hipóteses de despejo liminar por falta de pagamento?

A ideia geral por trás disso era criar incentivos para que os proprietários de imóveis, ao invés de deixá-los fechados e desocupados por temerem ter de esperar longamente por sua retomada em caso de descumprimento do contrato

de locação por seus inquilinos, tranquilizassem-se e se dispusessem a locá-los. Ou seja, pretendia-se incentivar os particulares, proprietários de imóveis, a ofertá-los no mercado para que fossem alugados, assim diminuindo o déficit habitacional.

Uma esperança similar guiou as mãos do Congresso Nacional em 2017, quando converteu na Lei nº 13.465 a Medida Provisória 759/16, que alterou os termos da Lei nº 9.514/97 e tornou possível o leilão extrajudicial de imóveis objeto de alienação fiduciária em garantia e permitiu àqueles que os adquirissem que desde logo, e liminarmente, conseguissem a sua posse. Isso também se pode dizer da sistemática de imissão na posse de bens imóveis hipotecados, vendidos em leilão em processos movidos para satisfação de créditos não pagos e por eles garantidos. Nesses dois casos, o objetivo era tornar menos demorados e custosos os mecanismos de satisfação de créditos, o que estimularia a concessão de empréstimos e a redução de suas taxas de juros, pois a alienação fiduciária se tornaria uma garantia mais eficiente.

Mas parece que o Projeto de Lei nº 872/20 esqueceu-se disso, ou pelo menos faz pouco caso desses objetivos. Isso porque não só impede o despejo ou a reintegração de posse liminares, mas suspende o curso de todos processos judiciais ou administrativos que versem sobre a retomada de imóveis como forma de mitigar prejuízos do inadimplemento de contratos.


Não se pode esquecer, ainda, que já existem instrumentos jurídicos em vigor, capazes de endereçar o problema que gostaria de resolver esse Projeto.

O caso fortuito e de forma maior, ou a modificação das condições que existiam quando da conclusão do contrato (base do negócio), são fatos que autorizam a revisão de contratos e obrigações e permitem afastar as consequências da falta de pagamento, é o que encontramos disposto nos arts. 317, 393, 478, 479 e 480 do Código Civil.

Assim, seria possível ao locador inadimplente requerer não só o afastamento das consequências do atraso no pagamento de alugueres, mas também a revisão do próprio contrato de locação, evitando o seu despejo, se as dificuldades de seu cumprimento tivessem origem nas situações criadas pela pandemia, ou pela quarentena, por exemplo.

Teriam os devedores, nesse caso e entretanto, de confiar no bom senso dos Juízes, justamente o que parece não fazer o Legislativo, afinal se confiassem na sabedoria do Judiciário não teriam produzido esse PL.

Assim, é de se esperar que, sancionado o Projeto com o texto que se apresenta, será criado um desincentivo à oferta de imóveis para locação, alargando a crise habitacional, e um desestímulo à concessão de empréstimos ao consumidor. E isso, quando o crédito é necessário para que muitos atravessem a crise econômica que já está aqui.

Resta-nos esperar que o Executivo seja mais sábio que o Legislativo e deixe de sancionar o Projeto, evitando os problemas que uma inadvertida suspensão de inúmeros processos em andamento pode causar. 



ARQUIVO PESSOAL

TAARIK CASTILHO é sócio responsável pela área Contencioso Cível do Franco Advogados.



Medo crescente de uma recessão de dois dígitos

■ POR THIAGO DE MORAES MOREIRA

“Impactos mais severos no setor de serviços e nas exportações podem, infelizmente, tornar a queda de dois dígitos no PIB deste ano cada vez mais próxima da realidade.”

A divulgação do PIB oficial do primeiro trimestre de 2020 ampliou a base de conhecimento sobre os reais impactos da pandemia sobre a atividade econômica no país, jogando um pouco de luz ao ambiente de tanta incerteza que atravessamos. Um dos aspectos que ficou mais claro com a publicação dos novos números diz respeito aos efeitos esperados sobre o setor de serviços, que representa cerca de 65% do PIB. Tais impactos ainda estão subestimados nas projeções da maior parte dos analistas. Em condições normais de circulação das pessoas, o setor industrial costuma ser o centro dinâmico do nível de atividade econômica, sendo o setor de serviços predominantemente influenciado pelo desempenho da indústria. É o caso, por exem-

plo, das atividades comerciais e de transporte, cujos desempenhos costumam ser, em grande medida, determinados pelo ritmo de crescimento da produção industrial. O que ocorre atualmente é algo muito incomum, ou seja, uma situação de crise, na qual as atividades de serviços, as mais afetadas em função das medidas de isolamento social, assumem maior protagonismo na dinâmica recessiva da indústria. Com as restrições à mobilidade, os serviços deixam de ser prestados e a atividade industrial acaba sendo fortemente impactada por tais efeitos nos serviços.

Até pouco tempo a “greve dos caminhoneiros” estava sendo usada como referência para a estimativa dos impactos da COVID-19, uma vez que os dois episódios se caracterizam por uma dupla crise, de oferta e demanda. No entanto, os números já sinalizam que a queda que devemos observar no setor de serviços deverá ser muito mais acentuada. Na greve dos caminhoneiros, dentre as atividades do setor de serviços, apenas o setor de comércio sofreu uma queda mais expressiva. Já na crise atual, praticamente todas as atividades prestadoras de serviços registraram retração, com destaque para as quedas observadas no “transporte” (-2,4%) e nos chamados “outros serviços” (-4,6%), nos quais se encontram os serviços pessoais, alimentação fora do domicílio, hotelaria e atividades de entretenimento. No consolidado, o PIB do setor de serviços sofreu uma retração de -1,6% no primeiro trimestre em decorrência da quarentena de aproximadamente 10 dias decretada na maior parte do país no fim de março. Já os impactos da paralisação dos caminhoneiros, que também teve duração de cerca de 10 dias no início de maio de 2018, não foram suficientes para impedir uma pequena expansão do setor de serviços no segundo trimestre daquele ano, de 0,3%.

Tenho buscado aprimorar as projeções de impacto sobre o setor de serviços levando em conta alguns possíveis cenários para o mercado de trabalho, e conseqüentemente para a massa de rendimentos (com prognósticos para o desemprego, força de trabalho, informalidade, renda mensal etc) e uma tentativa de modelar os efeitos de uma variável extremamente subjetiva, mas de fundamental importância neste momento, qual seja: o medo das pessoas. Este medo funciona no modelo como um fator de desconto sobre as estimativas, sendo diferenciado entre os distintos segmentos do setor de serviços. Atividades como “hotelaria”, “alimentação fora do domicílio”, “entretenimento”, as quais envolvem necessariamente maior contato social, devem sofrer impactos em decorrência do medo muito maior do que as atividades de “serviços de tecnologia de informação” ou de “intermediação financeira”. Na estimativa mais otimista, a queda real dos serviços deverá ser de -7%, podendo chegar nos piores cenários a -12,5%.

Um dos principais pontos de atenção refere-se aos possíveis impactos decorrentes de uma reabertura precoce das atividades econômicas, em particular sobre os próprios serviços. Uma eventual nova aceleração da contaminação e mortes por coronavírus (o recrudescimento da primeira onda) poderia deteriorar ainda mais a situação do mercado de trabalho (com novas reduções nas massas de rendimentos) e, principalmente potencializar os efeitos da variável “medo”. Neste contexto, com uma expansão ainda mais forte do número de contaminados e óbitos, grande parte das pessoas optariam voluntariamente pela

quarentena, aprofundando a contração dos serviços e, conseqüentemente, da atividade econômica como um todo.

Outro aspecto que preocupa bastante, e que também está recheado de incertezas, diz respeito ao desempenho das exportações. No primeiro trimestre, as vendas ao exterior sofreram queda real de -0,9%. No entanto, já no mês de maio o volume exportado registrou ligeiro aumento em relação ao mesmo mês do ano passado (4,1%), segundo dados do ICOMEX da FGV. A causa quase que exclusiva deste crescimento está na recuperação econômica do principal parceiro comercial, a China. Em abril, a produção industrial chinesa registrou expansão de 4,4% na comparação com o mesmo período do ano passado, sinalizando uma retomada importante para os próximos meses. Nos primeiros 5 meses do ano, a China foi responsável por absorver 32,5% das exportações brasileiras, muito acima do que foi destinado, por exemplo, para os EUA, responsável pela aquisição de 10,1% das exportações neste mesmo período.

Neste contexto, vale ressaltar que um dos desdobramentos da crise global do novo coronavírus tem sido o acirramento dos conflitos entre EUA e China. Até o início do ano, o presidente Trump parecia ter amenizado o discurso de ataque à China, confirmando sua intenção em uma solução negociada para a guerra comercial. No entanto, um cisne negro, mais conhecido como COVID-19, mudou completamente o cenário. Hoje já podemos afirmar que Trump perdeu a guerra contra o coronavírus. Já são contabilizadas mais de 100 mil mortes no país, com implicações econômicas muito graves, tanto em termos de redução do PIB quanto do aumento do desemprego. Uma derrota nas eleições presidenciais no fim deste ano, que parecia muito improvável até pouco tempo atrás, começa a ganhar contornos de realidade. Para evitar uma perda mais expressiva de eleitores, Trump e sua equipe optaram pela estratégia de endurecimento do discurso contra os chineses, seja levantando suspeitas em relação à origem do COVID-19 ser de um laboratório chinês, seja fazendo duras críticas à aprovação de uma nova lei de segurança nacional pelo partido comunista válida para Hong Kong, o que estaria ferindo a autonomia deste território independente.

As autoridades chinesas já demonstraram que as narrativas que fazem menção a estes dois temas e insinuam planos conspiratórios da “ditadura comunista chinesa” podem provocar crises diplomáticas sérias. Membros do governo brasileiro já fizeram declarações críticas à China, as quais foram rapidamente repudiadas por autoridades chinesas. Neste contexto de crescente polarização, tanto no âmbito da política local quanto global, manifestações cada vez mais explícitas e alinhadas aos interesses dos EUA podem agravar ainda mais a situação, uma vez que a China, em retaliação, pode reduzir a demanda por produtos brasileiros, tais como carnes e petróleo.

Enfim, impactos mais severos no setor de serviços e nas exportações podem, infelizmente, tornar a queda de dois dígitos no PIB deste ano cada vez mais próxima da realidade. 🇺🇸



THIAGO DE MORAES MOREIRA é consultor na área de planejamento, professor de Macroeconomia do CORECON/RJ e da pós-graduação do IBMEC.

Em silêncio, idosos aguardam atenção

■ POR DIMAS RAMALHO E THIAGO PINHEIRO LIMA

A Constituição da República, em seu artigo 230, impôs às famílias, à sociedade e ao Estado o dever de garantir dignidade e bem-estar aos idosos. Essa ampla responsabilização decorre do reconhecimento de que a tarefa é prioritária e, ao mesmo tempo, complexa, sobretudo se considerarmos o acelerado envelhecimento da população brasileira.

A realidade, entretanto, encontra-se em descompasso com a norma constitucional de forma ainda mais acentuada nestes tempos de pandemia. Dados da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo revelam que 73,1% dos óbitos confirmados de Covid-19 até o dia 21 de maio se referiam a pessoas com mais de 60 anos.

Relatos científicos e estatísticas demonstram que alterações no sistema imunológico e alto percentual de doenças preexistentes verificadas nessa faixa etária potencializam o quadro infeccioso da Covid-19.


O fato de o Brasil ter sido uma das últimas partes do planeta a ser impactada pelo vírus, infelizmente, não impediu a tragédia que testemunhamos diariamente. O mínimo a ser feito agora é colher a experiência de outros países para antever situações e reduzir impactos.

Em maio, a França atingiu 25 mil mortes pela Covid-19, sendo mais de 9 mil em asilos ou casas de abrigo para idosos. Itália, Bélgica, Espanha e Estados Unidos também têm cenário semelhante.

Só o Estado de São Paulo possui 45 mil idosos em 2 mil abrigos públicos e privados, segundo dados do Centro de Apoio Operacional do Ministério Público Estadual. São cidadãos vulneráveis, que muitas vezes sofrem em silêncio e necessitam atenção do poder público, especialmente agora.

É preciso que o Governo do Estado seja proativo e lidere ação coordenada com os Municípios para monitorar diariamente essas entidades, fornecendo equipamentos de proteção individual e produtos de higiene às que necessitarem.

Também é imperativo um plano de ação para evitar a disseminação em massa do vírus, com fluxo definido para atendimento e realização de testes rápidos em todos esses abrigos, isolando os idosos com resultado positivo, ainda que assintomáticos, em local apropriado para acolhimento temporário.

No intuito de alertar os responsáveis e conjugar esforços, participamos de reuniões sobre o tema com o Ministério Público do Estado e com a Secretaria de Desenvolvimento Social. Em paralelo, os órgãos de controle externo seguem atentos a todas as ações que o Estado e os Municípios vêm adotando, com fiscalização concomitante, para o melhor enfrentamento da pandemia em todas as suas frentes. 



ARQUIVO PESSOAL

DIMAS RAMALHO é Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.



ARQUIVO PESSOAL

THIAGO PINHEIRO LIMA é Procurador-Geral do Ministério Público de Contas de São Paulo.



O controle da corrupção na gestão do estado democrático de direito sob pandemia

■ POR JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Uma república sem cidadãos de boa reputação não pode existir nem ser bem governada; por outro lado, a reputação dos cidadãos é motivo de tirania das repúblicas – Maquiavel

Jornais de circulação nacional veicularam, em maio de 2020, notícias de que operações policiais prenderam, no Rio de Janeiro, pessoas integrantes de quadrilha que estava a fraudar e obter vantagens indevidas em contratos administrativos emergenciais, com dispensa de licitação, para a compra de equipamentos necessários ao atendimento de infectados pelo novo coronavírus, internados ou por internar em hospitais públicos. Por mais chocante e desoladora que seja, do ponto de vista da ética e da moralidade pública, a notícia não deveria surpreender aos que exercem as funções essenciais à Justiça, a que se re-

ferem os artigos 127 a 135 da Constituição da República, nem aos órgãos de controle interno e externo da administração pública, nem aos de controle judicial.

Por outro lado, a pandemia está a desafiar a definição de estratégias, estruturas organizacionais e operacionais de ação dos governantes executivos para o atendimento eficiente e eficaz às pessoas infectadas, atendimento esse comprometido pela insuficiência dos recursos financeiros, materiais, humanos e organizacionais dos serviços públicos de saúde, a exigir descortino e presteza de escolhas e atuação, o que pode ensejar equívocos a serem aproveitados pelos oportunistas de plantão.

A natureza humana sempre conviveu, e convive, com os dilemas do confronto entre o bem e o mal, entre pessoas que assumem compromissos com cada um desses lados, ou com nenhum deles – traçando caminhos próprios, pretensamente diferenciados -, irresignados diante das desditas da sorte ou prontos para o crescimento de fortunas ou poderes indevidos, no estado democrático de direito.

Tais fatos e circunstâncias põem aqueles agentes – promotores e procuradores de justiça, advogados públicos e privados, e seus assessores jurídicos, além de controladores e magistrados em geral – em alerta e, não raro, dependendo da criatividade de cada qual, predispostos à concepção de soluções e do manejo de conceitos e instrumentos que correspondam ao que pareceria ser uma realidade desconhecida e alheia à ordem jurídica existente. Daí a sobrevivência de normas e regras de atuação especiais e extraordinárias, que se multiplicam em atos os mais variados, tais como medidas provisórias, resoluções, decretos, pareceres normativos, em todas as esferas da administração direta e indireta dos entes federativos, passando, ou não, pelo crivo dos tribunais judiciais, quanto à sua constitucionalidade, ou dos tribunais de contas, quanto à sua legalidade, economicidade e legitimidade.

Sem falar de iniciativas, que deixam atônito o estado laico, como aquela lançada por meio do Decreto nº 5.194, de 13.05.2020, da Prefeitura Municipal de Ladário, Estado do Mato Grosso do Sul, que convocou “a população Ladarense a vinte e um dias de oração, um dia de jejum e a participação em cerco espiritual de orações na data que determina, clamando por livramento de todo o mal e pela benção do Senhor Deus sobre este município e sobre a nação brasileira, diante do COVID-19”.

Relembrar as relações que a pandemia manterá com a ordem jurídica vigente ou a instigará a manter, sobretudo quanto à aplicação de princípios, normas e conceitos consagrados, independentemente daquela enxurrada de novas regras, é o singelo e despretensioso objetivo deste texto, sobretudo sob a ótica dos órgãos e agentes de controle.

Uma vez que, como curial, os agentes públicos e servidores do estado tendem a pensar, como todos, não apenas a partir dos elementos técnicos de sua formação, mas, também, em razão da experiência que sua idade lhes haja permitido acumular, vale a pena transcrever, em arremate a este introito, a escala definida por DOMENICO DE MASI – o festejado sociólogo italiano autor do best-seller *O Ócio Criativo*, de duas décadas atrás –, em seu mais recente livro, *O MUNDO AINDA É JOVEM* (São Paulo: Ed. Vestígio, 2019, p. 47-48, trad. Sieni Cordeiro Campos e Reginaldo Francisco):

Aos 30 anos de idade, eu estava convencido de que os trintões eram o coração da Terra: os cavaleiros da luz cheios de amor e transgressão, destinados a consertar o mundo antes

“A pandemia não afasta, nem escusa, a responsabilidade do agente público, que, no direito administrativo, é mais grave do que no direito privado. Aqui, o norte é o *neminem laedere* (a ninguém lesar), enquanto que lá há um dever de agir sempre, quando e como a ordem jurídica o prescreva.”

que as regras conseguissem subjugar as emoções, antes que o mundo os ferisse de morte ao integrá-los a seus mecanismos. Aos 40, estava convencido de que os quarentões eram o sal da Terra: as tropas de assalto destinadas a substituir os dominadores pelos líderes; finalmente capazes de dar sentido às emoções e sentimento às regras. Aos 50, eu estava convencido de que os cinquentões eram a mente da terra, os depositários das ciências puras e aplicadas, da arte e da organização, da paz e da guerra; capazes de impor uma regra até às emoções. Aos 60, estava convencido de que os sessentões eram a síntese da Terra, o estuário das dialéticas, o ponto de convergência do máximo de indignação com o máximo de tolerância, em que a emoção e a regra, cansadas de batalhar, finalmente se casam compondo uma totalidade. Aos 70, estava convencido de que os setentões eram os marcos quilométricos da Terra, a quem o mundo confia sua rota quando, desorientado, precisa de um modelo ao qual se referir para distinguir o bem do mal, o verdadeiro do falso, o belo do feio. Aos 80, estou convencido de que minha geração é a energia da Terra: os dispensadores de coragem e equilíbrio, os cultores intransigentes da justiça e da alegria, os amantes conscientes das obras e dos dias, um pouco mais próximos da morte e, portanto, um pouco mais enamorados da vida. Aos 90 – admitindo que eu chegue lá -, estarei convencido de que as pessoas de 90 serão testemunhas da vida sobre a Terra, as únicas autorizadas a certificar e garantir a persistente juventude do mundo. Aos 100 anos, finalmente compreenderei o que Heráclito, o Obscuro, tentava dizer quando escreveu que ‘o tempo é uma criança que brinca’.

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O primeiro dos paradigmas do controle da administração pública no estado democrático de direito contemporâneo é o da supremacia da Constituição, dado que nela se inscrevem os valores, princípios e normas que a sociedade tem por essenciais como pauta de direitos individuais e sociais fundamentais, bem assim das políticas públicas que os tornarão efetivos para todos, sem exclusão, nos campos da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados (artigos 6º, 193 e seguintes da Carta de 1988).

Não há, na vigente Constituição brasileira, dispositivo que, direta e expressamente, correlacione o poder judiciário com o tema do combate à corrupção. Mas é óbvio que, ao incluir, entre os direitos e garantias fundamentais - todos providos de eficácia imediata (art. 5º, § 1º) -, o de que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), nossa Carta

Política incumbe o judiciário de zelar pela seriedade das relações que se estabeleçam entre as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas - empresariais ou sem fins lucrativos -, os órgãos e entidades estatais, paraestatais, da sociedade civil ou não-governamentais.

Lesões à boa fé, à idoneidade ou à lisura que devem presidir essas relações se encontram entre as que ao judiciário impende analisar, com o fim de coibir desvios ofensivos aos fundamentos do estado democrático de direito (art. 1º - soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político), mediante a aplicação de corretivos, preventivos ou repressivos, previstos na ordem jurídica, a partir da própria Constituição.

A corrupção é desvio de conduta apto a causar lesão ao interesse público e ao bem comum porque, mediante paga escusa e procedimentos maliciosos, beneficia a poucos em detrimento de muitos. Manipula recursos materiais que haveriam de ser aplicados no atendimento àqueles direitos individuais e sociais fundamentais, que são da titularidade de todos. Traça estratégias para dominar a governança e a governabilidade – que haveriam de ser geridos com impessoalidade e probidade –, no propósito de favorecer interesses sectários e egoísticos, que certamente seriam censurados se submetidos ao escrutínio da sociedade. Por isto que a corrupção fraudava, em suas vísceras, a isonomia e a transparência inerentes ao estado democrático de direito, ao lado de outros princípios a que devem obediência todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - art. 37, *caput*).

A corrupção é patologia da conduta humana que põe em cheque a ordem jurídica, seja no âmbito do direito privado (agrada a boa-fé objetiva e a eticidade que devem sustentar as relações jurídicas contratuais, na dicção do art. 422 do Código Civil) ou do direito público (configura as hipóteses de improbidade administrativa destacadas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 02.06.1992, que regulamenta a aplicação do art. 37, § 4º, da Constituição da República). E quando vicia, em grau e modo específicos, a conduta daqueles que interagem com o estado e seus agentes, pode tipificar os crimes contra a administração pública definidos no Código Penal (artigos 312 a 359-H).

Diante de notícias e indícios de crimes de corrupção ou de atos ímprobos na gestão pública, as instituições fiscalizadoras, tais como o ministério público e os tribunais de contas, podem e devem levar o caso à apreciação judicial, pela via acionária própria, para apuração e aplicação de penalidades, se aqueles forem comprovados em processo regular, ou seja, garantido o exercício da ampla defesa e do contraditório, posto que, no estado democrático de direito, também os acusados são titulares de direitos limitadores da ação dos poderes constituídos (CR/88, art. 5º, incisos LIII a LXVIII). E não apenas aquelas instituições fiscalizadoras; também são legitimados a denunciar às Cortes de Contas irregularidades ou ilegalidades quaisquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (CR/88, art. 74, § 2º).

Resulta que todos os atos que viciam a gestão pública, entre os quais os de corrupção ativa ou passiva e de improbidade, hão de ser submetidos a julgamento pelo judiciário, no momento oportuno, por iniciativa do órgão a tanto legitimado, no desempenho de sua competência institucional. Segue-se a pergunta que importa ao tema em testilha: estará o judiciário, seus juízes e servidores, preparados para

processar e julgar aqueles atos, segundo princípios e normas constitucionais e legais, com a higidez e os escrúpulos próprios do estado democrático de direito?

Justifica-se a indagação não, propriamente, para responder se o aparato judicial brasileiro é estruturado e equipado o suficiente para cumprir a promessa que o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição faz aos brasileiros – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Os vetores da economicidade e da eficiência se aplicam ao funcionamento de todos os poderes públicos, logo também ao judiciário. Notório que este se debate com crônicas dificuldades de recursos para bem cumprir a promessa constitucional. Mas é este o ponto de partida para o exame do tema proposto.

Como o judiciário não é, ordinariamente, gerador de receitas próprias – e quando o é, o índice é exíguo (em média, até 15% do orçamento anual de um tribunal), através de fundos instituídos por lei para arrecadar e aplicar, na manutenção do próprio poder, valores correspondentes a taxas, emolumentos e custas judiciais (CR/88, art. 98, § 2º) -, torna-se dependente de repasses pelo executivo, que correspondem, no mínimo, à satisfação das despesas com pessoal (em torno de 80 a 85% do orçamento global de um tribunal), que não podem ser atendidas por verbas daqueles fundos especiais, por expressa vedação constitucional e legal.

As estatísticas dos tribunais brasileiros no século XXI evidenciam que o estado, suas entidades vinculadas (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista) e as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos essenciais (telefonía, energia elétrica, gás, água e esgoto, transportes coletivos) são os principais réus em volume de demandas levadas à justiça pelos cidadãos, pelo ministério público e pela defensoria pública, seja para reparar danos decorrentes de suas ações ou omissões, para cobrar o cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, ou para o pagamento de valores indenizatórios de que o estado ou seus agentes possam ser devedores.

Excetuados os próprios juízes, os fiscais da ordem jurídica e os credores daqueles valores e obrigações, aos inadimplentes, públicos ou privados, pouco interessa que o judiciário disponha dos meios necessários a que funcione em tempo razoável. A engrenagem estatal regateia recursos financeiros suficientes para o custeio de programas de modernização administrativa e métodos ágeis de gerenciamento da máquina judiciária, o que contribui para retardar o andamento dos processos. Não se chega ao ponto de dizer que tal postura configure corrupção, mas que estimula a leniência do estado para consigo mesmo em face dos deveres jurídicos que lhes sejam impostos por decisões judiciais. Em outras palavras: a conduta orçamentária do estado deveria guardar, em síntese, índole ética na relação entre os poderes públicos e as expectativas da sociedade, contudo assim tende a não ser, sempre ao pretexto de que há outras prioridades. Nada obstante, os direitos sociais consagrados na Constituição não serão respeitados sem um judiciário cômico de suas responsabilidades e apto a bem desempenhá-las, tal o juramento de cada magistrado ao assumir o cargo – “cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis”.

Apontadas as dificuldades dos recursos organizacionais, materiais e financeiros, passa-se ao aspecto crucial do tema: o preparo dos recursos humanos. Isto porque a corrupção não tem por alvo, apenas, servidores dos poderes executivo

e legislativo. Como fenômeno cultural inerente à natureza humana e à educação das pessoas, decerto que os agentes e as práticas corruptoras rondam igualmente o judiciário. Ingênuo seria pensar o contrário.

Todo juiz é agente político do estado. Há de ser independente para bem aplicar o direito ao caso concreto e julgá-lo segundo as provas colhidas em harmonia com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. As Constituições brasileiras sempre adotaram, desde a do Império, de 1824, o sistema da jurisdição única, ou seja, nenhum outro poder que não o judiciário ostenta competência para decidir conflitos de direito em caráter definitivo, o que equivale a dizer que todo conflito não resolvido, mais dia, menos dia, mediante provocação da parte legítima, acabará na mesa de um juiz, que o decidirá em favor de um dos litigantes, tenha o litígio a natureza que tiver – cível, penal, empresarial, administrativo, tributário, trabalhista.

O somatório de poderes instrumentais enfeixados pela lei nas mãos do juiz é considerável – pode mandar prender ou soltar, penhorar ou livrar o patrimônio, estabelecer débitos e créditos, determinar pagamentos ou deles liberar, absolver ou condenar. São instrumentais porque não constituem um fim em si mesmos, mas o meio de realização do direito justo. Quanto maiores os interesses em lide, maior a tentação de assediar o juiz com propostas que habilitem a obter ganhos, evitar ou reduzir perdas, protelar o desfecho do processo. Quanto maior o despreparo emocional e ético do juiz, maior a probabilidade de confundir a instrumentalidade de seus poderes com onipotência, que, ao invés de fortalecer o juiz, o deixará vulnerável ao assédio corruptor.

O folclore forense registra que, certa feita, em comarca do interior, um advogado matreiro foi contratado para defender os interesses de um dos poderosos da região, em singela ação de despejo. Ao inteirar-se do caso, veio a saber que o juiz do processo não aceitava favores, por mais inocentes que aparentassem ser. Comprou um exemplar de livro do gênero que apurara ser o da preferência do juiz e remeteu-lhe de presente. Ganha a causa, gabou-se com o cliente dos efeitos da artimanha. Quando este demonstrou sua surpresa em razão da reputação do magistrado, o advogado esclareceu que mandara o livro em nome da parte contrária. A corrupção avança a patamares bem mais graves e insidiosos que os do folclore, porquanto, abrangente, dissemina o descrédito da sociedade em suas instituições.

Para ilustrar como a corrupção corrói a credibilidade das instituições - também o judiciário - recordem-se dois episódios que, nada obstante ocorridos há mais de vinte anos, ainda hoje são referidos: o das fraudes previdenciárias que, na década de 1990, foram objeto de apuração pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, desaguando na condenação de advogados, procuradores e juízes, que se haviam conluiado na liberação de valores de benefícios previdenciários e acidentários indevidos; o do desvio de verbas destinadas à construção de nova sede de tribunal regional do trabalho, em São Paulo, culminando com a condenação de empresários, políticos e do juiz presidente da Corte, que se haviam associado para lesar o erário. Os juízes perderam o cargo por efeito da condenação. Mais recentemente, um juiz foi denunciado por fazer uso pessoal e privado de veículos apreendidos a um empresário, como garantia de dívidas objeto de processo judicial; o juiz foi afastado das funções e responde aos procedimentos pertinentes.

DIREITO E PANDEMIA

A pandemia pode e deve ser associada a um clássico conceito da ciência do direito, qual seja o de álea. Álea é o teor de acaso que acompanha todas as condutas e decisões humanas, ou seja, tudo o que pode dar certo também pode dar errado, dependendo das circunstâncias, cabendo a cada um assumir as consequências de suas escolhas e de sua capacidade de prever efeitos e resultados. É o que se chama de álea ordinária, e sua ocorrência não altera atos jurídicos produzidos e contratos celebrados, seja no âmbito privado ou público, ou seja, a ninguém é dado esquivar-se de cumprir as obrigações que assumiu a pretexto de que os resultados esperados não aconteceram em razão de uma álea ordinária.

Mas há áleas que ultrapassam a capacidade de previsão e de controle dos agentes e titulares de direitos quando definem seus encargos e obrigações em face da sociedade, do estado ou do outro, de acordo com a Constituição, as leis vigentes e as cláusulas contratuais estabelecidas e aceitas - estas são as fontes primárias do direito. Essas segundas áleas são chamadas de extraordinárias, porque a elas a vontade humana não consegue se opor, nem resistir, por isto que, quando ocorrem, o direito admite a revisão dos atos expedidos e dos contratos firmados anteriormente, para salvar o que deles for possível diante da álea extraordinária sobrevinda, ou reconhecer-se a exaustão do direito. São áleas extraordinárias a força maior e o caso fortuito. A pandemia nada mais é do que uma álea extraordinária universal.

Nada há de novo nisto, do ponto de vista da ciência jurídica.

O sistema do direito brasileiro filia-se à escola romano-germânica de estruturação da ordem jurídica, cuja raiz remonta ao direito romano da antiguidade, que conhecia pandemias e as associava ao conceito de força maior ou caso fortuito. Basta registrar que, no ano de 542 da era cristã, ocorreu o que passou à história como “peste de Justiniano” (então imperador romano), tida como a primeira pandemia de peste bubônica e pneumônica, “extremamente virulenta e com elevado índice letal. Começou em Pelusa, no Egito, de onde passou ao Oriente médio e à Europa ocidental, marchando sempre do litoral para o interior... Só em Constantinopla fez 10 mil vítimas. Dada a gravidade da afecção pulmonar, esperava-se a entrega do espírito a cada espirro. Donde o costume de dizer à vítima: Deus te abençoe” (*apud* Enciclopédia Britânica do Brasil, vol. 8, 1997, p. 3.897).

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, professor de direito romano e civil antes de tornar-se Ministro do Supremo Tribunal Federal, na década de 1970, lecionava que “os termos *casus fortuitos*, *ius maior* e similares eram empregados nas fontes para designar diversas hipóteses (por exemplo: terremotos, incêndios, naufrágio, guerra) em que a obrigação se extinguiu por impossibilidade objetiva da prestação, e o devedor, a quem o fato danoso não poderia ser imputado, se eximia, em consequência, da responsabilidade. Nem mesmo no direito justinianeu, os jurisconsultos formularam um conceito abstrato que abrangesse todas as hipóteses em que isso ocorria, referidas nos textos. É certo que do casuísmo das fontes pode-se inferir, de modo geral, que o caso fortuito ou força maior era o acontecimento decorrente da natureza ou de fato do homem, por via de regra imprevisível, a que o devedor não podia resistir, e que acarretava a impossibilidade objetiva da prestação” (*Direito Romano*, vol. II. São Paulo: Forense, 2ª ed., 1972, p. 50).

Assim igualmente ensinava SÍLVIO MEIRA: “Nas hipóteses de caso fortuito e força maior, em que houvesse desaparecimento ou perecimento da coisa, o devedor não era responsável” (Instituições de Direito Romano, vol. 2. São Paulo: ed. Max Limonad, 4ª ed., 1971, p. 417).

O vigente Código Civil brasileiro, de 2002, mantém o conceito que sempre esteve em nosso direito positivo. De seu art. 393 se extrai que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior. Alerta ANDERSON SCHREIBER que “Parte da doutrina sustenta a diferenciação entre os conceitos de força maior e caso fortuito, enxergando na primeira fato natural inevitável, como as enchentes ou os terremotos, e, no segundo, um evento humano insuperável, como uma greve ou os chamados atos do Príncipe, medidas adotadas pelo Poder Público que impeçam o cumprimento da obrigação pelo devedor. Tal distinção, todavia, assume, entre nós, caráter meramente acadêmico, uma vez que tanto o Código Civil de 1916 quanto a codificação atual trataram de caso fortuito e força maior como sinônimos perfeitos, definindo-os como ‘o fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir’. A definição afasta também a tese de que a imprevisibilidade é requisito do caso fortuito ou de força maior. Em nosso direito civil, não importa se o evento poderia ter sido ou mesmo se foi previsto pelo devedor, em que pese alguma insistência dos tribunais em perquirir a imprevisibilidade dos fortuitos. Se o evento era inevitável, e implicou inadimplemento, há caso fortuito ou força maior, e o devedor não responde por perdas e danos, pela simples razão de que o prejuízo deriva de causa alheia à sua conduta. Trata-se, portanto, de fator estranho à cadeia causal, apto a romper o nexo de causalidade inicial entre a atividade do agente e o dano” (Manual de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: ed. Saraiva, 2ª edição, 2019, p. 380).

O direito administrativo, em sua evolução como ramo autônomo das ciências jurídicas, a partir de fins do século XIX, incorporou a estrutura dos conceitos do direito civil e os ajustou à presença condicionante do interesse público. Assim também se observa em relação ao conceito de força maior ou caso fortuito. Como notou DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “O acontecimento imprevisível ou aquele que, embora previsível, esteja além das possibilidades de vir a ser evitado por qualquer das partes, também poderá ser causa de extinção do contrato de concessão. Cabem, nesta categoria, as hipóteses gerais clássicas da *vis major*, como sejam as epidemias, greves, revoluções, guerras, cataclismos...” (Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: ed. Forense, 16ª ed., 2014, p. 492).

Outra não foi a orientação da Lei Geral de Licitações e Contratações, nº 8.666, de 1993, ao dispor, em seu art. 65, II, “d”, que os contratos administrativos podem ser alterados, por acordo das partes, “para restabelecer a relação que pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária ou extracontratual”.

Em suma, portanto, seja nas relações contratuais privadas ou públicas, a pandemia haverá de ser tratada como álea extraordinária, o que não significa dizer que

todas as obrigações contratadas estarão automaticamente resolvidas. Significa que, a cada caso, as partes deverão verificar se a pandemia inviabiliza o cumprimento das obrigações porque rompe o equilíbrio da equação econômico-financeira do contratado, impondo ônus insuportáveis para uma das partes ou para ambas, de modo a impedir a execução apta a alcançar as finalidades que haveriam de resultar atendidas do quanto se pactuou. Assim é, e deve ser, porque à álea extraordinária não dá causa qualquer dos contraentes, sendo ela, como é, externa e irresistível à vontade das partes em relação ao cumprimento do contratado. O direito conhece a responsabilidade sem culpa (a objetiva do art. 37, § 6º, da vigente Constituição da República), mas não a responsabilidade sem causa.

Por outro lado, e retomando a evocação da relevância dos princípios na ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988, impõe-se praticá-los como bússola do processo administrativo, sede formal necessária em que os gestores decidirão, com base em estudos e pareceres técnicos e cientificamente norteados, sobre a solução que superiormente atenda ao interesse público, no caso de que se ocupar o processo, garantida a participação dos particulares diretamente interessados, como quer o art. 5º, incisos LIV e LV, da Magna Carta vigente, incisos que, ao contrário do que poderia parecer à primeira leitura, não se restringem a matéria punitiva. Sempre que administração e particular ingressem em área conflituosa de interesses, o processo administrativo será a sede adequada para dirimir o conflito e encontrar a solução adequada. Também assim deve ser quando o conflito disser respeito à revisão dos termos de contrato administrativo, por força de suscitada ruptura de sua equação econômico-financeira.

Não por outra razão os §§ 1º e 2º, do art. 58, da Lei Geral das Licitações e Contratações (nº 8.666, de 1993), advertem que “As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”, certo que “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”. A sede própria para essa revisão só poderá ser o processo administrativo, obediente à principiologia alinha no art. 2º da Lei nº 9784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a saber: “legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”, com os critérios definidos nos treze incisos do parágrafo único do mesmo dispositivo. Nenhum sentido jurídico há, diante da Constituição e da legislação, que autoridades públicas suponham que possam introduzir alterações na ordem administrativa, mediante normas de inferior hierarquia, afetando interesse públicos e particulares, fora dos autos de processo administrativo assim conduzido e instruído, ao pretexto de aproveitarem-se de momento de incertezas institucionais e de pandemia.

O processo administrativo traduz uma das possíveis aplicações do princípio da boa administração, consagrado no cenário da União Europeia, no art. 41 de sua Carta de Direitos Fundamentais, proclamada aos 07.12.2000, nos seguintes termos: “Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos

que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões”.

A pandemia não afasta, nem escusa, a responsabilidade do agente público, que, no direito administrativo, é mais grave do que no direito privado. Aqui, o norte é o *neminem laedere* (a ninguém lesar), enquanto que lá há um dever de agir sempre, quando e como a ordem jurídica o prescreva.

OS PONTOS DE TENSÃO NO COTIDIANO DOS CONTROLADORES

Há pelo menos dez visíveis cenários de tensão desenhados perante as instituições de controle interno e externo da gestão pública, ao se oporem à corrupção e à improbidade administrativa, em situações de álea extraordinária, notadamente tratando-se de pandemia.

1º Diz-se que todo homem ou mulher tem o seu preço; isto se aplica aos controladores, incluindo juízes, juízas e servidores da justiça em geral? Se assim for, e não se duvida que possa ser - tal a comprovada universalidade do axioma e o fascínio que o poder exerce sobre o gênero humano -, é indispensável que esses agentes sejam selecionados com rigor nos concursos públicos, e não apenas no sentido de conhecimentos técnicos jurídicos, mas rigor no sentido de identificar nos candidatos a vocação para distribuir justiça de acordo com os postulados inscritos no art. 139 do Código De Processo Civil de 2015, em vigência desde 18 de março de 2016: “o juiz dirigirá o processo... incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias...”.

2º A deontologia jurídica deixou de ser matéria ministrada nos cursos de bacharelado em direito há duas gerações (cerca de quarenta anos), tampouco, salvo exceções pontuais, ocupa a grade regular dos cursos de especialização ministrados nas escolas da magistratura, da advocacia e do ministério público, como se a aprovação em concurso público ou o exame de ordem bastasse para vacinar esses profissionais contra o germe da corrupção. Ao contrário, tão resistente é este que nenhuma demasia haveria em, como antídoto, falar-se dele desabridamente e mostrarem-se os seus efeitos deletérios repetidamente, durante toda a formação desses profissionais e ao longo do exercício de suas funções. Sublinhe-se que, desde a década de 1980, os quadros da magistratura vêm sendo preenchidos por profissionais cada vez mais jovens, não sendo raro que, para alguns, o cargo de juiz coincida com o do primeiro emprego. Basta ilustrar com o fato de que era de 29 anos a idade média dos 35 candidatos aprovados no concurso de ingresso na magistratura de carreira do Estado do Rio de Janeiro, em janeiro de 2015, sendo que o mais jovem contava 27 anos.

3º A corrupção tem incorporado a suas práticas refinamentos e sofisticções tecnológicas que disfarçam autorias, métodos, procedimentos, beneficiários; as instituições fiscalizadoras e o judiciário haveriam de adotar providências que os habilitassem a desvendá-los, o que demanda investimentos em cursos e treinamentos especializados, no Brasil ou no exterior. Os casos de êxito no combate à corrupção em rede – as chamadas “organizações criminosas” - contam com profissionais que tiveram a oportunidade de receber tal preparo e o aplicaram na

condução de investigações e processos, porém ainda são poucos para fazer face à dimensão do problema, num mundo em que a globalização sócio-econômica também pode ser posta a serviço da corrupção.

4º- Formação continuada, seja quanto à ética peculiar do controle, especialmente pelo judiciário, seja quanto ao domínio de técnicas e tecnologias específicas, são ferramentas relevantes, contudo devem vir acompanhadas de renovada compreensão acerca das rotinas litúrgicas de um tribunal; certa liturgia é inerente ao cotidiano das cortes, cujo ambiente não prescinde de serenidade, recato e hierarquia funcional; mas há exageros que, eventualmente, podem favorecer, direta ou reflexamente, os descaminhos da corrupção, tais como atos e audiências em segredo de justiça além dos casos expressamente previstos em lei; intervenção do judiciário na gestão de meios de órgãos administrativos; compartilhamento externo de informações ainda restritas aos autos do processo; excessos no uso de linguagem incomum para os destinatários das decisões, por isto mesmo sujeitas a manipulações do entendimento sobre o sentido do que se decidiu; alinhamento de juízes a preconceitos externados por órgãos e agentes incumbidos da apuração, posto que também a eficácia (aptidão para produzir resultados de interesse público) do trabalho destes influenciará o julgamento, exigindo equidistância de quem controla e julga.

5º- Magistrados e controladores em geral devem estar pessoalmente preparados para o exercício de suas respectivas funções, mas não apenas. Necessitam de contar com o apoio da instituição a que servem, o que inclui acompanhamento permanente por seus órgãos correicionais, seja para prevenir ou sancionar condutas inadequadas, seja para proteger contra pressões ilegítimas, qualquer que seja a sua origem, inclusive de outros poderes do estado. O juiz, no estado democrático de direito – adotado, recorde-se, o sistema de jurisdição única -, é juiz de todos, de ricos e pobres, de poderosos e humildes, de letrados e ignorantes, de homens, mulheres, crianças e idosos, de empresários privados e autoridades públicas; e a todos deve prestar a jurisdição com independência, sobriedade e isonomia. Espere-se que os órgãos correicionais não cedam a pressões para expor juízes e servidores a constrangimentos desnecessários, sem embargo da firmeza de sua atuação no saneamento de comprovados erros e desvios.

6º- Elevado nível de *stress* acompanha o dia-a-dia das funções de quem controla e julga, cujo equilíbrio emocional é indispensável para o respectivo desempenho. Alguns poucos tribunais têm disponibilizado, em sua estrutura permanente, serviços de apoio psicológico. Sentimentos extremos e antagônicos convivem no cotidiano das funções judicantes e de controle, tais como impotência para resolverem-se as demandas em prazo breve, como seria desejável, ou se imagina que tudo se resolva por força de uma ordem judicial (uma ordem judicial não altera a natureza das coisas – pedras não voam ainda que o juiz assim ordene); culpas por não haver encontrado a solução pacificadora do conflito em definitivo, ou alheamento da realidade que contorna o sofrimento da frustração pela eternização do processo. Estados psíquicos, enfim, que a corrupção pode e sabe manejar, incluindo o envolvimento de familiares.

7º- O exercício das funções confronta os magistrados e agentes de controle com desafios renovados a cada passo, a cobrar-lhes equilíbrio emocional, conhecimento especializado, sabedoria na dosimetria do poder, permanente treinamento, tudo a recomendar remuneração condizente e a salvo de idiossincrasias governamentais e oscilações orçamentárias. Daí a regra do art. 168 da Constituição, que manda

o executivo liberar os duodécimos dos recursos devidos aos tribunais e órgãos fiscalizadores até o dia 20 de cada mês, o que nem sempre se mostra financeiramente possível, gerando circunstâncias que também podem ser aproveitadas pela sedução corruptora.

8º- Os ventos de mudança nas relações entre o público e o privado, no estado democrático de direito, alcançam uma relação que sempre foi complexa, qual seja a do agente com o jornalista. O juiz ou o controlador, como agente político do estado, cumpre o dever de aplicar o direito para resolver conflitos de interesses que lhe são submetidos; o jornalista, como agente de empresa privada lucrativa e independente, cumpre o dever de informar com idoneidade. Ambos os deveres têm sede na Constituição e correspondem a direitos assegurados à sociedade e aos indivíduos em geral, mas o controlador ou juiz também tem o dever de evitar que a exposição midiática dos conflitos embarace o curso dos processos em andamento, ainda que não sejam sigilosos, ao passo que haverá conflitos cuja exposição pela mídia constituirá notícia de interesse da sociedade. Eis a raiz da dificuldade da relação: os termos da exposição do conflito. As tentativas de harmonizar a relação afastam-se da essência da dificuldade quando pretendem conduzi-la para o campo dos sentimentos ou do uso recíproco. Equivocado o primeiro porque controladores ou juízes e jornalista não são amigos, nem inimigos ou adversários, no exercício de suas respectivas funções. São profissionais que se devem respeito e consideração em face dos relevantes papéis que desempenham em favor das liberdades e da democracia. Equivocado o segundo porque nem o jornalista deve ver no agente, apenas, a fonte de notícias a ser conquistada, nem o agente deve ver no jornalista meio de acesso à notoriedade. Ao agente público pouco ou nada importa se o caso que está a analisar constitui, ou não, notícia. O agente não escolhe os processos. Recebe-os por distribuição aleatória, sejam vultosos ou módicos os valores financeiros decorrentes do conflito, envolventes ou não de celebridades. Deverá resolvê-los com discricção, aplicando o que lhe pareça ser o direito justo, à vista das provas produzidas, em tempo razoável. E este varia conforme a natureza da causa e a necessidade de dilação probatória de maior ou menor extensão e complexidade. Os primeiros fiscais naturais de seu trabalho são os advogados que patrocinam as partes em litígio. Os segundos fiscais são os magistrados de grau superior, que examinarão os recursos interpostos pelos litigantes contra as decisões proferidas. Os terceiros fiscais são os membros do ministério público (promotores e procuradores de justiça), que acompanham os processos com o fim de assegurar a observância da lei e do interesse público. Do jornalista não se pode exigir conhecimento jurídico equivalente ao do agente. A sua função de informar funda-se na retidão ao apurar e transmitir os fatos e suas personagens, bem como na sensibilidade de interpretar o que seria, ou não, de interesse da população conhecer e criticar. A população é o único fiscal da qualidade da notícia que a empresa jornalística lhe oferece como produto, tanto que o compra ou o rejeita. Eventualmente, caberá ao juiz julgar o jornalista que tenha abusado do direito de informar e, ao fazê-lo, lesou direitos da personalidade de terceiros. Como caberá ao jornalista transmitir à sociedade dados que a habilitem a julgar o juiz ou controlador quando este se desvia de sua missão constitucional. Tratamento respeitoso e cordial, porém independente e profissional, é o que, na relação agente-jornalista, produzirá o que deles esperam a sociedade pluralista e o

estado democrático de direito. Relação essa que também poderá sofrer performáticas intervenções corruptoras, para elevar ou reduzir responsabilidades, exagerar ou minimizar fatos, desacreditar a isenção do julgamento, inclusive fazendo uso deletério de ferramentas de rede social.

9º- A constitucionalização do direito, embora fenômeno universal dos estados democráticos de direito, não se desvincula, exatamente por ser constitucional, da ambiência cultural em que se desenvolve. Importa antes compreender as motivações de um texto constitucional (as funções que desempenha no dia a dia da nação e com quais finalidades), do que definir o que é uma constituição (a descrição de sua forma preceptiva). Thomas Jefferson, em 1776, escreveu os fundamentos da Constituição dos Estados Unidos da América tendo como verdade evidente por si só (“*we hold these truths to be self-evident*”) que todos os homens são criados iguais e como titulares de direitos inalienáveis, entre os quais a liberdade e a busca da felicidade. Para assegurar tais direitos, ditava, os governos dispõem de poderes derivados do consentimento dos governados (“*consent of the governed*”), seguindo-se que estes têm o direito de destituir qualquer governo que venha a desviar-se da proteção devida àqueles direitos humanos fundamentais. Nada obstante, o mesmo Jefferson era dono de escravos e, em acordo com os demais líderes da época, não considerou que o direito de propriedade devesse subordinar-se à liberdade e à busca da felicidade com que nascem todos os homens. O que significa que, por trás e à margem de toda postura constituinte, bem como dos princípios e normas que gera, tecem-se pactos políticos, econômicos, sociais e corporativos que os condicionam e somente fazem sentido se compreendidos em seu contexto histórico-cultural, por isto que podem ser campo fértil para propostas enevoadas e corruptoras, sob rótulos que se auto proclamam justificáveis em seus respectivos contextos. É a síntese das conhecidas escusas de que “se fez o que outros sempre fizeram”, ou que integra o “jogo do poder”, por isto que desculpável. Ou que se impõe conter eventuais abusos no exercício da autoridade.

10º- Visto pelo prisma do desenvolvimento, o estado democrático de direito convive com pelo menos três concepções, experimentadas ao longo do século XX – a do estado liberal, a do estado da promoção social e a do estado regulador -, nenhuma delas imune às investidas da corrupção. Quando se trata de compreender os controles que a sociedade deve exercer sobre o estado organizado segundo a democracia e o direito, uma didática explicação dos modernos compêndios compara-os aos sinais de trânsito (vg Loveland, Ian - *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights*. Londres: Oxford University Press, 7ª ed., 2015). Os teóricos da “luz vermelha” (estado liberal) concentram prioridade nos meios de impedir a intervenção governamental sobre a autonomia individual (na CR/88, art. 170, IV e parágrafo único). Os teóricos da “luz verde” (estado da promoção social) sustentam que o governo deve submeter a autonomia individual à realização do bem-estar coletivo e à efetivação dos direitos sociais (na CR/88, art. 6º). Os teóricos da “luz amarela” (estado regulador) ponderam que as necessidades individuais se distribuem por amplo espectro sócio-econômico-cultural, exigente de estrutura flexível e controle sobre a dosagem das intervenções do estado (na CR/88, art. 174). A cor vermelha indica ser proibido avançar sobre a livre concorrência, desde que leal; a verde estimula a satisfação do bem-estar das pessoas, observados os limites de velocidade; a amarela acende sempre que erro ou má-fé houver no planejamento

da rota ou no ritmo que se imprima ao veículo, sempre em movimento. A didática das cores pode esbarrar no daltonismo das instituições governamentais, inepto para identificar quando o muito é demais e o pouco não é o bastante para se chegar a destinos desafiantes de consenso, no prazo planejado e respeitadas as características do veículo de que se disponha. Governos politicamente daltônicos concorrem para situações de crise porque baralham as cores ou não as distinguem. O excesso ou a escassez do vermelho, do verde e do amarelo produzirão desordem no trânsito da produção eficiente de bens e serviços, da justa distribuição do trabalho e da renda, da educação e da saúde de qualidade para todos, do respeito à segurança pública e das relações jurídicas, do equilíbrio entre receitas e despesas, da probidade na gestão pública. Inverter ou remover os sinais trará caos ao trânsito. É preciso compreender o significado de cada cor e debater sobre os cruzamentos, avenidas e acessos onde devem ser reforçados os semáforos existentes, instalados os ausentes ou retirados os dispensáveis. Motoristas, pedestres, condutores e passageiros devem manifestar-se, pois sabem, ou deveriam saber, onde a sociedade estará mais exposta a acidentes, atropelamentos e morte. As personagens desse trânsito responderão às instâncias competentes, sem exceção, pelas infrações àqueles sinais, seus resultados e a intenção com que as cometeram. O debate permanente entre os atores sociais em busca de consensos traduz a democracia; a prevenção e a reparação de danos civis, criminais, administrativos e ambientais significam o direito. Consenso, prevenção e reparação que não se coadunam com práticas corruptivas, porém podem ser por elas contaminados.

CONCLUSÃO


Recorra-se à perspectiva do cientista político. O estado democrático de direito pretende virar pelo avesso o mais tenebroso caráter do poder, como explica Bobbio e basta, à guisa de conclusão, para apreenderem-se os contornos da realidade dos fatos postos à vista da sociedade brasileira e com frequência crescentes levados à apreciação dos tribunais judiciais e de controle externo:

A tendência do poder para imitar a potência de Deus sempre existiu. Pense no que é a democracia em relação à autocracia. A democracia é a tentativa de tornar o poder visível a todos; é, ou deveria ser, poder em público, ou seja, aquela forma de governo em que a esfera do poder invisível está reduzida ao mínimo. Como poderiam ser eleitas pessoas que não se deixam ver? A autocracia não pode dispensar o gabinete secreto, que é exatamente o lugar no qual o poder é o menos visível possível. As decisões devem ser tomadas em segredo porque o povo não deve conhecer, não deve saber... As decisões de poder devem ser secretas, ainda que o poder, para ser poder, deva de algum modo manifestar-se. Pense nas grandes festas, nos arcos do triunfo, na pompa ostentada, na carruagem real que passa em meio às duas alas da multidão. O poder se esconde e ao mesmo tempo se manifesta para tentar atrair a atenção, para seduzir o povo com a pompa e o fausto. É invisível, mas tem necessidade de se fazer ver. Com o segredo, o poder busca inculcar temor; com a pompa e o fausto, o poder tenta seduzir. Temor e respeito estão estreitamente ligados à questão do segredo do poder. O poder quer ser temido e respeitado. O temor e o respeito estão atados... Tanto o temor quanto a veneração são dois comportamentos de submissão: o primeiro com o terror, o segundo com a admiração... na triste ocorrência da corrupção, maior a arbitra-

riedade dos funcionários e dos políticos, maior o seu poder de tomar decisões arbitrárias, tanto mais fácil corrompê-los. Com frequência as propinas são cobradas por indivíduos que ocupam cargos públicos a partir dos quais exercem um certo poder discricionário. A discricionariedade deve ser entendida em sentido amplo. Até os contínuos podem ter o poder de apagar a seu bel-prazer o processo de transferência de documentos de uma repartição para outra. Em contrapartida, quanto mais o desempenho dos políticos e dos funcionários está sujeito a regras e verificações, menor é a possibilidade de corromper. A transparência é de um elemento fundamental para o funcionamento da democracia: ela permite o controle por parte dos cidadãos sobre as atividades dos governantes, que funda e legitima a democracia representativa. A delegação de poder por parte dos cidadãos aos seus representantes pressupõe de fato a possibilidade de conhecer, avaliar e eventualmente sancionar o seu desempenho. Isto vale tanto para os representantes eleitos, que têm a tarefa de tomar as decisões políticas, quanto para os administradores de carreira, que devem implementar aquelas decisões (Bobbio, Norberto, et Viroli, Maurizio. Diálogo em torno da República. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2002, pp. 106-111).

Adrian Wooldrige, jornalista e historiador inglês, em entrevista veiculada pela Revista Veja, edição de 18.10.2017, p. 19-23, assim finaliza a mensagem que pretendeu repassar através de seu livro *A Quarta Revolução – A Corrida Global para Reinventar o Estado*, publicado em 2014:

Precisamos de um Estado poderoso para fornecer serviços públicos, para evitar que a pessoas matem as outras, para preservar a ordem pública. O problema é que o Estado tende a se auto alimentar. Quanto maior o seu tamanho, mais indisciplinado ele fica. Presta serviços cada vez piores à população, até colapsar sob o próprio peso. É preciso usar a tecnologia moderna para aperfeiçoá-lo. Pode parecer banal dizer isso, mas, se voltarmos ao século XIX, houve um salto de produtividade graças ao uso de máquinas que substituíram trabalhos feitos à mão, com a Revolução Industrial e a Revolução Agrícola. Agora temos as bases de uma nova revolução com as máquinas inteligentes. Os computadores tendem a ser intensivos no uso de informações e de mão de obra. A produtividade na prestação de serviços pode crescer muito... A democracia é a melhor entre todas as formas possíveis de governo, ainda que seja capaz de apresentar problemas de toda espécie, como promessas demais, muitas das quais descumpridas. Existe a corrupção. Mas a democracia é muito valiosa e precisamos reformá-la e protegê-la dela própria... O populismo está substituindo o julgamento individual sobre a Constituição e o governo... Por trás disso tudo está, infelizmente, a estagnação econômica. As pessoas ficam furiosas. Nesse estado, se tornam demagogas. E uma razão pela qual os países se encontram estagnados economicamente é que eles estão dispendendo demais com os gastos obrigatórios, sem investir o suficiente na economia produtiva. Tudo isso mostra que é preciso um novo rumo.

Desde que esse novo rumo, ressalve-se, siga pautado pela ética universal do respeito à dignidade das pessoas e seu legítimo anseio de articular liberdade e segurança. Tal a missão permanente dos órgãos de controle externo e judicial. 



JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conferencista emérito e professor-coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo de sua Escola da Magistratura, professor convidado da Fundação Getúlio Vargas – Rio e da Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ, membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros.

O Direito Provisório e as contratações públicas durante a pandemia de Covid-19

■ POR JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

“A pandemia de Covid-19 trouxe novas abordagens para as contratações pública, sobretudo com a criação do Direito Provisório e a Lei nº 13.979/2020. Nessa lei, os contratos passaram a ser regidos com novas disposições durante a Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN. Por isso, cabe analisar minuciosamente o art. 4º e seguintes da Lei nº 13.979/2020 para aplicação nas contratações públicas durante esse período.”



O DIREITO EM TEMPOS DE COVID-19

Como devem ser interpretadas as normas editadas no período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN? Esta é uma pergunta importante para compreender o Direito Provisório.

Um alerta, no entanto, é necessário: de nada adianta instituir novas normas, se o intérprete continuar a seguir os critérios e fundamentos das normas preexistentes e, ainda, cometer o erro de servir-se da jurisprudência de períodos de normalidade para decidir a regularidade ou irregularidade de um ato, praticado durante o estado de calamidade ou período de emergência.

O Direito Provisório é imperioso. Durante esse período de ESPIN, deve-se considerar novas balizas de análise e formação de um raciocínio lógico e coerente com os vetores que sustentam o período provisório.

Cabe, aqui, transcrever lição dos eminentes Advogados da União Alyne Gonzaga de Souza e Hugo Teixeira Montezuma Sales:

Quanto ao segundo ponto, de se evitar o “reuso” de jurisprudência anterior para imposição de restrições à contratação, tem-se que de nada adianta a criação de novos sistemas se a sua operacionalização parte de instrumentos antigos.¹

Fortalecendo sua argumentação, os pareceristas fazem referência às lições de Kate Jenkins:

Muitas tentativas de reforma falham porque a reforma na administração pode ser confundida com uma alteração de política. Geralmente se conclui que a mudança nas regras é suficiente para persuadir as pessoas a agir de forma diferente. Os serviços públicos estão muito acostumados a mudanças de políticas; no entanto, usarão instintivamente velhos instrumentos para lidar com essas situações. Mudanças na administração envolvem mudanças nesses instrumentos, uma tarefa muito mais difícil, desestabilizadora e de longa gestação, se comparada com uma mudança de política, por mais complexa que seja.²

O intérprete não pode cometer o erro de interpretar o “Direito Novo” com apegos incondicionais ao “Direito velho”, sob pena não apenas de prejudicar a evolução de pensamento sobre a matéria, como também de desvirtuar a evolução pretendida pelas novas regras aprovadas pelo Parlamento, arvorando-se a condição que não detém.

O dirigente deve ser julgado conforme as circunstâncias ao tempo da prática do ato, conforme a lei determina, no caso o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação da Lei nº 13.655/2018, que dispõe:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Outrossim, ao aludir a “dificuldades reais”, o legislador certamente envolveu toda sorte de contingências, dificuldades, carências materiais e pessoais, deficiências estruturais, financeiras, opressão temporal decorrente da necessidade de medidas urgentes, pressão social, riscos envolvidos, racionalidade limitada, além de outras circunstâncias existentes, que afetam o tomador de decisão, notadamente em momentos de crise.

A propósito, se essa é a diretriz geral, para o caso específico, já apreciado pelo Supremo Tribunal Federal³, foi editada norma que atua precisamente para a época da pandemia. Refiro a Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19.

RESTRIÇÃO À DISPENSA DE LICITAÇÃO PELA FINALIDADE

Com a vigência do Direito Provisório, por meio especialmente da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, as licitações foram objetos de novos procedimentos. O art. 4º desta lei trouxe, por exemplo que:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Assim, novel Lei nº 13.979/2020 estabeleceu, dentre outras regras, procedimentos especiais, simplificados e temporários que poderão ser aplicadas em regime de dispensa de licitação, mas apenas para as contratações emergenciais, sejam elas de bens ou serviços, inclusive os de engenharia, voltadas exclusivamente para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus.

Nesta hipótese, buscando ampliar e máxima efetividade à utilização da hipótese de dispensa, sem desrespeitar a delimitação dada pelo legislador, é oportuno compreender tais pretensões contratuais como serviços de engenharia para, por exemplo, instalação ou montagem de estruturas.

Caracterização como serviço de engenharia

O texto da Lei nº 13.979/2020 não incluiu obras como objetos passíveis de adoção da dispensa prevista pelo seu art. 4º.

Conforme entendimento da AGU, o “silêncio do disciplinamento em relação à utilização do novo procedimento no caso das obras de engenharia não pode ser interpretado como um mero descuido”, pois o escopo da dispensa prevista pela Lei nº 13.979/2020 foi restrito a bens, insumos, serviços e serviços de engenharia. Para sua utilização em obras, seria necessário disciplinamento em futuras alterações normativas⁴.

É comum certo dissenso acerca da distinção entre obras e serviços de engenharia.

De acordo com a Lei Geral de Licitações, considera-se:

a) “Obra”: toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta.

b) “Serviço”: toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Em uma perspectiva dogmática, atividades “destinadas a obter determinada utilidade de interesse para a Administração” devem ser, em princípio, caracterizadas como “obra”. Ocorre isso com a “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação”. Já outras atividades “destinadas a obter determinada utilidade de interesse para a Administração” (e que exigem a utilização de conhecimentos de engenharia) são expressamente identificadas como exemplo de “serviços”, como ocorre com a “demolição”, instalação, montagem, operação, entre outros.

Na prática, pode haver certa confusão.

Para Carlos Pinto Coelho Motta⁵, apoiando-se em doutrina do Professor Hely Lopes Meirelles, a obra, em sentido administrativo amplo, seria toda realização material a cargo da Administração, executada diretamente por seus órgãos ou indiretamente por seus contratados e delegados. Segundo o autor, o que distinguiria a obra do serviço seria o emprego predominante do material sobre o trabalho.

Tratando do tema, já foi esclarecido:⁶

Essa concepção, na teoria, contribui para a distinção entre objetos que se enquadrem como obra e objetos que se enquadrem como serviço. De fato, pela doutrina do Professor Hely Lopes Meirelles, estariam afastadas as construções de edifícios, obras portuárias e aeroportuárias etc., que são predominantemente constituídos do emprego de material.

Na prática, data *maxima venia* ao respeitável doutrinador, não parece que essa definição solucione totalmente a questão. Há casos em que mesmo o critério da predominância da mão-de-obra sobre o material pode ensejar dúvida. É o caso dos serviços de instalação e montagem, manutenção de edifício, conserto etc., todos qualificados pela Lei como serviços.

Nada obstante isso, não se pode pretender que serviços de manutenção em um edifício não sejam predominantemente constituídos do emprego de materiais, entendendo-se por estes os de recuperação das instalações elétricas e pluviais, recuperação de colunas de sustentação, ampliação de salas, recuperação de cobertura etc.

Entende-se que essa análise deve ser feita caso a caso, de forma bastante criteriosa. Pela pouca representatividade na diferença entre obra e serviço, conforme discrimina a Lei, não parece possível que se consolide um conceito geral, sem elementos concretos que permitam a justificativa do conceito adotado.

Há casos em que embora o objeto possa ser dividido em vários serviços, pela concepção do empreendimento e sua indissolubilidade, é necessário que estes sejam realizados pela mesma pessoa – física ou jurídica – justificando, desta feita, o enquadramento de seu objeto como obra de engenharia.

Correta a ponderação feita. A solução dogmática não é suficiente para atender todas as peculiaridades de uma situação concreta. Embora existam algumas premissões claramente identificáveis como obras (ex: construção de uma ponte), há diversas atividades de engenharia que podem gerar dúvidas sobre sua caracterização, nos termos legais, como obra ou como serviço de engenharia. Seria reforma ou reparação? Recuperação ou conservação? Ampliação ou adaptação? Embora aparentemente similares, elas são citadas pela Lei nº 8.666/1993, respectivamente, como exemplos de obras ou de serviços!

Nesta feita, como já registrado, quando esta dúvida estiver assente e houver a urgência de atendimento preconizada pelo art. 4º da Lei nº 13.979/2020, deve-se ouvir o setor técnico competente. Caracterizado objeto pretendido como um serviço de engenharia, será possível a adoção da hipótese de dispensa, desde que atendidos os demais requisitos legais.

Hipótese de obras propriamente ditas

Uma vez que o texto da Lei nº 13.979/2020 não incluiu obras como objetos passíveis de adoção da dispensa prevista pelo seu art. 4º, seria, em tese, necessária a utilização de uma modalidade licitatória compatível.

Convém lembrar, contudo, que também é possível a adoção das demais hipóteses de contratação direta previstas na legislação ordinária.

Assim, embora não seja aplicável a dispensa do art. 4º para obras, diante de uma necessidade emergencial de atendimento desta pretensão administrativa, a contratação da obra poderá ter como fundamento o art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993.

Entendimento do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP

A propósito do tema, Renato Fenili, em obra ainda no prelo da Editora Fórum, esclarece: de notório, vê-se que a dispensa aplica-se à aquisição bens e à contratação de serviços, inclusive de engenharia, mas não a obras. Vislumbra-se, contudo, que a dispensa para obras poderia consubstanciar hipótese vantajosa, em especial se for considerada como obra a construção de hospitais de campanha ou de hospitais mais simples, com projetos padronizados – quiçá uma dispensa para registro de preços visando à realização dessas obras padronizadas. A rapidez necessária à contratação, nesse caso, não comporta a instrução de uma concorrência, ou de uma licitação via regime diferenciado de contratação pública (ainda que não se possa prescindir, em qualquer caso, da confecção de um projeto básico).

Ao que se depreende, contudo, os hospitais de campanha estão sendo contratados como serviços de engenharia – ótimo. Há normas técnicas diversas (uma delas é a Orientação Técnica IBR 002/2009 do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas) que esteiam essa concepção. Em Nota Técnica, o Ibraop tece esse esclarecimento:

Sob a ótica dos conceitos da OT IBR 002/2009, as montagens de hospitais de campanha, serviços de reparos ou de conservação de unidades de saúde são serviços de engenharia abrangidos pela Lei nº 13.979/20. Por outro lado, as reformas de prédios inteiros ou de grandes alas e as construções de hospitais, por exemplo, enquadram-se como obras de engenharia e não podem ser executadas com a dispensa de licitação explicitamente concedida aos serviços de engenharia na Lei nº 13.979/20.⁸

Finalidades de apoio indiretamente associadas à emergência

É óbvio que essa finalidade – enfrentamento da emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus –, implica possibilidade de contratação de objetos que direta ou indiretamente sirvam ao atendimento de combate ou contenção da contaminação pela COVID19.

Importa salientar que não só a área da saúde da Administração Pública será beneficiada com o novo modelo de dispensa de licitação, mas também todas as demais áreas da Administração, durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional.

Afinal, estes também necessitam adotar medidas emergenciais, para executarem suas atividades finalísticas, uma vez que a demora poderá gerar grande prejuízo à coletividade.

Assim por exemplo: digamos que o Poder Legislativo de um determinado estado deseje contratar uma solução de videoconferência para dar continuidade à atividade parlamentar, pois as regras de permanecer em quarentena ou isolamento temporário são exigidas naquele momento.

Destarte, toda e qualquer contratação emergencial de bens e serviços, que pelas contingências impostas pela COVID-19 afetem o bom desenvolvimento das atividades da Administração Pública. Incluem-se nessas, as contratações que não possam aguardar pelos trâmites legais de um processo licitatório, as quais poderão ser processadas conforme as regras de dispensa de licitação contidas no art. 4º da Lei nº 13.979/2020.

Desenvolvimento de outras atividades da Administração Pública

Outrossim, cumpre destacar que a compra emergencial não impede que, paralelamente, a Administração planeje suas compras, desenvolva estudos preliminares, termos de referência, elabore editais, licite e contrate o mesmo objeto adquirido na dispensa de licitação, pois afinal as condições autorizadas pelo art. 4º visam, tão somente, atender àquela demanda imediata e emergencial, já que aguardar pela conclusão de um processo licitatório lhe seria mais prejudicial.

Aplicação da Lei nº 13.979/2020 às empresas públicas e sociedades de economia mista

Atualmente, as empresas públicas e as sociedades de economia mista têm seu regime licitatório e contratual regido pela Lei nº 13.303/2016, e não mais pela Lei nº 8.666/93. Por conta disso, são comuns as dúvidas sobre a aplicação das regras de contratação da Lei nº 13.979/2020 às licitações e contratações das estatais.

A dúvida deve ser superada. A aplicação, pelas estatais, do regime excepcional de contratação admitido pelo art. 4º da Lei nº 13.979/2020 é possível. Não há, no texto desta Lei, qualquer restrição subjetiva à aplicação de seu regime jurídico especial às estatais que contratem bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID-19.

A aplicação desse regime contratual tem restrição dada apenas em seu aspecto objetivo, qual seja, sua utilização nas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID-19. Ora, há diversas estatais que serão fundamentais nessas ações; cite-se, por exemplo, a EBSEH, importante estatal da área federal de saúde. Como admitir que estatais, cuja vocação seja a atuação nesta área tão sensível, não pudessem utilizar um regime contratual excepcional criado para tal enfrentamento?⁹

A Lei nº 13.979/2020 é especial em relação à Lei das estatais, sendo suas regras aplicáveis às contratações das estatais que envolvam seu limite objetivo, qual seja, contratações necessárias ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID-19. Este foi o entendimento também defendido por Renila Bragagnoli, segundo a qual “deve prevalecer as disposições da Lei nº 13.979/2020, por se tratar de medida especial e temporária que busca o pleno enfrentamento à pandemia do coronavírus”¹⁰.

No mesmo sentido, defendem Luciano Reis e Marcus Alcântara¹¹, para quem o legislador foi sábio ao estipular uma hipótese de dispensa genérica, sem vinculação à Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Por certo, as estatais, embora submetidas ao regime geral da Lei nº 13.303/2016, poderão adotar as regras da Lei nº 13.979/2020, nas ações de combate ao COVID-19.

QUANTO TEMPO VIGERÃO OS CONTRATOS?

De acordo com a Lei nº 13.979/2020:

Art. 4º [...]

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o *caput* deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

[...]

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Ou seja, vigência da Lei nº 13.979/2020 é *temporária e vinculada* ao período em que perdurar a atual situação de emergência de saúde pública.

CONTROLE SOCIAL

Apesar de reconhecer a celeridade necessária à tomada de decisões e redução do tempo dos procedimentos, a norma estabeleceu mecanismos para o controle social. Note:

Lei nº 13.979/2020

Art. 4º [...]

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

A norma dispensou todas as outras formas de divulgação, seja em jornal ou diário oficial. Definiu a rede mundial de computadores, a internet, como meio adequado e suficiente. Aliás, mais rápido.

Prudentemente, o legislador não estabeleceu prazo, definindo pelo advérbio imediatamente a menor exiguidade possível entre a prática do ato e a publicação.

Imediatamente tem como sinônimos, no dicionário Houaiss: “1 sem perda de tempo ou sem mais delonga; de imediato; 2. no mesmo instante; instantaneamente.”

A publicidade, além de ser um dos cinco princípios da Administração Pública, consagrados pela Constituição Federal, também é considerada como elemento de probidade, ou em sua omissão, fato típico de improbidade.¹²

Apesar do sobrepeso da atividade durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional deve o servidor e o contratado acautelarem-se quanto ao cumprimento do dever de publicar. As penalidades pela omissão na publicação podem atingir ambos.

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a norma provisória não condicionou a eficácia do ato à prévia publicação. Manteve, assim, a linha lógica e coerente de suas disposições: celeridade, definição do essencial e pontos de controle.

O controle social continuará tendo na publicidade um dos instrumentos necessários à efetividade.¹³

Verifica-se, facilmente, que a divulgação pretendida está muito próxima da pretensão da Transparência Internacional de combater a corrupção e indicar riscos para as contratações públicas durante a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN.

Esse organismo recomenda o seguinte:

As informações geradas em matéria de contratações públicas devem estar concentradas em uma plataforma pública específica (seção especial da página web governamental, página web exclusiva ou outro), garantindo a padronização de seu conteúdo.

Além dessa recomendação, essa ONG acrescenta o seguinte:

Este padrão de informações deve considerar pelo menos dez elementos:

1. Informações sobre os bens ou serviços adquiridos no processo de contratação, incluindo suas especificações técnicas, quantidade e qualidade.
2. Preço unitário e global dos bens ou serviços contratados.
3. Modalidade de contratação utilizada.
4. Registro com informações sobre a pessoa física ou jurídica com a qual o contrato foi celebrado, contendo: identidade, localização, dados de contato, dados fiscais, composição de seus órgãos sociais, informações sobre o quadro societário e participações, faturamento total, entre outros.
6. Justificativa técnica e econômica para definir a contratação.
7. Informações sobre os requisitos de conformidade do contrato, como data, local e condições de entrega.
8. População (grupo-alvo) ou necessidade à qual a contratação corresponde.
9. Mecanismos e elementos para verificar a conformidade das condições da contratação.
10. Entidade pública e funcionário responsáveis pela contratação e titular da entidade pública que realiza a contratação.
12. Informações sobre os resultados das auditorias realizadas nos procedimentos de contratação.

SUSPENSÃO DA INIDONEIDADE OU ANISTIA

A Lei nº 13.979/2020 também estabelece no art. 4º que:

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Trata-se de uma interessante medida legal, adequada ao momento!

Primeiramente, convém observar que algumas sanções administrativas, notadamente a “Declaração de inidoneidade”, a “Suspensão de licitar” e o “Impedimento de licitar”, previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93, e art. 7º da Lei nº 10.520/2002, possuem efeito material específico: geram restrições ao direito de participar de licitação ou de ser contratado pelo Poder Público. Embora essas sanções apenas produzam efeitos para o futuro (*ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento, podem prejudicar contratações ou mesmo renovações contratuais.

Convém frisar que não há, nessas sanções, efeito rescisório, mas apenas restritivo. Os órgãos públicos, portanto, não são necessariamente obrigados a rescindir os contratos anteriormente firmados com a empresa sancionada, mas, via de regra, não podem contratá-las.

Considere, então, que exista apenas um fornecedor possível para a aquisição de determinados respiradores, necessários para salvar as vidas de milhares de brasileiros: seria possível deixar de comprar esses aparelhos, porque este fornecedor possui pendente uma sanção administrativa restritiva do seu direito de ser contratado?

Há doutrina defendendo a possibilidade de a Administração obter provimento judicial cautelar, para afastar os efeitos restritivos das sanções administrativas que impedem a contratação, em situações excepcionais¹⁴.

Em uma situação de crise, mesmo diante de restrições ao direito do particular de ser contratado, em função da aplicação de uma sanção administrativa, se a hipótese é de único fornecedor do bem ou serviço, e se o objeto for necessário ao atendimento de relevante demanda administrativa, é possível justificar o afastamento dessa restrição.

Deve ser feita uma ponderação de interesses entre o princípio da legalidade e os princípios da eficiência e da razoabilidade. Seria razoável deixar a sociedade sem o atendimento de uma necessidade relevante, sensível, prestigiando a restrição aplicada?

A Lei nº 13.979/2020 facilitou a solução desse dilema, estabelecendo essa possibilidade de afastamento dos efeitos restritivos das sanções administrativas.

CADASTRO NACIONAL

Em razão da Lei Anticorrupção, foi implantado no Brasil o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, cabendo destacar o seguinte dispositivo:

Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.¹⁵

Notadamente, entre todas as regras trazidas pela Lei nº 13.979/2020, esta é uma das mais polêmicas: admitir a contratação de empresas que tenham sofrido sanções restritivas de direito como impedimento de licitar ou até mesmo, tenham sido declaradas inidôneas perante a Administração Pública.

Inidoneidade declarada – direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso

Em rápidas palavras, as sanções de suspensão ou impedimento de licitar são aplicadas aos licitantes que comprovadamente descumprem determinada regra do ato convocatório, se assim estiver estabelecido no próprio edital, ou que descumprirem parcialmente ou por completo suas obrigações na execução dos contratos administrativos. A penalidade é cabível ainda que o contratado ou licitante tenha agido com culpa, seja provocada por imperícia, imprudência ou negligência, podendo perdurar esta sanção por até 2 (dois) anos, nos termos do art. 87, inciso III da Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666/1993, ou até que consiga a declaração de reabilitação.

Lembrando que é nula a penalidade que não prevê as condições de reabilitação.

Por sua vez, a Declaração de Inidoneidade, prevista no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, exige a identificação de uma conduta muito mais danosa do particular, uma vez que o elemento “dolo” deve estar presente. Assim entendida a vontade de agir, o *animus* de prejudicar a Administração e é por esta razão, que se tem esta penalidade como a mais gravosa. Essa penalidade, diante da literalidade do inciso IV, do art. 87, será aplicada e terá por efeito banir o fornecedor de participar de licitar e de contratar com toda a Administração Pública, de qualquer esfera, por um período de até 2 (dois) anos.

Também é nula a penalidade se não definir as condições de reabilitação.

Impedido pela Lei nº 10.520/2002

Quando a modalidade de licitação utilizada for pregão, tanto licitantes como contratados poderão ser penalizados com impedimento de licitar e contratar por até cinco anos, na forma do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002. Essa penalidade, contudo, é restrita à esfera de governo, ou seja se aplicada por órgão federal implica no impedimento de contratar com a União; se por órgão estadual, com todos os órgãos daquele estado e, se aplicada por um determinado município, o licitante ou contratado ficará impedido de contratar com todos os órgãos daquele município.

Vedação da Lei nº 8.429/1992

A permissão de contratar quem está impedido prevista na Lei nº 13.979/2020 também alcança os punidos pela Lei de Improbidade.

De fato, a Lei de Improbidade também prevê, como uma possível sanção, a proibição de contratar com o Poder Público e a *novel* lei, que vigorará durante o período de emergência em saúde pública de importância nacional não faz distinção quanto à origem da proibição.

Note os termos da Lei de Improbidade:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;


III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV – na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

A conclusão é que, estando sujeita à mesma sanção e não tendo a Lei nº 13.979/2020 feito a distinção da causa de estar impedido de contratar, também será possível contratar empresas punidas pela Lei de Improbidade.

CONCLUSÃO

A pandemia de Covid-19 trouxe novas abordagens para as contratações pública, sobretudo com a criação do Direito Provisório e a Lei nº 13.979/2020. Nessa lei, os contratos passaram a ser regidos com novas disposições durante a Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN. Por isso, cabe analisar minuciosamente o art. 4º e seguintes da Lei nº 13.979/2020 para aplicação nas contratações públicas durante esse período.

Por fim, lembra-se que essa norma não tem a tipificação criminal da Lei nº 8.666/1993, fato que contribui para a tomada de decisão, vez que o risco da tipificação dos crimes da Lei Geral da Licitações fica aqui afastado. 

NOTAS

- 1 Parecer n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU.
- 2 JENKINS, Kate. A Reforma do Serviço Público no Reino Unido in PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter K; Fundação Getúlio Vargas. Reforma do estado e administração pública gerencial. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 212.
- 3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Atos de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos*. Publicado em 21 mai. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em 3 jul. 2020.
- 4 PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU.
- 5 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos: estruturas da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público/privadas*. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 108.
- 6 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão*. Publicado em 16/09/2008. Disponível em: <http://migre.me/9NoTj>. Acesso em: 07, de julho de 2012.
- 7 OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; PÉRCIO, Gabriela; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A Dispensa de Licitação para Contratações no Enfrentamento ao Coronavírus*. 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em: 09/04/2020.
- 8 FENILI, Renato. *Governança em logística pública no enfrentamento à Covid-19*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, no prelo.
- 9 OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; PÉRCIO, Gabriela; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A Dispensa de Licitação para Contratações no Enfrentamento ao Coronavírus*. 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em 09/04/2020.
- 10 BRAGAGNOLI, Renila. *Ponderações sobre a utilização da Lei nº 13.979/2020 pelas empresas estatais*. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/ponderacoes-sobre-a-utilizacao-da-lei-no-13-979-2020-pelas-empresas-estatais/>. Acesso em: 30/03/2020.
- 11 REIS, Luciano Elias; ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de. *Contratação Pública Extraordinária no Período do Coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/contratacao-publica-extraordinaria-no-periodo-do-coronavirus/>. Acesso em: 09/04/2020.
- 12 *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*: “Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. [...] Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] IV – negar publicidade aos atos oficiais;”
- 13 Para saber mais sobre controle social consulte a obra *Tribunais de Contas do Brasil*, p. 61, subitem 1.7.1. e p. 433, subitem 3.2.1.21.
- 14 TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed., Salvador. Editora Jus Podivm, 2019, p. 1.091/1.092.
- 15 A norma transcrita olvidou inexplicavelmente os punidos pela Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade).



JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES é advogado, mestre em direito público, professor de direito administrativo, escritor, consultor, conferencista e palestrante.

O coronavírus e os contratos de emergência



DIVULGAÇÃO

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“E ninguém duvide de que os fiscais das contas públicas têm sempre esse argumento em stand by, na ponta da língua para sacá-lo com a velocidade do raio e o impacto do trovão contra incautas ou desavisadas autoridades envolvidas na contratação emergencial.”

Considerando que os artigos de direito nunca foram tão *jornalísticos* quanto nos dias que correm, em que as instituições são a cada momento mais instáveis, mutáveis e impermanentes, e que com inquietante velocidade muitas instituições *se invertem*, um tema que oferece interesse no campo das licitações e dos contratos é o suscitado por esta praga unicamente asquerosa dentre todas as de que alguém se lembre, a do *coronavírus*, que alguém diz ter sido vazada por erro em laboratórios de biologia, e algo de que o mundo parecia estar livre em definitivo.

Ainda que responsável por letalidade muitíssimo menor que as denominadas endemias, epidemias e pandemias conhecidas – a “gripe espanhola” matou bem mais de 50 milhões de pessoas em 1918 e inclusive um Presidente da República do Brasil –, o rebuliço, a confusão planetária, e o quase pânico mundial que essa pandêmica peste tem provocado, como não poderia deixar ser de espraia-se também pelo mundo do direito e enseja consequências jurídicas dignas de reflexão, interessando agora aquelas referentes ao tema das licitações e dos contratos.

Fala-se das *emergências*, ou das situações emergenciais, hipoteticamente previstas no inciso IV do art. 24 da lei nacional de licitações e contratos administrativos, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Mais grave ainda: invoca-se a situação de calamidade pública, tanto mais séria e abrangente que a emergência, sendo mesmo que o Congresso Nacional, atendendo a indicação do Presidente da República, decretou estado de calamidade pública nacional em razão da nova peste que paralisa o mundo, através Decreto Legislativo nº 2020, de 20 de março de 2020.

E o mais curioso talvez seja o efeito para o qual a calamidade foi decretada: poder desconsiderar as restrições e os limites de despesa estabelecidos no art. 65 da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar nº 101, de 2000¹. Não foi portanto uma calamidade generalizada e para todos os efeitos, mas apenas para aquele efeito, o que é também curioso. Eis a ementa do diploma:

DECRETO LEGISLATIVO Nº 6, DE 2020

Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 10, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Temos portanto o estado de calamidade pública decretado, e para um fim específico que não é o de a Administração poder dispensar licitações. E a estranheza de que não tenha sido o Presidente da República a decretar a calamidade, mas o Congresso Nacional através de um decreto legislativo solicitado pelo chefe do Executivo. O ambiente e o momento, dentro da barafunda e da quarentena forçada que imobiliza o país e boa parte do mundo, também contribui para entronizar a casa-de-mãe-joana dentro do direito público, quando o Executivo pede ao Legislativo que exerça uma atribuição executiva.

A situação desde logo é de inegável emergência, confirmada e agravada com decretações de calamidade pública, sendo esta de âmbito nacional, estadual e municipal porque Governadores e Prefeitos também vêm decretando o estado de excepcionalidade.

O ambiente lembra o do antigo filme *Nosferatu*, de Friedrich Murnau em 1922, no qual a cidade alemã de Bremen verdadeiramente enlouquece após algum tempo do terror implantado pelo monstro-vampiro, com as pessoas ensandecidas a andar sem direção como autômatos. As autoridades brasileiras estão semelhantemente enlouquecidas, adotando péssimas decisões e, sem equipamentos de segurança, não fazem a menor idéia do que acontece nem do que será cada dia seguinte, e com isso vêm arrasando o país por impedir o seu funcionamento mais primário das empresas, dos serviços e de toda a economia.

Reza o citado dispositivo da lei de licitações:

Art. 24 É dispensável a licitação: (...)

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

O coronavírus, cuja patologia se passou a designar por Covid-19 (*Coronavirus disease 2019*), enquanto ainda era apenas epidêmico e localizado já assustou significativamente, porém quando mais recentemente a Organização Mundial da Saúde o declarou pandemia hoje presente em mais de duas centenas de países, o pavor generalizado tomou conta dos habitantes de nosso planeta. Desde então pipocam por todos os países as decretações de *emergências*, a começar pelos Estados Unidos.

As medidas mais radicais na economia, na vida social, na política preventiva e terapêutica, ou para abreviar em qualquer outra província da existência de que alguém consiga se lembrar, foram e vêm sendo crescente e rapidamente adotadas e implantadas *manu militari* pelos governos, como de resto pelas empresas e pelas pessoas individualmente. O resultado para a economia está sendo catastrófico e, esse, sim, calamitoso. Talvez morra mais gente de fome dentro do episódio do que do mal em si.

Fácil é perceber que um quadro assim, se persistir, transportará o mundo de volta às cavernas, muito mais que as duas guerras mundiais, a quebra da bolsa de valores de New York em 1929, a gripe espanhola de há um século ou as últimas pandemias como a da SARS (Severe Acute Respiratory Syndrom), de 2002/3, e a da chamada gripe suína – outro verdadeiro serviço de porco engendrado pelo ser humano e ocorrido em 2009.

Mesmo dando a forte impressão de terem sido fabricadas pelo homem e como sempre por motivos exclusivamente econômicos, o fato é que a praga do dia, o coronavírus, já assumiu proporção mundial e o seu combate demanda um rigor inusitado, o que, repita-se, vem efetivamente acontecendo.

Com efeito e como único exemplo, antever a Itália inteira de quarentena, com tudo fechado e deserto, é algo excessivo até para a imaginação mais delirante e a fantasia mais mórbida – mas está acontecendo.

Seja qual for sua maldita origem o fato está posto, e a calamidade planetária aí está presente. Como o direito foi inventado para assistir e auxiliar o homem, a começar para impedir que um devore o outro em praça pública, então, ainda que pela rama, vejamos a quantas anda o aparelhamento jurídico de nosso país diante do quadro unicamente tenebroso.

Na jurisprudência brasileira de contas e dentro da lei de licitações a hipótese de dispensa de licitação por emergência é uma das mais arriscadas, por motivos como os seguintes: – subjetividade conceitual: o que para uma autoridade configura emergência para outra não configura, e para os Tribunais de Contas em geral menos ainda. São eles bastante parcimoniosos para reconhecer urgências ou emergências, em face do frequente abuso dessa categorização pelas autoridades contratantes, que como toda autoridade pública odeiam licitações².

Entretanto, o risco que a autoridade executiva corre ao contratar obras, serviços e compras diretamente, sem licitação, com base no art. 24, inciso IV, da lei de licitações, é grande, ou muito considerável, na medida em que lida com conceitos indeterminados, com categorias jurídicas muito amplas e com isso vagas e pouco precisas, com pessoais e subjetivas avaliações.

A emergência pode ser declarada em decreto do Executivo, como pode não o ser. Diferentemente da calamidade que sempre precisa ser decretada para que juridicamente se configure, a situação de urgência mencionada no inciso IV do art. 24, palavra essa tida como sinônima de emergência, para juridicamente configurar-se depende apenas de uma convincente demonstração pelo contratante.

Todos os meios lícitos, usuais para a espécie ou pouco comuns, podem ser utilizados para ressaltar fatos reais que podem ter passado despercebidos da população, dos fornecedores – importantíssimo – das autoridades de fiscalização.

Deficiente justificativa.

A preguiça é havida como o mais grave dos pecados mortais, porque um preguiçoso afeta o mundo e não apenas a si próprio. Por preguiça se assalta, se rouba, se trafica droga, se mata e se esfola – desde que não seja para trabalhar! E lamentavelmente não somos um povo dos mais operosos, a ponto de se indicar com frequência que um operário norteamericano produz em média quatro vezes mais que um brasileiro.

A preguiça assola o serviço público de maneira avassaladora. Evidentemente existem, e em grande quantidade, magníficos e exemplares servidores públicos, daqueles que, mourejando como burros de carga em meio à indolência generalizada, empurram o piano, e levam a repartição nas costas como sói ouvir dizer.

Ocorre que, naquele ambiente tão multifário das repartições, muitas vezes o encargo de justificar a situação de urgência ou de emergência incumbe não ao empurrador de piano, mas àquele barnabé que deseja que o mundo acabe numa ladeira para morrer encostado, e que, entre mil licenças e sabáticos, só enxerga a hora e se aposentar. Um daqueles que se um dia cruzar com o inventor do trabalho o estraçalhará com as próprias mãos.

E, com isso, a justificativa da (não decretada) emergência dispensadora de licitação sai capenga, manquitola, acanhada, excessivamente lacônica, e econômica a ponto de não justificar coisa alguma.

Uma justificativa emergencial deficiente, que não pormenoriza a excepcionalidade da situação, que não se empenha em demonstrar quão difícil ou inadequada seria uma licitação naquele momento e naquela circunstância, a um só tempo (I) desmoraliza a dispensabilidade e (II) atrai a atenção da fiscalização para ou sobre contratações semelhantes.

Sim, ainda que se saiba que, no Estado de São Paulo, o Tribunal de Contas não mais fiscaliza os contratos diretos por amostragem como no passado, mas por varredura, ou sejam todos. É que em razão do objeto, do valor e das reiterações comuns em contratos emergenciais, alguns deles resultam bastante mais atraentes para o fiscal que outros³.

A lei de licitações no art. 26, parágrafo único, oferece importantes achegas ao “justificador” da emergência, eis que reza:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço.

Não se concebe, portanto e desde logo, uma justificativa da contratação emergencial que não se debruce dedicadamente ao menos sobre esses itens, como através de:

a) anexação de fotos, mapas, reportagens, matérias do noticiário – quando não mesmo filmes com áudio –, depoimentos, relatórios e documentação sobre a emergência que se pretende demonstrar;

b) motivo da escolha do fornecedor, com juntada de currículo ou acervo, inclusive, se houver, de realizações para o ente ora contratante; publicidade do fornecedor e descrições do produto; pareceres ou laudos atestando a conveniência daquele produto para o caso concreto se for possível;

c) prova da adequação do preço sugerido com base no mercado, através de reportagem de preços constantes de revistas e publicações especializadas se houver e se forem acessíveis; orçamentos de fornecedores – que se disponham a fornecê-los, algo cada vez mais difícil por compreensíveis motivos de resguardo comercial fora de licitação; cópia de preços anunciados na internet, que são possivelmente mais idôneos que os de orçamentos particulares fornecidos a pedido.

A atenção da fiscalização, não apenas dos Tribunais de Contas, mas também, do Ministério Público e dos milhões de zelosos e patrióticos denunciadores quase sempre anônimos, vem nas últimas décadas se esmerando em crivar com especial dedicação, dentre todos os contratos diretos elencados nos 35 incisos do art. 24 da lei de licitações e mais os infinitos possíveis pelo seu art. 25 sobre inexigibilidade, os contratos de emergência, cuja licitação foi dispensada com fundamento no inciso IV daquele art. 24.

E é nesse momento que se evidencia a fundamental relevância da boa justificativa que legitima o negócio: se está presente no caso, ótimo para os envolvidos; se foi fraca, claudicante, imprecisa ou desatenta, espere-se uma conta rejeitada, quando não uma ação civil pública que aí se origine, ambas com possíveis consequências muitíssimo indesejáveis.

Tudo isso sem falar de ações populares, cujo risco acompanha a contratação tão logo efetuada.

Demora na contratação emergencial.

Um importante elemento a ser considerado pelo ente público que pretende contratar emergencialmente sem licitação é o prazo decorrido entre (I) o fato que gerou a emergência de atendimento e (II) a contratação nessas condições.

O Tribunal de Contas da União firmou já há tempo o entendimento de que esse prazo não pode ser superior a 30 (trinta) dias, pena de não ser considerada emergencial a situação.

Com efeito, uma alegada emergência que pode esperar mais de trinta dias para ser atendida será tudo no mundo, menos emergência. Na emergência, como na técnica de muitas polícias, primeiro se atira, depois se pergunta.


Mas por favor, isso não significa suprimir, aliviar ou abrandar os cuidados mencionados no tópico anterior para se caracterizar a emergência e se justificar a contratação. Significa apenas que o trabalho de justificar, além de ser cuidadoso e atento, precisa ser rápido. E convenhamos, trinta dias parecem mais do que razoáveis para se justificar a urgência e se contratar.

Ninguém se esqueça do pregão eletrônico.

Pessoalmente, e sobretudo devido à avançada idade, detestamos essa modalidade de licitação, por motivos já exaustivamente expostos em outros artigos.

Mas como o pior cego é sempre o que não quer ver, é igualmente preciso reconhecer que um pregão eletrônico bem anunciado e conduzido pode resolver – e em geral resolve se não houver atropelos administrativos e judiciais – as necessidades urgentes da Administração em algo como vinte dias, ou menos.

E ninguém duvide de que os fiscais das contas públicas têm sempre esse argumento em stand by, na ponta da língua para sacá-lo com a velocidade do raio e o impacto do trovão contra incautas ou desavisadas autoridades envolvidas na contratação emergencial.

E para se concluir tenha sempre presente o gentil leitor a filosófica ponderação, extraída de bilhete de papagaio de realejo, de que amigo não é quem enxuga lágrimas, mas quem as previne. E outra ainda, provinda de biscoito chinês da sorte, de que quem avisa amigo é. 

NOTAS

- 1 Reza aquele dispositivo da LC 101/00: Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: I – serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70; II – serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.
- 2 E com essa afirmação não se está detratando a autoridade, porque a lei de licitações é tão ruim, mas tão espantosamente ruim, que apesar de obrigatória a licitação via de regra conduz ao pior negócio imaginável para o poder público. Se por exemplo uma séria e honesta autoridade corre as agências de veículos para negociar pessoalmente a compra de uma frota para ser paga à vista, deverá conseguir a mais vantajosa transação ao alcance de alguém. Se entretanto licita aquela frota – porque precisa, porque a lei lhe manda licitar -, talvez afinal provoque o riso escárnio dos licitantes, porque numa licitação eles se sentem desobrigados de reduzir os preços até onde lhes é possível em nome da venda. E a frota possivelmente sairá por muito mais dinheiro. E assim como a frota, obras, grandes serviços, grandes fornecimentos, grandes negócios de toda natureza. Só o que se exigiria da autoridade é honestidade no propósito de servir ao seu ente e ao interesse público, e não o de enriquecer à custa do primeiro.
- 3 Com efeito existem ondas de objetos malditos de contratos emergenciais. Está por exemplo na moda, ou na ordem do dia, apostrofarem-se os contratos de pavimentação asfáltica como se fora esse objeto obra de Satanás fumegante ou a oitava praga do Egito, dádiva do Nilo. Já foram outras as modas, e novas ondas ainda virão.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.



COMPLIANCE

Imposição de programa de integridade para contratação no setor público

■ POR WILSON DE FARIA E CAMILA CHIZZOTTI

“Existe uma tendência clara para que a implementação de um Programa de Compliance efetivo seja requisito para a contratação com o setor público em todas as unidades da Federação. As empresas que não se adequaram já estão perdendo espaço para as empresas que investem em um Programa de Compliance e uma equipe dedicada à sua manutenção.”

As mudanças são profundas, com exigências bem claras sobre como é a regra do jogo daqui para frente. Pode parecer que o pacote de mudanças é um cosmético para administrar o estado de vigilância pós -Lava Jato. Ledo engano. A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.864/2013) estabelece sanções para empresas envolvidas em atos de corrupção. A Lei estabelece, entre outras determinações, que companhias com interesse em se valer das atenuantes às penas previstas na lei adotem programas de integridade (ou Programa de Compliance). O Decreto nº 8.420/2015 regulamenta diversos aspectos da lei, tais como critérios para o cálculo da multa, regras para a celebração dos acordos de leniência, disposições sobre os cadastros nacionais de empresas punidas, mas principalmente parâmetros para avaliação de Programas de Compliance.

Devemos chamar sobre o que, de fato, é uma norma legal: o que está descrito (normas sobre como fazer algo), o que relacionado ao tema não está exposto (o que permite interpretações sobre seus limites), mas, sobretudo, a combinação das regras com a legislação como um todo, particularmente neste caso a que se refere aos códigos de conduta dos funcionários públicos. Agora, sem qualquer sombra de dúvidas, sabem o que exigir há mais para que não ocorram problemas à frente que revertam contra si.

O QUE O DECRETO EXIGE EM UM PROGRAMA DE COMPLIANCE

O Decreto Regulamentador nº 8.420/2015 estabelece como pilares de Programa de Compliance efetivo:

- Suporte da alta administração: A alta administração deve apoiar e se envolver no planejamento e na execução das ações.
- Avaliação de riscos: A avaliação de riscos permite que se conheça todos os riscos potenciais e seus impactos para a companhia.
- Código de conduta e políticas de Compliance: A adoção de um código de conduta ética é essencial, de forma que se estabeleça todas as políticas a serem adotadas na empresa, para manter a conformidade com as leis e garantir uma cultura de integridade e valorização de comportamentos éticos. Ex: Política Anti-corrupção, Política de Due Diligence de Terceiros, Política de Relacionamento com o Poder Público, Política de Conflito de Interesses, etc.
- Controles internos: A empresa deve criar mecanismos de controle para minimização de riscos internos e externos.
- Treinamento e comunicação: Para que ocorra o acultramento de Compliance na empresa, é necessário que os colaboradores entendam os objetivos, as regras e o papel de cada um, para que ele seja bem-sucedido. A forma de obter esta familiarização dos colaboradores com o programa é investir em treinamentos e na comunicação interna.
- Canais de denúncia: Para garantir a conscientização dos colaboradores quanto à importância do programa, será necessário implantar canais de denúncia ativos para alertar sobre violações ao Código de conduta, que pode ser feito por forma de e-mail, telefone e outras formas de comunicação à disposição dos colaboradores.
- Investigações internas: Quando recebidas denúncias, a empresa precisa investigar qualquer indício de comportamento antiético e ilícito que tenha sido

noticiado. Em seguida, deve-se tomar as providências necessárias, com as devidas correções e, conforme o caso, punições.

- **Due diligence:** Fornecedores, representantes, distribuidores e outros parceiros devem ser submetidos a uma rigorosa *due diligence*, avaliando o histórico de cada um deles antes de se estabelecer uma relação contratual, de forma a proteger também as relações dos prestadores externos à companhia, no âmbito de Compliance.

- **Auditoria e monitoramento:** O monitoramento deve ser contínuo, avaliando a correta execução do programa, o funcionamento de cada um dos pilares e o comprometimento da companhia com as normas.

A inclusão dessas regras significa que as propostas para habilitação em concorrências ou licitações e/ou para efetivação dos contratos celebrados via pregão eletrônico exigem a apresentação da adoção destas medidas, bem como a comprovação de implantação devidamente encaminhada, permitindo à autoridade pública auditorias de validação.

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO HORIZONTE

O decreto estabelece que caso os atos lesivos envolvam infrações administrativas à lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93), a pessoa jurídica também estará sujeita “a sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública”. Para evitar esse problema, as empresas precisarão ter a devida orientação para que possuam um Programa de Compliance efetivo e que possa ser comprovado. Mas, o relevante é a capacidade da exigência, em tese, afastar das disputas pelas verbas públicas uma quantidade enorme de empresas de ocasião, criadas a toque de caixa para avançar sobre a verba pública e quarteirizar a execução do contrato.

NOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

No âmbito da administração pública, os estados e municípios também têm implantado normas que estabelecem a exigência de Programas de Compliance, por meio de leis e decretos próprios, que se adaptam ao disposto na Lei Anticorrupção. O Estado do Rio de Janeiro foi pioneiro no estabelecimento da obrigatoriedade de Programas de Compliance e regras anticorrupção para a contratação com a Administração Pública. A Lei 7.753/17, em seu artigo 1º, estabelece a exigência de implantação de Programa de Integridade nas empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública em contratos superiores aos de licitação por concorrência, sendo estes R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços e cujos contratos sejam iguais ou superiores a 180 (cento e oitenta) dias.

Neste mesmo sentido, outros Estados brasileiros estabeleceram suas próprias leis ou decretos, utilizando os mesmos termos da legislação do Estado do Rio de

Janeiro, adaptando apenas a questão acerca dos valores dos contratos acima dos quais se exige a implantação dos programas de integridade, sendo:

- **Amazonas:** nos contratos superiores a R\$3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais), para obras e serviços de engenharia, e R\$1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais), para compras e serviços.

- **Distrito Federal:** nos contratos de valor estimado entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

- **Goiás:** nos contratos superiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços.

- **Rio Grande do Sul:** nos contratos superiores a R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) para obras e serviços de engenharia, e acima de R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) para compras e serviços.

No Estado do Espírito Santo, todos os fornecedores de bens e prestadores de serviço estão sujeitos ao Código de Conduta e Integridade. O mesmo ocorre no Estado de Mato Grosso, onde há exigência de que todos que possuam Programa de Integridade sejam avaliados pelo Poder Público antes da contratação.

Os Estados de São Paulo, Tocantins, Bahia e o município de Goiânia - GO (PL 236/18) tem Projetos de Lei para instituição de Programas de Integridade para empresas que contratarem com a Administração Pública.

PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS

Os estados que já possuem lei que estabelece a obrigatoriedade do Programa de Integridade em contratações públicas, como Rio de Janeiro, Distrito Federal e Amazonas, estabelece que existem diferentes formas pelas quais a empresa contratada poderá comprovar a existência e efetividade do programa, tais como documentos oficiais (políticas, manuais, procedimentos internos, código de conduta, etc.), canais denúncias, memorandos, atas de reunião, relatórios, fotografias, gravações audiovisuais, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis, entre outros. Ainda, a autoridade competente para receber o material de comprovação da conformidade do programa, no momento da contratação poderá, eventualmente, realizar entrevistas e até mesmo solicitar novos documentos para fins de validação. Por fim, a autoridade competente para avaliar a documentação deverá ser o Gestor do Contrato na administração pública estadual correspondente.


ONDE HÁ REGULAMENTAÇÃO

Existe uma tendência clara para que a implementação de um Programa de Compliance efetivo seja requisito para a contratação com o setor público em todas as unidades da Federação. As empresas que não se adequaram já estão perdendo espaço para as empresas que investem em um Programa de Compliance e uma equipe dedicada à sua manutenção.

Na tabela abaixo é possível verificar de forma mais visual e objetiva os estados que possuem regulamentação ou Projetos de Lei quanto à exigência do Programa de Integridade:

ESTADO	REGULAMENTAÇÃO	TEOR
Amazonas	Lei Estadual nº 4.730/18	Institui a exigência do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado.
Bahia	PL nº 23.327/2019	Institui a exigência do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado.
Distrito Federal	Lei Estadual nº 6.112/18	Obriga a implementação do Programa de Integridade em todas as empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal.
Espírito Santo	Lei Estadual nº 10.793/17	Determina que as empresas que firmarem contrato com a Administração Pública Estadual deverão seguir o novo Código de Conduta e Integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e serviços.
Goiás	Lei Estadual nº 20.489/19	Cria Programa de Integridade a ser aplicado nas Empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado de Goiás.
	PL nº 236/18 (Município de Goiânia)	Obriga implantação do plano de integridade nas empresas que contratarem com o município de Goiânia.
Mato Grosso	Decreto Estadual nº 522/16	Institui a exigência do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado.
Rio de Janeiro	Lei Estadual nº 7.753/17	Exige a implantação de Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato ou convênio com a Administração Pública.
Rio Grande do Sul	Lei Estadual nº 15.228/18	Lei Anticorrupção e Programa de Integridade em contratos com a Administração Pública.
São Paulo	PL Estadual nº 498/18	Dispõe sobre a exigência de “Compliance” às empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do São Paulo.
Tocantins	PL Estadual nº 8/18	Exige programa de integridade para empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado.

PASSO A PASSO PARA IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMA DE COMPLIANCE

Tomada a decisão político administrativa de se manter ou ingressar nos negócios que exigem concorrência ou licitação pública, vem a necessidade de adoção de plano de ação no sentido de aprimorar ou operar transformação na empresa para que se adeque ao novo corpo de exigências. Esse ajuste no ambiente exige conhecimento na aplicação e medição dos instrumentos de integridade em empresas. 



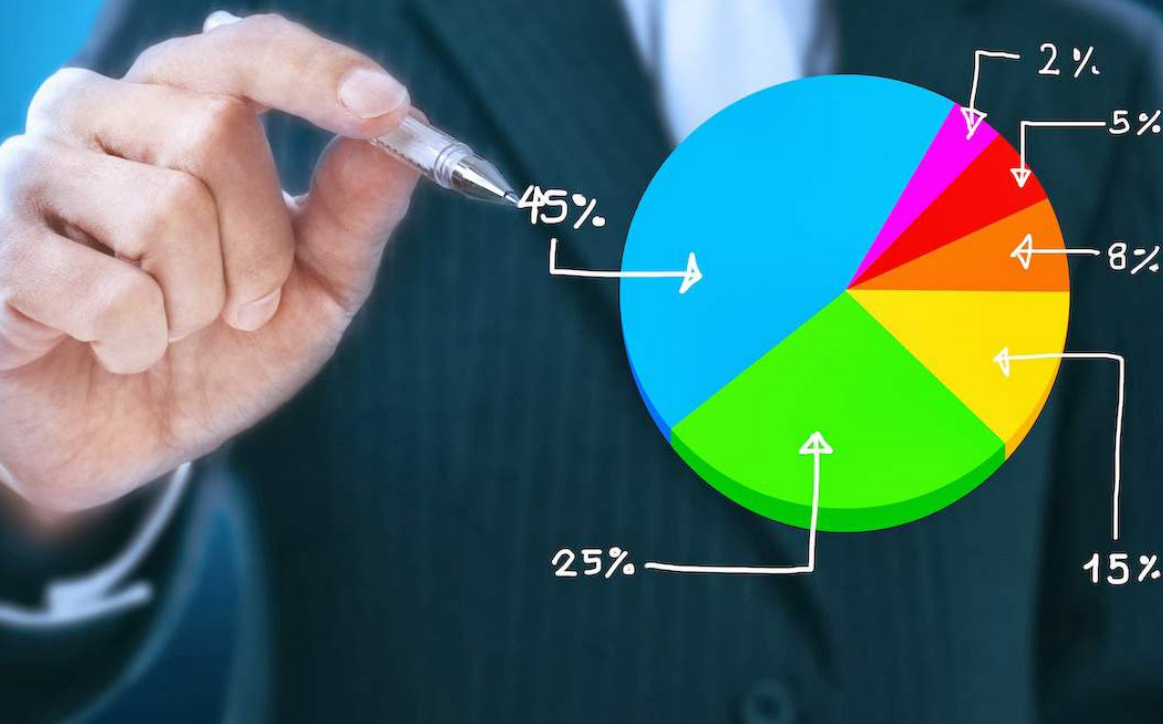
ARQUIVO PESSOAL

WILSON DE FARIA é sócio do WFaria Advogados.



ARQUIVO PESSOAL

CAMILA CHIZZOTTI é advogada do WFaria Advogados.



Quando a renda fixa é fixa

■ POR MARCIA DESSEN

“Diversifique, invista um pouco em cada modalidade de aplicação, respeitando seus objetivos de investimento, perfil de risco, horizonte de tempo e necessidade de liquidez.”

Se tomarmos o nome “renda fixa” ao pé da letra, seremos induzidos a achar que o investimento é seguro, a rentabilidade, conhecida, e a possibilidade de perdas, inexistente. Entretanto, esse conjunto de atributos é raro.

Em relação à percepção de ser uma aplicação segura, vale lembrar que os títulos de renda fixa são títulos de crédito, um empréstimo que o investidor faz ao emissor do título – portanto, exposto à possibilidade de calote em maior ou menor escala.

Como gerenciar esse risco? Títulos públicos são considerados livres do risco de crédito, os emitidos por instituições financeiras são garantidos pelo FGC, e os demais não são protegidos.

Em relação ao desejo de fixar a rentabilidade, existem duas opções: as aplicações de taxa pós-fixada, que pagam certo percentual da Selic ou do CDI, e os títulos de taxa prefixada, desde que mantidos até o vencimento.

A Letra Financeira do Tesouro (Tesouro Selic) paga 100% da taxa Selic e oferece liquidez diária. Títulos emitidos por instituições financeiras, como CDB, LCI e LCA, pagam determinado percentual do CDI e podem ser negociados com ou sem liquidez. O investidor não sabe quanto vai ganhar em termos absolutos, mas sabe que ganhará um percentual da taxa de referência, seja ela qual for.

Aos investidores que querem ganhar um pouco mais sugiro conhecer e avaliar alternativas de taxa prefixada, lembrando que, para evitar surpresas, devem esperar o vencimento do título. Antes dessa data, o valor é definido pelo mercado, e não pela taxa fixada no dia da compra.

A Letra do Tesouro Nacional 2023 (Tesouro Prefixado) pagava 4,63% ao ano em 20/5/2020. Um título inteiro, com vencimento em 1º/1/2023 e valor de resgate de R\$ 1.000,00, custava R\$ 888,53. O Tesouro Prefixado 2026, com rentabilidade de 7,20% ao ano, custava R\$ 676,97 para resgatar R\$ 1.000,00 em 1º/1/2026.


Para os recursos destinados a aplicações de longo prazo que buscam proteção contra a inflação, a Nota do Tesouro Nacional série B (Tesouro IPCA+) é a opção mais adequada. A NTN-B 2035, com vencimento em 15/5/2035, pagava juros de 4,42% ao ano acima da variação do IPCA. A NTN-B mais curta, com vencimento em 2026, juros de 3,33%.

Títulos privados, emitidos por instituições financeiras e não financeiras (debêntures), com rentabilidade superior à 100% do CDI, estão disponíveis nos bancos e em plataformas de investimentos. Nesse caso, é preciso analisar o risco de crédito do emissor e, também, a possibilidade de manter o título até o vencimento.

Quem não quiser correr risco de crédito deve optar por aplicações garantidas pelo FGC (Fundo Garantidor de Créditos), observado o limite, analisando cuidadosamente a aquisição de títulos privados emitidos por empresas não financeiras que não contam com essa garantia.

Se a possibilidade de resgate antes do vencimento for desejável, aplicações de taxa prefixada devem ser evitadas. A liquidez, mesmo que disponível, será oferecida conforme condições de mercado, sendo desprezada a taxa contratada.

Aplicações em fundos de investimento e planos de previdência, inclusive os de renda fixa, não têm vencimento e estão expostas à flutuação de preços. O cotista compra e vende as cotas ao preço do dia, não sendo possível predefinir o vencimento e o valor de resgate.

Diversifique, invista um pouco em cada modalidade de aplicação, respeitando seus objetivos de investimento, perfil de risco, horizonte de tempo e necessidade de liquidez. 



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



Marco temporal nas demarcações de terras indígenas

■ POR PEDRO PUTTINI MENDES

“O sensacionalismo de imprensa sobre estes temas de “minorias” ofendidas esconde a real extensão dos impactos destes posicionamentos, não é só “produtor x índio”, regiões inteiras são comprometidas pelas demarcações, perdendo áreas produtivas para demarcar áreas que serão socialmente abandonadas, reduzindo indicadores sociais, econômicos e ambientais das populações próximas.”

Neste ano de 2020, o assunto “marco temporal” novamente ganha repercussão nacional e vai além, desta vez, “repercussão geral”, um novo processo em trâmite no Supremo Tribunal Federal poderá rediscutir assunto já decidido pelo caso Raposo Serra do Sol (Pet3888) e multiplicá-lo para todas as causas que discutem demarcações de terras indígenas.

E o assunto não é apenas de interesse de produtores ou índios, é de interesse territorial nacional, afinal, terras indígenas são terras brasileiras, o território brasileiro deve beneficiar a todos os cidadãos em políticas públicas, mas não apenas um determinado grupo que já reivindicou 14% do território para pouco mais de 817 mil indígenas, frente outros mais de 200 milhões de cidadãos brasileiros que esperam do território nacional, as mesmas oportunidades e resultados sociais, culturais, econômicos e ambientais.

Para melhor compreensão, o caso trata do Recurso Extraordinário 1017365, que teve “repercussão geral” reconhecida em fevereiro de 2019, numerado no STF sob o tema nº 1031, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, discutindo relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena com base nas regras do artigo 231 da Constituição Federal.

O Estado de Santa Catarina teve suas terras invadidas em uma reserva biológica, conseguindo a reintegração de posse em primeira e segunda instâncias, considerando não haver elementos que permitissem afirmar que as terras eram tradicionalmente ocupadas pelos índios, questão levada ao Supremo Tribunal Federal pelo Ministério Público Federal alegando ofensa aos direitos constitucionais indígenas, que tais direitos seriam imprescritíveis (nunca se perderá no tempo), um perigoso debate que remete o Brasil às épocas coloniais.

O ministro relator do caso optou pela suspensão da tramitação de processos sobre áreas indígenas em todo o país até fim da pandemia, transformando o COVID-19 em fundamento jurídico pelo fato de que reintegrações de posse poderiam “agravar a situação dos indígenas em relação ao risco de contágio, deixando de devolver as terras a seus donos (Estado de SC) e ainda suspendendo em todo o País, quaisquer processos como ações possessórias, anulatórias e recursos vinculados, submetendo muitos outros casos semelhantes a esta situação de injustiça, sem reintegrar posses, legalizando invasões, agredindo o exercício de outros direitos constitucionais como a legalidade, a propriedade, o devido processo legal, etc..

Este caso faz lembrar situações semelhantes quando STJ e STF suspendiam reintegrações de posse em nome do risco à “ordem pública” durante as reintegrações, as famosas “suspensões de liminar”, em que a ordem pública só foi ameaçada depois que terras foram invadidas por numerosos grupos reivindicando áreas sem ordem judicial, mas apenas o exercício arbitrário das próprias razões com alegações de que ali estiveram, um dia, seus ancestrais.

Não foi apenas o COVID-19, esta inocente suspensão de processo foi além, determinou ainda a suspensão de um parecer da Advocacia Geral da União e está prestes a rediscutir o famoso “marco temporal” que pode abalar completamente a segurança jurídica e a própria ordem pública no campo, estimulando mais invasões, explico.

O parecer 001/2017 da Advocacia Geral da União determinava aos processos administrativos (Funai) de demarcação de terras indígenas que fossem observadas e respeitadas as famosas “19 condicionantes” (condições) fixadas pelo Supremo Tribunal Federal do caso Raposo Serra do Sol, como por exemplo, a proibição de que os índios façam exploração de recursos minerais e hídricos sem autorização do Congresso Nacional, a atuação da Força Nacional sem consulta à Funai, o trânsito de pessoas pelas áreas sem cobrança de tarifas pelos índios, a proibição de arrendamento, proibição de ampliação de demarcações e outros.

No caso Raposo Serra do Sol foi decidido por meio do colegiado de ministros do STF que, é indígena aquela terra ocupada em 1988, salvo se foram expulsos e não conseguiram voltar, o que deve ser objeto de uma complexa instrução processual sem que jamais possa justificar fazer justiça pelos próprios meios e intitular estes episódios de “ocupação”.

E assim o parecer acolhia as próprias decisões do STF e fixava o marco temporal para a Administração Pública atender ao que determina a palavra final já proferida pelo STF, fazendo com que, quaisquer “povos”, índios e brancos obedeçam aos processos, aos ritos, afinal, para isso serve o direito, para fazer justiça e não para promover conflitos. E então o parecer encontra-se suspenso neste mesmo processo de repercussão geral.

Já o marco temporal, perigosamente, volta às mesas dos ministros do Supremo Tribunal Federal, após já ter sido discutido no caso Raposo Serra do Sol e a mudança de entendimento pode trazer o caos, a sensação de que decisões judiciais podem ser desrespeitadas, propriedades podem ser invadidas sem processo e depois movimentar o sistema para criar o processo, um lamentável atentado à segurança jurídica e a segurança da vida de quem está em áreas prestes a terem suas porteiras e cercas arrombadas, casas destruídas e animais agredidos como vários dos casos já relatados no Brasil e pior, com um apoio dos desinformados que defendem os direitos indígenas ancestrais sem maior conhecimento de causa.

Todas estas “fake news indígenas” chamados “direitos ancestrais” ou “teoria do Indigenato” nas discussões jurídicas tentam comprovar inexistentes direitos de

“donos naturais” das terras brasileiras ditas indígenas, algo que jamais foi recebido pelo nosso ordenamento jurídico.

Nossa legislação proíbe a reprivatização, ou seja, ressuscitar direitos, se é que existem. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto 4657/1942), determina que uma norma só volta a valer se explícita, expressa em outra norma (artigos 2º e 3º), não há reprivatização automática, muito menos criada por tribunais; e a ‘nova ordem constitucional’ (1988), trouxe sim, o marco temporal, sem qualquer menção à ‘donos naturais das terras’ (indigenato), portanto, não há possibilidade de retornar os indígenas à todas as terras nas quais um dia supostamente estiveram.

A Lei de Terras (601/1850) previa três tipos de terras: terras particulares, terras a serem legitimadas e terras devolutas. Estas últimas reservadas para a colonização indígena, sem qualquer menção à donos naturais.


Também não há possibilidade de dar terras a todos que pedem terras no Brasil, sejam produtores, índios, sem-terra (reforma agrária), ambientalistas (unidades de conservação) e outras muitas políticas públicas que segregam povos e deixam de priorizar o Brasil.

Assim, marco temporal, é a determinação expressa da Constituição Federal que buscou trazer paz social e solução do problema das terras indígenas colocando uma data, a da promulgação da Constituição Federal, 05/10/1988, evitando a possibilidade de demarcação de terras como tradicionalmente ocupadas, em qualquer tempo.

Percebemos, então, que o sensacionalismo de imprensa sobre estes temas de “minorias” ofendidas esconde a real extensão dos impactos destes posicionamentos, não é só “produtor x índio”, regiões inteiras são comprometidas pelas demarcações, perdendo áreas produtivas para demarcar áreas que serão socialmente abandonadas, reduzindo indicadores sociais, econômicos e ambientais das populações próximas.

O curioso é que nestas áreas, onde habitualmente ocorrem as invasões e debates jurídicos sobre a ancestralidade, áreas cujo objetivo de demarcação, segundo a Constituição Federal (art. 231) é garantir atividades produtivas dos indígenas “*segundo seus usos, costumes e tradições*”, já se estabeleceu o uso agropecuário extensivo, esvaziando o próprio sentido dos direitos que se busca, não existem índios sojicultores e não serão destruídas as áreas de produção para retorná-las ao estado pré-colonização para que os indígenas habitem após a demarcação, é paradoxal!

Enfim, sem mais polarização de discussões entre índios e produtores, trata-se, sobretudo, de princípios básicos da gestão na eficácia da aplicação dos recursos e a eficiência na obtenção dos resultados para todos os brasileiros, onde o poder público precisa lembrar da diferença entre importante e urgente. Quando precisamos definir o que é urgente e o que é importante para mais de 200 milhões de habitantes, surgem conflitos, cada grupo tenta que seu importante se imponha como urgente sobre o importante dos outros e o Brasil se volta para atividades urgentes impostas por minorias e não nas atividades importantes que a sociedade precisa.

O momento é de priorizar ações importantes e urgentes para todos os brasileiros, senão todos perderemos por falta de capacidade de priorização. 



PEDRO PUTTINI MENDES é Advogado, Consultor Jurídico e Professor de Direito Agrário, Ambiental e Políticas Públicas para o Agronegócio, convidado pela FIA Online, Faculdade Noveste, IPOG. Graduado em Direito e Mestre em Desenvolvimento Local pela UCDB (MS), cursos de extensão em Direito Agrário, Licenciamento Ambiental e Gestão Rural. Comentarista de Direito Agrário para o Canal Rural. Escreve artigos sobre legislação no agronegócio para a Scot Consultoria. Organizador e coautor de livros em direito agrário, ambiental e aplicado ao agronegócio. Membro e Representante da União Brasileira de Agraristas Universitários (UBAU), Membro fundador da União Brasileira da Advocacia Ambiental (UBAA). Foi Presidente da Comissão de Assuntos Agrários e Agronegócio da OAB/MS e membro da Comissão do Meio Ambiente da OAB/MS entre 2013/2015. Livros organizados: “Agronegócio: direito e a interdisciplinaridade do setor” (Editora Thoth, 2019, 2ª ed / Editora Contemplar, 2018 1ª ed) e “O direito agrário nos 30 anos da Constituição de 1988” (Editora Thoth, 2018).



O federalismo como instrumento de concretização de direitos fundamentais e sociais

■ POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

“Para efeito desse estudo basta dizer que o homem não tem o controle de seus sentimentos. Podemos ficar na lição de Spinoza que entende existir o que rotula de conatus, isto é, a vontade de viver. Esta seria a essência do homem. Ele balança entre a esperança e o medo. A saber, a esperança é sentimento futuro de que nada de mau ocorrerá. O medo pode se desdobrar em medo do futuro e do passado. O medo do passado assombra pela possível repetição do mal. O do futuro busca impedir que alguma coisa de ruim aconteça. Entre os dois o ser humano balança. A ação dependerá de que afeto prevalecer no conflito interno do homem. O que se quer deixar claro é que os sentimentos, mais que tudo, entram no relacionamento humano para o bem ou para o mal. Depende do governo.”

O FEDERALISMO NA ANTIGUIDADE

Não se pretende fazer uma ampla história do federalismo. Apenas indagar como surge e quais suas características e saber se ainda perduram. Na Antiguidade, nasce, empiricamente a primeira união de parcelas independentes das denominadas cidades-estados. Formam-se sob o rótulo de Ligas. As cidades confrontavam-se. Por inúmeras razões, divergiam e, no mais das vezes, pegavam em armas. Era da concepção da formação política de outrora. Uniam-se, por vezes, em confederações, isto é, cidades autônomas somavam esforços para combater outras. Observe-se: sempre o objetivo era a defesa.

Ocorre que cada cidade continuava com seus interesses e, facilmente rompiam acordos estabelecidos e uniam-se a outro grupo de cidades que, anteriormente, eram antagonistas.

Era comum que as uniões mais fortes passassem a submeter as mais fracas. Algumas cidades uniam-se a outras e a elas submetiam seus interesses, na perspectiva de se manterem fortes em busca de finalidades comuns. Não desejadas, mas partilhadas.

RÁPIDO CORTE HISTÓRICO

Deixemos de lado a Antiguidade greco-romana porque o conceito de Estado ainda não existia. Diga-se o mesmo durante a Idade Média. O denominado Estado federal surgirá, efetivamente, com o advento da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1797. Anos antes (1776) as treze colônias declaram-se independentes, nascendo a Declaração de Independência.

Surge o Estado que passa pela concepção contratualista e nasce como pessoa jurídica, ou seja, um centro com capacidade para assumir direitos e obrigações. Centro de imputação de normas. Diversas teorias se sucedem buscando uma concepção ora fictícia ora realista do Estado (Laband, Jellineck, Kelsen, etc.).

Em nossa mente passa a ideia de que o Estado outra coisa não é senão uma estrutura de dominação (Regis Fernandes de Oliveira, “Indagação sobre os limites da ação do Estado”, ed. RT, 2015, págs. 209/212). Um grupo, pela força ou pela captação da vontade do outro (pessoa, grupo ou classe) passa a editar normas válidas e aceitas por todos. Na hipótese de resistência, instituem estrutura para sujeição das vontades divergentes. Daí os mecanismos de força (polícia, Ministério Público e Judiciário).

De qualquer forma, é um ponto de exercício de poder. Tendo este como possibilidade jurídica de intervir da intimidade jurídica de outro, sujeitando-o a deveres e obrigações ou criando direitos e poderes. Surge o Estado que pode tomar diversas formas.

O ESTADO FEDERAL

Tradicionalmente, os Estados ou são *unitários*, a saber, um só centro de poder político ou são *federais*, quando possuem emanações de poder autônomas. Identifica-se, assim, uma *forma de Estado* e não de *governo*. Evidente que os conceitos estão ligados, mas são diferentes.

Surgem diversas teorias para explicar o Estado federal. Pode-se mencionar a da *soberania* que significa a possibilidade de o Estado não estar subordinado a qualquer outro poder dentro e fora de seu território. É a decisão incondicionada dos interesses que cabe cuidar. Neste passo, União e Estados-membros não têm a mesma força jurídica.

Seria a *teoria da igualdade da soberania a mais adequada*? Estados-membros não são soberanos. Esta seria a confederação. Os Estados-membros são subordinados ao poder central. Reservam-se a eles competências exclusivas e não confrontantes com as deste.

Constituem-se em *unidades autônomas* que significa “a faculdade que tem uma comunidade jurídica de regular os seus próprios negócios, mediante normas jurídicas por ela próprias editadas” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “Natureza jurídica do Estado federal”, ed. Prefeitura Municipal de São Paulo, 1948, pág. 46).

Autonomia significa governo próprio. A autonomia dentro do Estado federal, reservada aos Estados-membros, tem capacidade de gerência de seus interesses, devidamente detalhados na Constituição Federal, prover seus cargos, eleger seus dirigentes e exigir seus tributos.

Assim, convivem, dentro do Estado federal, duas ou mais ordens de exercício de poder. Os reservados ao Estado Federal e o de cada unidade federativa. Cada qual pode dispor, diferentemente, de suas competências e forma de provimento dos cargos e recolhimento das receitas. Há harmonia e eventuais desencontros são resolvidos ou de forma consensual ou de solução através do Poder Judiciário.

Pressuposto da existência de um Estado Federal, é uma Constituição rígida onde as atribuições são fixadas e os Estados-membros participem das deliberações da União.

Identificado o Estado federal, vejamos como surgiram suas atribuições e sua identificação no mundo jurídico-político.

“O FEDERALISTA”

Os conceitos não surgem da criação cerebrina de alguém. Vão se consolidando aos poucos. Os denominados federalistas explicam ao povo das colônias o que significa o Estado federal. Publicam artigos que vão dando os contornos das ideias que defendem. Hamilton, Madison e Jay vão disseminando suas ideias em jornais de New York e que acabaram recebendo o título de “O federalista”. O pseudônimo era Públio. Foram oitenta e cinco (85) ensaios. O texto é antes um comentário sobre a Constituição dos Estados Unidos da América.

O “Federalista” é tido, hoje, como um dos grandes monumentos literários em prol da federação. Seus ensinamentos constituem base para a doutrina básica do federalismo. Em 1776 “the colonies declared themselves independentes” (“History of american law”, by Lawrence M. Fiedman, 2ª. edition, 1985, pág. 107). O primeiro grande esquema político foi enquadrado nos *Articles of Confederation*. Cada colônia sofreu sua própria revolução. Colônias se transformaram em Estados.

Na apreciação de Fiedman “The Articles of Confederation, by common consense, were a failure; the Constitution of 1787 was a stronger, more centralizing document” (Ob. cit., pág. 116).

Terminada a guerra de Independência em 1782 sobrevieram movimentos de grave perturbação. A sociedade estava exangue e sem rumo. Tumultos começaram. Era urgente a adoção de medidas que pusessem cabo a tal situação. O Congresso

da Confederação não era obedecido. As condições econômicas eram precárias. Tal período é rotulado de “crítico” pelos historiadores.

O Congresso convocou uma Convenção que se realizou na Filadélfia de 14 de maio a 17 de setembro. A finalidade era atualizar os artigos da Confederação e União perpétua. Ao invés de atualizarem os artigos da Confederação, os representantes elaboraram uma nova Constituição e alteraram o sistema de governo para o federalismo. Foi o projeto assinado por trinta e nove (39) delegados dos cinquenta e cinco (55) presentes de um total de setenta e dois (72) que foram credenciados.

Começou, então, forte campanha para que os demais Estados a assinassem. New York era o mais resistente e também bastante forte. Sua adesão seria importantíssima.

Neste interregno, Hamilton, jovem advogado que tinha sido secretário de George Washington, concebeu o projeto de publicar uma série de artigos defendendo a Constituição, tendo a colaboração de Madison, um dos mais proeminentes delegados à Confederação e Jay que não tomara parte no Congresso da Filadélfia, mas ocupava o posto de secretário de relações exteriores no governo da Confederação.

Deliberaram escrever uma série de artigos em nome sob a pseudônimo de Públio, o que ocorreu de outubro de 1787 a maio de 1788.

Os artigos eram bastante lidos e discutidos. O anonimato, à época era bastante aceito. Referidos comentários são bastante estudados pela Corte Suprema norte-americana, o mesmo se dizendo de todos os autores que comentam a Constituição. George Washington o elogiou. Tocqueville fez o mesmo e o entende de leitura obrigatória para quem pretende compreender a Constituição. Talleyrand a ele fez referência. Jêze o adota em seus comentários sobre o direito administrativo.

O *Federalista* não resultou num documento morto, como inúmeras obras meramente especulativas. Os problemas discutidos foram reais e refletiam a situação do momento no país norte-americano. É excelente material para análise exegética do texto. É excelente texto de ciência política. Os três autores tinham profundo conhecimento do direito inglês. Buscaram assentar suas assertivas em fontes apropriadas e seguras.

Ressaltem-se as lições sobre a teoria do Estado Federal. De se notar o artigo LXXVIII que destaca a revisão dos atos contrários à Constituição (*judicial review*).

No Brasil, o *Federalista* foi publicado em 1840 no Rio de Janeiro. Alude-se a outra tradução feita pelos revolucionários do Rio Grande do Sul em 1835.

O grande trabalho dos três escritores foi o de tentar convencer, com base em sólida explicação, todos os itens da Constituição então redigida.

Em verdade, até hoje os escritos de 1778/9 repercutem no conhecimento jurídico de todos que buscam compreender o regime federativo.

Alguns tópicos do “*Federalista*” merecem destaque. É bastante comum que os autores buscassem em episódios da Antiguidade exemplos para enriquecer a explicação de seus escritos. Ao cuidar das causas de hostilidade entre as nações, por exemplo, aponta o exemplo de Péricles que, instigado por Aspásia, sua amante, declarou guerra a Esparta (artigo VI). No artigo IX busca respaldo em Montesquieu para diferenciar os regimes de governo para pequenos e grandes territórios. No artigo XV assenta a insuficiência da confederação para preservar a união. No artigo XXIII cuida da defesa comum dos membros. Fala sobre a segurança externa e da importância da união, mas não só isso, é que deve haver um governo “federal encarregado de velar pela defesa comum, é uma questão suscetível de ser discutida independentemente”. Daí sua afirmativa de que quem dá os fins dá os meios. “Os

meios devem ser proporcionais ao fim; as pessoas de cuja intervenção se espera a obtenção de qualquer fim, devem possuir os meios necessários para conseguí-lo”.

No artigo LXXVIII faz soberba defesa da independência do Poder Judiciário. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do Executivo e do Legislativo. Sem a independência, “todas as reservas que se façam com relação a determinados direitos ou privilégios serão letra morta”.

Em suma, o texto é uma ardorosa defesa do sistema federativo de governo. Os autores deixaram lições inexcedíveis e profundas sobre a estrutura de tal sistema. Sua leitura é obrigatória para os que buscam compreendê-lo.

Descabe fazer um resumo do pensamento dos três escritores que forjaram explicações para o inteiro teor da Constituição, mas basicamente deram os contornos do que se entende por Estado Federal.

Basicamente, trata-se de um Estado descentralizado através de uma constituição rígida em que os Estados federados recebem competências políticas, administrativas e tributárias, com participação direta nas deliberações do Estado Federal.

Não há possibilidade de secessão, ou seja, de que algum Estado-membro queira dissociar-se. A União é permanente e perpétua, salvo o estrangulamento da compatibilidade dos interesses e que um dos Estados resolva entrar em armas para separar-se e que logre sucesso.

O ESTADO FEDERAL HOJE. OS CONFLITOS

Como se viu, os Estados são confederações, unitários ou federais. O primeiro é uma união de Estados independentes que se unem por conveniência política; o segundo concentra todos os poderes em uma pessoa jurídica, deixando às províncias atribuições meramente administrativas e de cumprimento das deliberações tomadas pelo Estado central. O terceiro é o que iremos analisar.

Evidente está que nem tudo é paz e não há o funcionamento do relógio com perfeição. Cada engrenagem, não nos esqueçamos, é formada por seres humanos, com todas suas virtudes e defeitos. O ser humano é movido por sentimentos. Não tem como fugir deles. Ao tomar consciência de que vive, já na infância, a criança revela sentimentos ou dóceis ou invasivos. Concorde, mas discorda muitas vezes. Não obedece às ordens. Rebelar-se. Resiste. Agride. Enfim, tem a razão que busca controlá-lo, mas tem as paixões que o tornam incontrolável.

As diversas pessoas jurídicas e administrativas são dirigidas por seres humanos. Os que cercam os dirigentes em todos os setores (Legislativo, Executivo e Judiciário) são pessoas que não agem exatamente regidas e disciplinadas pela razão. Longe vai o Iluminismo. Longe vão os argumentos *a priori* de Hegel. Longe vai o racionalismo a dirigir todos os passos dos humanos. Ao contrário, emoções, sentimentos em conflito, desacertos afetivos passam a ter forte influência na vida particular e também na pública.

Insiste-se: os legisladores, administradores e juízes são pessoas físicas tangenciadas por sentimentos da mais diversa ordem. Logo, entram em conflito a ensinar o acerto heraclítico de que o “combate é de todas as coisas pai”. Analisei o assunto no livro citado, págs. 187/196 (“Indagação sobre os limites da ação do Estado”).

Os interesses federativos não ficam ao largo dos conflitos pessoais. Cada unidade federativa traça seus interesses e busca executá-los. Com frequência entra em conflito com interesses de outra unidade.

É verdade que se buscam forma de composição dos conflitos, tais como a instituição do CONFAZ que coordena as diversas pretensões em torno do ICMS. Igualmente já fizemos análise do assunto em outro trabalho (“Exigência da unanimidade na concessão de estímulos fiscais e a constitucionalidade da LC 24/75” in “Congresso Nacional de estudos tributários – sistema fiscal constitucional e a estabilidade da federação brasileira”, ed. Noeses, 2012, págs. 848/849). Há discussões sobre a forma de partilha de recursos tributários através dos Fundos de Participação, inclusive com a alteração feita pela EC 84/2014.

Há Estados que aplicam sanções pela desobediência de trânsito de veículos de outros Estados pelo território daqueles.

Enfim, há uma série de controvérsias sobre as questões federativas, próprias das divergências entre homens, mulheres e interpretação jurídica. Assoma a isso, as questões sobre representatividade na Câmara dos Deputados, em que Estados maiores (como São Paulo) se sentem sub-representados.

É que, como se vem dizendo, o cobertor é curto, os recursos rareiam, os interesses regionais prevalecem sobre os nacionais ou sobre outras parcelas da República, tudo resultando em contínuos e permanentes confrontos.

Daí a questão central da indagação: como compatibilizar tudo isso, contrastes e confrontos com os direitos fundamentais e sociais? É o que se passa a indagar.

OS DENOMINADOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram se consolidando ao longo da trajetória humana. Os seres humanos estavam submetidos a um regime autoritário e despótico que vem desde a Antiguidade. De início era a dominação pura pela força. Depois surgem os tiranos, ainda com conteúdo suave, mas que envolvia a assunção de todos os poderes sobre o povo. Seguem-se reinados, repúblicas (romana) que tinham representação anual de cônsules, impérios, sempre e todos sob a coordenação de apenas uma pessoa.

Embora os filósofos (Platão e Aristóteles) e os cientistas políticos (Montesquieu, Rousseau e Locke) já tivessem falado sobre a tripartição do exercício de poder, sempre este caía em mãos de apenas um dirigente que assumia poderes absolutos. Tudo culmina com os déspotas esclarecidos (França e Rússia, em especial).

Aos poucos, foram os burgueses e, na sequência, o povo lutando para adquirir poderes ou, ao menos, diminuir os exercidos pelos ditadores. Tempos turbulentos. A aquisição de estabilidade política sempre é sucedida por eclosões, lutas, guerras intestinas e conflitos internacionais. Não se consegue assentar-se sobre o gume de uma espada, disse Talleyrand.

Surgem as modernas democracias em que os direitos são declarados. Primeiramente, a Revolução Francesa (embora revolução burguesa) obtém avanços e sob o dístico *liberté, égalité et fraternité* logra matar o rei. Abolido o absolutismo, a França volta, anos depois, a nova ditadura, de Napoleão e, futuramente, seu sobrinho (Napoleão III) dá novo golpe de que resulta a formidável análise de Marx (“O 18 Brumário de Napoleão”). Idas e vindas.

Aos poucos os direitos são reconhecidos. Os de primeira geração, chamados burgueses, assentam-se no ideal de liberdade; posteriormente, os sociais, após os difusos, meio ambiente (de segunda e terceira gerações), etc.

Começam as constituições escritas. Nelas, assenta-se um espaço para as denominadas declarações de direitos. Decorreriam da Declaração dos Direitos do Homem

de 1948 da Organização das Nações Unidas. Os Estados apressam-se a inseri-las em suas constituições.

Nossa Constituição os ampara no art. 5º. Na terminologia de Isaiah Berlin há os *direitos negativos*, ou seja, os que independem de uma ação do Estado ou da omissão deste e que são as liberdades concretizadas (pensamento, vida privada, consciência, etc.) e os *direitos positivos* que exigem ação estatal (não é bem isso que Berlin quis dizer, mas é o que resultada da interpretação de todos). Exigem ação do Estado.

Aos poucos surge o consenso do que seriam tais direitos, explicitados nos conceitos de liberdade e igualdade. São consolidados em textos da Constituição de diversos países, chegando-se ao ponto de a Declaração da ONU de 1948 afirmar que o país que não garante ou não explicita os direitos fundamentais em suas Cartas não tem Constituição.

Enfim, o mundo passa a respirar garantias e direitos.

Os denominados direitos fundamentais são aqueles que estão declarados nas Constituições dos diversos Estados. Isso basta? Vejamos o que ocorre.

BASTA A DECLARAÇÃO DE DIREITOS? LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

Como assinalou Norberto Bobbio (“A era dos direitos”) a época das declarações de direitos já está esgotada, resta efetivá-los. Uma coisa é o rótulo *legalidade* a significar que tudo aquilo que está na lei é justo, como diziam os antigos (veja-se o diálogo “A República”, de Platão); outra é a *legitimidade*, isto é o justo. Não basta, então, haver uma declaração de direitos para dizer que são humanos e fundamentais. O que importa é que sejam cumpridos e garantidos.

Garantidos por quem? Pelo Poder Judiciário como legitimador dos direitos. A ele incumbe, no estado de direito, garanti-los (Balladore Pallieri, “Diritto Costituzionale”, 3ª. ed., pág. 81). O Estado de direito é aquele em que há “formas efetivas da tutela do súdito diante do soberano”.

Um jogo indefinido de palavras. Útil rótulo para uso oportuno quando necessário. A ONU, em tese titular da defesa do patrimônio humano, faz vista grossa quando lhe interessa. Os Estados Unidos, a pretexto de proteger seu território, invadem outro país (Iraque). Com o mesmo propósito, cria m uma prisão em que os direitos humanos não são respeitados. Quem reage? Ninguém.

Alguns países não subscreveram o protocolo de Kioto e o que aconteceu? Nada. A ONU e a OTAN assistiram passivamente o massacre de Ruanda e também dos bósnios. As forças internacionais nada fizeram. O massacre de Srebrenica, na Bósnia e Herzegovina ficou marcado como o maior genocídio pós-segunda grande guerra. O general comandante Radislav Krstic foi condenado, posteriormente, pelo Tribunal da ONU a 46 anos de prisão.

Ocorre que, nos dois casos, não havia interesse econômico envolvido e os ditos direitos humanos para nada valeram. O rótulo, pois, serve à conveniência do momento. De um lado, possível posse (não comprovada) de armas letais e químicas é argumento interessante para intervenção no Iraque, sem qualquer repulsa da comunidade internacional.

Pode-se entender do ângulo filosófico, que o homem veio de algum lugar dentro da galáxia e, posteriormente, agregou-se a outros, seja por medo, seja por segurança, seja por instinto. Em verdade, nasce a horda e desta passa-se a uma organização

estruturada em um chefe. Era o pai que é morto pelos filhos (por ser ente punitivo e repressivo). Espalham-se pelo mundo. Formam territórios e estados. Nasce o sentimento de ligação, transformando-os em nações.

Os Estados, de início, servem para proteger e, ao mesmo tempo, atacar, com base no instinto de dominação ou de defesa.

Em todos os estágios, fica o homem-instinto. O mundo a todo instante está entrando em contato com o corpo humano. Por vezes, produzindo prazer; por vezes, tristeza. Isto ocorre a todo momento. O contato é irremediável. Os afetos variam. O homem reage. O que o deixa contente e feliz é bem-vindo. O que o entristece é repudiado. No entanto, os contatos prosseguem a cada momento.

Os sentimentos afetam os homens de forma irresistível. A reunião dos homens leva-os a ter afetos de carinho e de emoções mais fortes em relação aos outros que compõem, seja a horda, seja a família, seja o estado. Os sentimentos são das mais variadas ordens.

A partir daí os homens pensaram em desprezar tudo o mais e criar condições para que, em caráter universal se pensassem direitos próprios que pudessem prevalecer sobre tudo.

Pode-se falar em direitos naturais que fossem perpétua e permanentemente defendidos como coisas transcendentais? Ora, os direitos naturais outra coisa não são que direitos advindos com a natureza, isto é, vida, tão somente. O mais, não são direitos naturais, mas civilizatórios.

O direito natural, na ótica que tem sido dada, outra coisa não significa que a manutenção, hoje, de direitos da época em que o homem era solitário, vivendo em florestas e matas. Tal significado, realmente, nenhum sentido tem.

Os direitos advindos com a civilização podem ser protegidos. O homem, individualmente, tem seus desejos, seus afetos, seus instintos que, reprimidos, podem ensejar uma série de problemas. Chega-se a um tempo em que se deixássemos todos os homens terem, de forma permanente, a deflagração de seus desejos de qualquer forma e sem qualquer controle, a guerra seria permanente (Hobbes). O homem é o lobo do homem. As agressões, os confrontos, a guerra de um contra o outro, caso não houvesse nenhum instrumento de repressão, ensejaria tal estado.

Daí, nasce uma força maior repressora e inibidora da violência que se chama Estado. A civilização é, pois, dotada de instrumentos inibitórios do comportamento humano. Todos os desejos, todos os afetos, todas as paixões são reprimidas por um ser externo.

Não há o pacto. As hordas, as tribos simplesmente se submetem ao dominador. Alguém domina. Alguém que é mais forte impõe sua regra. Alguém ganha a guerra e impõe seu modo de ser. Nasce o *pactum subjectionis*. O nascimento e crescimento dos estados ocorrem por força da violência. Não há o pacto civilizado entre hordas que resolveram concordar em obedecer a uma única ordem. Não há a pacificação dos confrontos por força de um grande acordo entre todos.

A partir daí, busca-se o consenso no interior dos dissensos, para que possa haver a vida civilizada entre todos os homens e mulheres. Os confrontos são compostos. Os conflitos pacificados dentro de regras que os homens editam.

Ainda aqui as normas não são instituídas apenas pelo consenso, como se todos estivessem em sala de aula e concordassem com a professora. Não, os consensos são obtidos por força dos dissensos instaurados no interior dos conflitos. Nem sempre todos ficam contentes. O consenso somente é obtido por astúcia, por

convencimento nem sempre nobre, por barganha, por captação da vontade dos líderes que se vendem e convencem os demais, por falcatruas, por corrupção, etc.

De tal forma, são criadas palavras que servem de rótulos para identificar sentimentos emocionantes. Criam-se determinadas situações equívocas de forma a invocar os mais nobres sentimentos da alma. Que são envolvidos em manobras hábeis.

Nascem os denominados direitos humanos. O rótulo é confundido com o que se denomina humanitarismo, isto é, sentimento coletivo que se revela em situações dramáticas, tais como genocídio, guerra, terremotos, etc. Quando o ser humano sente que outro está em sofrimento, normalmente (nem sempre) reage com sentimento de solidariedade (sentimento advindo do procedimento civilizatório e não como instinto). Situações dramáticas dão surgimento a sentimentos altruístas.

Advém o humanitarismo, ou seja, “defesa pura dos inocentes e indefesos contra o poder, como defesa pura do indivíduo contra as máquinas imensas e potencialmente cruéis ou despóticas da cultura, do Estado, da guerra, do conflito étnico, do tribalismo, do patriarcado e de outras mobilizações ou instâncias do poder coletivo contra os indivíduos” (Wendy Brons, *Human Rights as the Politics of Fatalism*, South Atlantic Quarterly, v. 103, n.s 2-3, -2004, pág. 453).

Como assevera Hanna Arendt, “o conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas – exceto que ainda eram seres humanos” (*Origens do totalitarismo*, Cia. das Letras, 2006, pág.333).

A frase leva à noção do homem sagrado. Este inexistente em nossa realidade. O ser humano vira farrapo. Não tem expectativa de vida. Não tem igualdade. Não tem cidadania. Não tem direitos contra o Estado.

Como afirma Slavoj Žižek (*A visão em paralaxe*, Boitempo editorial, São Paulo, 2008, pág. 444) “o paradoxo é que somos privados dos direitos humanos exatamente quando, de fato, na realidade social, somos reduzidos a um ser humano ‘em geral’, sem cidadania, profissão, ou seja, exatamente quando, de fato, somos os portadores ideais dos “direitos humanos universais”.

O que não tem sentido é buscar o direito humano como um pré direito ou como um meta direito ou como algo transcendental. O direito humano nasce com a civilização. Não se pode falar, aí, em direito natural, que não tem conformação precisa e tem mais conteúdo histórico que essencial.

Os direitos humanos não podem ser reivindicados como algo essencial, mas como contingente de lutas. Os direitos humanos universais designam o espaço preciso da politização propriamente dita: o que representam é o direito à universalidade como tal, o direito do agente político de afirmar sua não coincidência radical consigo mesmo.

Estão eles, em verdade, predispostos no interior de determinados direitos políticos consagrados em cartas políticas. Não têm autonomia. Não têm características identificadas como supremas, religiosas, divinas, etc. Mesmo porque, o divino não entra em tal esfera, salvo naqueles que creem que o homem foi feito à imagem do Criador. Pobre ou insuficiente criador que fez figuras tão caricatas e grotescas.

Em verdade, os direitos humanos passam a se identificar com os que estão excluídos da esfera política. Estes são os dos afastados da sociedade, dos bens da

vida, das benesses. Os direitos humanos então, neste lance, passam a significar os direitos dos mais humildes e dos excluídos.

No dizer exato de Jacques Rancière, que sugere uma inversão argumentativa ao dizer que “quando eles não têm mais utilidade, fazemos o mesmo que as pessoas caridosas fazem com as roupas velhas. Damos para os pobres. Aqueles direitos que parecem inúteis em seu lugar de origem são mandados para o estrangeiro, junto com roupas e remédios, para gente privada de roupas, remédios e direitos. É dessa maneira, como resultado desse processo, que os direitos do homem se tornam os direitos dos que não têm direitos, os direitos dos seres humanos nos sujeitos à repressão inumana e a condições de vida inumanas. Tomam-se direitos humanitários, os direitos dos que não podem praticá-los, das vítimas da negação absoluta do Direito” (*Who is the Subject of the Rights of Man?* South Atlantic Quarterly, v. 103, n12 23, 2004, págs. 297/230).

Acrescenta o mesmo autor que “o direito à “interferência humanitária” pode ser descrito como uma espécie de “devolução ao remetente”: os direitos desusados e mandados aos sem direito são retomados aos remetentes” (ob. cit., pág.307/309).

O significado dos direitos humanos implica a possibilidade de as potências ocidentais interferirem onde quer que seja para a defesa das vítimas sofredoras daqueles mundos.

Não há, pois, um direito humano como algo essencial. O direito humano é visto como o dos perseguidos, dos afastados dos bens da vida, dos vitimados, dos sofredores, etc.

Vê-se, pois, que é um direito particularizado e não universal.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 considera os direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade autoevidentes. O que significa isso? Verdadeiro paradoxo. Se são assim não necessitam de qualquer declaração. Como seriam autoevidentes se não são universalmente reconhecidos?

Os denominados direitos humanos, para seu reconhecimento, necessitam de três requisitos: a) que sejam naturais; b) que sejam iguais e c) que sejam universais.

Ora, já se viu que os direitos naturais são outra coisa. Não dizem respeito à natureza humana. Nem atendem ao postulado cristão. Também não são iguais, porque são diversificados em diversos países. Nem são universais, porque não têm a mesma raiz e não são como tais respeitados no mundo inteiro.

De outro lado, há uma incongruência gritante. Confronto entre os direitos tidos como humanos e as culturas que os forjaram ao longo da história em diversos países. O uso da burca, por exemplo, por ser considerado um direito natural? Pode ser, na visão islâmica. Não o é, à luz do cristianismo, podendo significar, até sujeição escandalosa da mulher à vontade do homem. E o uso do cabelo comprido e de saias longas, hoje respeitadas por parte da comunidade evangélica, como deve ser encarado? Há um direito natural da mulher de cortar o cabelo e de usar saia ou devemos combater para que deixem de ter tais injunções religiosas? O pagamento do dízimo a pregadores inconsistentes e loquazes deveria ser coibido em sociedade mais aberta? Mas, podemos imiscuirmo-nos na intimidade religiosa das pessoas? Não é um direito humano a liberdade religiosa? Se não for, cabe-nos interferir nas práticas fetichistas na África? O direito humano tem um conteúdo político? Sob a visão de quem?

Se a política admite vertentes, isto é, se os credos políticos são os mais variados possíveis, seria admissível impor determinada visão comportamental a grupos divergentes?

Os autores sempre empregaram distintamente a expressão “direitos humanos” com outros conteúdos. Condorcet falava no respeito dos direitos do homem para grandes povos (“*Influence de la révolution d’Amérique sur l’Europe*”, de 1786). Mirabeau, em plena Revolução Francesa dizia que as pessoas não “têm nenhuma ideia dos direitos dos homens”, referindo-se a seus perseguidores.

Em verdade, a cada país cabe definir o que entende por direitos humanos. Dentro da infinidade de culturas, seria quase inadmissível estabelecer preceitos definitivos e universais que preponderassem sobre tais culturas. De uma coisa estamos certos. Há uma realidade universal: somos humanos. O que nos qualifica como tal é o fato de sermos portadores de uma inteligência que se vê contingenciada por nosso corpo. Corpo e alma não se fundem numa só coisa. São distintos.

O invólucro não pode subsistir sem a mente. Nem esta sem aquele. Ambos estão juntos. Mas, distintos.

Ao longo da história, os diversos povos foram forjando sua identidade e criaram, culturalmente, filosofias, ensinamentos, costumes que não são identificados com qualquer outro povo. Os países árabes, à luz do islamismo criaram uma cultura arraigada de respeito a determinados valores que não se confundem com os do Ocidente. Diga-se o mesmo dos que professam a religião budista ou a hinduísta, cuja raiz é a mesma ou, o que não dizer do confucionismo, do taoísmo, do sikismo, do jainismo, etc., cada qual com sua concepção de vida, de costumes, de compromissos com o divino, etc. Como unificar tudo isso?

A cultura oriental é muito rica. Os ainda partidários do maniqueísmo (os parsi da antiga Pérsia, hoje Irã) deixam os corpos de seus mortos sob morros (torre do silêncio) ou sob uma laje para que sejam devorados pelos abutres. Creem que não devem sujar o solo (como cristãos e budistas) ou a água (como os hinduístas que cremam seus mortos). Acreditam que não podem sujar o mundo e que os pedaços de seus membros podem ser dispersos para se incorporarem em outras realidades vivas, para que consigam sobreviver. Quem poderia discordar de tais ensinamentos milenares?

A cremação é um direito natural? Ou o enterramento? A automutilação dos que estão convencidos de que apenas assim alcançaram a graça divina pode ser proibida? A autopunição (que consta que até o Papa João Paulo II praticou) deve ou pode ser delimitada? Os ritos africanos de crença no sobrenatural atendem aos direitos humanos? A pajelança de nossos índios agride algum preconceito nosso?

Onde está o universal em tudo isso?

Ora, se os direitos humanos para que possam existir devem atender a determinados requisitos, quais são eles?

Ademais, a subjetividade de cada um não impede que cada indivíduo forme suas convicções e tenha suas crenças, sem que possa alguém interferir nelas?

A punição que atende, até princípios bíblicos do Velho Testamento está em desacordo com a civilização ocidental? As lições da Torá agridem nossos sentimentos? A prática de chibatada pública ainda existente em alguns países islâmicos está correta? Da perspectiva de quem? Da cultura ocidental? Se o islâmico descumprir qualquer dos preceitos do Alcorão e for punido na forma daquela crença, cabe-nos censurar os aplicadores da sanção? Com que autoridade?

Se os praticantes de cultos mais liberais ou que façam uma interpretação mais liberal dos livros sagrados aceitam o homossexualismo, quem poderá criticá-los? O homossexualismo é um direito humano? Cada corrente religiosa irá responder

de uma determinada maneira. As religiões de origem africana aceitam e sustentam tal prática. Os evangélicos a repudiam. Quem está certo, quem está errado? Há direito humano à sodomia?

O que se quer demonstrar é que cada religião tem suas crenças. A filosofia cuida de tais assuntos de forma não preconceituosa. Os cidadãos analisam tais fatos dependendo das circunstâncias e a política resolve cada problema com argumento de plantão.

O que se afirma é que não há direitos que se uniformizam. Cada qual usa o rótulo como lhe apetece.

Em interessante texto Lynn Hunt (*“A invenção dos direitos humanos – uma história”*, Cia. das Letras, 2009) relata que o uso da expressão é devido a Rousseau, mas toma força definitiva com o caso Callas. O filho dele foi encontrado morto e se imputou a ele e sua família o homicídio do rapaz. Levado à barra do tribunal, existia à época a tortura prévia para obtenção da confissão. Voltaire, ciente do fato, contra ele se revoltou, dando origem a seu *“Tratado sobre a tolerância”* por ocasião da morte de Jean Callas (pág. 73).

De início, o povo aplaudia, nas ruas, os condenados e torturados. Posteriormente, foram sendo conscientizados à repulsa. A prática da tortura foi sendo abolida em alguns países (Suécia – 1772 – Áustria – 1766 – França – 1788). Tais formas foram sendo repudiadas, dando origem a documentos notáveis. Mesmo antes da abolição parcial da tortura, documentos solenes de declaração de direitos foram sendo editados (Bill of Rights – 1689). As penas difamatórias também.

As novas noções de civilidade eram acompanhadas pela extinção de práticas sociais também grosseiras (agressividade pública, flatulência, riso desmesurado, gritaria nos teatros, eructação, todas práticas que foram sofrendo resistência da sociedade – ob. cit., Lynn Hunt, págs. 82/83).

Grotius em 1625 tentou criar os direitos naturais universais. Locke entendia os direitos naturais como vida, liberdade e propriedade. Há quem rejeite, vivamente, a propriedade, entendendo-a um roubo (Proudhom). Até hoje, no Brasil, há discussão sobre se a propriedade improdutiva pode e deve servir para a reforma agrária. De que lado está o direito natural (daqueles que se entendem proprietários ou dos que lutam pela posse?).

Bentham clamou contra o que se rotulava a época de direitos naturais, entendendo que se tratava de absurdo retórico e bombástico.

A civilização acompanha os embates permanentes em diversos países. Inicialmente, houve a intolerância religiosa que ainda existe até hoje. O que se deve combater é a intolerância e não determinada religião ou seita. O que se deve combater é o preconceito racial, sem que haja necessidade, para tanto, de invocar parâmetros jurídicos. O que se deve proteger é a liberdade, para que cada um diga o que pensa, se reúna, escreva sobre o que queira, sem que haja necessidade de invocar qualquer rótulo.

O que se deve ter em mira é a dimensão humana, independentemente do ângulo em que se a queira examinar.

De acordo com Fábio Konder Comparato, “os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente por um processo irreversível de desagregação” (*“A afirmação história dos direitos humanos”*, ed., Saraiva, 1999, pág. 25). Prossegue afirmando que “o conjunto dos direitos humanos forma um

sistema, correspondente, à hierarquia de valores prevalecente no meio social; mas essa hierarquia axiológica pode não coincidir com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado” (idem, *ibidem*).

Conclui o jurista: “A dignidade do ser humano, fonte e medida de todos os valores, está sempre acima da lei, vale dizer, de todo o direito positivo. Mas a expressão jurídica dessa dignidade se enriquece continuamente no curso da História” (ob.cit., pág. 30).

Aqui se tem um enfoque bastante sólido. São *valores* importantes para a convivência humana. O que se quer dizer é que esses valores não correspondem a uma aceitação universal e são variáveis. Ademais, apenas surgem no momento da aplicação das normas e nada tem a ver com o federalismo.

Ao se dizer que os valores estão acima da lei e de todo o direito positivo, cria-se uma *tensão*, como referido pelo autor. Ocorre que essa ordem transcendente de valores irá aparecer quando da aplicação prática do valor.

Quando, então, aparecer a agressão ao direito (hipótese de “Antígona”) é que se pode invocar o valor. Este será ou não reconhecido. Assim, depende sua eficácia da efetiva aplicação ao caso concreto.

AS PAIXÕES E SUA INFLUÊNCIA NO MUNDO DO DIREITO

Todos têm o mundo do direito como o mundo das normas. Restringe-se o direito a isso? Não nos parece. O direito está no mundo. Prenhe de valores, de vida, de divergências, de confrontos, de conflitos, de sentimentos e de paixões. Elas se transmitem às normas.

O direito tem sido, desde há muito tempo, a partir de Kant e de Kelsen como um conjunto de princípios e regras que disciplina o comportamento humano. Se fosse somente isso, qualquer conjunto seria direito e confundido com a lei. O estado de legalidade, mas não o de legitimidade. Tal acréscimo significa que se pode falar em norma boa ou má, de forma a garantir os direitos mais íntimos e sagrados do homem. Não se confundindo o conceito de legalidade (estrito advento de leis) com o de legitimidade (conjunto de leis que garante o estado de direito pelo enobrecimento e valorização do homem), a modernidade busca garantir a inviolabilidade dos denominados direitos humanos.

O que se busca aqui é uma ideia de direito que se pode adaptar aos nossos tempos. Não há inovação, uma vez que retirei de diversos autores a visão de que o direito como dimensão cultural só pode ser analisado à luz dos sentimentos humanos.

Desde Freud o homem é visto como um ser pulsional, isto é, cheio de sentimentos que vão do amor ao ódio. O homem é o que é. Cada qual é diferente do outro. A humanidade é, pois, absolutamente desigual. Tornar a todos iguais é irreal. Trata-los de forma igual também não é real. Pode ser romântico ou cristão, mas não reconhece, em cada qual, as desigualdades de que são formados.

O *id* freudiano é um desconhecido que tem toda sorte de impulsos. Com a repressão nasce a civilização. A repressão recai sobre os impulsos, para torná-los passíveis de convivência. O homem que cede a seus sentimentos pode agredir a moral média, que é fruto, dizem, de consenso. Daí a repressão para que se enquadre nos padrões éticos vigentes.

Como não se consegue reprimir os impulsos através de controle interno do próprio ser humano, a sociedade o faz. Daí podem nascer o recalçado e o neurótico. Para o equilíbrio, surgem códigos de valores e a crença em outro mundo. A comparação com valores ideais é que vai servir de contraste para o domínio dos humanos.

Se pensarmos o ser humano apenas como humano, tem ele a substância igual a tudo na terra. Tudo é substância. Cada animal, vegetal ou as demais coisas, cada uma tem sua substância. Assim, a evolução vai alterando as coisas e, inclusive, o homem. A natureza tem sua alteração constante e disforme. O mundo é o caos e prossegue com o caos. Cada coisa existe por si mesmo.

Se for assim, o ser humano é tocado pelo mundo e o toca a todo instante. Vive, pois, em constante alteração. A cada minuto já não é mais o mesmo, como diria Heráclito, filósofo grego. Como veio ao mundo, tem que viver. Não pode renunciar à vida. Se acreditar em um mundo superior (de ideia, de deuses ou de deus, etc.) então passa a vida a buscar esse outro mundo e fazer por merecê-lo. Daí ser obediente a padrões de comportamentos que lhe são ditados não por sua vida, mas pela vida dos outros. Esta são as normas editadas pela Igreja ou pelo Estado e que devem ser cumpridas.

Se imaginar que tem que viver, deve manter-se cheio de vida. No entanto, é movido por seus apetites, desejos e vontades. É natural que o homem queira aquilo que manda seus sentimentos. O desejo é sua própria essência. Como não quer sofrer, busca alegria. Quando passa frio, busca o calor. Quando quer ter as coisas, assume o consumismo (própria dos dias atuais).

De qualquer maneira, se não assumir um mundo ideal (alguma religião) vê-se massacrado pela vida. Fica só (a vida lhe dá náusea – Sartre). Então, pode ter sentimentos contraditórios e sentir o pessimismo à Schopenhauer. É que o homem não consegue refrear os afetos, como afirma Spinoza.

Diante de tal perspectiva (de se sentir só, de ter desejos que ficam reprimidos, de eventualmente não crer na religião e num mundo pós morte) é que o homem se junta em sociedade. Não da maneira romântica pensada por Hobbes, Rousseau e Locke. O pacto social não decorre do movimento anímico de todos, em determinada ocasião, e efetuam uma renúncia de sua natureza para conviver em sociedade. O Estado não nasce de tal maneira. Ao contrário, o Estado nasce de conflitos, de conquistas, da guerra.

Não há uma ruptura do homem na natureza com o homem civilizado, de forma de um era o selvagem e passa a ser o civilizado em golpe estratégico de inteligência. Ao contrário, as tribos de outrora eram guerreiras que impunham a dominação sobre as outras. Quem era mais forte vencia e impunha seu modo de vida. Nasceram estados, costumes, morais, etc. Era a lei do mais forte. Daí Hobbes ter dito que “o homem é o lobo do homem”. Grande verdade.

Como se pode entrever, o direito não mais é visto como mero conjunto de normas, mas como instrumento de dominação. O poder, que no estado de natureza era o direito de matar, passa a ser o direito de manter vivo. O poder no estágio primário era a força bruta e passa a ser dominação disfarçada.

O Estado, em tal situação, não mais é apenas decomposto em seus elementos (território, povo e governo), mas visto como o estado-governante, isto é, aquele que titulariza interesses dos outros. É que os conquistou. A conquista pode ter ocorrido na Idade Média ou em decorrência das Grandes Guerras, pela força que

se materializa em tratados. Modernamente, o Estado significa o domínio do vencedor que impõe suas regras. Ou é a mera imposição da vontade do vencedor ou a vontade dos fracos que se organizam para dominar o mais forte. É o que se vê nas grandes comunidades de países que se organizam (União Europeia, Alça, tigres asiáticos) para dominar ou resistir à força econômica dos outros (China).

O direito passa a significar a maneira “civilizada” de regulamentar a guerra. Daí por que o Estado é o titular da violência. Exatamente para poder impor seus valores (aqueles que a classe dominante quer). A lei não é a expressão da vontade comum e imposta à obediência de todos. É simplesmente a concretização da não violência.

O homem em estado natural tem seus impulsos, como se viu e não abre mão deles. Simplesmente se submete (*pactum subjectionis*) ao mais forte ou o mais forte que sucumbe ante a união dos fracos. Clausewitz quem afirmou que a guerra não passa da política continuada por outros meios.

A relação jurídica hoje outra coisa não significa senão a relação de dominação-sujeição. Toda lei reflete uma dessas relações. Seja condominial, seja familiar, contratual, tributária, penal, etc. Todo relacionamento é impositivo e prevê sanções para o descumprimento do preceito.

Como é importante que a população não sinta tal sujeição, instituiu-se a violência simbólica (Bourdieu), isto é, as pessoas podem votar, ser votadas, sujeitam-se ao salário mínimo, recebem vencimentos incompatíveis, não têm saúde ou ensino de qualidade, mas pensam que serão satisfeitas e que seus filhos alcançarão tais bens. Vivem com liberdade (ainda que a sociedade não seja democrática), pensam que as instituições estão funcionando a contento, mas não têm uma sociedade democratizada e de pleno amparo aos anseios. Ficam na ilusão.

Ocorre que se não se mantiverem como rebanho (expressão de Nietzsche) sofrerão repressão. Se começarem a fazer passeatas de reivindicação, sentirão o peso dos cassetetes. Se buscarem alterar a ordem política, serão reprimidas. Têm que se comportar.

Veja-se, pois, que a ordem é manter o rebanho unido através do direito. Neste sentido é que se diz que o direito é mera dominação através de códigos de persuasão. Nem por outro motivo é que a política outra coisa não significa senão a captação da vontade através de signos (liberdade, honestidade, direitos humanos, igualdade, etc.), ainda que estes nunca se realizem.

O poder então é alcançado por aqueles que possuam a melhor estratégia (valores, códigos, mensagens midiáticas, etc.) de conquista.

Se é assim, como se aceitar que o direito nas escolas seja dado como era nos séculos anteriores? Mera repetição de lições vetustas, desconectadas com a vida real, com a vida vivida nas ruas ou descoberta nos bastidores.

Como disse Marcuse, nossa civilização “em termos genéticos, está fundada na supressão dos instintos”. É verdade. Grande verdade. É o homem que vem sendo reprimido e iludido com o valor de sua posição social, de sua família, de sua segurança, etc. É o homem que se deixa marcar na porteira, com o ferro da igualdade para integrar o grande gado humano.

Em suma, o direito formal é importante e deve ser estudado para se compreender a estrutura do Estado e seu desenvolvimento, inclusive no Judiciário, que é o mais importante dos órgãos institucionais de repressão. No entanto, não se pode olvidar que o direito não é apenas a estrutura, mas a essência, isto é, a gênese da dominação dos instintos.

A guerra existe em todos os atos sociais e jurídicos e é o instrumento da dominação. Em tal passo, o direito funciona também como instrumento de dominação, porque mantém subjugados homens e mulheres que não venceram a guerra. O vencedor impõe sua verdade (Nietzsche) e suas regras bem como as sanções em caso de infração. As ideologias, neste passo, são fortes modos de captação da vontade ou da sensibilidade das pessoas. Servem de estratégias para obtenção do poder.

O homem busca a alegria em contato com o mundo. Este nem sempre é amigo. Por vezes prepara decepções, dor, tristeza. O homem busca superar tais desencontros não pela fuga ou pela ilusão, mas pelo enfrentamento das tristezas, fazendo assim a intensa vida.

O direito é paixão. É o direito vivido nas ruas, nos cárceres, nos laboratórios, na família, no comércio, nas discussões, no parlamento, no executivo, no judiciário. O direito é tudo isso.

Da mesma forma dessacralizou-se o mito para a introdução de outro ente sagrado, ou seja, o dinheiro. Este é que comanda a sociedade, hoje. Como deixar seu estudo, em todas as suas formas, de lado? Não sob o aspecto da leitura dos contratos, dos tratados, do direito cambial, mas da estrutura de dominação que está por trás. O dinheiro comanda as grandes corrupções. O dinheiro seduz a tudo e todos. Como desconhecer, hoje, este poderoso instrumento de dominação?

Veja-se como tudo é paixão (no sentido amplo da palavra em relação aos instintos) que deve imperar na análise do fato jurídico que enseja a incidência da norma. Não apenas do ângulo da subsunção, mas do aspecto do que está hipostasiado no fato empírico.

O direito, pois, não deve ser visto como mera forma. É guerra, dominação, poder e estratégia. Assim deve ser ensinada nas escolas e deve ser analisada nos contratos e tribunais. O direito é, pois, regido pelas paixões humanas e de tal modo deve ser analisado nas universidades.

Vê-se, pois, que as paixões, aqui tomadas em seu mais amplo sentido de todos os sentimentos que invadem o ser humano ou estão dentro dele. O ser humano é formado de maneira maniqueísta. Tem perante si o *bem* e *mal*. O bem nele se reflete através dos bons sentimentos; o mal pelos maus afetos.

O ser humano não é só racional. Não é razão que nele decide nem é ela um centro controlador de todos os afetos que dentro dele se digladiam.

Nele preponderam os sentimentos, bons ou maus. Na primeira ordem podemos identificar: o amor, a solidariedade, a coragem, a temperança, sobriedade, etc. Na segunda, temos a ira, inveja, cobiça, etc.

Não podemos rotular, como o fizeram autores do passado, de doenças. É que tais sentimentos são o que são. Manifestam-se no interior do ser humano. Mas, não são doenças.

O amor, principal sentimento do bem desdobra-se em outros como a solidariedade, a compreensão, a bondade, a comiseração, etc. O amor é sempre em relação a outro. O amor por si próprio é narcisismo. Tal afeto é sempre intersubjetivo.

O amor exacerbado converte-se em paixão (outro rótulo que significa a perda do bom senso e da modicidade. Esta, neste sentido, é fulgurante e efêmera. Explode em eflúvios de afetos e apaga-se com a mudança do humor.

O mal revela-se através de diversos comportamentos. A ira é o desejo da vingança. O ódio, a insânia, a raiva, o medo, a avareza, a cobiça, etc., são manifestação do mal.

Podemos contrapor o amor ao ódio. O bom e o mau sentimento. Ambos têm suas variantes.

Para efeito desse estudo basta dizer que o homem não tem o controle de seus sentimentos. Podemos ficar na lição de Spinoza que entende existir o que rotula de *conatus*, isto é, a vontade de viver. Esta seria a essência do homem. Ele balança entre a *esperança* e o *medo*. A saber, a esperança é sentimento futuro de que nada de mau ocorrerá. O medo pode se desdobrar em medo do futuro e do passado. O medo do passado assombra pela possível repetição do mal. O do futuro busca impedir que alguma coisa de ruim aconteça.

Entre os dois o ser humano balança. A ação dependerá de que afeto prevalecer no conflito interno do homem.

O que se quer deixar claro é que os sentimentos, mais que tudo, entram no relacionamento humano para o bem ou para o mal. Depende do governo.

CONCLUSÕES

Como se viu, as paixões são incontroláveis, salvo pela repressão dos instintos. Os direitos humanos se constituem de rótulos utilizáveis por quem domina ou por quem quer dominar. Serve tanto para o exercício do poder como para a ele se opor. Assim tem sido utilizado em todos os instantes seja por dominantes ou por dominados. É discurso fácil para a esquerda e para a direita. É instrumento útil para o discurso político.

Neste passo, ser federal ou não o Estado é irrelevante. A federação não dispõe de instrumentos diferentes da confederação ou do Estado unitário para dar maior ou menor garantia ao exercício dos direitos. Estes se constituem de um rol inserido nas modernas Cartas escritas que buscam dar segurança jurídica à população. Para seu anteparo existem as políticas públicas que são utilizadas pelos governantes como forma de ação. Discurso estratégico para convencimento do povo. Nada mais.

O Legislativo utiliza o rótulo de forma mais abrangente para elaboração das leis – sempre em benefício dos menos favorecidos. Estes aparecem em estatísticas e as leis devem sobrevir para ampará-los. Só que não o faz. Normalmente, os recursos alocados nos diversos itens orçamentários não chegam ao destino; são desviados sob forma de propina ou para pagamento de servidores públicos. Jamais as verbas chegam para cumprir a finalidade a que se destinam.

No Judiciário, que deveria ser a garantia maior dos interesses em jogo e para segurança dos menos favorecidos, as respostas são tardias e nem sempre os amparam.

Vê-se, claramente, que a forma de Estado é irrelevante. Pode-se afirmar que o federalismo não é instrumento para concretização dos direitos fundamentais e sociais. O fato de as competências serem repartidas entre um centro (O Estado Federal – União) e Estados-membros é irrelevante para garantia de qualquer direito. O que vale são as políticas públicas aplicadas por qualquer governo. Desde que sério. Em qualquer circunstância.

É uma conclusão frustrante, mas reveladora da realidade em que vi vemos. 



REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA é professor de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo – USP. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Presidiu a Associação Paulista de Magistrados, a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Federação Latino Americana de Magistrados. Exerceu vários cargos eletivos entre vice-prefeito e, interinamente, prefeito de São Paulo e o de deputado federal. É autor de vários livros de Direito, estudo filosófico e romances.



DIVULGAÇÃO

A perigosa transformação do celular em espião estatal

■ POR ANDRÉ DAMIANI E MARINA DIAS

“Afinal, quais seriam os limites do avanço tecnológico no monitoramento dos aparelhos celulares e das interações entre as pessoas? Ainda que, por ora, essa intervenção possa estar legitimada pela necessidade de retomada da economia no contexto pandêmico, como impedir que os dados devassados hoje, em nome da crise sanitária, banalizem direitos fundamentais no futuro?”

Para reduzir os impactos econômicos do período de isolamento social, o governo brasileiro estuda formas de disciplinar o retorno da população às atividades profissionais e, ao mesmo tempo, retardar a disseminação do coronavírus. No mundo, esse processo desafia soluções variadas. As melhores performances combinam testagem em larga escala e monitoramento das interações físicas da população.

Daí a razão pela qual as tecnologias capazes de rastrear indivíduos, a partir de seus aparelhos celulares, ganharam destaque como estratégias governamentais de enfrentamento da crise no processo de retomada da economia. Até agora, três modalidades de monitoramento de dados via celular já foram postas à prova.

A primeira – e a mais simples – é o rastreamento dos aparelhos via GPS. Nessa modalidade, o controle da localização dos celulares, via dados de georreferenciamento, fornece “mapas de calor” que revelam a concentração de indivíduos anônimos em regiões determinadas. Os dados monitorados, nesse caso, não identificam os portadores dos telefones, já que servem tão somente como indicadores de eficácia da recomendação de afastamento. Adotada, no Brasil, pelos estados de São Paulo, Recife e Rio de Janeiro, essa tecnologia permite intensificar políticas públicas de conscientização, por exemplo, onde houver menor adesão ao isolamento.

A segunda modalidade – um pouco mais complexa – destina-se ao acompanhamento da movimentação de usuários dos serviços de telefonia móvel. A proposta desse sistema é mapear as interações físicas entre as pessoas ao longo do tempo, a partir do cruzamento dos dados dos titulares de contas de celular. Associada à testagem massiva da população, essa ferramenta permitiria a reconstituição da trajetória do vírus e, por conseguinte, o alerta e posterior isolamento dos cidadãos diretamente expostos a risco de contágio. Esse modelo de monitoramento produziu resultados sensíveis no achatamento da curva pandêmica de países europeus e asiáticos, mesmo após o restabelecimento do convívio social.

A terceira e mais invasiva metodologia de controle adotada internacionalmente combinou aplicação de testes (diagnóstico), tecnologia de rastreamento identificado e ampla divulgação da identidade dos contaminados. O objetivo dessa abordagem é alertar aqueles que se expuseram a contato com o doente no passado e prevenir contágio futuro. Apesar de hostil sob o viés da privacidade, esse mecanismo contribuiu na guerra contra o vírus em países como Singapura e China.

Hoje, não há quem duvide da relevância do rastreamento de celulares para a contenção do vírus. Resta questionar, no entanto, se a pandemia serve para justificar toda e qualquer intervenção do poder público na vida privada dos cidadãos. Afinal, quais seriam os limites do avanço tecnológico no monitoramento dos aparelhos celulares e das interações entre as pessoas? Ainda que, por ora, essa intervenção possa estar legitimada pela necessidade de retomada da economia no contexto pandêmico, como impedir que os dados


devassados hoje, em nome da crise sanitária, banalizem direitos fundamentais no futuro?

No Brasil, baliza segura é a Constituição Federal e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Para a legislação, “dado pessoal” é a informação que permite identificar, direta ou indiretamente, uma pessoa natural. Posto isso, toda e qualquer ação caracterizada pelo tratamento de dados de pessoas deverá observar os princípios da boa-fé, da transparência, da prevenção, da segurança e da prestação de contas. À luz desses mandamentos gerais, quando a administração pública declaradamente rastreia celulares, por exemplo, deve fazê-lo na persecução do interesse público, com o objetivo de cumprir suas atribuições legais, e desde que forneça aos titulares dos dados coletados informações claras e atualizadas sobre suas ações. Nesse contexto, é condição para o tratamento de dados pela administração, que se preste exaustivo esclarecimento à população sobre o real alcance das políticas invasoras da privacidade.

A modalidade de monitoramento adotada no Brasil não fere, em princípio, a garantia constitucional à privacidade, seja porque os dados monitorados não identificam seus titulares, seja porque a supremacia do interesse público serve de motivação para o rastreamento de aglomerações. A vigilância dos cidadãos sobre o Estado, todavia, deve continuar.

Isso porque o avanço exponencial da ciência e da tecnologia nos momentos mais críticos da humanidade foi determinante na consolidação de uma valiosa base de dados de saúde e do comportamento humano. Esses dados, antes protegidos pelo anonimato, hoje correm o risco de ser tragados pela espiral da banalização da intimidade, da privacidade e da dignidade humanas, sob o fundamento genérico do interesse público.

Bem por isso, merece aplausos a maioria formada no STF pela suspensão da Medida Provisória 954/20, editada para compelir as empresas de telecomunicações a compartilharem os dados de seus clientes com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sem o consentimento dos interessados. O Supremo destacou que o acesso irrestrito do IBGE aos dados pessoais de todos os clientes da telefonia móvel brasileira extrapolaria, em muito, os limites do interesse público e acabaria por institucionalizar a bisbilhotagem estatal.

Afinal, como bem advertiu o ministro Lewandowski: “O maior perigo para a democracia nos dias atuais não é mais representado por golpes de Estado tradicionais, perpetrados com fuzis, tanques ou canhões, mas agora pelo progressivo controle da vida privada dos cidadãos, levado a efeito por governos de distintos matizes ideológicos, mediante a coleta maciça e indiscriminada de informações pessoais, incluindo, de maneira crescente, o reconhecimento facial.” 



ARQUIVO PESSOAL

ANDRÉ DAMIANI é sócio fundador do escritório Damiani Sociedade de Advogados. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (GV-LAW).



ARQUIVO PESSOAL

MARINA DIAS é Advogada associada no escritório Damiani Sociedade de Advogados. Master of Laws em Direito Societário e pós-graduada em Compliance pelo Insper. Pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

De João Pedro a George Floyd, o racismo que mata

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“A morte de João Pedro – mais uma dentre milhares de outras que ocorreram e estão ainda para acontecer – deveria levar a população às ruas, protestando enérgica e civilmente, tal como sempre ocorreu, e acontece agora também, nos Estados Unidos, com todos os riscos que o novo coronavírus representa para as aglomerações.”

No último dia 18 de maio, a polícia do Rio de Janeiro matou João Pedro Mattos, quando ele estava dentro de sua casa, em São Gonçalo, no Rio de Janeiro, divertindo-se com amigos. Ele foi atingido por um projétil de fuzil que o acertou na parte posterior das costas. João Pedro era mais um adolescente negro brasileiro: tinha 14 anos.

Poucos dias depois, 25, na cidade de Minneapolis, no noroeste dos Estados Unidos, a polícia matou George Floyd, asfixiado, e depois de já estar inteiramente dominado por um policial brutamontes. George Floyd era mais um cidadão negro norte-americano: tinha 46 anos.



Poucas horas depois que um vídeo foi divulgado nas redes sociais, mostrando-se a brutalidade e a covardia da polícia norte-americana, o prefeito de Minneapolis, Jacob Frey (um “muito fraco prefeito da esquerda radical”, segundo Trump), afirmou em uma entrevista que “ser negro nos Estados Unidos não deveria ser uma sentença de morte.”

E não deveria mesmo sê-lo, nem aqui, nem lá, nem alhures.

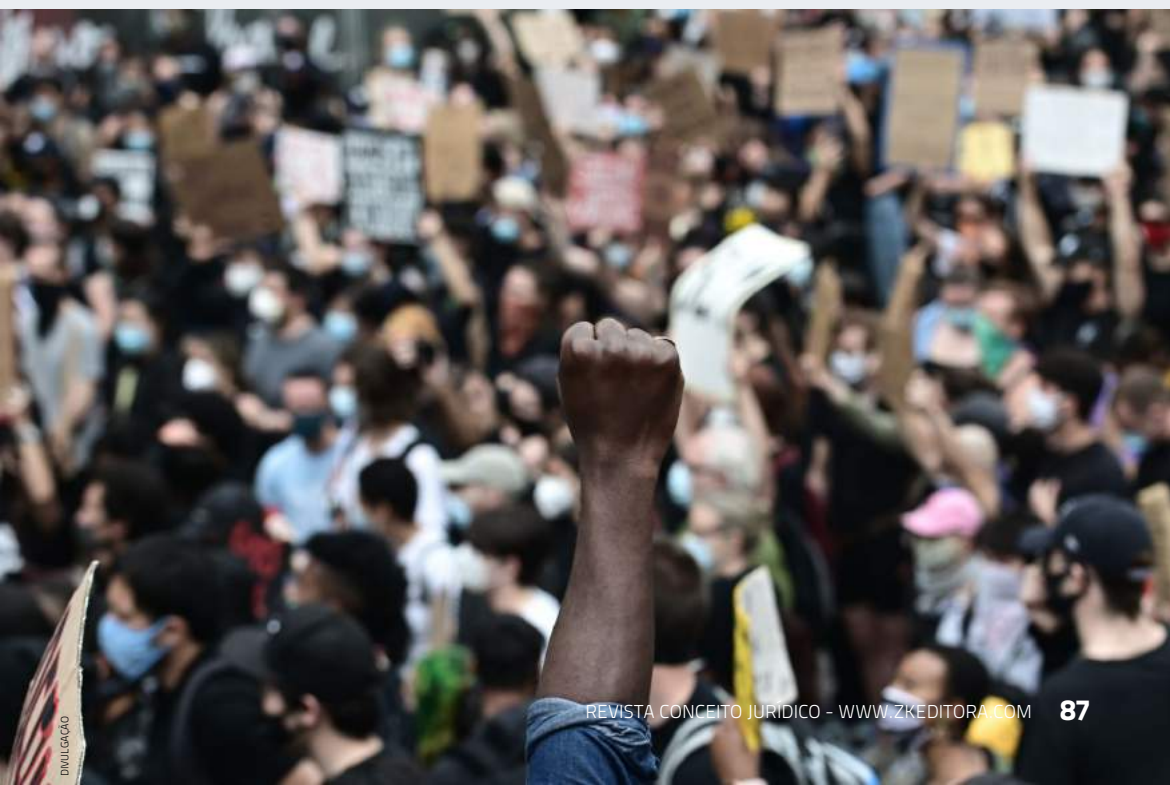
Aqui, o governador do Rio de Janeiro não disse nada de relevante sobre a morte de João Pedro, preferindo (da maneira mais simplista possível) transferir a responsabilidade para a Polícia Federal que, efetivamente, co-participara da operação assassina em São Gonçalo.¹ A Polícia Federal, por sua vez, informou que a corregedoria havia instaurado uma sindicância para apurar a atuação dos policiais federais que participaram da operação homicida, que estava acompanhando o inquérito policial instaurado pela polícia civil do Rio de Janeiro, que prestaria todas as informações, que apoiava a elucidação dos fatos, etc., etc., etc.²

Nos Estados Unidos, os policiais que participaram da morte de George Floyd foram defenestrados imediatamente do serviço público, e um deles já está preso, acusado de homicídio culposo.

Aqui, os policiais civis e federais que atuaram na operação que resultou na morte de João Pedro não foram suspensos, e continuam trabalhando na atividade policial, como se nada de mais houvesse acontecido naquela casa de São Gonçalo.

Nos Estados Unidos, a violência contra a população negra, como se sabe há séculos, desde a escravização, é um sinal bastante claro do racismo que permeia perversamente a sociedade americana, desde a sua formação, de origem europeia e puritana.³

O assassinato de João Pedro sucede uma série de outras mortes que atingem a população negra e jovem brasileira, e antecede, certamente, outras tantas que estão por vir, desgraçadamente. Os números que comprovam esta afirmação



e esta prognose são facilmente acessíveis em qualquer pesquisa que seja feita seriamente no país.⁴

No Brasil - antes e depois da escravização a que foram sujeitados homens, mulheres e crianças (a maioria sequestrada do continente africano) – o massacre do povo negro sempre foi uma realidade com a qual se conviveu, e se habitua ainda hoje, numa odiosa e farasaica complacência da elite brasileira⁵, que se alvoroça toda em unísono quando um dos seus é morto, e se compraz covardemente quando um dos outros é a vítima.

Portanto, o assassinio de João Pedro, e isso é de uma obviedade inquietante, não inaugura, antes pelo contrário, segue uma quantidade absurda de iniquidades que ao longo da história do Brasil atinge esta gente riquíssima, dentre outras coisas, por sua capacidade incrível de resistência⁶ e sua extraordinária inteligência e abundância cultural, nada obstante se saber “que desde o início da colonização, as culturas africanas, chegadas nos navios negreiros, foram mantidas num verdadeiro estado de sítio.”⁷

Por que, então, tratando-se do mesmo massacre, os norte-americanos, nada obstante a pandemia, foram (e vão sempre) às ruas para protestar contra a violência policial/racial, enquanto no Brasil não há carreatas, manifestações populares, protestos, tampouco providências mais enérgicas contra as reiteradas agressões do Estado brasileiro à juventude negra?


Se o racismo que há na sociedade estadunidense quando, extrapolando o inconsciente coletivo, segrega e mata, causa uma revolta de uma tal maneira contundente - como a que se vê nestes dias que sucedem o assassinato do cidadão negro norte-americano - por qual razão aqui não saímos às ruas, protestando firmemente, e de maneira legítima, contra os abusos que são praticados cotidianamente pela polícia brasileira contra a população negra?

E os nossos juristas, o que dizem? E o nosso governo, o que faz? E a nossa Justiça, como age? E a nossa Academia, o que ensina? E a nossa família, como educa? E a nossa Igreja, o que prega? E a riqueza brasileira, como é usada?

Abstraindo-se a ideia de que sejamos um povo naturalmente pacífico, a mim resta-me entender que esta conivente apatia integra um lado sombrio que permeia a nossa sociedade, que aceita esta normalização de uma violência específica e reiterada, como se fosse algo necessário para uma efetiva política pública de segurança, ou uma decorrência inevitável da pobreza que também assola a população negra no Brasil, desde sempre alijada da riqueza aqui produzida.⁸

Como escreveu Darcy Ribeiro, “a distância social mais espantosa do Brasil é a que separa e opõe os pobres dos ricos. A ela se soma, porém, a discriminação que pesa sobre os negros, mulatos e índios, *sobretudo os primeiros*.”⁹ (grifei).

A morte de João Pedro – mais uma dentre milhares de outras que ocorreram e estão ainda para acontecer – deveria levar a população às ruas, protestando enérgica e civilmente, tal como sempre ocorreu, e acontece agora também, nos Estados Unidos, com todos os riscos que o novo coronavírus representa para as aglomerações.

É preciso entender que, “face ao racismo, não há compromisso possível. Não há tolerância possível. Só há uma resposta: a tolerância zero. Esta resposta pode parecer radical, mas é a única resposta concebível se quisermos adotar, em relação a este problema, uma atitude coerente e eficaz.”¹⁰ 

NOTAS

- 1 Disponível em: <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/caso-joao-pedro-witzel-diz-que-a-cao-que-terminou-em-morte-era-da-pf-19052020>. Acesso em 31 de maio de 2020.
- 2 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/21/corregedoria-da-pf-vai-apurar-atuacao-de-agentes-na-morte-de-joao-pedro.htm>. Acesso em 31 de maio de 2020.
- 3 “Posturas e concepções presentes nos movimentos religiosos, como a ideia de que existem povos escolhidos e abençoados por Deus, passariam a povoar o imaginário coletivo da nação que se acreditava eleita para um destino glorioso, desenvolvendo-se, a partir disso, a ideia de ‘destino manifesto’: seria uma missão espalhar a concepção de sociedade norte-americana para as regiões vistas como carentes e necessitadas de ajuda. Argumento semelhante de superioridade étnica estava sendo utilizado pelos europeus no movimento neocolonialista na Ásia e na África do século XIX: o homem branco seria responsável por levar a civilização e o progresso às outras nações ‘selvagens’ e ‘atrasadas’” (FERNANDES, Luiz Estevam e MORAIS, Marcus Vinícius de. *História dos Estados Unidos – Das origens ao século XXI*. São Paulo: Editora Contexto, 2016, p 125).
- 4 Veja-se, por todos, o estudo empírico divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em 31 de maio de 2020.
- 5 Quando se visita, por exemplo, o Museu Imperial de Petrópolis, e se admira a coroa de D. Pedro II, não se pensa que aqueles 639 minúsculos diamantes que a adornam foram garimpados por pessoas escravizadas em Minas Gerais e outras regiões do Brasil (GOMES, Laurentino. *Escravidão – Volume I – Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*. Rio de Janeiro: 2019, p. 62).
- 6 Afinal, “as lutas mais longas e mais cruentas que se travaram no Brasil foram a resistência indígena secular e a luta dos negros contra a escravidão, que duraram os séculos do escravismo. Tendo início quando começou o tráfico, só se encerrou com a abolição.” (RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras: 2006, p. 202.
- 7 NASCIMENTO, Abdias. *O Genocídio do Negro Brasileiro – Processo de um Racismo Mascarado*. São Paulo: Perspectivas, 2016, p. 123.
- 8 “Conheço o Ocidente e tudo o que, criado por ele, me força a sentir-me deslumbrado. Sou um negro. O que tenho feito – cada vez mais negro – é não ficar mudo diante desse deslumbramento.” (CAMARGO, Oswaldo de. *O Negro Escrito – Apontamentos sobre a presença do negro na Literatura Brasileira*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1987, p. 9). Este autor, Oswaldo de Camargo, por uma triste coincidência, é o pai desse sujeito que desonra as tradições de luta da gente negra brasileira – e do seu pai, em especial - o militante bolsonarista Sérgio Camargo, que atualmente comanda a Fundação Palmares.
- 9 RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras: 2006, p. 202.
- 10 DELACAMPAGNE, Christian. *História da Escravatura – Da Antiguidade aos nossos dias*. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2013, p. 222.



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.



Os direitos humanos do infante, as falsas memórias perante o depoimento especial no processo penal

■ POR MATHEUS CAETANO BARROS, PEDRO HOFFMANN HASS E CRISTIANE FELDMANN DUTRA

“Evidencia-se a necessidade de amparo e proteção diante daqueles que estão em desenvolvimento, sendo de suma importância o depoimento sem dano para a preservação dos direitos que são assegurados à criança e ao adolescente, ressaltando a importância de proteger o infante o máximo possível durante as intervenções, tanto na fase investigativa quanto na fase processual.”

A ideia basilar para o presente artigo foi de realizar uma pesquisa voltada a analisar a eficácia do projeto chamado, inicialmente, de “Depoimento Sem Dano”, que teve seu início em Porto Alegre, na Vara da Infância e Juventude do Foro Central e que posteriormente veio a ter a denominação de “Depoimento Especial”, tendo em vista que seria impossível não ter danos na coleta desta prova.

Após pesquisar sobre o tema, foi possível notar que esta forma de coleta abrange inúmeros Direitos referentes a criança e a sua proteção, tendo em vista que os menores de 12 anos são frágeis e encontram-se em constante desenvolvimento, necessitando de incontáveis cuidados para poder ter uma coleta apropriada da prova e, principalmente, não trazer consequências psicológicas para o infante.

O projeto em questão é um grande avanço para a proteção da criança e do adolescente. Todavia, os cuidados devem ser redobrados na produção desta prova, diante da possibilidade de indução de respostas, sendo que uma simples formulação diferente em um questionamento para a criança, pode trazer um falso relato, ou até mesmo fazendo-se acreditar em algo que não aconteceu de fato.

Nesta perspectiva, constata-se também a presença, em alguns casos, da alienação parental, que o familiar guardião promove uma campanha difamatória, afirmando mentiras em demasia, as quais por consequência mancham a relação familiar, devendo ter ainda mais cuidado na coleta da prova, analisando e descartando possíveis casos de alienação parental.

Sendo assim, este trabalho tem por objetivo apresentar os cuidados que se devem ter na produção da prova oral, diante da delicadeza do assunto e suas peculiaridades que influenciam diretamente na formação da criança.

Assim, busca-se conceituar os crimes sexuais cometidos contra o infante, observando os princípios envolvidos do Direito, com também, irá buscar-se a conceituação de Falsas Memórias, ligando com a criança e o fato desta ser sugestável. E por fim, tratar-se-á do Depoimento Especial e os cuidados que se devem ter neste procedimento, visando a importância deste para a qualificação da prova no processo penal, que, na maioria dos casos de crimes sexuais, é a única prova existente para a produção da sentença, diante da ausência de vestígios. Mantendo a harmonia entre a busca da verdade fática e a proteção da criança em desenvolvimento.

OS CRIMES SEXUAIS E O DIREITO.

Os Princípios do Direito Diante dos Crimes Sexuais.

Os crimes sexuais estão diretamente ligados à dignidade sexual, que é inerente ao ser humano. Desse modo, ao refletir o conceito de dignidade define-se o próprio conceito de crimes sexuais. Assim, salienta-se o conceito de dignidade, apontado por Grecco:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (GRECO, 2011. p. 46.)

Desta feita, pode-se observar a relação direta entre a palavra “dignidade” e a proteção do ser humano contra qualquer ato que seja desumano ou que seja degradante, podendo concluir que todo o crime sexual vem da desumanização da vítima e o “rebaixamento” de sua imagem e honra.

A dignidade relaciona-se com a vida sexual de cada indivíduo, e, portanto, ligada em algo que é inerente à cada pessoa, apontando assim o sentido da dignidade na sociedade:

inadmissível a dúvida acerca de poder o profissional do sexo ser vítima dos crimes contra a dignidade sexual, por ter acaso perdido a dignidade; cuidando-se de atributo absoluto, que decorre da simples existência humana, essa qualidade acompanha necessariamente o sujeito, ainda que ele mantenha uma vida reprovável; por idêntica razão, o criminoso, por mais desfigurado socialmente que possa ser, mantém pelo menos esse mínimo de dignidade, que o faz merecedor de reconhecimento pelos demais; em situação diversa, mas igualmente digno, é o alienado mental, incapaz de raciocinar e avaliar uma ofensa, mas também merecedor de respeito alheio. (MARCÃO; GENTIL, 2011. p. 34).

A dignidade está ligada diretamente com os crimes sexuais, estando em conjunto com a própria honra do indivíduo, direito este respeitado e presente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Trata-se de um direito fundamental que está relacionado com o direito à intimidade, à vida privada e à honra, sendo um direito da personalidade e, portanto, inviolável. Tais preceitos estão positivados na Constituição e que tem um sentido de respeitabilidade e autoestima do ser humano, sendo este elemento fundamental na formação pessoal. (NUCCI, 2010. p. 41-42).

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura a todos, proteção em situações que possam constrangê-lo ou submetê-lo a condições de menosprezo, tutelando, assim, a dignidade humana em sua existência. O aludido princípio está positivado na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana visa a proteção do indivíduo tanto em sua forma física, quanto na mental, garantindo e assegurando sua integridade, estando esta positivada no ordenamento jurídico brasileiro em sua Carta Magna.

Frente ao apontando, o conceito de crime sexual está interligado com o conceito de dignidade, sendo que a dignidade sexual está na própria liberdade sexual, respeitando as diferenças. O crime sexual é todo e qualquer ato atentatório à dignidade sexual, ferindo a dignidade da pessoa humana e a sua vida íntima como um todo.

Nestes crimes, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e também a honra sexual, sendo estes direitos disponíveis, tendo em vista que não trata-se de crime

quando há o consentimento do outro antes da consumação. Assim, é fundamental que o ordenamento jurídico tenha medidas efetivas para que regule e imponha limites para a conservação e manutenção dos princípios constitucionais. (BARROS, 2010. p. 120).

Os Crimes Sexuais Contra a Criança

Primeiramente há de apontar a diferença do conceito de vulnerável (*latu sensu*) em contrapartida da criança (*stricto sensu*). O vulnerável no Código Penal, está apontado no artigo 217-A, que trata do estupro de vulnerável:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com *menor de 14 (catorze) anos*:

[...]

§ 1º Incorre na mesma pena quem prática as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, *não tem o necessário discernimento para a prática do ato*, ou que, por qualquer outra causa, *não pode oferecer resistência*. (Grifo do autor)

Expresso também o conceito de criança, que é apontada como “1. Ser humano de pouca idade, menino ou menina. 2. Pessoa ingênua.”; e o apontado no artigo 2º do ECA: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Assim, pode-se concluir que no artigo apresentado anteriormente, o vulnerável é o menor de 14 anos, aquele que não tem discernimento e o que não pode oferecer resistência, sendo que somente o primeiro que se encaixa como sendo a criança, que também é vulnerável, por ser ingênua e ter tenra idade.

Dentro deste tema, é importante ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, proferido pelo Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. NAMORO ENTRE AUTOR E VÍTIMA IRRELEVÂNCIA. REsp 1480881/PI PROCESSADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. SÚMULA 593/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte Superior, sob a égide dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015, firmou posicionamento no sentido de que, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. *O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime*. 2. No presente caso, observa-se que o Tribunal a quo, ao absolver o ora recorrido pela infração do artigo 217-A do Código Penal, concluiu pela relativização da vulnerabilidade da vítima, tendo em vista que a relação sexual ocorreu de forma consensual, sem violência ou grave ameaça, uma vez que o acusado e a vítima eram namorados. Tal posicionamento encontra-se contrário a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não havendo que se falar em ausência de tipicidade do crime previsto no art. 217-A do Código Penal. 3. Incidência da Súmula 593/STJ: *O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do*

ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

4. Agravo regimental não provido. (Grifo do autor).

Conforme o citado, nos crimes sexuais contra os menores de 14 anos não há necessidade de violência, sendo que até o consentimento desta não desqualifica o crime sexual pelo agressor.

Para Azambuja, a criança necessita de uma proteção além dos demais, tendo em vista que esta encontra-se em desenvolvimento e os acontecimentos ao seu redor podem influenciar na sua formação, devendo assim ter um maior amparo no ordenamento jurídico para assegurar a sua boa formação. (AZAMBUJA, 2016. p. 73-75).

A Constituição Federal no artigo 227, aborda sobre a proteção integral da criança, adolescente e ao jovem, apontando que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifo do autor)

Assim, pode-se vislumbrar que esta proteção integral é baseada em três princípios básicos, quais sejam: crianças e adolescentes são sujeitos de direito, são destinatários de prioridade absoluta e deve-se respeitar a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Conforme o apontando, os menores necessitam de proteção especial para garantir que se desenvolvam de forma saudável e em conformidade com os direitos humanos. Assim, o ECA promove facilidades, possibilitando que o menor se desenvolva em condições de liberdade e de dignidade.

Diante do tema abuso sexual, Guerra aponta que:

[...] envolvimento de crianças e adolescentes, dependentes e imaturos quanto ao seu desenvolvimento, em atividades sexuais que não têm condições de compreender plenamente e para as quais soam incapazes de dar o consentimento informado ou que violam as regras sociais e os papéis familiares. Incluem a pedofilia, os abusos sexuais violentos e o incesto, sendo que os estudos sobre a frequência sexual violenta são mais raros do que os que envolvem violência física. O abuso pode ser dividido em familiar e não familiar. (GUERRA, 1998, p. 31).

Os sintomas para as crianças, vítimas de crimes sexuais, podem ocorrer com a automutilação e tentativa de suicídio, o uso de drogas na fase adulta ou quando tem a oportunidade, depressão, isolacionismo, despersonalização, isolamento afetivo, hipocondria, timidez, distúrbio de conduta (roubo, fuga de casa, mentiras), impulsividade e agressão sexual, assim como é frequente a presença de síndromes dissociativas, transtornos severos de personalidade e transtorno de estresse pós-traumático, sendo extremamente danoso para o psicológico de tal indivíduo que passa por tal trauma. (ZAVASCHI, 1991. p. 136-145).

Aponta-se também os sintomas comuns para tais quadros, que são as reações psicossomáticas e desordens no comportamento, como por exemplo: pesadelos, medos, angústias, anomalias no comportamento sexual, masturbação excessiva,

objetos introduzidos na vagina e ânus, comportamento de sedução, pedido de estimulação sexual, conhecimento da sexualidade adulta inadaptado para sua idade. (GABEL, 1997, p. 25).

Conforme o apontado, salienta-se a necessidade de amparo legal e adequação com a realidade do ordenamento jurídico diante dos crimes cometidos contra os vulneráveis e mais especificamente, contra as crianças, que estão em desenvolvimentos e devem ser tratadas com mais afincamento e protecionismo.

AS FALSAS MEMÓRIAS E A CRIANÇA

As falsas memórias não se confundem com a mentira, pois nessa certamente o sujeito sabe que o evento não é verdadeiro, (DI GESU. 2014. p. 137) evidenciando que o detentor das falsas memórias acredita nas mesmas, tendo uma relação direta com os estímulos internos e externos que o detentor da memória acaba sendo influenciado.

Na produção das falsas memórias, quanto mais desagradável for o evento e mais intenso for o mesmo, mais existe a probabilidade de evocação de uma falsa lembrança. Eventos emocionais não são mais resistentes à mudanças que eventos neutros, pois, especialmente em eventos emocionais, o aumento no índice de memórias verdadeiras vem acompanhado de memórias falsas, sendo que estímulos emocionais são recuperados em maior quantidade, mas também podem ser mais falsamente reconhecidos e as memórias de eventos emocionais não são mais confiáveis e precisam do que memórias de eventos não emocionais, contudo, sugerem que tendemos a lembrar mais de eventos emocionais do que de eventos não emocionais. (ROHENKOHL; GOMES, SILVEIRA, PINTO, SANTOS, 2010. p. 95).

É importante destacar que a maior parte do esquecimento e a vivacidade de uma recordação, acontece nos primeiros momentos após a ocorrência de um evento, assumindo um declínio mais lento e gradual posteriormente. Assim, a capacidade para manter uma recordação detalhada e vívida, que permite que se recupere um episódio passado com razoável precisão, pode rapidamente enfraquecer, contribuindo assim para a influência externa e interna para a produção de detalhes falhos e que não estiveram presentes no fato inicial. (SCHACTER, 2001).

A maioria dos indivíduos não estão acostumados a resgatar suas vivências de maneira detalhada, e o momento de inquirir uma testemunha ou vítima pode ser equiparado a um teste de memória, pela verossimilhança entre os dois processos. Nesse sentido o uso de técnicas inadequadas para coleta de informações da memória de testemunhas pode resultar no comprometimento na qualidade de um testemunho. Muitas pesquisas sobre o funcionamento da memória têm demonstrado que, ao vivenciarmos uma situação, focamos apenas em alguns aspectos do evento, sendo que com isto que acaba por criar falsas memórias, já que os demais detalhes não são guardados com exatidão. (FEIX; PERGHER. 2010).

O exercício de recordação de um fato não se equipara à ver um filme ou uma foto, mas sim uma reconstrução das lembranças daquele indivíduo, sujeitando as memórias à todas as interferências de eventos que vivenciamos antes e depois do fato em questão, sendo que ao acessarmos as informações das memórias, seus conteúdos se misturam com as demais experiências, formando assim novas concepções de verdades. (PERGHER, 2010).

No âmbito jurídico foi se intensificando a necessidade de estudos na área, tendo em vista a necessidade de maior elucidação dos porquês de certos fatos que vieram ao conhecimento jurídico.

Já em relação da criança e as falsas memórias, Di Gesu (DI GESU. 2014. p. 151) aponta que o depoimento infantil merece ser valorado com bastante cautela, pois há que se destacar ser a criança extremamente sugestionável. Ademais, ela é instintivamente levada a adaptar seu testemunho àquilo que julga esperar dela. Salientando também que as crianças, são especialmente suscetíveis à aceitação de informações sugestivas. (CECI; KULKOFISKY; KLEMFUSS; 2007. p. 311-328).

A influenciabilidade da criança pode ser conduzida por quem a questiona de três maneiras, desta feita, a sugerir um padrão de respostas, sendo elas gerais ou específicas: pode-se influenciar pelo estilo particular de questionar, com perguntas em que a resposta pode ser “sim”, contendo somente a concordância da criança com a pergunta sugestionável do entrevistador; pode-se também influenciar pelas características globais ou a “atmosfera” da entrevista, sendo necessário um ambiente acolhedor para que a mesma fique a vontade para expressar o que tem em mente; e a utilização de determinados estímulos ou técnicas, que suscitam, experiências fabricadas e direcionam as memórias para o caminho pré-estipulado pelo questionador, como é o exemplo o uso de bonecos. (CECI; BRUCK; e BATTIN 2000. p. 169-202).

Concluindo que a criança poderá sofrer influência da forma como é questionada, o ambiente físico, o número de entrevistas realizadas entre outros fatores. Ressaltando que estes fatores colaboram para um questionamento para a elucidação da verdade fática ou para a produção de falsas memórias perante o infante. (STEIN; COLS, STEIN, 2011).

Tratando-se de entrevista com crianças, o tempo prolongado também é um fator de risco que deve ser evitado, tendo em vista que este promove o esquecimento e facilita o aparecimento de influências externas ou internas em suas memórias, diante de sua influenciabilidade, associadas às mudanças que a criança sofre neste período de vida e seu desenvolvimento da compreensão do mundo em si, assim como à própria criança e perante os que a cercam, o que também pode alterar suas memórias e a forma em que esta a armazena.

Assim, conclui-se que a produção das falsas memórias está ligada diretamente com o fator biológico de armazenamento e produção de memórias, tendo em vista que existem muitos fatores subjetivos que devem ser analisados e técnicas que devem ser aplicados na coleta de relatos, principalmente tratando-se de crianças e seu estado peculiar de desenvolvimento.

O DEPOIMENTO ESPECIAL E SEUS CUIDADOS

O principal motivo na criação do Depoimento Especial foi a proteção da vítima, evitando a reinquirição e que a mesma lembre em demasia o sofrimento do suposto abuso, além de tratá-la com a devida importância que esta encontra-se em desenvolvimento e necessita de uma linguagem diferenciada, de acolhimento e de um espaço especial, separado da sala de julgamento. Sendo que, a qualificação e as técnicas dos profissionais envolvidos são de suma importância para um bom andamento deste processo.

No procedimento do depoimento especial, o artigo 12º da lei que trata o assunto, aponta as especificações referente ao profissional que toma o depoimento e a oitiva, relacionando as peculiaridades na tomada desta prova:

I – os *profissionais especializados esclarecerão* a criança ou adolescente sobre a tomada do depoimento especial, *informando-lhe* os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo *vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais*;

II – é assegurada à criança ou adolescente a *livre narrativa sobre a situação de violência*, podendo o profissional especializado *intervir* quando necessário, *utilizando técnicas* que permitam a elucidação dos fatos;

III – no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, *preservado o sigilo*;

IV – findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a *pertinência de perguntas complementares*, organizadas em bloco;

V – o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à *linguagem de melhor compreensão* da criança ou do adolescente;

[...]

§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se *verificar* que a presença, na sala de audiência, do autor da *violência* pode *prejudicar* o depoimento especial ou colocar o depoente em *situação de risco*, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o *afastamento do imputado*. (Grifo do autor)

O papel dos profissionais técnicos no processo de coleta do depoimento do menor ou da testemunha, segundo a psicóloga Andreotti, é:

Como sua função é facilitar o depoimento da criança para o entendimento do juiz, o técnico entrevistador deve ter conhecimento teórico, reconhecer o estágio de desenvolvimento cognitivo, emocional, social e físico da criança, ter ciência prévia dos atos processuais e, se necessário, buscar auxílio do juiz antes do início da inquirição, para estabelecer o foco das perguntas que serão realizadas; deve, ainda, promover contato breve entre juiz e a criança, fazer o acolhimento final com ela e o responsável, para orientar a pessoa de confiança da criança, e, se necessário, proceder ao encaminhamento para auxílio da rede de atendimento.

Assim, evidente as inúmeras aptidões que o técnico profissional que conduz a entrevista deve ter na coleta da prova, podendo apontar as seguintes aptidões: a compreensão da dinâmica do abuso sexual e a passagem da ideia de culpa apenas ao acusado e jamais da criança, demonstrar sensibilidade perante às emoções do infante durante a entrevista, ter conhecimento prévio do perfil do abusador e a relação que este tenha com a família do infante, observar o tempo decorrido entre o dano e a coleta para avaliar quanto a qualidade das memórias, conhecer as políticas públicas para o acolhimento, verificar possíveis litígios familiares para identificar alienação parental, compreender o estágio de evolução da criança seja ele físico, emocional, social, etc. Além de muitos outros conhecimentos gerais sobre o tema que visam a preservação do infante, sendo estes cuidados fundamentais para um bom andamento da entrevista. (CEZAR, 2008).

Este novo procedimento traz a proposta de ouvir a criança e o adolescente em um ambiente mais acolhedor do que as salas de audiência, que têm disputas de ego entre a acusação e a defesa, assim como o Magistrado, representante do Ministério Público e servidor no recinto. Respeitando, com este procedimento, o infante como a pessoa de direitos que é, principalmente por estar em desenvolvimento. Traz, também, uma maior comodidade para que o menor fale de um assunto tão constrangedor como é a violência de cunho sexual. Ainda, resguarda a segurança do infante, inviabilizando o contato deste com o agressor, diminuindo assim, as chances de uma vitimização secundária. (CEZAR, 2008, p.84).

Ressaltam que as entrevistas poderiam ser substituídas por laudos utilizando-se da técnica de entrevista cognitiva, respeitando o tempo da vítima e sua possibilidade. Há ainda a ocorrência de uma instrumentalização do profissional, visto que o psicólogo e o assistente social não deviam servir como instrumento de profissionais do direito, os quais são incapazes para fazê-los e acabam usufruindo dos conhecimentos alheios.

Outro ponto que deve ter cuidado vem de Darós, apontando a questão da revitimização da criança diante deste cenário e o seu objetivo central atual:

Há consenso entre os que repudiam e os que defendem a criação de salas especiais, para a realização do denominado “depoimento sem dano” ou “depoimento especial”, de que é necessário evitar a revitimização de crianças e adolescentes que são colocados em sucessivas situações de repetição da história da violência vivida ou presenciada. Não há consenso, entretanto, no entendimento de que a inquirição não seja revitimizante ou violadora de direitos, mesmo em ambientes mais humanizados, visto que seu único objetivo é a responsabilização do agressor.

Segundo Moraes, a proteção especial às crianças e aos adolescentes, que é o foco do Depoimento sem dano, deve atender, entre outros, a garantia plena e formal do conhecimento da atribuição infracional, com igualdade na relação processual e com a defesa técnicas por profissional habilitado, observando a condição da pessoa em desenvolvimento, ficando evidente a necessidade um amparo maior pelo Estado.

Assim, evidencia-se a necessidade de amparo e proteção diante daqueles que estão em desenvolvimento, sendo de suma importância o depoimento sem dano para a preservação dos direitos que são assegurados à criança e ao adolescente, ressaltando a importância de proteger o infante o máximo possível durante as intervenções, tanto na fase investigativa quanto na fase processual.

Conclui-se apontando o entendimento da Sociedade Brasileira de Psicologia sobre os cuidados na realização do procedimento por um técnico especialista, que torna o ambiente mais acolhedor para a vítima, auxiliando a produção de provas concretas e identificando possíveis mentiras na fala da vítima, assim como memórias falsas. Desta forma, o processo atinge seus principais objetivos, buscando desvendar a verdade fática e evitando possíveis erros em relação ao julgamento.


Percebe-se que é um tema muito atual, devendo proteger durante a coleta do depoimento da vítima ou a oitiva da criança ou do adolescente na sua integralidade, auxiliando ao depoimento mais humanizado, sem discriminação como prevê os Direitos Humanos e a nossa legislação nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, percebemos o quanto o ordenamento jurídico brasileiro preza pela proteção integral da criança e do adolescente, observando a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e da sua fragilidade. Além disso, percebe-se a importância do princípio do melhor interesse da criança perante a legislação brasileira, razão pela qual ele deve ser um dos princípios basilares durante a coleta do depoimento da vítima ou a oitiva da criança ou do adolescente no processo penal, evitando a revitimização pelo Judiciário.

No transcorrer da pesquisa, abordou-se o depoimento especial que é o procedimento de coleta da prova mais humanizado, considerando que anteriormente a criança tinha que passar pelo ambiente opressor que é a sala de audiência judiciária, e que com este novo procedimento esta pode ter maior liberdade e acolhimento para expressar seus traumas referentes ao suposto fato.

Expressou-se também o fenômeno das Falsas Memórias, que atingem com mais precisão as crianças, por estarem em desenvolvimento e a percepção do mundo e delas mesmas mudarem constantemente nesta fase, sendo que o tempo para têm um caráter muito mais relativo do que a de um adulto. Foi apontando também que o adulto inclusive passa pelas falsas memórias pelo próprio funcionamento de recepção do fato, armazenamento a evocação da memória, sendo mais intenso para a criança, como abordado.

Por fim, foi tratado sobre o debate da importância do Depoimento Especial diante das peculiaridades do infante, assim como as falsas memórias, demonstrando que pode ser crucial, para o futuro daquele que está participando de um processo judicial, um atendimento humanizado, com perguntas bem formuladas e amparando ao máximo este ser em desenvolvimento, utilizando de técnicas para que seus direitos fundamentais sejam assegurados neste processo. 

REFERÊNCIAS

- ANDREOTTI, Cristiane. *Enfrentamento da Revitimização: a escuta de crianças vítimas de violência sexual*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.
- AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. *Criança x Publicidade de Alimentos: uma solução pelos princípios constitucionais*. 1ª ed. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016.
- BARROS, Flávio Monteiro de. *Crimes contra a Dignidade Sexual*. Araçatuba, Ed. MB, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 abr.2020.
- BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 08 abr.2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017*. Sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm. Acesso em: 08 abr.2020.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 25 set. 2019.
- CECI, S. J.; BRUCK, M.; e BATTIN, D. B. The suggestibility of children's testimony. In D. F. Bjorklund (Ed). *False-memory creation in children and adults*. Theory, research, and implications. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, Publishers. 2000. p. 169-202.
- CECI, S. J.; KULKOFESKY, S.; KLEMFUSS, J. Z.; SWEENEY, C. D., BRUCK, M. Unwarranted assumptions about children's testimonial Accuracy. *Annual Review Clinical Psychology*, 3, 2007. p. 311-328.
- CEZAR, José Antônio Daltoé. *Projeto Depoimento sem dano: direito ao desenvolvimento sexual saudável*. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), 2008. Disponível em <http://www.aasp->

- tjsp.org.br/sites/default/files/Depoimento%20sem%20dano%20-%20semin%C3%A1rio%2018-set-09.pdf. Acesso em: 08 abr.2020.
- DARÓS, Lindomar. Psicologia e Relações com a Justiça. *Revista Entre Linhas*, Nº 66, 2014, disponível em ;http://www.crprs.org.br/upload/files_publications/arquivo65.pdf>. Acesso em: 08 abr.2020.
- DI GESU, Cristina. *Prova penal e Falsas Memórias*. 2. ed. Ampl. e rev. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2014.
- FEIX, L. F; PERGHER, G. K. Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar falsas memórias in Stein, L. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*, Porto Alegre: Editora Artmed. 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1993.
- FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DOI, Cristina Teranise. *A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas*. p. 2. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1222>. Acesso em: 08 abr. 2020.
- GABEL, Marceline. *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus Editorial, 1997.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Especial, Vol. III. 7. ed. Niterói, Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2011.
- GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1998.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- PERGHER, G. K. Falsas memórias autobiográficas in STEIN, L. M; COLS., STEIN, L. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*, Porto Alegre: Editora Artmed. 2010.
- PINHO, M. S. Desenvolvimento da memória autobiográfica na infância e na adolescência. In A. C. Fonseca (Ed.), *Crianças e adolescentes: uma abordagem multidisciplinar*. Coimbra: Almedina. 2010. p. 477-498.
- ROHENKOHL, G; GOMES, C. F. A., SILVEIRA, R. A. T., PINTO, L. H; SANTOS, R. F. Emoção e Falsas Memórias in STEIN, L. M; COLS., STEIN, L. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*, Porto Alegre: Editora Artmed. 2010.
- SBP. Sociedade brasileira de psicologia. *Resposta do CFP sobre a suspensão do Judiciário 2012*. Disponível em: http://www.sbponline.org.br/informativo/view?tipo=1&id_informativo=39. Acesso em: 08 abr.2020.
- SCHACTER, D. L. *The seven sins of memory. How the minds forgets and remembers*. New York: Houghton Mifflin Company. 2001.
- STJ – AgRg no REsp: 1721889 MS 2018/0023649-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 10/04/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2018.
- WELTER, C. L. W; FEIX, L. F. Falsas Memórias, sugestibilidade e testemunho infantil in STEIN, L. M; COLS., STEIN, L. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*, Porto Alegre: Editora Artmed. 2011.
- ZAVASCHI, Mari Lucrécia Scherer et al. Abuso sexual na infância: um desafio terapêutico. *Revista de Psiquiatria*, São Paulo, n. 13, 1991. p. 136-145.

ARQUIVO PESSOAL



MATHEUS CAETANO BARROS é Advogado. Graduado em Direito, na faculdade CESUCA-RS. Pesquisador do grupo de pesquisa em Direitos Humanos GPDH da faculdade CESUCA.

ARQUIVO PESSOAL



PEDRO HOFFMANN HASS é Advogado. Graduado em Direito, na faculdade CESUCA-RS. Pesquisador do grupo de pesquisa em Direitos Humanos GPDH da faculdade CESUCA.

ARQUIVO PESSOAL



CRISTIANE FELDMANN DUTRA é Doutoranda em Educação na Instituição Unilasalle. Mestre em Direito na Uniritter – Laureate International Universities -RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Especialista em Direito Civil e Processo Civil no Instituto de Desenvolvimento – IDC-RS. Especialista em metodologia e ensino à distância na Instituição Anhanguera Valinhos-SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa GPDH- Grupo de pesquisa em Direitos Humanos na Faculdade CESUCA. Docente de Direito de Graduação e Pós-Graduação.

O Regimento do Inquérito

■ POR FABRICIO REBELO



DNULGACAO

A polêmica em torno da regularidade do “inquérito das fake news”, sob a égide do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

“Não resta dúvida de que o Supremo Tribunal Federal, a quem compete decidir definitivamente sobre o tema, já fixou o entendimento de que suas normas regimentais de natureza processual permanecem em integral vigência com a atual Constituição Federal e, por isso, têm aplicação em toda a sua extensão. Sucede, porém, que o fato de tais normas permanecerem em vigência não encerra o debate acerca da validade do indigitado inquérito das “fake news”, sendo a questão mais profunda.”

OInquérito nº 4781, em curso no Supremo Tribunal Federal e popularmente apelidado de “Inquérito das Fake News”, lançou ao centro do debate jurídico uma norma pouco conhecida por quem não atua diretamente nos trâmites internos dos processos nas Cortes de Justiça brasileiras, mas que constitui importante fonte regulatória, inclusive com força de lei. Trata-se do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), justamente no qual se respaldou a abertura do aludido inquérito e todas as diligências nele adotadas. Porém, o tema é controverso e longe de uma interpretação pacífica.

De logo é necessário deixar claro que o aludido Regimento foi editado sob a égide da Constituição Federal de 1969 (ou a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, que deu nova redação à Constituição Federal de 1967). Nela, a partir da Emenda Constitucional nº 07, de 1977, se conferiu à Suprema Corte, dentre outras, a prerrogativa de, por regimento interno, estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal” (art. 119, § 3º, “c”).

Nessa extensão, o RISTF já foi alvo, em diversas ocasiões, de questionamento quanto às suas disposições processuais, eis que a sistemática trazida com a Constituição Federal de 1988 é outra, reservando a legislação sobre essa matéria (processual) à competência privativa da União (art. 22, I). No entanto, a própria Corte, que tem a palavra definitiva em temas constitucionais, já fixou a compreensão de que o seu regimento foi recepcionado pela Constituição Federal vigente e que, por isso, permanecem em vigor as suas disposições, mesmo as de natureza estritamente processual.

Veja-se, por exemplo, o quanto recentemente decidiu o plenário do Supremo Tribunal sobre o tema, ratificando sua sedimentada jurisprudência:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – MATÉRIA PENAL – DESCUMPRIMENTO, PELA PARTE EMBARGANTE, DO DEVER PROCESSUAL DE DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DETERMINADO NO ART. 331 DO RISTF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA PRIMÁRIA (CF/69, ART. 119, § 3º, “c”) – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, SOB A ÉGIDE DA CARTA FEDERAL DE 1969, DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISPOR, EM SEDE REGIMENTAL, SOBRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DE TAIS PRECEITOS REGIMENTAIS COM FORÇA E EFICÁCIA DE LEI (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278) – PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 331 DO RISTF – ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA QUESTÃO SUSCITADA NO APELO EXTREMO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – (...) – O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em

cotejo (RISTF, art. 331). – A inadmissibilidade dos embargos de divergência evidencia-se quando o acórdão impugnado sequer aprecia o mérito da questão suscitada no recurso extraordinário.” (ARE 1047578 ED-AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 13-12-2018 PUBLIC 14-12-2018)

Portanto, acertada ou não essa compreensão receptiva, não resta dúvida de que o Supremo Tribunal Federal, a quem compete decidir definitivamente sobre o tema, já fixou o entendimento de que suas normas regimentais de natureza processual permanecem em integral vigência com a atual Constituição Federal e, por isso, têm aplicação em toda a sua extensão.

Sucedee, porém, que o fato de tais normas permanecerem em vigência não encerra o debate acerca da validade do indigitado inquérito das “fake news”, sendo a questão mais profunda.

O aludido inquérito foi instaurado com lastro no art. 43 do RISTF, cujo teor assim se exprime:

“Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.”

Conforme se colhe do *caput* do aludido artigo regimental, ali a premissa direta para a instauração do inquérito é clara: a ocorrência de infração à Lei Penal na sede ou em dependência da Suprema Corte – o que já seria suficiente para excluir a investigação de fatos havidos em locais diversos.

Note-se que o entendimento não se altera no caso dos chamados “crimes virtuais”, tendo em vista que, quando praticados pela Internet, a competência é firmada pelo lugar de onde partiu o fato delituoso (STJ, RHC 114556 SC), regra que direciona a fixação da jurisdição nos processos envolvendo crimes contra a honra ou a reparação por danos morais, em derivação de ofensas por esse meio praticadas.

A controvérsia, assim, somente pode remeter à interpretação, não do *caput*, mas do § 1º do aludido dispositivo, em relação aos “demais casos” ali ventilados.

Neste ponto, a corrente que defende a regularidade do inquérito entende que tal expressão (“nos demais casos”) se refere aos crimes praticados fora do Tribunal e que, em razão disso, nada obstará que se procedesse “na forma deste artigo”, convalidando a instauração do inquérito pela Presidência ou a delegação a outro Ministro para que assim procedesse.

Não há dúvida de que é uma compreensão teoricamente viável e longe de teratologias. Entretanto, além de exigir dar ao parágrafo sentido mais amplo do que ao *caput*, não aparenta ser esse o objetivo do texto regimental, cujo

propósito mais se identifica com o de tratar os casos em que a infração não envolve autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição da Corte Suprema, mas sempre mantida a premissa central do dispositivo, de se tratar de fato ocorrido em sua sede ou dependência. Afinal, é amplamente possível que um delito ali configurado não envolva qualquer dos Ministros ou Autoridade com prerrogativa de foro, limitando-se aos advogados ou servidores, por exemplo.

Por essa segunda leitura, uma vez constatada a prática de uma infração na sede ou em dependência do Supremo Tribunal Federal, haverá sempre duas possibilidades, desdobradas em duas condutas cada:

- a) Se a infração envolve pessoa ou autoridade sujeita à jurisdição da Corte (caput):
 - a.1) o Presidente deve instaurar o inquérito; ou
 - a.2) delegar esta atribuição a outro Ministro.
- b) Se o delito não envolve pessoa ou autoridade sujeita à jurisdição da Corte (demais casos – § 1º):
 - b.1) o Presidente também instaura inquérito; ou
 - b.2) requisita que a autoridade competente o faça.

Quaisquer que sejam os envolvidos no ilícito, porém, se a infração se dá fora dos limites do Supremo (sede ou dependência), o aludido artigo não tem aplicação e o inquérito ali previsto não encontra espaço para que seja instaurado na forma regimental, seja pelo Presidente, seja por outro Ministro, seja pela Autoridade Competente, reservando-se o caso à apuração penal ordinária.

Esta corrente reflete nítida melhor exegese sistêmica do Regimento em foco, especialmente tendo em vista que o dispositivo em análise se encontra em seu Capítulo VIII, sob o título “Da Polícia do Tribunal”, tendo, assim, por escopo assegurar a apuração de ilícitos que ali se materializem, resguardando a autoridade e a incolumidade da Corte e de seus integrantes contra violações em seu próprio espaço.

Se assim não for, e os preditos “demais casos” se referirem a qualquer crime, praticado em qualquer lugar, o Supremo Tribunal assumirá feições, não de Julgador, mas de órgão inquisitorial ordinário, estando legitimado (e regimentalmente obrigado) a apurar qualquer tipo de infração que lhe chegue ao conhecimento, em exercício típico das atribuições do Ministério Público ou do próprio ofendido – nos crimes de ação penal privada.

Destarte, em que pese a abalizada compreensão diversa, à qual se roga a devida vênia, e independentemente de qualquer análise acerca da materialidade penal das condutas em apuração, ou mesmo de algum outro aspecto formal do inquérito em apreço, não parece estar ele, de fato, amparado pelas específicas disposições regimentais de regência, tendo em vista que não observada a premissa de se cuidar de condutas empreendidas na sede ou dependências da Suprema Corte. ■



FABRICIO REBELO é Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Segurança (Cepedes) e autor do livro “Articulando em Segurança: contrapontos ao desarmamento civil”.

Olhar crítico sobre as assembleias gerais de credores em ambiente virtual

■ POR MARCELA FUGA ANTUNES CARDOSO E MARIA LAURA ZOÉGA

“Malgrado o Projeto de Lei nº 10.220/2018 e a orientação dada pelo CNJ diante da pandemia do COVID-19 objetivem a modernização dos procedimentos de realização das AGC’s diante do cenário econômico atual, faz-se necessária a regulamentação ou estabelecimento de diretrizes mínimas para a realização do procedimento, como forma de garantir a higidez do processo e a segurança jurídica dos envolvidos e da própria sociedade.”



Dentre as várias mudanças trazidas pela pandemia do COVID-19, vemos que diversos atos essencialmente presenciais passaram a ser realizados em ambientes virtuais, como forma de garantir o distanciamento social. E essa realidade, segundo especialistas, poderá perdurar por até dois anos.

Frente a essa situação, o Poder Judiciário determinou a suspensão de prazos, audiências e, quando a questão se agravou, implementou o teletrabalho de maneira integral, inclusive com relação ao plantão judiciário.

No entanto, existem situações periclitantes, que assim como em outros setores, foram gravemente afetadas pelo isolamento social, como é o caso das Assembleias Gerais de Credores (AGC's) atinentes aos processos de recuperação judicial e falência.¹

As AGC's são um conclave formal destinado a deliberar sobre o plano de pagamentos e outras medidas a serem adotadas em relação à empresa insolvente, as quais sempre se deram de forma exclusivamente presencial.

Ocorre que, diante do isolamento social, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recomendou, de maneira inédita, que caso não se fizesse possível suspender a realização das AGC's presenciais já designadas para ocorrer durante o período de quarentena, que os juízes autorizassem sua realização em ambiente virtual, a fim de evitar maiores prejuízos ou atraso no pagamento dos credores, considerando que as recuperações judiciais e falências são processos de urgência, cujo regular andamento impacta na manutenção da atividade empresarial.²

A mencionada recomendação, inclusive, já chegou a ser colocada em prática pelo Grupo Odebrecht, que realizou AGC virtual nos autos de seu processo de recuperação judicial nos dias 31/03 e 22/04, utilizando uma plataforma de videoconferência já disponível no mercado³.

Embora essa nova forma de realização do ato tenha tomado força apenas nesse momento, essa realidade veio para ficar, pois significa desburocratização dos processos, redução de custos, celeridade e, ainda, maior segurança e validade jurídica.

Entretanto, é imprescindível que os sistemas e plataformas a serem utilizados para tais atos estejam devidamente adequados do ponto de vista da segurança da informação, caso contrário, poderá ser posteriormente invalidado.

A NECESSIDADE DE MODERNIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

No Brasil, a Lei nº 11.101/2005⁴ foi editada para regulamentar a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Ocorre que as constantes mudanças no cenário econômico nacional e internacional, somadas à prática e à própria estrutura do Poder Judiciário brasileiro, demonstraram que a referida Lei precisava ser alterada em pontos cruciais.

Em linhas gerais, a Recuperação Extrajudicial acabou se tornando um remédio pouco utilizado, a Recuperação Judicial se mostrou demorada e custosa para os pequenos e médios empresários, e a Falência, por sua vez, ineficaz frente ao tempo despendido para a alienação dos ativos e às inseguranças envolvendo a aquisição desses ativos estressados⁵.

A celeuma ainda se intensifica diante da extensão do território nacional e da inexistência de juízes e serventuários suficientes para o volume de processos,

havendo pouquíssimas Varas especializadas capazes de analisar os pleitos dessa natureza de maneira adequada, culminando em decisões que não contemplam o aspecto econômico envolvido nesses processos, causando ainda mais prejuízos à situação que já é delicada.

Diante desse contexto, foi editado o Projeto de Lei nº 10.220/2018⁶ para, dentre outras questões, alterar a Lei de Recuperação Judicial e Falências, a fim de contemplar os princípios da celeridade, eficiência, autonomia privada, entre outros.

Evidente que os holofotes acabaram recaindo sobre a problemática da sujeição e classificação de créditos. Porém, ainda assim o Projeto de Lei não deixou de lado a necessidade de modernização da recuperação judicial e falência, prevendo, dentre outras questões, a possibilidade de votação na forma eletrônica para conferir celeridade e reduzir os custos dos processos em questão, como é o caso da redação sugerida para o art. 39, §§ 4º, 5º e 9º:

Art. 39. (...) § 4º Qualquer deliberação prevista nesta Lei, para ocorrer por meio de assembleia geral de credores, poderá ser substituída, com idênticos efeitos, por: (...)

II - votação realizada por meio de sistema eletrônico que reproduza as condições de tomada de voto da assembleia geral de credores; ou (...).

§ 5º Na hipótese prevista no inciso I do § 4º, a regularidade da manifestação e da representação dos credores será comprovada pelo devedor e verificada pelo administrador judicial. (...)

§ 9º Ao assinar ata de presença na assembleia geral de credores, ou ao votar por meio eletrônico ou correspondência, o administrador judicial se certificará de que o credor declare não ser parte relacionada e nem aja, direta ou indiretamente, em nome de terceiros não declarados ou como agente do devedor, e declarará ter plena ciência dos delitos tipificados nos art. 168, art. 171, art. 172 e art. 175.

Apesar de o referido Projeto de Lei ainda estar em trâmite e de não haver qualquer regulamentação quanto aos procedimentos a serem adotados em caso de AGC virtual, é certo que a modernização dos processos de recuperação judicial e falência já era uma realidade iminente que, ante à pandemia do novo coronavírus, se tornou presente e implacável.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES VIRTUAL REALIZADA PELO GRUPO ODEBRECHT

Conforme mencionado, foi autorizado pelo CNJ, ao menos por ora, a possibilidade de realização de AGC's em ambiente virtual, no âmbito dos processos de recuperação judicial e falência, o que propiciou a realização das AGC's do Grupo Odebrecht durante o isolamento social.

Porém, embora o CNJ tenha ambicionado resolver a problemática das AGC's da melhor maneira possível, não estabeleceu quaisquer diretrizes técnicas mínimas para a realização do ato, tampouco recomendou a utilização de um sistema validado para a realização de conchaves dessa natureza, deixando, na prática, a cargo dos Administradores Judiciais e das próprias Recuperandas escolher o método e a plataforma a serem adotados, o que gera riscos à higidez do processo.

No caso das AGC's realizadas pelo Grupo Odebrecht, observou-se a seguinte metodologia:

- Ambiente virtual utilizado: plataforma ClickMeeting, compatível com computadores, tablets e celulares.

- Forma de Registro: áudio e vídeo gravados durante todo o conclave.

- Procedimento de Habilitação para votação: envio de e-mail, com até dois dias úteis de antecedência do início da AGC, indicando contato e nome dos patronos ou representantes legais do credor interessado. Esse e-mail seria respondido pelo Administrador Judicial para validação do cadastro, informando ao credor a forma que o campo “Nome” deveria ser preenchido no momento da AGC, no dia da convocação.

- Acesso à AGC: após a validação acima, seria enviado um “e-mail convite”, com vinte e quatro horas de antecedência do início da AGC, contendo um link e uma senha de acesso pessoal ao ambiente.

- Lista de Presença: a entrada na sala virtual seria liberada com duas horas de antecedência do início da AGC, sendo que o credor deveria ratificar seu ingresso e indicar o nome do advogado ou do representante legal no Chat da plataforma, a fim de que o Administrador Judicial validasse sua presença. Após, o credor seria direcionado para preenchimento dos campos “Nome” e e-mail (podendo, aqui, o advogado que representasse vários credores, inserir o nome de todos eles).

- Dinâmica: o Administrador Judicial abriria os trabalhos dentro do ambiente virtual, explicando o que seria deliberado naquela data e esclarecendo questões pertinentes ao uso da plataforma. Os representantes da Recuperanda explanariam sobre o Plano de Pagamentos e os credores interessados em se manifestar deveriam escrever sua pergunta no Chat que, por ordem de manifestação, seriam chamados oralmente pelo Administrador Judicial para fazer sua pontuação via microfone.

- Colheita de votos: os credores receberiam um link próprio de acesso para votação, já contendo o nome de cada votante, devendo clicar em “sim”, “não” ou “abstenção”. Caso houvesse qualquer problema durante o procedimento e o voto não fosse computado adequadamente, o credor se manifestaria no Chat quando convocado oralmente, via microfone, pelo Administrador Judicial, que em seguida, repetiria o voto em voz alta para conferência. Os resultados da votação seriam projetados para conferência de todos. As ressalvas deveriam ser encaminhadas via e-mail (mesmo que realizadas oralmente quando da abertura da palavra aos credores).

- Ata de Assembleia: seria projetada na tela de cada usuário/credor e lida integralmente pelo Administrador Judicial, devendo as ressalvas serem encaminhadas via e-mail para serem incorporadas como Anexo à Ata. Após, as partes signatárias receberiam no e-mail uma folha com campo para sua assinatura, a qual deveria ser impressa, assinada, digitalizada e encaminhada novamente ao Administrador Judicial para anexar à Ata.

- Procedimento em caso de perda de conexão: caso houvesse problemas com a conexão dos participantes, o interessado poderia solicitar ajuda num dos ícones da plataforma, ligar ou mandar mensagens via Whatsapp para um número indicado pela Administração Judicial.

Além disso, era possível solicitar acompanhamento da AGC na condição de ouvinte, porém, nesse caso, a Administração Judicial encaminharia um link especial de acompanhamento pelo canal criado junto ao YouTube (isto é, sem acesso à plataforma ClickMeeting), ficando a participação restrita ao vídeo e áudio disponibilizados, sendo possível, contudo, o envio de perguntas e comentários via chat do próprio YouTube.

Segundo constou na Ata de Assembleia (disponibilizada digitalmente nos autos no dia 1º/04/2020⁷), a AGC realizada no dia 31/03/2020 transcorreu tranquilamente e sem intercorrências, (...) salvo dois congelamentos pontuais, prontamente solucionados. As AGCs duraram cerca de 10 (dez) horas, considerando o período de identificação dos credores, o qual contou com a participação ativa de 49 representantes, excluídos os acompanhantes, de 415 credores cadastrados, debatendo e formulando questionamentos às Recuperandas, bem como o acompanhamento do conclave por ouvintes e imprensa.

A despeito do sucesso descrito, é certo que as dinâmicas são questionáveis do ponto de vista da segurança da informação.

Tomando o caso pioneiro do Grupo Odebrecht como exemplo, tem-se a impressão de que o procedimento foi cuidadoso ao assegurar a participação daqueles que não tivessem um computador disponível ou que, porventura, viessem a perder a conexão, garantindo registro de voto por escrito/áudio/vídeo, viabilizando qualquer insurgência a esse respeito.

Contudo, ao que parece, o ato deixou de se atentar a procedimentos básicos de segurança da informação, os quais sem as lentes da urgência seriam absolutamente imprescindíveis à realização de um conclave da importância de uma AGC.

Em breve análise dos pontos cruciais de uma AGC, cujos requisitos de segurança da informação deveriam ser rigorosamente atendidos, observou-se o seguinte:

– VALIDAÇÃO DE E-MAILS

Embora o envio de e-mails para habilitação em Assembleias (como feito no caso do Grupo Odebrecht) já seja uma prática comum antes mesmo da realização desses atos de forma virtual, seria necessário que as mensagens eletrônicas fossem devidamente registradas para terem validade jurídica, sobretudo frente à necessidade de se observar a data/horário da efetiva habilitação dos votantes, na forma do art. 37, § 4º e § 6º, inciso I, ambos da Lei nº 11.101/05.

Somente assim seria garantida a identificação do emissor/receptor, a data/hora do envio (chamado de “carimbo do tempo” – timestamp), o conteúdo e seus anexos.

Nessa linha, sem o devido registro feito por alguma tecnologia confiável, não é possível garantir a autenticidade, confidencialidade, integridade, irretratabilidade e tempestividade, pressupostos mandatórios à validade jurídica do ato.

Sobre o tema, existem diversas empresas que se utilizam das técnicas recomendadas pela ICP-BRASIL (Infra Estrutura das Chaves Públicas), pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI) e, ainda, pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) para realizar a certificação de mensagens online, utilizando a criptografia padrão AES-256 e transmissão de documento SSL de 256 bits para garantir que não houve alterações de conteúdo/arquivos.

Dessa forma, seria minimamente exigível que os e-mails direcionados à Administração Judicial, concernentes a um ato tão solene como a AGC fossem registrados validamente, pois somente a certificação técnica é que poderia ser aceita como meio de prova de que determinada mensagem eletrônica foi enviada e entregue tal qual alegado, evitando questionamentos posteriores.

– IDENTIFICAÇÃO E ASSINATURAS

Outro ponto de extrema relevância é a necessidade de adoção de um procedimento seguro para a identificação dos participantes e consignação de suas assinaturas em Ata, garantindo que o voto seja proferido por pessoa determinada e legitimamente constituída.

Suponha-se que um determinado credor se habilitou via e-mail para participar de uma AGC e recebeu em resposta login e senha de acesso. Porém, chegada a data e hora da AGC, este mesmo credor não mais deseja comparecer. Nesse caso, na hipótese de seu e-mail ter sido hackeado ou de outra pessoa ter acesso a esses dados, perfeitamente possível que, de posse do login/senha de acesso, o impostor solicite o ingresso na sala virtual da AGC como se fosse legítimo para votar em favor daquele, por meio de um simples click/digitação do nome do credor e seu advogado/representante.

Situação parecida ocorreria se o advogado/representante legal de determinado credor não comparecesse à AGC presencial na data/horário marcado, perdendo seu direito de voz e voto. Contudo, tratando-se de AGC virtual realizada sem identificação adequada, seria possível que qualquer pessoa da empresa, na impossibilidade de o advogado/representante acessar o link de acesso a tempo, inserisse login/senha e se identificasse no Chat, passando a votar como se representante fosse, sem qualquer empecilho.

Em outras palavras, a não ser que a Administração Judicial tenha realizado várias verificações e conferências (como seria o caso de conferir a imagem de cada participante via câmera, ao lado de um documento com foto), não se pode dizer que a identidade dos presentes foi validamente confirmada.

Seria imprescindível a adoção de um sistema que garantisse a identificação do participante/votante, a fim de eximir quaisquer dúvidas ou questionamentos a esse respeito em momento posterior, os quais poderiam tumultuar o processo, invalidar o conclave ou, pior, causar enorme prejuízo na eventualidade de já se ter dado início aos pagamentos quando da suscitação de uma nulidade dessa natureza.

Em verdade, o registro na lista de presença realizado via login/senha com a posterior digitação do nome do participante é extremamente falho, visto que seria minimamente exigível que a lista de presença fosse assinada via certificado digital emitido por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, ou qualquer outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica.

Além disso, também seria recomendável que o sistema utilizado registrasse o IP (Internet Protocol) do usuário ao ingressar no ambiente virtual, a fim de facilitar eventual apuração de fraude.

A propósito, vale ressaltar que o Senado Federal vem se utilizando de um aplicativo denominado Sistema de Deliberação Remota (SDR) para a votação dos parlamentares durante a pandemia, que segundo o próprio Senado, funciona da seguinte forma:⁸

(...) cada senador acessa com seu código parlamentar e senha. Para a votação do dia, ele recebe uma segunda senha, de uso único. O aplicativo captura uma foto do parlamentar no momento do voto (evitando que outra pessoa vote por ele) e envia um código de confirmação por SMS. Em uma aba do programa, o senador tem acesso às orientações de lideranças e à lista de colegas que já votaram. O voto poderá ser alterado até o encerramento da discussão da matéria.

O sistema adotado é inédito e seguro, visto que viabiliza o voto nominal, com fotografia da face e senha.⁹

Segundo consta do Manual para Implantação e Operação do SDR,¹⁰ o sistema é dividido em duas partes:

- **Solução de Videoconferência:** destinada à deliberação e gravação de eventual voto oral (o qual será registrado manualmente por servidor do órgão numa planilha eletrônica). Sugeriu-se a utilização da plataforma Zoom Meeting, devido a um botão que registra o pedido de palavra em ordem de manifestação, e, sobretudo, devido à possibilidade de que parlamentares sem acesso à internet possam participar via telefone (por meio do envio de um número telefônico e código de acesso específicos), mas poderá ser eleita qualquer outra, desde que atendidos certos requisitos.

- **Solução de Votação Eletrônica Remota:** na qual o parlamentar registra seu voto por aplicativo, que além de tirar uma foto, envia uma segunda senha por SMS ao parlamentar antes do registro do voto.

Nesse escopo, no âmbito das AGC's também seria recomendável a utilização de mais de um meio para verificar a identidade do participante e, após, confirmá-la quando da prolação do voto, para garantir a segurança do ato, preferencialmente num ambiente com criptografia de ponta a ponta.

Além disso, tão relevante quanto a identificação no início do conclave é assegurar a identidade e validade jurídica das assinaturas apostas ao final da Ata de Assembleia, por meio, por exemplo, de certificação digital, sendo certo que o meio utilizado na AGC virtual do Grupo Odebrecht (envio de documento por e-mail para assinatura manual e digitalização) é sujeito à fraudes.

Por fim, ao designar uma AGC para ocorrer em ambiente virtual, é imprescindível se considerar que todos credores e interessados tenham acesso à internet, disponibilidade de um computador, tablet ou celular que seja capaz de suportar a plataforma escolhida e, ainda, detenham conhecimentos básicos para acessar a plataforma, segundo as regras estabelecidas caso a caso, sob pena de negar-lhes efetiva participação no conclave. No caso da AGC em análise, a plataforma ClickMeeting possui acesso exclusivamente online, não se mostrando totalmente adequada, visto que existem plataformas que permitem participação via telefone (como no caso daquela utilizada pelo Senado).


CONCLUSÃO

Atualmente o Brasil não possui um sistema ou uma plataforma capaz de garantir, de forma efetiva, a segurança da informação para a realização de AGC's em ambiente virtual (embora haja algumas empresas especializadas na realização de reuniões online), colocando em xeque a recomendação do CNJ e a modernização proposta pelo Projeto de Lei nº 10.220/2018.

Considerando as peculiaridades que envolvem uma Assembleia Geral de Credores, seria necessário o desenvolvimento de uma plataforma que integre todas as tecnologias existentes e aptas a garantir (i) participação efetiva de todos os interessados, (ii) identificação inequívoca do participante e (iii) registro de voto com confirmação de sua autoria.

Além disso, seria interessante que a plataforma viabilizasse a gestão de processos de recuperação judicial e falência por meio da integração de todas as partes envolvidas (isto é, empresa, juiz, administrador judicial, Ministério Público, credores e interessados), além da gestão de documentos correlatos (Relatórios Mensais, DRE e etc.) e de todos os atos do processo (Lista de Credores, Quadro Geral de Credores, AGC).

Embora seja perfeitamente possível e oportuna a transição das AGC's do ambiente presencial para o ambiente virtual (pois confere redução de custos, importa desburocratização e celeridade processual), é preciso que o ato seja permeado pela devida segurança da informação, sob pena de ocorrerem fraudes e possíveis nulidades.

Portanto, malgrado o Projeto de Lei nº 10.220/2018 e a orientação dada pelo CNJ diante da pandemia do COVID-19 objetivem a modernização dos procedimentos de realização das AGC's diante do cenário econômico atual, faz-se necessária a regulamentação ou estabelecimento de diretrizes mínimas para a realização do procedimento, como forma de garantir a higidez do processo e a segurança jurídica dos envolvidos e da própria sociedade, evitando que os atos venham a ser questionados por conta de falhas técnicas básicas de segurança da informação. 

NOTAS

- 1 Art. 35 e seguintes da Lei nº 11.101/2005.
- 2 Recomendação nº 63, de 31 de março de 2020: "Recomenda aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19".
- 3 Processo sob nº 1057756-77.2019.8.26.0100.
- 4 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 27/04/2020.
- 5 Ativos geralmente relacionados a empresas insolventes, cujo risco de inadimplência é extremamente alto.
- 6 Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>>. Acesso em: 27/04/2020.
- 7 Processo nº 1057756-77.2019.8.26.0100, em trâmite perante a E. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo do Estado de São Paulo. Fls. 29.759/31.212.
- 8 Fonte: Agência Senado. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/24/senado-conclui-implementacao-de-sistema-remoto-com-primeira-votacao-virtual>>. Acesso em: 26/04/2020.
- 9 Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2020. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/arquivos/2020/03/17/ato-da-comissao-diretora-no-7-de-2020>>. Acesso em: 26/04/2020.
- 10 Disponível em <http://www.senado.leg.br/senado/hotsites/sdr/pdf/SDR_SF_DS_V162.pdf>. Acesso em: 26/04/2020.

ARQUIVO PESSOAL



MARCELA FUGA ANTUNES CARDOSO é Sócia fundadora da Fuga & Zoéga Sociedade de Advogados. Formada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2012). Pós-Graduada (Lato Sensu) em Direito Digital e Compliance pela Faculdade IBMEC São Paulo (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD (2019). Especialista em Recuperação de Empresas e Reestruturação pela Fundação Getúlio Vargas – FGVlaw (2017). Certificada no curso “Direito para Startups” pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (2018). Certificada no curso “Direito ao Esquecimento e Herança Digital” pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS (2019). Presidente da Comissão de “Inovação e Startups” e membro efetivo das Comissões de “Estudos em Falência e Recuperação Judicial” e “Direito Digital” da OAB/Campinas.

ARQUIVO PESSOAL



MARIA LAURA ZOÉGA é Sócia fundadora da Fuga & Zoéga Sociedade de Advogados. Formada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da PUC – Campinas (2013). Pós-Graduada (Lato Sensu) em Direito Digital e Compliance pela Faculdade IBMEC São Paulo (2020). Pós-Graduada (Lato Sensu) em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito – EPD (2020). Certificada no curso “Direito para Startups” pela Fundação Getúlio Vargas – FGVLaw (2018). Certificada no curso “Responsabilidade de Gestores por Atos de Corrupção e a Importância da Implementação de Sistemas de Autofiscalização (Compliance) nas Empresas” pela Escola Superior de Advocacia – ESA Campinas (2017). Certificada no curso “Crimes Eletrônicos – Temas polêmicos e Aspectos Práticos” pela Associação dos Advogados de São Paulo – AASP (2015). Membro efetivo das Comissões de “Direito Digital”, “Inovação e Startups” e “Estudos em Falência e Recuperação Judicial” da OAB/Campinas.



IBAMA expede orientação geral em desfavor da fauna e do meio ambiente

■ POR VANICE TEIXEIRA ORLANDI

“Em vez de elucidar a coletividade sobre todo o sofrimento imposto aos psitacídeos pelo cativo e sobre o incremento que tal prática representa à sua retirada ilegal da natureza, ao revés, o Ibama incentiva essa atividade, prestando um desserviço à causa que tem o dever legal de defender.”

Ao apreciar uma solicitação de guarda doméstica de um psitacídeo, espécie a qual pertencem os papagaios, araras e periquitos, o Ibama autorizou a guarda requerida, estendendo e generalizando sua deliberação a casos similares, por meio de uma orientação geral, expressa em Despacho de 20 de novembro de 2019, em que reconheceu o direito à guarda

doméstica, desde que o interessado esteja de posse do psitacídeo há pelo menos oito anos e inexistam sinais de maus-tratos, vedando, nessa situação, a apreensão e o encaminhamento daquela espécie aos Cetas-Centros de Triagem de Animais Silvestres.

Em desacordo com a legislação ambiental e os princípios que informam a matéria, o IBAMA, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis determinou que “somente se considerará ilícita a posse de animal silvestre (psitacídeos) quando não houver posse prolongada ou existir maus-tratos.”

Dessa forma, animais capturados há menos de oito anos, ou recém vitimados pela ação do tráfico de fauna, serão apresentados como passíveis de estarem dentro dos parâmetros instituídos pelo Ibama, o que evitará a sua apreensão.

Como é intuitivo, a determinação anistia a guarda ilegal de silvestres, o que desperta a cobiça por esses animais, elevando a sua ilegal retirada da natureza para fins de tráfico. Não é difícil deduzir que o mercado negro de fauna será incrementado e fortalecido com a aplicação da orientação geral expedida.

A imposição de sofrimento é inerente à colocação de um psitacídeo em cativeiro, o que torna impossível cumprir o requisito instituído pelo Ibama para considerar lícita a posse desse animal silvestre, no tocante à inexistência de maus-tratos.

Em vez de reprimir atividades danosas à fauna, como caberia a um órgão ambiental, o Ibama atua em seu desfavor, atentando não só contra princípios protetivos básicos da fauna, mas autorizando prática que incide na norma punitiva do art. 32 da Lei Federal nº 9.605/98, relativa a maus-tratos a animais, além de desconstituir o tipo penal traçado pelo art. 29 da mesma lei.

Chamou a atenção da Imprensa o fato de ser a requerente da autorização a esposa de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, tema abordado por vários órgãos da Imprensa, incluindo a “Folha de São Paulo”, que publicou a matéria intitulada “Para legalizar papagaio de ministro do STJ, presidente do Ibama flexibiliza lei ambiental.”

DA ORIENTAÇÃO GERAL

A Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018, acresceu novos dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB- Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a finalidade de inserir “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Dentre os novos dispositivos está o que introduziu a chamada “orientação geral”, instituto que dá margem às mais diversas interpretações, mesmo após a aprovação do regulamento da nova lei, que praticamente restringiu-se a reproduzir o texto da lei por ele regulamentada, enunciando, no parágrafo único do art. 24, que “consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

Por tratar-se de tema muito recente, pouco se sabe sobre a instrumentalização dessa ferramenta, que editada com a finalidade de conferir uniformidade à aplicação do Direito Público, paradoxalmente, vem suscitando muitas divergências e incertezas.

Criou-se a estranha situação de ter que se interpretar a lei que guia a interpretação das demais, o que não pode conduzir à segurança jurídica. Ao contrário,

dependendo da forma como forem empregados os dispositivos de conteúdo mal esclarecido, a insegurança será ampliada, resultado oposto ao pretendido, com o agravante de servir de escudo para o descumprimento de tarefas impostas à Administração Pública.

Por menos que se conhecesse sobre o novo instituto da “orientação geral”, supõe-se que jamais pudesse ser emitido contra texto expresso de lei que tipificou a conduta como crime ambiental; que não pudesse anistiar os autores da infração, nem pudesse obstar a fiscalização da prática. Presume-se que não pudesse ser proferido para uniformizar a interpretação de uma norma em absoluta desconformidade com as finalidades institucionais do órgão emissor.

Mas tais deduções lógicas que decorrem do texto legal, ao que parece, não foram observadas pelo Ibama que, em vez de expedir orientação geral, de efeito vinculante, que garanta a aplicação da norma protetiva ambiental, bem ao contrário disso, estabeleceu recomendação para descumpri-la, impedindo que a vigente lei protetiva da fauna e do meio ambiente seja cumprida.

A defesa e a proteção do meio ambiente são deveres impostos ao Poder Público pela Constituição da República, que em seu art. 225, § 1º, inciso VII, traça, de forma expressa, as diretrizes que devem nortear essa proteção no tocante à fauna. Por imposição constitucional, o Poder Público deve prover o manejo ecológico das espécies e vedar as práticas que coloquem em risco sua função ecológica; provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade

Também a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, em seu art. 3º, declara que “constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado...”

Como se vê, a proteção, a conservação e a defesa do meio ambiente são atribuições atinentes a todos os entes federados, que no caso da União, por óbvio, devem ser desempenhadas, sobretudo, pelo Ministério do Meio Ambiente. Tais atribuições, vale frisar, incluem a defesa da fauna e o cumprimento das diretrizes, expressamente, impostas por norma constitucional.

DA NORMA PENAL EM BRANCO

Como autarquia vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, deveria o Ibama atuar para a defesa da fauna e o cumprimento das diretrizes, expressamente, impostas por norma constitucional. Mas em oposição às suas atribuições legais e constitucionais, o Ibama firmou recomendação geral que anistia a guarda ilegal de aves silvestres e ainda autoriza, de forma expressa, atividade danosa à fauna, que até então era tipificada como crime ambiental pelo art. 29 da Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, relativa à conduta de guardar, ou ter em cativeiro ou em depósito espécime da fauna silvestre sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

A presença do elemento normativo do tipo “sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”, torna atípica a conduta de matar, perseguir, apanhar espécimes da fauna silvestre, se houver permissão, licença ou autorização do órgão competente, permissão ora concedida pelo Ibama no tocante aos psitacídeos, por meio da orientação geral expedida.

Como norma penal em branco, o art. 29 da Lei de Crimes Ambientais traz um preceito de conteúdo incompleto, que deve ser complementado por um ato normativo, por meio de regulamentos, portarias, resoluções, decretos *et cetera*. Conclui-se, portanto, que o Ibama tornou lícita a conduta até então tipificada como crime ambiental pela Lei Federal nº 9.605/98, atentando contra suas próprias atribuições institucionais, de natureza protetiva da fauna e do meio ambiente.

Argumentou o Ibama que estaria adotando o posicionamento admitido por nossos tribunais superiores, de forma mansa e pacífica, afirmação questionável, por advir do instituto que deveria honrar não só as suas finalidades institucionais estabelecidas por lei, mas a supremacia do interesse público da proteção ambiental, que deve prevalecer sobre o interesse privado de quem deseja manter a guarda doméstica de silvestre de origem ilegal. Questionável ainda por adotar o posicionamento de julgados que, além de se restringirem a satisfazer a caprichosa vontade do particular de manter a guarda doméstica de um silvestre de origem ilegal, ainda incidem no grave erro de não atentarem ao fato de que a existência de sofrimento é inerente à manutenção dessa espécie em cativeiro.

Note-se que o Ibama autorizou a extensão da guarda doméstica para outros casos, alegando, no item 49 de seu despacho, ser “anti-isonômico assegurar direitos apenas à parcela da população que logra acesso ao Judiciário, deixando à deriva todos os demais cidadãos que compartilham da mesma situação jurídica por não acessar a via judicial”.

Como se vê, o Ibama não só está agindo em defesa dos particulares que mantêm a reprovável guarda doméstica de silvestres, de origem ilegal, mas também está dispensando sua especial atenção à parcela da população menos favorecida que não teria acesso à via judicial. E para tal, invoca o art. 30 da LINDB, sustentando ser o seu dever atuar para a segurança jurídica na aplicação das normas.

Não há justificativa possível para que se admita que um órgão público atue de forma contrária aos seus deveres institucionais, chegando a firmar recomendação permissiva de prática incidente em lei penal ambiental, e ainda o faça sob a alegação de estar agindo em defesa da segurança jurídica!

São as instituições públicas que devem repelir o arbítrio. Sem o respeito às normas, sem moralidade e imparcialidade, não existe Estado de Direito. Sem a observância desses mínimos critérios, não existe segurança jurídica.

Da leitura das decisões judiciais favoráveis à guarda doméstica de psitacídeos, logo se depreende que os julgadores estão se valendo de critérios leigos, e não técnicos para avaliar se a ave está, ou não, sofrendo maus-tratos. Isso porque impor ao psitacídeo a vida em cativeiro já constitui crueldade, por absoluta impossibilidade de lhe atender as necessidades mais básicas. Como órgão técnico, ao Ibama caberia bater-se contra tais julgados, e não convertê-los em orientação geral.

A existência de um posicionamento judicial equivocado que, por absoluto desconhecimento técnico tolera uma prática inaceitável como a da guarda doméstica de psitacídeos, deveria ser um estímulo a mais para que o Ibama desempenhe suas políticas, inclusive educacionais, de forma mais eficiente, como inclusive impõe o princípio da eficiência, estabelecido pelo art. 37 da Constituição da República.

DO REQUISITO TEMPORAL IMPOSTO PELA ORIENTAÇÃO GERAL

Para a concessão da guarda doméstica de animal silvestre, a orientação geral em comento estipulou a existência de dois requisitos: a ausência de maus-tratos

e a posse prolongada que, para o Ibama, seria aquela verificada por um período mínimo de oito anos. Ambos os requisitos são impossíveis de serem satisfeitos.

Quanto à posse por um período mínimo de oito anos, é forçoso reconhecer que não se tem meios de aferir há quanto tempo um animal silvestre estaria, de fato, em cativeiro. Como é intuitivo, animais capturados há menos de oito anos, ou recém vitimados pela ação do tráfico de fauna, serão apresentados como passíveis de estarem dentro dos parâmetros instituídos pela orientação geral, o que evitará a sua apreensão, sobretudo no caso de papagaios, cuja distinção é improvável com base em sua aparência.

Não se sabe por qual motivo o Ibama teria estipulado o período de 8 (oito) anos como tempo de cativeiro para que um psitacídeo de origem ilegal (não nascido em criadouro comercial legalizado) seja, definitivamente, destinado a viver em cativeiro doméstico.

Igualmente não se sabe por qual motivo o Ibama priva da possibilidade da reabilitação e da reintrodução na natureza uma ave silvestre, pelo só fato de já estar ela em cativeiro há oito anos, uma vez que são conhecidos os vários trabalhos de reabilitação que reintroduziram papagaios na natureza, mesmo depois de terem vivido, por décadas, em cativeiro. Muitos dos papagaios que viviam aprisionados, hoje, encontram-se em vida livre, cumprindo assim suas funções ecológicas.

Condena-se ao cativeiro perpétuo um animal silvestre, pelo só fato de já estar sendo vitimado, há oito anos, por tal situação, como se o próprio ilícito reparasse a ilicitude.

Convém frisar que uma prática não se torna lícita por mera disposição legal e menos ainda por meio da edição de uma orientação geral. Despachos, resoluções e normas jurídicas não têm a propriedade de alterar a natureza dos fatos. Práticas danosas não perdem sua natureza lesiva porque foram recomendadas por um órgão público.

DA AUSÊNCIA DE MAUS-TRATOS: REQUISITO DE IMPOSSÍVEL VERIFICAÇÃO EM CATIVEIRO

Quanto ao requisito relativo à ausência de maus-tratos, estranha-se o fato de um órgão ambiental desconsiderar o que há de mais elementar nessa matéria: a imposição de sofrimento e a existência de maus-tratos que são inerentes à manutenção de um silvestre em cativeiro.

Existem princípios básicos que pautam as mais elementares regras para o que se pode considerar como boas práticas no trato com os animais. Nesse campo, as chamadas “cinco liberdades” tornaram-se uma ferramenta mundialmente reconhecida para aferir a existência, ou não, de bem-estar animal, e portanto, de ocorrência, ou não, de maus-tratos. E a expressão do comportamento natural da espécie é uma das cinco liberdades de que todo animal deve dispor, estando em sofrimento aquele não possa expressar os comportamentos naturais de sua espécie.

Para os psitacídeos é impossível vivenciar seus comportamentos naturais em cativeiro. Por maior que seja a atenção dispensada por parte de quem lhe detém a guarda, não há meios possíveis de aliviar o sofrimento de uma ave impedida de exercer seus comportamentos naturais, condenada a viver aprisionada, privada de seu habitat natural e da companhia de outros da mesma espécie.

Todo e qualquer psitacédeo cativo está sendo alvo de maus-tratos, em virtude de todo sofrimento físico e psicológico que o cativo lhe impõe. Primeiro que tudo, é fundamental esclarecer que os silvestres não foram submetidos à domesticação, que é o processo pelo qual certas espécies de animais são selecionadas da natureza e acabam se adaptando a um ambiente que lhes foi criado por humanos. Por não terem sido domesticados, ainda que nascidos em cativeiro, os silvestres conservam as mesmas necessidades e comportamentos dos selvagens.

E são muitas essas necessidades e específicas exigências, inclusive nutricionais, sendo todas elas impossíveis de serem satisfeitas em cativeiro e, sobretudo desconhecidas da população em geral.

Devido à sua natureza fortemente gregária, os psitacédeos precisam viver em bando e conviver com outros da mesma espécie. Muito sociáveis, interagem o tempo todo com os demais, comunicando-se com os membros do grupo, que estão próximos, ou não, por meio de intensa vocalização. Ao final do dia, centenas deles encontram-se em árvores de copas frondosas, onde pernoitam. Dedicam-se a compor seus ninhos e a cuidar de suas crias para que aprendam a voar e a localizar o alimento, até que se tornem independentes. Não é difícil deduzir que sofre, e muito, uma ave tão gregária e sociável que, transformada em bicho de estimação, é condenada ao isolamento e à privação de suas atividades naturais, vivendo sozinha e confinada em um poleiro ou em uma mísera gaiola.

Na natureza, essas aves percorrem imensas distâncias que incluem muitas dezenas de quilômetros por dia. Aprisionadas, essas aves não podem alçar voo, o que, por si só, já lhes representa um sofrimento intenso.

Em seu ambiente natural, os papagaios consomem a metade de seu tempo na busca por alimento. No cativeiro, não enfrentam esse desafio, uma vez que o alimento já se encontra disponível.

Também não se entretêm com a busca por parceiros e por abrigo. Essa falta de estimulação física e mental conduz a anomalias comportamentais e distúrbios neurológicos.

E toda a sua miserável vida, ceifada pelo cativeiro, se dá em gaiolas pequenas, onde o papagaio vive privado de alimentação adequada e de atendimento veterinário especializado.

Inegável o fato de que a orientação geral despertará a cobiça por silvestres e, conseqüentemente o tráfico, atividade cruel por si só. Filhotes são extraídos de seus ninhos com poucos dias de vida, ainda sem pelos e com olhos fechados e acondicionados, aos montes, em caixas minúsculas, onde não dispõem de água, de alimento e de espaço. Muitos não resistem e vão a óbito antes mesmo de serem entregues para abastecer o tráfico.

Para retirar os filhotes de seus ninhos, os agentes do tráfico abrem fendas no tronco das palmeiras, improvisam até escadas e em alguns casos chegam a derubar o tronco da palmeira onde os papagaios fazem os ninhos. Isso prejudica até mesmo a reprodução do ano seguinte, já que essas aves sempre retornam ao mesmo local para fazer o ninho.

A falta de estimulação física e mental que permeia a vida em cativeiro eleva o sofrimento já causado pelo isolamento, conduzindo ao desenvolvimento de comportamentos anormais e distúrbios neurológicos como o de balançar a cabeça e o de andar de um lado para o outro, em sua gaiola.

Muitas aves chegam a arrancar suas penas em virtude do sofrimento que advém do isolamento e da reclusão. Desesperadas, passam a gritar, a se automutilar, e a destruir poleiros e gaiolas, na tentativa de amenizar o seu marasmo e todo o sofrimento de que são vítimas. Pesquisa veterinária revela que 82% dos veterinários mencionaram que o hábito de arrancar as penas seria o problema de comportamento mais comum em psitacídeos. No que pertine à alimentação dos papagaios em guarda doméstica, é preciso esclarecer que os populares desconhecem as específicas exigências de dieta dessa espécie, o que leva à desnutrição que corresponde a 90% de todos os problemas clínicos atendidos por veterinários de aves

E a longevidade dos psitacídeos é outro fator que deveria inviabilizar a possibilidade de tê-los sob guarda doméstica. Um papagaio ou uma arara, por exemplo, podem viver até 80 (oitenta) anos. A ave excederá, em muito, à vida daquele que o mantém em cativeiro, o que acaba por condená-la ao abandono.

DO RISCO DE EXTINÇÃO DO PAPAGAIO VERDADEIRO

Apesar de não constar da lista dos ameaçados de extinção, o papagaio-verdadeiro já não é encontrado em abundância na caatinga, seu habitat natural. Tendo em vista que a quantidade de animais registrada hoje é insuficiente para a recomposição de uma grande população na natureza, especialistas já consideram a extinção do papagaio verdadeiro como uma possibilidade muito próxima, conforme matéria intitulada “Sertão de Pernambuco abriga projeto para sobrevivência dos papagaios-verdadeiros”, publicada pela Folha de Pernambuco, em 26 de maio de 2018.

DA FALTA DE ESTRUTURA DOS CETAS

Os Cetas, Centros de Triagem de Animais Silvestres, são unidades responsáveis pelo manejo de fauna silvestre com finalidade de prestar serviço de recepção, identificação, marcação, triagem, avaliação, recuperação, reabilitação e destinação de animais silvestres provenientes de ação fiscalizatória, resgates ou entrega voluntária de particulares.

Interessante observar que o Ibama se vale da ineficiência dos Cetas que ele próprio gerencia para defender seu posicionamento firmado na orientação geral em questão.

Alega aquele instituto, no item 25 de seu despacho que “a reabilitação de papagaios e o conseqüente retorno à natureza, embora em muitos casos seja possível, é extremamente dificultosa nestes casos de longo cativeiro. Além disso, os Cetas do Ibama estão lotados destes animais sem condições de reabilitação na natureza ou para encaminhamento a criadouros e zoológicos, os quais também possuem grande quantidade de indivíduos destas espécies nos plantéis”

Esses animais possuem sim condições de reabilitação, conforme evidenciam vários trabalhos de reabilitação de papagaios que viveram, por décadas, em cativeiro, e conseguiram, com sucesso, retornar à natureza e viver em vida livre, cumprindo assim suas funções ecológicas. Ocorre que existe uma rede pequena de centros de triagem e de reabilitação de animais silvestres (Cetas e Cras), que encontram-se lotados, desaparelhados, sem condições físicas e financeiras de atender à demanda. Em alguns deles, como no caso do Amazonas, não há condições nem para prover alimento aos animais.

A imprensa tem noticiado que o número de animais entregues espontaneamente e o número de resgates vêm aumentando a cada dia, o que aponta para a urgente necessidade de aumento no orçamento, no espaço e no número de funcionários nos Cetas. De fato, muitos dos que adquirem esses silvestres arrependem-se. Alguns os entregam voluntariamente, ao passo que outros simplesmente os soltam. Numerosos também são os casos de fuga.

Somente em 2014, os 23 (vinte e três) Cetas do Ibama espalhados pelo país receberam, por entrega voluntária da população, 294 (duzentos e noventa e quatro) papagaios verdadeiros. Foi a segunda espécie de ave mais deixada pelas pessoas nos centros. No mesmo ano, o papagaio-verdadeiro foi a espécie que teve o segundo maior número de óbitos entre as aves nos Cetas do Ibama em 2014, o que denuncia a ineficiência daquele Instituto para lidar com a questão, que só se agravará com a orientação geral firmada, uma vez que, vale repetir, a retirada ilegal de silvestres da natureza e o seu tráfico serão incrementados com a permissão nela contida.

É forçoso reconhecer que o Poder Público não dispõe de estrutura para fiscalizar as práticas que vem liberando e para suportar os encargos por elas gerados. Decorrem daí a lotação e as más condições em que hoje se encontram os Cetas.

Trata-se de mais uma ofensa a um dos princípios que devem nortear a Administração Pública, expresso no art. 37 da Constituição da República. Conforme impõe o princípio da eficiência, o Poder Público deve buscar os meios disponíveis para obter o melhor resultado possível, visando sempre ao aperfeiçoamento do serviço público, o que não está ocorrendo em relação à problemática aqui exposta.

DA REABILITAÇÃO E DEVOLUÇÃO À NATUREZA DOS PAPAGAIOS CATIVOS

A já citada matéria da “Folha de Pernambuco” discorre sobre o projeto “*Papagaio da Caatinga*”, um dos programas de preservação da Agência Estadual de Meio Ambiente (CPRH) que, nos últimos seis anos, devolveu a liberdade para 289 (duzentos e oitenta e nove) papagaios, sendo 157 (cento e cinquenta e sete) em Salgueiro e os demais em Exu. Mesmo depois de terem sido mantidos em cativeiro por muito tempo, essas aves já são capazes de ganhar o céu, voando em toda a sua plenitude.

O biólogo e coordenador do projeto Yuri Marinho Valença, responsável por gerir o Ceta Tangará, destacou o fato de que a reintrodução na natureza não representa um sofrimento, mas a redenção de uma ave cativa: “Ele terá, enfim, a oportunidade de viver em um lugar de onde nunca deveria ter saído: a natureza.”

Conforme matéria exibida pelo Jornal Nacional, em 14 de janeiro de 2020, uma campanha do Governo de Pernambuco está empenhando-se para devolver à natureza animais silvestres que viviam em residências. É o caso do papagaio Tandy que viveu por vinte anos com uma munícipe, que conscientizou-se de que, por maiores que fossem os seus esforços, o animal não estava bem, nem feliz, vivendo em cativeiro. Esse também é o caso do papagaio Frederico, que depois de 25 (vinte e cinco) anos, foi entregue, espontaneamente, por sua guardiã.

Segundo a reportagem, a campanha do Governo de Pernambuco tem surtido efeitos. Assim, os papagaios Frederico e Tandy juntaram-se a outros três mil animais destinados, de forma também espontânea, ao Centro de triagem de Recife por aqueles que lhes detinham a guarda.

São aves, jabutis, iguanas e até o pássaro pintor verdadeiro, ameaçado de extinção. Cita a matéria que os papagaios estão entre as maiores vítimas do comércio ilegal de animais silvestres, já que sua beleza e sua inteligência atraem muitos compradores, situação que os condena a passar a maior parte da vida dentro de uma gaiola.

Segundo o biólogo Yuri Valença, entrevistado pelo Jornal Nacional, “cada papagaio retirado da natureza deixa de devolver para a natureza 900 (novecentos) papagaios” E acrescentou: Imagine se em cada casa, em cada lar, houvesse um papagaio... esses animais fazem falta para a natureza.”


DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Erigida à categoria de princípio constitucional, a educação ambiental foi regulada pela Lei Federal nº 9.795, de 25 de abril de 1999, que, em seu art. 1º, definiu a educação ambiental como o processo por meio do qual o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente. E ainda qualificou, em seu art. 2º, a educação ambiental como “um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.”

Sendo a educação ambiental um direito de todos, o art. 3º, inciso I, da lei federal citada incumbiu “ao Poder Público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente.”

Em seu art. 13, a lei em comento definiu por “educação ambiental não-formal as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente,” atribuindo às três esferas do Poder Público incentivar “a difusão, por intermédio dos meios de comunicação de massa, em espaços nobres, de programas e campanhas educativas, e de informações acerca de temas relacionados ao meio ambiente.” Referida lei foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 4.281, de 25 de junho de 2002, que atribuiu a execução da política nacional de educação ambiental aos órgãos integrantes do SISNAMA, dentre os quais figura o IBAMA.

Pela legislação citada, resta evidente que ao Ibama também compete promover a educação ambiental, missão que colide com a expedição de orientação geral que incentiva uma prática que, por tudo quanto aqui se disse, possui natureza cruel, ilícita e danosa à fauna e ao meio ambiente.

Em vez de elucidar a coletividade sobre todo o sofrimento imposto aos psitacídeos pelo cativeiro e sobre o incremento que tal prática representa à sua retirada ilegal da natureza, ao revés, o Ibama incentiva essa atividade, prestando um des-serviço à causa que tem o dever legal de defender. 



VANICE TEIXEIRA ORLANDI é Advogada, Presidente, desde 2005, da Uipa, União Internacional Protetora dos Animais, entidade centenária, fundada em 1895, responsável pela instituição do Movimento de Proteção Animal no país. Possui também formação em Psicologia, com especialização em Psicologia da Educação.

A pandemia e o programa extraordinário de regularização tributária

■ POR GUILHERME LATTANZI MENDES OLIVEIRA

“A atual crise sanitária pela qual o país passa torna fundamental com que todos os contribuintes, sejam as empresas ou pessoas físicas, acompanhem diariamente a tramitação de todos os projetos de leis que visam amenizar os prejuízos causados pela pandemia da Covid-19, assim como buscar a devida orientação jurídica e planejar os seus próximos passos.”



No último dia 18 de maio, o deputado federal Ricardo Guidi (PSD-SC) apresentou o Projeto de Lei (PL) nº 2.735 no intuito de instituir o “Programa Extraordinário de Regularização Tributária” da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em decorrência do estado de calamidade pública por conta da pandemia da Covid-19 (coronavírus).

O projeto protocolado dispõe acerca da possibilidade de pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, aderirem ao programa no prazo de até 90 dias após o fim do estado de calamidade declarado pelo governo federal, previsto para ser encerrado em 31 de dezembro deste ano, caso não haja prorrogação.


O projeto de lei prevê a possibilidade do parcelamento de dívidas de natureza tributária e não tributárias, ou seja, de tributos e multas de órgãos. A previsão inicial é de um parcelamento de até 120 parcelas mensais para os débitos de pessoas físicas. Já em relação à pessoa jurídica, o PL não prevê um número fixo de parcelas e o valor será determinado pelo percentual da receita bruta do mês anterior. Outro ponto de interesse dos contribuintes é a redução de 90% das multas de mora, multa de ofício, multa isolada, dos juros de mora e de encargos legais.

Para além do pagamento em espécie, os débitos também poderão ser quitados com prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) por meio da compensação de créditos próprios relativos a tributos ou de contribuições decorrentes de ação judicial transitada em julgado. Outra alternativa é a dação em pagamento com bens próprios, quando a obrigação tributária é extinguida por meio de outro objeto não previsto inicialmente, até o limite de até 30% do montante do débito parcelado.

Face à importância e necessária celeridade da tramitação do projeto de lei, foi protocolado requerimento de urgência no dia 3 de junho a fim de agilizar a tramitação, com assinaturas de 286 deputados federais. O PL depende agora da sua inclusão em pauta pelo presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia (DEM-RJ). Em que pese sua notoriedade, o projeto já encontra resistência de Maia e do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (SINDIFISCO).

Vale lembrar que também tramita na Câmara o PL 2169/2020, do deputado Alexis Fonteyne (NOVO/SP), que prevê o “Programa Especial de Regularização Tributária”, e o PL 2341/2020, do deputado Mario Heringer (PDT-MG), que prevê um plano de recuperação fiscal aos micro e pequenos empresários optantes pelo Simples Nacional.

É indiscutível e justificável a importância da aprovação do PL 2.735 para o auxílio da recuperação econômica do país face à grande descapitalização dos contribuintes, passado o estado de calamidade pública. É grande a expectativa pela aprovação do projeto nos próximos dias que, após a apreciação e deliberação pela Câmara dos Deputados, deve seguir para o Senado Federal e, em caso de aprovação, para a sanção presidencial.

A atual crise sanitária pela qual o país passa torna fundamental com que todos os contribuintes, sejam as empresas ou pessoas físicas, acompanhem diariamente a tramitação de todos os projetos de leis que visam amenizar os prejuízos causados pela pandemia da Covid-19, assim como buscar a devida orientação jurídica e planejar os seus próximos passos. 



GUILHERME LATTANZI MENDES OLIVEIRA é Advogado especialista em Direito Tributário da DBC Consultoria.

“A exigência de imposto de renda sem ocorrência do fato gerador – Violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e moralidade” – Opinião Legal

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES



“A interpretação que a União/Fazenda Nacional, em suas razões de Apelação, não lhe outorga poder de suprimir direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao Consulente, em sua pretensão de exigir imposto de renda em relação a precatórios recebidos judicialmente em processo de desapropriação, que representam valores recebidos para reposição do patrimônio do Consulente, em relação ao imóvel desapropriado, não sendo, portanto, objeto de imposto de renda, como pretende a Fazenda, em total desobediência aos princípios constitucionais que a Administração Pública deve obediência nos termos do art. 37 da Constituição Federal.”

A QUESTÃO DA CONSULTA

O Consulente teve a sua propriedade – consistente em 2 (duas) glebas de terras, situadas no Município de Porto Velho, Estado de Rondônia – tomada pelo então INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, para promover a implantação de projeto de assentamento, e beneficiar famílias de seringueiros, com a concessão de lotes com áreas de 200 a 300 hectares, com a expedição dos respectivos títulos de propriedade.

A tomada do referido imóvel pelo INCRA ocorreu sem qualquer notificação do Contribuinte, ou processo de desapropriação regular, de forma ilícita, em total violação ao direito de propriedade, assegurado pela Constituição da República, e ao direito à justa indenização, quando necessária a desapropriação, para recomposição do patrimônio particular atingido na forma dos incisos XXIV e LIV, do art. 5º:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

(...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Para preservar seus direitos, em 1989 o Contribuinte ajuizou Ação de Desapropriação Indireta contra o INCRA, obtendo decisão favorável, conforme sentença que fixou o valor da Indenização, para a terra nua, benfeitorias e cobertura florística, conforme laudo de avaliação elaborado de forma ampla.

Em 1991, transitou em julgado a sentença e em 2007 transitou em julgado também a sua execução, com expedição de precatórios para pagamento da condenação.

Tendo em vista que o bem imóvel que antes existia em seu patrimônio – propriedade rural – foi substituído pelo seu respectivo valor, recebido à título de justa indenização, não em dinheiro, mas em precatórios, com prazo de 10 (dez) anos para pagamento, visando alcançar em prazo mais curto e em alguma medida o ressarcimento pela perda patrimonial sofrida, o Consulente cedeu os créditos representados pelos precatórios, sendo que todas as cessões foram realizadas com prejuízo, conforme demonstrado nos autos, os créditos foram cedidos por 60% de seu efetivo valor, portanto, com perda de 40%.

Embora as cessões de crédito realizadas tenham sido celebradas com prejuízo, não se podendo cogitar de ganho de capital, em operações que não houve ganho, conforme constatado pela fiscalização, ao examinar os registros contábeis do Consulente, o Agente Fiscal lavrou o auto de infração, sob alegação de que teria havido lucro imobiliário, nessas transações, porque os créditos negociados teriam sido adquiridos a “custo zero”, desconsiderando, portanto, que os precatórios em questão correspondiam ao valor da justa indenização pela perda dos bens expropriados.

No caso em comento, para comprovar a veracidade das bases em que foram celebradas as cessões, a autoridade fiscal investigou cada cessionário, não tendo encontrado qualquer discrepância entre os documentos firmados e os registros constantes da documentação fisco-contábil do Consulente.

A questão foi discutida administrativamente, que deu origem ao processo administrativo, sendo que a decisão de 1ª instância, manteve o auto de infração. Dessa decisão o Consulente apresentou recurso voluntário, que foi acolhido pela 2ª Turma do CARF, com o correto entendimento de que:

“na cessão a terceiros de direitos creditórios previstos em precatório decorrente de ação de indenização em desapropriação, para apuração de ganho de capital, deve ser considerado o custo de aquisição o valor fixado judicialmente no precatório cedido”.

Inconformada, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, sob o fundamento de que referida decisão teria divergido da interpretação que outra Câmara ou Turma teria atribuído à matéria, porém apresentou como paradigma, Acórdãos de questões relativas a indenizações trabalhistas, sendo, portanto, diversas daquele feito, que versava sobre indenização originária de processo de Desapropriação, cujo valor da indenização foi fixado judicialmente, para reposição do patrimônio expropriado, não podendo ser interpretado como custo zero, para efeitos de cessão dos precatórios e cálculo do lucro imobiliário.

Embora os Acórdãos indicados como paradigmas versarem sobre indenizações trabalhistas, sendo questões diversas daquela discutida no feito e portanto, não reunindo o recurso, condições de admissibilidade, foi o mesmo admitido e provido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, com base no voto de qualidade.

No caso do Consulente, há situação fática relevante para exame do caso concreto (indenização pela perda do imóvel) e portanto o valor recebido dos precatórios corresponde a justa indenização pela perda da propriedade e portanto não pode ser comparado com indenização trabalhista.

Em relação a indenização trabalhista em que foram cedidos os precatórios, referem-se a ações judiciais relativas a rendimentos do trabalho assalariado, em que “na operação em questão, o contribuinte não pagou qualquer preço pelo precatório, portanto o custo de aquisição a ser considerado é zero, conforme art. 16, § 4º da Lei nº 7.713/88. Nesse caso, o contribuinte não pagou qualquer preço pelo precatório, razão pela qual quando de sua cessão, o custo foi considerado zero.

Isto não pode ser assemelhado ao processo de Desapropriação, em que os precatórios são expedidos pelo valor da indenização, destinado a repor o patrimônio representado pela perda da propriedade tomada pelo Estado e portanto não pode ser considerado zero o seu valor, que foi inclusive objeto de fixação judicial.

Tanto que em relação a matéria discutida – indenização por desapropriação – pacificou-se perante o CARF, por meio da Súmula nº 42, do seguinte teor:

“Súmula CARF nº 42 – Não incide o imposto sobre a renda das pessoas físicas sobre os valores recebidos a título de indenização por desapropriação.”

A questão colocada pelo Consulente é inusitada: Se ele aguardasse o pagamento dos precatórios nos 10 (dez) anos ou mais, uma vez que o governo, por insuficiência de caixa, tem prorrogado reiteradamente esses pagamentos, não incidiria o Imposto de Renda.

Pelo fato de ter cedido seus precatórios com prejuízo de 40%, o custo de aquisição dos mesmos, no entendimento fazendário, deixa de ser o valor fixado judicialmente, para ser considerado zero e assim incidir lucro imobiliário!..

Por entender o Consulente que tal decisão violou flagrantemente o seu direito líquido e certo de não se submeter à exigência de tributo sem a efetiva ocorrência

do fato gerador (ganho de capital, quando houve prejuízo) o Consultante ajuizou Mandado de Segurança, como lhe assegura o inciso XXXV do art. 5º da CF/**, que preceitua:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

com objetivo de impedir a inscrição do débito em dívida ativa, bem como suspender o ajuizamento de sua execução.

A EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SEM A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR” – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E MORALIDADE

O art. 43 do CTN, em consonância com o art. 153, III, da CF, preceitua:

“Art. 43. O imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos, os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Trata-se de tributo que incide, portanto, sobre a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda, assim considerado o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e de proventos de qualquer natureza que representem acréscimo patrimonial.

No tocante ao ganho de capital representado por lucro imobiliário, a Instrução Normativa SRF nº 84, de 11/10/2001, em seu art. 2º, estabelece:

“Art. 2º Considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de alienação de bens ou direitos e o respectivo custo de aquisição.”

A possibilidade de se configurar diferença positiva entre o valor de alienação de bens ou direitos e o respectivo custo de aquisição é impossível, em se tratando de desapropriação de bens imóveis.

A Constituição Federal consagra, entre os direitos fundamentais, o direito de propriedade, como se vê do *caput* do art. 5º, e no inciso XXII desse dispositivo, nos seguintes termos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade.”

O direito de propriedade assim como todos os demais direitos constantes do rol do art. 5º da Constituição Federal, não é um direito absoluto, tanto que os incisos XXIII e XXIV do mesmo dispositivo constitucional estabelecem limitações, ao disporem que:

“XXIII – a propriedade atenderá sua função social.”

“XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

A limitação prevista no inciso XXIV, autoriza o Estado a impor ao particular a perda do bem, nas hipóteses de desapropriação por necessidade de utilidade pública, ou por interesse social, fazendo prevalecer o interesse da coletividade sobre o interesse privado, porém assegurando ao expropriado justa e prévia indenização.

Referida norma constitucional deve ser interpretada em conjunto com o art. 184, §§ 2º e 5º, também da Constituição Federal, com a seguinte dicção:

“Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão e cuja utilização será definida em lei.

(...)

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação;

(...)

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”

Da leitura desses dispositivos constitucionais verifica-se que a disciplina que emana da nossa lei maior consagra o “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, porém, sem descuidar dos direitos fundamentais do particular. Aliás, seria manifestamente contrário à isonomia que alguns tivessem que sacrificar seus direitos em prol da coletividade, sem o correspondente ressarcimento.

Celso Antonio Bandeira de Mello, a propósito, explicita que “interesse público”, é o interesse do todo próprio corpo social não podendo ser discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade. E conclui:

“O que fica visível, como fruto dessas considerações, é que existe de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou do grupo de pessoas singularmente consideradas –, e que, de par com isso, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos tal como nela estiveram os que procederam, e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Pois bem, é este último interesse que nomeamos de interesse de todos ou interesse público.” (Curso de Direito Administrativo – 15ª edição – Malheiros – São Paulo – p. 52)

Assim, a desapropriação, procedimento que consiste na retirada compulsória da propriedade do particular, embora configure sacrifício suportado por ele, não caracteriza ofensa ao direito fundamental de propriedade do expropriado, na medida em que o Poder Público ficou obrigado a recompor a perda patrimonial que lhe impôs, mediante o correspondente valor em dinheiro, como prevê a Lei Maior, ao exigir “prévia e justa indenização”.

Ora, em harmonia com a exigência de justa indenização, o § 5º do art. 184 da Constituição Federal prevê a desoneração tributária de seu respectivo valor e, embora faça menção a isenção, a natureza dessa desoneração é de verdadeira imunidade tributária, por ter sua origem na própria Constituição. Aliás, trata-se até mesmo de uma não-incidência qualificada pela previsão no texto constitucional, pois, se, em virtude de ato de império do Poder Público, o bem é retirado do patrimônio do particular e substituído pelo seu correspondente valor em dinheiro fixado judicialmente, não há como vislumbrar a ocorrência do fato gerador do IR, com aquisição nova de disponibilidade econômica ou jurídica.

Não há, portanto, que se falar em “ganho de capital” ou “acréscimo patrimonial”, passíveis de sujeição à incidência de Imposto de Renda da Pessoa Física, na medida em que o montante recebido tem natureza indenizatória, vale dizer, destina-se a recompor o patrimônio do proprietário, expropriado pelo Estado, na exata medida da perda sofrida.

É da essência do instituto da desapropriação a natureza indenizatória do valor dos precatórios e esse aspecto deve ser necessariamente confrontado com a matriz legal do imposto de renda, evidenciando tratar-se de situação jurídica absolutamente diversa da que é descrita como fato gerador previsto no art. 43 do CTN.

Na desapropriação de bem imóvel não se pode cogitar de acréscimo patrimonial e muito menos de ganho de capital. Trata-se de instituto que não se confunde com compra e venda, em que o lucro imobiliário decorrente da transferência de titularidade do bem por valor maior que o de sua aquisição deve ser apurado. Nem sequer se pode cogitar de lucro, pois, tratando-se de valor justo, estabelecido judicialmente mediante a avaliação do bem, nada mais representa do que mera reposição do valor do objeto expropriado, que, sem qualquer iniciativa ou vontade do particular, é transferindo compulsoriamente para o Estado.

Caso a indenização tivesse a natureza de ganho de capital, ou qualquer outra forma de receita que representasse acréscimo patrimonial, e não o mero restabelecimento do “status quo ante” em relação à intervenção expropriatória estatal, não haveria razoabilidade em ter o Constituinte alçado o direito à prévia e justa indenização ao nível de garantia individual, incluindo-o até mesmo no rol das “cláusulas pétreas”, a teor o art. 60, § 4º da Constituição Federal.

Tanto que a Lei nº 8.629, de 25/02/93, que regulamentou os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, em seu art. 12 dispõe que:

“Considera-se justa a indenização que permita ao desapropriado a reposição em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social” (grifos do Recorrente)

É, pois, evidente que a desoneração estabelecida no art. 184, § 5º da CF tem por objetivo assegurar a indenização justa, pois, se houvesse incidência tributária sobre o seu valor, a indenização deixaria de ser justa, não recompondo, nem substituindo o valor do bem expropriado, em sua integralidade, o que, por consequência, caracterizaria confisco, vedado pelo art. 150, VI da CF.

O mesmo se configura quando o expropriado, para obter de maneira mais célere o ressarcimento de sua perda patrimonial, cede os créditos representados pelos precatórios expedidos na ação de expropriação.

Não procede, portanto, a pretensão de exigir imposto de renda e nem é razoável cogitar de que o tributo incidiria nesse caso por inexistir custo de aquisição, nos termos do que estabelece a Lei 7.713, de 22/12/1988, que em seu art. 16, § 4º, dispõe:

“Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:

I – o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;

II – o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembaraço aduaneiro;

III – o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;

IV – o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante;

V – seu valor corrente, na data de aquisição.

§ 4º O custo é considerado igual a zero no campo das participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente, *assim como de qualquer bem cujo valor não possa ser determinado nos termos previsto neste artigo.*”(grifamos)

É que, sendo, os créditos cedidos, originários de precatórios correspondentes à indenização por desapropriação, desfrutam da mesma natureza, porque correspondem ao valor do bem expropriado. É esse o custo de aquisição que deve ser levado em conta, ainda que, não obstante a imunidade prevista no art. 184 da CF, se entenda cabível a apuração de eventual ganho patrimonial, no momento da cessão dos títulos respectivos.

No caso em comento, não é possível atribuir custo zero como pretende a União, aos créditos decorrentes da desapropriação para fins de reforma agrária, de vez que a indenização apurada na referida ação representou o valor do bem outrora existente no patrimônio do expropriado, fixado por decisão judicial, para recomposição desse patrimônio, de forma que o custo de aquisição corresponde à perda patrimonial sofrida.

Trata-se, pois, de situação jurídica que se equipara ao “valor pago” que trata o caput do art. 16 supra transcrito. Os créditos recebidos representam a contrapartida da entrega do bem e, portanto, ao contrário do entendimento do Fazendário, que prevaleceu na esfera administrativa, NÃO FORAM RECEBIDOS GRATUITAMENTE NEM A CUSTO ZERO.

Ademais, a Lei nº 7.713/88, no § 4º do seu art. 16, estabelece que o custo de aquisição será considerado igual a zero, quando o seu valor não possa ser determinado. Não é o caso do Consulente, pois o custo de aquisição dos precatórios teve o seu valor fixado judicialmente, e corresponde à indenização correspondente ao valor do imóvel expropriado, e ingressou no seu patrimônio no lugar do bem.

Sobre as cessões celebradas em tais condições, não pode haver tributação, porque não há riqueza nova; nem ocorre aumento de capacidade contributiva que possa justificar a exigência de imposto, como pretende a Fazenda.

A jurisprudência do STF, consagra, de longa data, esse entendimento, como se vê da seguinte ementa:

“REPRESENTAÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO INCISO II, DO PARÁGRAFO 2, DO ART. 1, DO DECRETO-LEI FEDERAL Nº 1641, DE 7.12.1978, QUE INCLUI A DESAPROPRIAÇÃO ENTRE AS MODALIDADES DE ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS, SUSCETÍVEIS DE GERAR LUCRO A PESSOA FÍSICA E, ASSIM, RENDIMENTO TRIBUTÁVEL PELO IMPOSTO DE RENDA.

Não há, na desapropriação, transferência da propriedade, por qualquer negócio jurídico de direito privado. Não sucede, aí, venda do bem ao poder expropriante. Não se configura, outrossim, a noção de preço, como contraprestação pretendida pelo proprietário,

“modo privado”. O “quantum” auferido pelo titular da propriedade expropriada é, tão-só forma de reposição, em seu patrimônio, do justo valor do bem, que perdeu, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, tal o sentido da “justa indenização” prevista na constituição (art. 153, parágrafo 22). Não pode, assim, ser reduzida a justa indenização pela incidência do imposto de renda. Representação procedente, para declarar a inconstitucionalidade da “desapropriação”, contida no art. 1º, parágrafo 2º, inciso II, do decreto-lei nº 1641/78.” (Representação nº 1.260/DF – Pleno – Relator Min. Néri da Silveira – DJU de 18/11/1988 – p. 239)

Não se pode deixar de considerar, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ao interpretar o art. 184 da CF, em decisões mais recentes, em que se lê:

“RE nº 169.628, Rel. Min. Maurício Corrêa – 2ª Turma. Por unanimidade decidiu que o § 5º do art. 184 da Constituição, embora aluda à isenção de tributos com relação às operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, não concede isenção mas, sim imunidade, que por sua vez, tem por fim não onerar o procedimento expropriatório ou dificultar a realização da reforma agrária, sendo que os títulos da dívida agrária constituem moeda de pagamento da justa indenização devida pela desapropriação de imóveis por interesse social e, dado o caráter indenizatório, não podem ser tributados. Essa imunidade, no entanto, não alcança terceiro adquirente desses títulos, o qual na verdade, realiza com o expropriado negócio jurídico estranho à reforma agrária, não sendo também destinatário da norma constitucional em causa.” (RE 168.110 – Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 04/04/2004 – 1ª Turma – DJ de 19/05/2000)

O que foi decidido pela Suprema Corte, nesse Acórdão, é que os valores recebidos em pagamento de indenização para reforma agrária, SÃO IMUNES DE TRIBUTAÇÃO, porém, essa imunidade, à evidência, não alcança os terceiros adquirentes desses títulos caso, por sua vez, os negociem. Vale dizer: o terceiro não é destinatário da norma constitucional. Já o expropriado, que recebe o valor a título de indenização para recompor o seu patrimônio e o cede com prejuízo, não pratica operação passível de ser incidida pelo imposto de renda na modalidade lucro imobiliário, já que, tendo recebido o justo valor do bem expropriado, não auferiu lucro na transação em tela.

Assim, ao contrário do entendimento da Fazenda, em relação ao expropriado, os créditos representados por precatórios expedidos em processos de desapropriação, ainda que alienados, possuem a mesma natureza jurídica de indenização e seu conteúdo e alcance não podem ser alterados para fins de exigência tributária, conforme estabelecem os arts. 109 e 110 do CTN assim redigidos:

“Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.”

“ Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Nem se diga que o ato coator se sustentaria – como fez a decisão exarada no processo administrativo por voto de qualidade – porque “... o lançamento impugnado

apurou ganho de capital na operação de direitos relativos aos precatórios ainda não resgatados, não se confundindo, portanto, à situação abarcada pelo texto constitucional”.

Tal argumentação é manifestamente TERATOLÓGICA, de vez que o resgate ou não do precatório não desvirtua a natureza jurídica do seu valor como justa indenização pelo bem expropriado. Em outras palavras: o valor dos precatórios antes do resgate correspondeu ao valor fixado no processo de desapropriação a título de justa indenização. Tendo esse valor transitado em julgado, não poderia ser considerado superior ao valor do bem expropriado, para fins de gerar lucro imobiliário. A natureza jurídica dos créditos representados pelo precatório não é alterada pelo fato de ele ter sido ou não resgatado. O caráter indenizatório dos créditos permanece!

Por fim, considerar que o Consulente teria apurado ganho de capital na cessão dos créditos representados pelos precatórios, quando há prova documental de que foram realizadas com prejuízo – fato, aliás, não contestado pela fiscalização e também pela Fazenda Pública – lançando mão da interpretação esdrúxula de que tais créditos foram adquiridos “a custo zero”, contraria a jurisprudência administrativa, no sentido de que somente podem ser tributadas como ganho de capital as diferenças positivas apuradas na alienação de bens, o que não é possível quando o valor da aquisição decorre de avaliação judicial, conforme as seguintes decisões:

“RECURSO Nº 133.106, DA SEXTA CÂMARA DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. PROCESSO Nº 10166.002477/2001-80. MATÉRIA: IPRF. RECORRENTE: HÉRCULES COSTA BUENO. 3ª TURMA/DRJ BRASÍLIA DF. RELATOR: Romeu Bueno de Camargo. ACÓRDÃO: 10313842, UNÂNIME. EMENTA: IPRF – GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS – PRECATÓRIOS – Somente devem ser tributadas como ganho de capital as diferenças positivas apuradas na alienação de bens. Inadmissível, para efeitos de apuração de ganho de capital, atribuir-se como custo zero, o valor de aquisição de créditos decorrentes da alienação de bens decorrente de precatórios judiciais. Recurso provido.”

“RECURSO Nº 132829, DA SEGUNDA CÂMARA DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. PROCESSO Nº 10166.013568/00-25. MATÉRIA: IPRF. RECORRENTE: JAYME BAPTISTA DE FARIA. 3ª TURMA/DRJ – BRASÍLIA DF. RELATOR: JOSÉ OLESKOVICZ. ACÓRDÃO: 102-46112, REJEITADA PRELIMINAR POR UNANIMIDADE. DECISÃO: Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, e, no, mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Nauray Fragosos Tanaka. Ausente, momentaneamente, a Conselheira Maria Goretti de Bulhões Carvalho.

EMENTA: IPRF – CRÉDITO TRABALHISTA ASSEGURADO POR PRECATÓRIO – CESSÃO DE DIREITOS COM DESÁGIO – CUSTO DE AQUISIÇÃO – GANHO DE CAPITAL – INEXISTÊNCIA – O custo de aquisição de crédito trabalhistas assegurados por precatório é determinado pelo valor da remuneração ou salário estipulados judicialmente como devidos pelo esforço laboral do servidor. Inexistência de ganho de capital na cessão, com deságio, de direitos creditórios trabalhistas assegurados por precatório. Preliminar rejeitada.”

“RECURSO Nº 139.142, DA SEXTA CÂMARA DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. PROCESSO Nº 13116.000952/00-88 MATÉRIA IPRF RECORRENTE: WILSON CAVALCANTE COELHO (ESPÓLIO). 4ª TURMA/DRJ – BRASÍLIA DF. RELATOR: Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti. ACÓRDÃO: 106-15304, POR MAIORIA. DECISÃO: Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro José Ribamar Barros Penha. EMENTA: IPRF – GANHO DE CAPITAL – CESSÃO DE DIREITOS – CUSTO DE AQUISIÇÃO: Na venda de direitos creditórios,

como é o caso de precatórios judiciais, há que se considerar como custo de aquisição (para fins de apuração de e eventual ganho de capital) o valor original do precatório, e não “zero”. Assim, haverá imposto a pagar somente nas hipóteses em que o valor de venda do direito for superior ao valor do crédito. Recurso provido. Publicado no Diário Oficial da União de 28 de setembro de 2006 e também em 06 de outubro de 2006.”

“CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS. PROCESSO Nº 10.835.002350/2002-11 – RECURSO Nº 154.033 – RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR – ACÓRDÃO 9202-01.526 – 2ª TURMA MATÉRIA IRPF – RECORRENTE FAZENDA NACIONAL – INTERESSADO LUIZ CARLÇOS AZENHA PEREIRA.

EXERCÍCIO: 1999 – Imposto sobre a Renda de Pessoa Física

IRPF – GANHO DE CAPITAL – DESAPROPRIAÇÃO PELO PODER PÚBLICO – NATUREZA INDENIZATÓRIA – NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

O Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda sobre ganho de capital no caso de desapropriação pelo poder público, por entender que essa incidência desnatura a “justa indenização”, exigida pela Carta Magna como requisito para a relativização do direito à propriedade.

Recurso especial negado. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.”

Como a cessão dos referidos créditos foi celebrada por valor MENOR que o de face dos precatórios, tampouco se configura a situação descrita no art. 2º da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11/10/2001, já que inexistiu diferença positiva entre o valor de alienação dos créditos e o valor da indenização que eles representam, não gerando ganho de capital.

Vale dizer, em tese – deixando de lado, para argumentar, a imunidade do art. 184, §5º da CF – só haveria lucro imobiliário, se entre o valor da indenização fixado judicialmente – que representa o custo de aquisição – e o valor da cessão dos precatórios houvesse saldo positivo. Como não houve, já que o Contribuinte cedeu seu crédito por valor MENOR que o valor de face dos precatórios -, não há que cogitar de “lucro imobiliário” e da incidência de imposto de renda na operação.

Constata-se, portanto, que a exigência fiscal não está em conformidade com a própria jurisprudência administrativa, nem com o entendimento da Suprema Corte. Considerar que os precatórios que foram objeto das cessões realizadas tiveram custo zero, quando existe um valor fixado judicialmente, conforme provam os documentos constantes dos autos, e quando a cessão se deu com prejuízo, é, além de violar a materialidade do imposto de renda, tornar a exigência fiscal incompatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade consagrados no art. 5º, LIV e LV e do não confisco, assegurado no art. 150, IV da CF.

Por fim, importante destacar que a possibilidade de os precatórios serem negociados surgiu por ser o Estado mau pagador. Tivesse o Consulente recebido, regularmente, os valores da condenação no processo de desapropriação, não teria sido obrigado a efetuar alienações para suprir necessidades financeiras imediatas, o que o obrigou a abrir mão do pleno ressarcimento pela perda do bem e receber, com prejuízo, os valores a que tinha direito.

Interpretar a situação *sub judice* de forma diversa e manifestamente contrária à verdade material, é violar o art. 37 da CF que consagra os princípios da moralidade e da eficiência que devem ser observados pela Administração. A violação a esses

princípios visando confundir ou dificultar o exercício dos direitos do contribuinte, configura ilicitude, intolerável, que não atende ao interesse público.

No processo administrativo decorrente do lançamento, prevalece a verdade material, que deve ser alcançada, após o exame e valoração das provas, com a devida correspondência entre o enunciado na lei e o que ocorreu efetivamente em concreto. O respeito a esse princípio é forma de realizar o interesse público, na medida em que leva à constatação – ou não – da existência e conteúdo do fato gerador do tributo, em respeito ao princípio da legalidade. Desrespeitar esse princípio é desatender um dos requisitos essenciais do lançamento (art. 142 do CTN), tornando-o nulo.

Igualmente incompatível com os princípios de moralidade e da eficiência, é a desconsideração, pelo Fisco, de matéria já pacificada pelo Judiciário em favor do contribuinte. Nesse sentido, advertiu o Ministro CELSO DE MELLO, em decisão do STF (Tribunal Pleno), no RE 346.084-6/PR, como se lê do seu voto, o seguinte trecho:

“(...) a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe nos termos da própria, Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos (ou ilicitudes) cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelas instâncias governamentais.” (grifamos)

A interpretação que a União / Fazenda Nacional, em suas razões de Apelação, não lhe outorga poder de suprimir direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao Consulente, em sua pretensão de exigir imposto de renda em relação a precatórios recebidos judicialmente em processo de desapropriação, que representam valores recebidos para reposição do patrimônio do Consulente, em relação ao imóvel desapropriado, não sendo, portanto, objeto de imposto de renda, como pretende a Fazenda, em total desobediência aos princípios constitucionais que a Administração Pública deve obediência nos termos do art. 37 da Constituição Federal.

E, portanto não pode exigir imposto de renda, de uma não renda, em total violação ao art. 43 do CTN, podendo as autoridades administrativas, inclusive serem responsabilizadas na forma do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

No caso “sub judice”, a incidência de imposto sobre a renda a que faz menção o art. 43 do CTN, é sobre a renda auferida e não de uma não renda, por ter o Consulente operado com prejuízo na alienação dos precatórios, que representam o valor da desapropriação fixados, judicialmente, e, portanto, à evidência, não poderá ser considerado esse valor a “custo zero”.

Além do § 6º do art. 37 da CF, um novo artigo da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 28), introduzido pela Lei 13.665 de 25/04/2018, que complementa a aplicação do § 6º do art. 37 da CF, ao estabelecer:

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Referido dispositivo visa dar maior segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito, principalmente em termos que visam maior arrecadação aos cofres públicos.

No caso do Consulente, foi concedida a segurança pleiteada e mantida em segunda instância, para afastar em definitivo a exigência do valor constante do Processo Administrativo, assegurando o direito líquido e certo do Contribuinte de não se sujeitar ao pagamento de imposto de renda, sobre lucro imobiliário inexistente, pela cessão, com prejuízo, dos precatórios originários de processo de desapropriação de imóvel rural acima referido, sob pena de violação aos arts. 153, III, 184, § 5º, 150, IV, 5º, LVI e LV, 37 da CF e arts. 112, 142, 109, 110, 43 do CTN e IN 84/2001, art. 2º, art. 16, §§ 2º e 4º da Lei nº 7.713/88 (a contrário senso), e 67, § 2º, do RICARF.

FATO SUPERVENIENTE: EDIÇÃO DA LEI Nº 13.988/2020 – FIM DO VOTO DE QUALIDADE:

A decisão do Processo Administrativo se deu com base em voto de qualidade – previsto pela art. 54 do RICARF –, que desempatou, por voto do presidente da turma, a decisão em favor da Fazenda.

Ocorre que tal dispositivo emana de ato administrativo subalterno, e, independente de lastrear-se na Lei nº 11.941/2009, não pode se sobrepor à lei complementar, como é o caso do CTN –, que estabelece as normas gerais de Direito Tributário, na forma do art. 146, III da CF.

Em 14.04.2020, foi sancionada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a Lei Federal nº 13.988/2020 que, em seu art. 28, deu nova redação ao art. 19-E da Lei nº 10.522/02, para prever que, em caso de empate no julgamento de processo administrativo fiscal, a decisão será favorável ao contribuinte, pondo fim ao voto de qualidade no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a seguir transcrito, *in verbis*:

Art. 28. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 19-E: “Art. 19-E Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte.”

Tal alteração legislativa visa corrigir o equivocado entendimento que vinha sendo dado pelo CARF, em ofensa aos princípios da proporcionalidade, isonomia e do devido processo legal.

Em verdade, trata-se da consolidação e efetivação de entendimento já consolidado na jurisprudência pátria, como se vê do MS nº 24.559-PR do STJ:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1º E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO.

(...) 2. A teor dos arts. 615, § 1º e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade – voto de Minerva ou voto de desempate nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado.

3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal

comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempataador é de ser desconsiderado.

4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1º e 664, parágraf. único do CPP, inobstante o duto parecer ministerial em sentido contrário.”

Do voto do eminente Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, colhe-se:

“... o empate na votação não autoriza o chamado voto Minerva nos procedimentos que tutelem o poder punitivo do Estado, em face do princípio do *in dubio pro reo* que se irradia tanto no ordenamento penal quanto no administrativo sancionador. Ainda que assim não fosse, admitir-se a validade de dois votos proferidos pela mesma pessoa na mesma causa, ainda que no exercício de funções diferentes, ofende o bom senso e a lógica jurídica do julgamento por Colegiado.

(...) presentes as razões expostas, que o ato ora impugnado não se legitima em face da presunção constitucional de não-culpabilidade dos réus, inscrita no art. 5º, LVII da Carta Política, que fundamenta e justifica a garantia de aplicação da decisão mais favorável ao acusado em caso de empate na votação pelo Colegiado (...).”

Outrossim, considerando que no processo administrativo do qual foi tirado o presente *mandamus* houve empate na votação quanto à ocorrência ou não da infração apontada no lançamento – de modo que o entendimento em desfavor do ora Consulente foi alcançado após voto de qualidade do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos – representante fazendário que presidiu o julgamento, patente a PARCIALIDADE e a ofensa ao princípio da moralidade.

Assim, nos termos do art. 462, do Código de Processo Civil¹ é de vital importância a notícia da superveniência de fato novo, de suma relevância para o correto deslinde do feito.

Embora a r. decisão do Mandado de Segurança, esteja ainda em discussão e portanto não transitou em julgado, entendemos que, deva ser confirmada pelos Tribunais Superiores, uma vez que está em conformidade com a Constituição Federal, a lei, a jurisprudência e o melhor direito.

Este é o nosso entendimento, S.M.J. 

NOTA

- 1 “Art. 462. Se, depois da propositura da ação, *algum fato constitutivo*, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”(Destacamos)



ARQUIVO PESSOAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS é Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO – SP.



ARQUIVO PESSOAL

MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES é Advogada, sócia da Advocacia Gandra Martins, Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária CEU Law School, Membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO – SP, Membro do IASP, Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas – APLJ, Membro da União de Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP.



A majorante do tráfico em transporte público e a jurisprudência dos Tribunais Superiores

■ POR RODRIGO GUIMARÃES LEVENTI

“A majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, referente ao transporte público, não exige que haja efetiva mercancia para sua configuração, bastando que o deslocamento seja feito com o entorpecente, a fim de se proteger os usuários do transporte, dada a potencialidade nociva.”

O presente ensaio visa acalorar o debate travado acerca da necessidade da efetiva prova da mercancia do entorpecente no transporte público para incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, não tendo, de forma alguma, pretensão de esgotar o tema.

Em especial, a tese defendida terá sob farol a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como julgados das cortes regionais.

Para introdução ao debate aqui proposto, necessário se faz trazer à baila a legislação e conceito doutrinário sobre o termo “drogas”.

Rememora-se que até o ano de 2006, vigorava-se no ordenamento jurídico brasileiro a Lei Federal nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei Federal nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, quando, então, foram totalmente revogadas com o advento da Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (art. 75).

Apesar de já ser combatido o tráfico de drogas, é neste novel Diploma Legislativo que se instituiu o “Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad”, cujo objetivo é tutelar a saúde pública.

Trata-se, ainda, de crime de perigo abstrato, e difere do de dano na medida em que este tipo revela-se como aquele para se consumir, necessário se torna a lesão concreta ao bem jurídico tutelado.

A opção do legislador, ao tipificar as condutas reputadas nocivas na forma crime abstrato decorre da probabilidade de ocorrer o dano. Isto é, não se exige a sua verificação para o delito existir.

Tal Sistema prescreve, também, as medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo, ainda, normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecente, definindo, também, crimes referente à mercancia.

No ponto, o parágrafo único do art. 1º (da LF nº 11.343/06), conceituou drogas como sendo “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Há de se invocar outro tema de igual importância para a correta compreensão do conceito de drogas. É que o disposto no referido parágrafo único é o que se entende por *norma penal em branco*.

Com efeito, consta no disposto a expressão que indica que o completo se dará por ato do Poder Executivo da União (“as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”).

Assim, objetivamente, droga é aquilo que for definido pelo Poder Executivo da União, em complemento à lei.

Os professores de André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, in *Direito Penal Esquematizado*¹, trata-se da lei cujo preceito primário é incompleto, embora o preceito secundário seja determinado. Veja-se:

Tal lei tem de ser completada por outra, já existente ou futura, da mesma hierarquia ou de hierarquia inferior. Exemplo: os tipos penais da Lei nº 11.343/2006 são leis penais em branco, uma vez que punem condutas relacionadas com drogas ilícitas sem descrever quais seriam essas substâncias (tal informação se encontra em ato administrativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA); o art. 237 do CP pune a conduta daquele que contrai casamento tendo ciência da existência de impedimentos que lhe causem nulidade absoluta, os quais se encontram no Código Civil.

De igual sentido, o *ex professo* Guilherme de Souza Nucci², nos ensina que normas penais em branco, legalidade e intermitência são aquelas cujo preceito primário (descrição da conduta) é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, e o preceito sancionador é sempre certo.

Dividem-se em: a) normas impropriamente em branco, que se valem de fontes formais homogêneas, em outras palavras, são as que possuem o complemento em norma de

igual hierarquia. Ex.: os impedimentos matrimoniais descritos no tipo do crime do art. 237 (casar-se conhecendo tais impedimentos) são encontrados no Código Civil, que possui o mesmo status legal do Código Penal; b) normas propriamente em branco, que se utilizam de fontes formais heterogêneas, porque o órgão legiferante é diverso, ou seja, buscam o complemento em norma de inferior hierarquia. Ex.: o crime contra a economia popular, referente à transgressão de tabela de preços, encontra o complemento (elaboração da tabela) em norma estabelecida por órgão do Poder Executivo, de diferente fonte normativa.

Nesse viés, a Lei de Drogas tipifica condutas dos artigos 33 ao 39, disciplinando, ainda, causas de aumento e diminuição.

Não se esquece do art. 28, que trata do usuário, porém, por questões didáticas, noutro trabalho será melhor esgotado esse assunto, de forma que se passará à análise do entendimento sobre a majorante do tráfico em transporte público.

DAS CAUSAS MAJORANTES

Artigo 40, III – Do Tráfico no Transporte Público.

Causas majorantes são aquelas que definem um percentual de aumento de pena, caso o crime seja praticado em determinadas circunstâncias que o tornam mais nocivos.

Identificam-se por ordem fracionária, por exemplo, o art. 40 da Lei de Drogas dispõe que “as penas previstas nos arts. 33 a 37 são aumentadas de um sexto a dois terços”.

Salienta-se que as causas de aumento podem transpor os limites máximo e mínimo da pena-base, uma vez que há quantificação predeterminada.

Dentre as causas majorantes tipificadas nos incisos do art. 40 da Lei de Drogas, consta aquela que é objeto de análise deste ensaio, qual seja, o tráfico no transporte público e como se tem julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Consta no referido inciso III do art. 40 da Lei de Drogas que a pena será aumentada se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

Assim, para configuração do delito, há que se demonstrar a existência do elemento subjetivo da conduta tipificada, isto é, do dolo de transportar a droga em veículo público.

A materialidade delitiva deve estar comprovada pelas circunstâncias do caso concreto. De fato! Mas, o ponto controverso é: para configuração do delito (e da majorante citada), faz-se necessária a mercancia do entorpecente *dentro* do veículo público? Acredita-se que não. Explica-se!

É certo que o traficante usa o transporte público para se locomover. Entretanto, quis a norma proteger, no momento em que reconheceu a majorante citada, a diversidade de pessoas que “*ficam à sua disposição*” enquanto transita no transporte público.

Nesse ângulo, as pessoas que usam diariamente o transporte coletivo ficam a mercê do traficante como se prezas fossem frente ao predador, aproveitando-se este do transporte público para maquiar o transporte da droga, dando uma roupagem de licitude à conduta criminosa.

Verifica-se que o traficante simplesmente se aproveita da confiança que se deposita no transporte público, para que, acima de qualquer suspeita, possa levar a droga de um ponto a outro, sem que isso lhe incomode.

A doutrina especializada e a Superior Tribunal de Justiça edificou o pensamento no sentido de incidir a aludida majorante, não se faz necessária a mercancia do entorpecente dentro do transporte público para configurar o tráfico.

A configuração da majorante do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, dessa forma, não exige que haja a concreta venda ou comercialização de entorpecentes dentro do veículo, justamente em razão do bem jurídico tutelado, que é a vulnerabilidade a que o grupo está sujeito, uma vez que agrega potencialização das condutas tipificadas no *caput* do art. 33 da Lei de Drogas.

No julgamento pela SEXTA TURMA, do HC 528.851-SP, da lavra do Min. Rogerio Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 05/05/2020, DJe 12/05/2020, adotou-se o entendimento acima explanado.

Conforme o julgado, não se configurou o tráfico de drogas nas dependências ou imediações de igrejas porque não há previsão específica no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006. No caso, nas imediações onde ocorreram os fatos, havia duas igrejas, estabelecimentos que, no entanto, não se enquadram em nenhum dos locais previstos pelo legislador no referido inciso.

Porém, o que chama atenção é a fundamentação. Veja-se:

“Inicialmente, cumpre salientar que, segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades.

[...]

Decerto, a razão de ser dessa causa especial de aumento de pena é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais especificados no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da citada lei), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil para o traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares”.

Não poderia ser diferente a intenção do legislador, sendo certo o magistério de José Paulo Baltazar Júnior e Victor Eduardo Rios Gonçalves, em *Legislação Penal Especial Esquematizado*®, página 137, 5ª Edição, SaraivaJur:

“[...] Verifica-se que a conduta é considerada mais grave pela mera possibilidade de contato entre eles (as pessoas que fazem uso do transporte): “É pacífico neste Tribunal o entendimento de que a majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 é de *índole objetiva*, prescindindo, portanto, da análise da intenção do agente criminoso em comercializar entorpecentes diretamente com os alunos do estabelecimento educacional” (STJ – HC 380.024/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 08/05/2017)”. Destacado.

No caso, é de fácil verificação de que o veículo público possui grande potencial de utilização para transporte do entorpecente, não sendo razoável a exigência, para configuração do tráfico, de que o traficante venda a droga a algum dos passageiros.

Há condutas previstas no art. 33 da Lei de Drogas, como exemplo: importar, exportar, remeter, transportar, trazer consigo e guardar, que são alvos do transporte

coletivo e se configuram sem que haja intenção de se praticar a mercancia dentro do veículo.

Em verdade, aproveita-se o traficante para levar drogas, e esse fato não pode passar incólume, sob a sanção de se neutralizar a lei, o efeito pedagógico da reprimenda e o caráter preventivo da pena, e o pior, estimulando a reiteração de atos dessa natureza, uma vez que basta ao traficante dizer que “só estava pegando o ônibus”.

Temos, também, a lúcida lição do professor Rogério Sanches Cunha, em *Leis Penais Especiais Comentadas – artigos por artigos*. Editora Juspodvim. 2019:

“o objetivo da lei é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa, evitando-se assim pulverização do tráfico e extirpação do próprio bem jurídico protegido. “Os crimes dos artigos 33 a 37 da Lei 11.343/06 podem ter a pena majorada se cometidos nas dependências (interior, compartimentos, cômodos) ou imediações (redondeza) de estabelecimentos prisionais (cadeias, penitenciárias e Fundação CASA), de ensino (*escolas, faculdades, universidades, cursos técnicos*) ou hospitalares (postos de saúde, hospitais, manicômios), de sedes de entidades estudantis (agregações de estudantes, como sede da UNE), sociais, culturais (museus, exposições), recreativas (clubes, parques), esportivas (hipódromo, estádios, ginásios), ou beneficentes (orfanatos, asilos, casas de caridade), de locais de trabalho coletivo (empresas em geral, fazendas), de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza (cinema, teatro, shows, mesmo que ao ar livre), de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social (ambulatórios ou casas de recuperação), de unidades militares (batalhão) ou policiais (delegacias) ou em transportes públicos (*ônibus, rodoviárias, pontos de táxi*)”. Destacado.

No Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial, 14ª Edição, Editora SaraivaJur, Lei de Drogas, página 780, do ilustre Professor Fernando Capez, consta lúcido magistério no sentido de que:

“[...] A majorante em estudo incide nas hipóteses em que o crime for praticado perto de locais que gozam de especial proteção. [...] A avaliação deverá ser feita em cada caso concreto, sem critérios ou medidas apriorísticas, mas levando-se em conta a combinação de dois fatores: curta distância e rápido acesso. *Impõe-se fazê-lo de modo a recrudescer a culpabilidade, ou seja, de maneira a que terceiros se apercebam e, com isso, possam ser estimulados a também praticar a mesma conduta.*” Destaque.

O eminente doutrinador e jurista Matheus Kuhn Gonçalves, in *Legislação Penal Especial*, Editora Lumen Juris Direito, 2ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada, ano 2017, ao comentar o art. 40, III, da Lei de Drogas, com maestria nos ensina que:

“[...] a teleologia da norma é conferir maior reprovação ao traficante que pode atingir um grande número de pessoas, as quais se encontram em particular situação de vulnerabilidade [...]”.

Entretanto, em que pese sólido entendimento doutrinário fundamentar o aumento previsto, há entendimentos pretorianos contrários, conforme exposição que segue.

DO ENTENDIMENTO PRETORIANO

Não é incomum que os Tribunais Superiores se debruçam sobre o tema *drogas*.

O Supremo Tribunal Federal (STF), pela 1ª Turma, tem denegado o aumento de pena de tráfico por uso de transporte público.

No julgamento do *Habeas Corpus* (HC 122042), entendeu-se, por maioria, vencido o ministro Alexandre de Moraes, que o mero uso do transporte público não configura a hipótese de majorante do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas. O eminente Ministro defendeu a interpretação da lei de modo a aumentar a pena.

No referido caso, o paciente foi flagrado durante fiscalização de rotina em ônibus na BR-463, perto de Ponta Porã (MS), portando 17 tabletes de maconha, de aproximadamente 20 kg. A pena foi aumentada em um terço após apelação do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, passando de 6 anos e 6 meses a 8 anos e 8 meses de prisão. Para isso, foi computado aumento previsto no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), segundo a qual a pena é aumentada se o delito for cometido em transporte público³.

Entendeu-se, no aludido julgamento, que o aumento da pena pressupõe a prática do comércio ilegal dentro do veículo de transporte público, e não meramente seu uso para locomoção. Isso porque o bem jurídico protegido pela norma legal é a permanência dos usuários no transporte público sem a ocorrência da prática criminosa.

Por sua vez, com razão a nosso ver, o ministro Alexandre de Moraes apresentou interpretação divergente, segundo a qual o objetivo da norma é evitar que o traficante use o sistema de transporte público para facilitar a distribuição de drogas. O objetivo da lei, segundo seu entendimento, não é apenas coibir a venda da droga dentro do transporte público, uma vez que essa é uma hipótese remota. “O traficante não vai comercializar dentro do ônibus, dentro do metrô, onde há uma série de testemunhas”, afirmou. A finalidade da previsão, sustenta, é impedir o uso do transporte público como meio facilitador da distribuição de drogas, justificando no caso concreto o aumento da pena⁴.

Há outras decisões nesse sentido.

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA. 1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 visa a punir com maior rigor a distribuição de drogas nas dependências ou imediações de determinados locais, como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes e transportes públicos, entre outros. 2. A mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não induz à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006. 3. Ordem de habeas corpus concedida para afastar a majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, com o restabelecimento do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no tópico. (HC 122258, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-09-2014 PUBLIC 02-09-2014).

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEI DE DROGAS – LEI 11.343/2006. TRAFICÂNCIA EM TRANSPORTE PÚBLICO. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE MERCANCIA. AFASTAMENTO NO CASO DE MERA UTILIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO PARA CARREGAMENTO DO ENTORPECENTE. TELEOLOGIA DA NORMA. JURISPRUDÊNCIA DE AMBAS AS TURMAS. ORDEM CONCEDIDA. I – A mera utilização do transporte público para o carregamento do entorpecente não é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006.

Precedentes de ambas as Turmas. Orientação consolidada. II – A teleologia da norma é conferir maior reprovação ao traficante que pode atingir um grande número de pessoas, as quais se encontram em particular situação de vulnerabilidade. III – Ordem concedida para afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006. (HC 120624, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 09-10-2014 PUBLIC 10-10-2014).

Pelo Superior Tribunal de Justiça, há pacificação do tema. Veja-se:

“O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que ‘o objetivo da lei, ao prever a causa de aumento de pena prevista no inc. III do art. 40, é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa. Com vistas a atender o escopo da norma, o rol previsto no referido inciso não deve ser encarado como se taxativo fosse, a fim de afastar a aplicação da causa de aumento de pena’ (REsp 1.255.249/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012).” (AgRg no AREsp 868.826/MG, j. 13/12/2018);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS EM TRANSPORTE COLETIVO. ART. 40, III, DA LEI nº 11.343/2006. CAUSA DE AUMENTO. INCIDÊNCIA. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que a mera utilização do transporte público como meio para realizar o tráfico de entorpecentes é suficiente à incidência da causa de aumento pertinente, que também se destinaria à repressão da conduta de quem se vale da maior dificuldade da fiscalização em tais circunstâncias para melhor conduzir a substância ilícita. 2. A aplicação do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, portanto, não se limita às hipóteses em que o agente oferece o entorpecente às pessoas que estejam se utilizando do transporte público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, T5 – Quinta Turma, AgRg no REsp 1.333.564/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/05/2013, p. DJe 23/05/2013). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Esta Corte firmou entendimento jurisprudência, no sentido de que a simples utilização de transporte público, para a circulação da substância entorpecente, é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena, prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, T5 – Quinta Turma, AgRg no REsp 1.392.139/PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 19/08/2013, p. DJe 25/09/2013).

Assim, com acerto, para a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, é desnecessária a efetiva mercancia de entorpecente dentro do transporte público, sendo suficiente a demonstração do uso do transporte de drogas em veículo público.

DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA MAJORANTE DO TRÁFICO EM TRANSPORTE PÚBLICO

Do Mandado Constitucional de Criminalização

A proporcionalidade e razoabilidade são fundamentos para repressão acentuada ao tráfico de drogas.

O Poder Constituinte originário, na perspectiva da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ergueu os Mandados Constitucionais de Criminalização

(GOMES, Luiz Flávio (coord.); MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. Direito Penal – introdução e princípios fundamentais. v.1. São Paulo: RT, 2007. p. 222-223).

Isto é, já na esfera da construção das normas constitucionais originárias, balanceado pelos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, entendeu o legislador constituinte que as condutas mais ofensivas e graves praticadas contra a sociedade, a paz, ao bem comum e a manutenção das relações harmônicas, essencial se faz a existência de ditames com maior rigor, evitando-se, assim, a banalização de determinados crimes cometidos no meio social.

É nesse contexto que incidem os postulados mandamentais, para se tratar de forma mais severa os tipos penais mais devastadores cometidos na sociedade.

Pois bem. Os mecanismos de combate ao tráfico de drogas estão fixados na Carta Magna, de forma até a autorizar a extradição em caso de envolvimento com o tráfico de drogas, até o confisco de bens colocados à disposição desse tenebroso crime. Veja-se:

“CF/88. Art. 5º. *Omissis.*

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

[...]

LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

[...]

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. *Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei*” Destacado.

Das disposições supra, verifica-se nítido propósito de se combater veementemente o tráfico de entorpecentes em toda modalidade ou forma praticada.

O traço combativo é tão acentuado que o art. 227, §3º, VII, também da Constituição Federal prevê programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

Os Mandados constitucionais de criminalização não são meras faculdades, ao alvedrio do legislador ordinário, mas, pelo contrário, trazem em seu núcleo a carga da obrigatoriedade em seu atendimento, impedindo o trato de forma insuficiente.

DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

A prevenção geral e especial da pena em relação ao tráfico de drogas e, de acordo com nossa legislação penal vigente, a pena tem função retributiva e preventiva; adotando-se, portanto, no direito pátrio uma teoria mista da pena.

Nesse passo, como fator delimitador da vedação de excessos em matéria criminal surge o princípio da proibição de proteção insuficiente (identificado com o chamado garantismo positivo), visto que a formulação garantista, encarada sobre seu aspecto negativo visa proibir a incidência do Direito Penal e Processual Penal de forma arbitrária, mas não neutralizar a força dos mesmos. Isto porque é de todo evidente que, nesse momento histórico, a total exclusão das normas criminais levaria a sociedade brasileira ao caos.

Tanto o princípio da proibição de excessos quanto o princípio da proibição da proteção deficiente derivam do princípio da proporcionalidade, e devem ser interpretados de acordo com este.

Por expressão da vedação da proibição da proteção deficiente, surge o então inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, em que deve o magistrado majorar a pena quando o tráfico de drogas se utilizar de veículo público para transportar drogas.

E é nesse contexto dos Mandados Constitucionais de Criminalização e da Vedação da Proteção Deficiente que se sustenta o aludido dispositivo, incidindo na seara penal, visto que se de um lado há exigências prementes de que a restrição das liberdades seja cada vez mais norteada por mecanismos humanitários, há também a exigência de que não se passe, sob o argumento de proibição de excessos, a considerar “excesso” qualquer atitude no sentido de reprimir a criminalidade, vindo o garantismo negativo a simplesmente anular o *ius puniendi* estatal.

É interesse lançar mão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que muito bem se aplica ao presente caso. Veja-se:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.491 PARANÁ RELATOR: MIN. LUIZ FUX RECTE.(S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ RECD.(A/S) :CARLOS ALEXANDRE GOMES ADV.(A/S) :ISRAEL BATISTA DE MOURA.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO DE DROGAS. VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII).

2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no art. 243, parágrafo único, da Constituição.

3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “o crime não deve compensar”, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados.

5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico

brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012.

6. O confisco previsto no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto. Precedente: RE 543974, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009. 7. O Supremo Tribunal Federal se-dimentou que: AGRAVO DE

INSTRUMENTO – EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA – TRÁFICO DE DROGAS – APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO – ARTIGO


243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco – art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (AC 82-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004).

8. *A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, in casu, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal.*

9. Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento”. Destacado.

Grande é a valia dos argumentos acima, que visam lançar luz à presente causa, a fim de se evitar a reiteração de atos dessa natureza, desestimulando o uso de veículos públicos para o transporte de drogas, dada ainda a sua importante função social para aqueles que precisam se deslocar sem sujeitar-se ao tráfico de drogas.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que a majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas, referente ao transporte público, não exige que haja efetiva mercancia para sua configuração, bastando que o deslocamento seja feito com o entorpecente, a fim de se proteger os usuários do transporte, dada a potencialidade nociva. 

NOTAS

- 1 ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado. parte geral. Editora SaraivaJur. 9ª Edição. 2020, pág. 276.
- 2 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16ª edição, revista, atualizada e reformulada. 2020. Editora Forense. pág. 154.
- 3 Ver *in* <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=355425>. Acesso em 04/06/2020.
- 4 *Idem*.



RODRIGO GUIMARÃES LEVENTI é Promotor de Justiça, professor e palestrante.

A dialética entre branquitude crítica e antirracismo

■ POR MONIQUE RODRIGUES DO PRADO

“Do ponto de vista prático, a branquitude enfatiza que não está vendo tais vantagens históricas, naturalizando a superioridade como consequência do seu próprio esforço ou mérito. Entretanto, o mérito cai por terra, pois além dela ser a detentora da narrativa, promovendo reiteradamente a opressão, a branquitude também opera à luz da passividade quando lhe é conveniente.”

A branquitude só ganha solo fértil de discussão quando o lugar tem conflitos de caráter étnico-racial, ou seja, seria possível discutir relações étnicas se não há brancos, negros, indígenas ou orientais? Com efeito, a branquitude apresenta-se como *player* das relações raciais.

Segundo aponta Ruth Frankenberg a branquitude é produto da história e se manifesta em uma dimensão para além do indivíduo, visto que compõe um sistema que formata a identidade racial. Nessa estrutura construída historicamente o sujeito branco assume a identidade de “ser humano universal” marcando a representação do “ser humano ideal.” Dada essa universalidade, Edith Piza elucida que esse sujeito se coloca na condição de “não-marcado” ou “invisível” já que não se enxerga-se como racializados.

Assim, o indivíduo que se assemelha com ela beneficia-se da estrutura de dominação e superioridade, sistema este que aparta tudo que é diferente, negando a pluralidade em seus espaços de poder, reservando ao outro o lugar de subordinação.

De outro lado, o “outro” é aquele que não se parece com a estética de mundo imposta pela branquitude e, portanto, ele não deve ser reconhecido como ser humano. Por isso, as condições de escassez de humanidade “do outro” não causa espanto.

Me lembro na infância: quem era negro era chamado de “neguinho”, mas quem era branco era chamado de “alemão”. No contexto descrito veja que “neguinho” não tem nacionalidade. O tratamento pejorativo visa destituí-lo de humanidade ou pelo menos diminuí-lo enquanto menos humano. “Alemão” não só constitui aspectos diretos relacionados à identidade fenotípica do sujeito branco, como também denota o caráter da nacionalidade europeia.

Vale dizer que a branquitude pressupõe uma perspectiva eurocentrada, isto é, o fenótipo do sujeito branco europeu foi o modelo adotado pelo ocidente como ideal para se alcançar o poder e o prestígio. Em poder leia-se: a predominância nas narrativas, nas instituições, nas religiões e nos territórios.

Para funcionar, a branquitude precisa negar o seu privilégio. Isto é, como detém a hegemonia do estado político-jurídico e dos meios de comunicação, a branquitude opera a partir da esterilização do aparato histórico, estético e narrativo do negro, razão pela qual o negro vai aparecer estereotipado no seu conto narrativo do mundo, seja como “passivo”, “manso”, “vadio”, “servil” ou “bandido” e, especialmente, distante da racionalidade.

Do ponto de vista prático, a branquitude enfatiza que não está vendo tais vantagens históricas, naturalizando a superioridade como consequência do seu próprio esforço ou mérito. Entretanto, o mérito cai por terra, pois além dela ser a detentora da narrativa, promovendo reiteradamente a opressão, a branquitude também opera à luz da passividade quando lhe é conveniente. Exemplo disso é a ocultação dos personagens negros, omitindo a cor de personalidades históricas como Machado de Assis, André Rebouças, Virgínia Bicudo e Chiquinha Gonzaga.


Outras consequências flagradas nessa estrutura é a ausência ou aparição qualitativa e quantitativa no audiovisual de narrativas em que negros apareçam de outras formas que não pegando em armas ou sendo presos. No caso das mulheres em condições de serviência doméstica ou sexual.

Nas instituições, sobretudo no alto escalão do poder público e das grandes corporações as pessoas negras não aparecem ou se aparecem são em minoria. Nesses espaços mais uma vez a branquitude reserva a subordinação ao “outro”.

Há também a demonização das religiões que não fazem parte da hegemonia, como no caso das comunidades tradicionais e de matriz africana, as quais são hostilizadas ou viram motivo de chacotas e desrespeito.

Sobre territórios, sempre me ecoa a frase da atriz e poeta Elisa Lucinda na série Diálogos Ausentes: “Se tem territorialidade, tem apartheid. Sem tem onde encontrar preto e onde encontrar branco, tem apartheid. A gente fica fingindo que não vê, mas é porque não vê mesmo. Tem uma cegueira.” (sic). Onde estão os negros nos Jardins, no Itaim Bibi e em Higienópolis. Se eles estão lá, por que estão servindo café ou nas portarias?

Uma resposta sintomática poderia estar diretamente relacionada à ausência de instrução de pessoas negras. Ocorre que, o IBGE já deu conta de que os negros fazem parte dos 50% das pessoas que ingressam nas universidades.

Para ser antirracista e pensar políticas a este respeito, é fundamental compreender a dialética entre branquitude e racismo constituindo o que os intelectuais têm chamado de “branquitude crítica”, ou seja, ser alguém que desaprova tirar vantagens de um sistema que produz não só a discriminação direta - aquela que promove o xingamento e humilhações, mas que não compactue com o racismo estrutural, de forma a rechaçar a manutenção de seus privilégios trabalhando ativamente para desatar esse sistema, pois compreendeu que os pontos de partida estão historicamente desiguais. 



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

DOS MESMOS PRIORITÁRIOS DE ARUANAS : O COMEÇO DA VIDA

72%

DAS PESSOAS
QUE TESTEMUNHARAM
CRIANÇAS E ADOLESCENTES
SENDO EXPLORADAS
NÃO DENUNCIARAM*

FONTE: DATAFOLHA 2018

UM CRIME ENTRE NÓS

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE O MERCADO DE EXPLORAÇÃO SEXUAL
DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

www.liberta.org.br
www.datafolha.com.br
www.globo.com
www.vevo.com.br
www.youtube.com
www.facebook.com
www.instagram.com

ASSISTA:

VIDEO
CAMP

VIDEOCAMP.COM

#TÁNAHORA
DE FALAR SOBRE
EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL.



ACESSE: LIBERTA.ORG.BR

  **INSTITUTOLIBERTA**



LIBERTA
JUNTOS NO ENFRENTAMENTO DA EXPLORAÇÃO
SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES