

conceito jurídico

ano IV | agosto de 2020 | nº 44



Carlos Piacentini

Novo marco legal do
Saneamento Básico

Pág. 7



Pedofilia, Estupro de Vulnerável e o Aborto Legal



ENFOQUE

Maurício Bugarin

Covid-19 e Teoria Econômica:
risco & incerteza



CONJUNTURA

Halley Henares Neto

Os 10 mandamentos
tributários para o Governo
combater a crise do
desemprego no país



OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Regis Fernandes de
Oliveira

O direito e o outro no
mundo contratual

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

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

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Redação e Correspondência

artigos@zkeeditora.com.br

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

ANÚNCIOS

comercial@zkeeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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


zakarewicz
editora





Maria Alice Setubal

ARQUIVO PESSOAL

Desigualdades no cenário pós-pandemia

“Estamos em ano de eleições municipais, com o país mergulhado em uma intersecção de crises sem precedentes. Nesse contexto, os valores e as vocações das periferias são fundamentais na construção das políticas públicas.”

A crise da pandemia de Covid-19 descortinou os grandes desafios relativos à concentração de riqueza e suas consequências nas desigualdades sociais, territoriais, tecnológicas, de gênero e raça ao redor do mundo. A busca por um patamar social de bem-estar com espaço seguro e justo para a humanidade, assim como as questões das mudanças climáticas, coloca em xeque o desenvolvimento econômico no qual as pessoas e o cuidado com o planeta não sejam prioridade.


Amartya Sen, Nobel de Economia em 1998, enfatiza, no conceito de desenvolvimento, a ampliação das aptidões das pessoas para que, saudáveis, empoderadas e criativas, escolham seus projetos de vida. Diante de tantos desafios, a economia do século 21 precisa atuar sobre as concepções distributivas e de regeneração do planeta.

No Brasil, a crise sanitária já deixou milhões de famílias sem nenhum sustento, e as previsões de queda do PIB tornarão esse quadro ainda mais grave. Enfrentar essa situação exigirá um olhar sistêmico para políticas sociais, econômicas e ambientais e a articulação da sociedade civil, do setor privado e dos governos.

A renda básica emergencial parece apontar para uma real diminuição da pobreza nos meses de abril e maio, o que nos leva a considerá-la como um instrumento importante para o alcance de um patamar mínimo de dignidade, assim como para a ativação das atividades econômicas. Vale destacar que a pobreza tem cor e gênero: são as mulheres chefes de família e os negros e negras que mais sofrem nesse cenário.

Ainda no âmbito da economia, o pós-pandemia deverá acentuar demandas já existentes anteriormente. As empresas devem contribuir para o bem-estar da sociedade, indo além do seu propósito de apenas gerar ganhos aos acionistas. A construção de um mercado confiável exigirá também políticas e incentivos para micro, pequenos e médios empreendedores e investidores, de modo que eles tenham espaço para diversidade, criatividade e atividades econômicas nos diferentes territórios. Nesse sentido, a articulação entre o investimento social privado, as organizações da sociedade civil com o setor privado e as políticas públicas será também fundamental.

Nada disso, porém, pode ser construído sem a escuta e o envolvimento das periferias, que protagonizam diariamente a criação de soluções para a precariedade dos territórios. No enfrentamento da Covid-19 não foi diferente, e são inúmeros os mecanismos de ajuda humanitária às populações e as soluções de ativação para empreendimentos e empreendedores. Projetos como a Digital Favela, liderada por Celso Atayde, da Favela Holding, e pela agência Peppery, plataforma com marcas e influenciadores das periferias que mostram o potencial de seus produtos; o Comércio da Quebrada, com o portal Mondial Shop de e-commerce dedicado aos pequenos comerciantes da Brasilândia; o Fundo Volta por Cima (aliança do Banco Pérola com a Anip – Articuladora de Negócios de Impacto da Periferia, composta por A Banca, Centro de Empreendedorismo e Novos Negócios da FGV-Eaes e Artemisia), que visa conceder empréstimos a juro zero a empreendedores de impacto; além do Fundo Editados, grupo de organizações que reúne vários atores do ecossistema de empreendedorismo negro no Brasil, entre outros.

Estamos em ano de eleições municipais, com o país mergulhado em uma intersecção de crises sem precedentes. Nesse contexto, os valores e as vocações das periferias são fundamentais na construção das políticas públicas. O território importa, por isso precisamos das lideranças periféricas ocupando esses espaços para assim termos realmente um formato inovador para alcançar impactos que deem sentido à qualidade na vida das pessoas. É o momento daqueles que têm uma agenda progressista de enfrentamento das desigualdades sociais, raciais, tecnológicas e de gênero. 

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

SUMÁRIO

3

COM A
PALAVRA

Desigualdades no cenário pós-pandemia

Maria Alice Setubal

7

ENTREVISTA

Novo marco legal do Saneamento Básico

Carlos Piacentini

10

DIREITO E
BIOÉTICA

Prontuário médico: um cotejo entre a legitimidade dos solicitantes e o direito à privacidade

Adriana Martinelli Martins, Cláudio Maldaner Bulawski e Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo

23

PAINEL DO
LEITOR

Conflito entre normas de enfrentamento ao Covid-19: o CDC e as MPs 925 e 948/2020

Adrielle Ferreira

28

PROPOSTAS E
PROJETOS

Sistema de prevenção à insolvência no Direito Empresarial. E o Projeto de Lei nº 1.397/2020 para o enfrentamento do Covid-19

Rose Giacomini

32

PAINEL
ECONÔMICO

Paulo Guedes planeja aumentar a carga tributária?

Joel Pinheiro da Fonseca

34

DESTAQUE

Virulência. A igualdade nas diferenças

Henrique Nelson Calandra e Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

37

CAPA

Pedofilia e estupro infantil: precisamos falar sobre isso

Monique Rodrigues do Prado

40

CAPA

Estupro de vulnerável e o aborto legal

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

43

CAPA

Nada faz sentido: a inversão de valores quando o tema é estupro

Mayra Vieira Dias

45

CAPA

Aborto no Brasil: por que não descriminalizar?

Sandra Franco

48

CAPA

O estupro da menina de dez anos e a tipificação: uma visão crítica ao posicionamento de Cezar R. Bitencourt

Eduardo Luiz Santos Cabette e Ruchester Marreiros Barbosa

SUMÁRIO

64

O brilho do ouro

Marcia Dessen

PLANEJAMENTO
FINANCEIRO

69

O uso indiscriminado da videoconferência durante a pandemia

Euro Bento Maciel Filho, Antônio Carlos de Almeida Castro – Kakai e Roberta Cristina Ribeiro de Castro Queiroz

CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

77

O direito e o outro no mundo contratual

Regis Fernandes de Oliveira

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

116

Os 10 mandamentos tributários para o Governo combater a crise do desemprego no país

Halley Henares Neto

CONJUNTURA

137

A posição do STJ na questão da representação no crime de estelionato

Rômulo de Andrade Moreira

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

145

Dever alimentar. Paternidade responsável (dever de sustento) – retratividade à concepção – novos, possíveis, caminhos

Fernando Augusto Chacha de Rezende e Igor Gouveia de Andrade

DOCTRINA

66

Covid-19 e Teoria Econômica: risco & incerteza

Maurício Bugarin

ENFOQUE

74

Debêntures Verdes: alternativa de financiamento privado para projetos sustentáveis

Emerson Drigo, Marcelo Simões dos Reis e Rafael Filippin

IN VOGA

92

A revalorização das Câmaras de Vereadores – propostas para uma maior efetividade legislativa no Município

Flavio Corrêa de Toledo Junior

CONTEXTO

102

Análise do princípio da isonomia em relação a igualdade de gênero

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

PORTAL
JURÍDICO

121

Lei Complementar nº 173/2020. Breve análise

Ivan Barbosa Rigolin

VISÃO JURÍDICA

142

O quadro é de incertezas, marca registrada das últimas campanhas eleitorais

Fernanda Caprio e Araré Carvalho

TENDÊNCIAS

150

A progressividade do imposto sobre dividendos

Matheus Teixeira da Silva

PONTO
DE VISTA



Carlos Piacentini

ARQUIVO PESSOAL

Novo marco legal do Saneamento Básico

Com a sanção do novo marco legal do saneamento básico pelo presidente Jair Bolsonaro, se inicia uma nova fase para o setor no país. O impacto se dá diretamente na prestação de serviço que antes era majoritariamente público e que agora passa a ter a concorrência com o setor privado. E para falar sobre o novo marco legal do Saneamento com suas vantagens e desafios para empresas públicas e privadas, convidamos o Advogado especializado em regulação de serviços de infraestrutura da Paludo e Paschoal Advogados (PPA Law), Carlos Piacentini. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o objetivo principal e a estimativa do governo com relação ao novo marco legal do Saneamento?*

CARLOS PIACENTINI – O principal objetivo é universalizar o saneamento básico e o fornecimento de água potável para no mínimo 90% da população até 2033. A estimativa do governo é de que o novo marco gere cerca de um milhão de empregos nos próximos cinco anos e seja um dos principais estímulos à retomada da economia após a crise da COVID-19.

CONCEITO JURÍDICO – *Como será essa nova fase para cidades e empresas envolvidas?*

CARLOS PIACENTINI – Há vantagens e grandes desafios para ambos os setores. De um lado teremos uma democratização dos prestadores de serviços, trazendo – é o que esperamos – a eficiência e soluções que o setor privado está acostumado a propor, visando melhorar processos para encurtar prazos e entregar qualidade. De outro, temos o Estado e as agências reguladoras que terão que lidar com os dois lados da moeda, buscando imparcialidade e eficiência na fiscalização. Além disso, vejo ainda muita discussão sobre como os trâmites serão feitos. Não será simples, mas é o melhor caminho para agilizar processos que antes eram lentos e forçar uma organização maior de estados e municípios.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o maior desafio que será enfrentado?*

CARLOS PIACENTINI – Provavelmente o maior desafio será a organização dos municípios nas chamadas “unidades regionais de saneamento”, para viabilizar a prestação regionalizada dos serviços.

Em audiência pública realizada em agosto deste ano, o Ministro Rogério Marinho foi enfático ao dizer que os municípios terão autonomia para decidir se integrarão ou não, determinada unidade regional definida para viabilizar a prestação regionalizada de serviços.

Essa autonomia, pode, eventualmente, gerar impacto direto na tarifa a ser praticada e prejudicar a viabilidade econômico-financeira para a prestação de serviços em unidades regionais específicas onde um município que apresenta condições mais favoráveis decide não integrar àquela unidade e, assim, acaba por comprometer o compartilhamento de custos, onerando a prestação de serviços nos demais municípios.

A questão que fica para a situação acima é: Se o Governo Federal e até mesmo os próprios Estados, irão criar mecanismos para incentivar municípios que apresentam sistemas auto suficientes, de baixo custo operacional e superavitários, a integrar unidades regionais onde passarão a compartilhar custos e subsidiar investimentos em municípios com sistemas deficitários.

Outro grande desafio será o desenvolvimento da atividade de mediação e arbitragem dos contratos de concessão pela entidade reguladora, a ANA - Agência Nacional de Águas.

Esta inovação da lei é de grande relevância e pode trazer grandes impactos aos contratos de concessão, os quais poderão passar a prever esta forma de resolução de conflitos.

CONCEITO JURÍDICO – *A ANA terá a independência e a equidistância necessárias para decidir as disputas emergentes dos contratos de concessão com a devida isonomia?*

CARLOS PIACENTINI – De modo a evitar tais questionamentos e mitigar o risco para a iniciativa privada nesses casos, seria interessante criar um mecanismo que garantisse uma paridade entre as partes, como por exemplo, a possibilidade de se indicar árbitros não necessariamente pertencentes ao quadro de servidores da ANA”

CONCEITO JURÍDICO – *E com relação a licitação e o tarifário?*

CARLOS PIACENTINI – Um dos principais pontos da lei é a obrigatoriedade de licitação para novas obras e projetos. Hoje, as empresas públicas podem ser contratadas diretamente. Pelo projeto, após um período de transição, todos os contratos terão que necessariamente concorrer com a iniciativa privada por meio de uma licitação, atraindo mais investimentos ao setor. A crítica que se faz do ponto de vista das estatais é que mesmo antes do novo marco regulatório do saneamento, não havia impedimento da entrada de empresas privadas no setor. Há inúmeros municípios no país que prestam o serviço diretamente e que poderiam terceirizar o mesmo através de um contrato de concessão, à exemplo de Limeira em São Paulo, Cuiabá no Mato Grosso e Paranaguá no Paraná, que já são privatizados. No entanto, o desafio com essa nova exigência é, ao tirar das mãos de uma estatal, como é o

caso do Paraná, por exemplo, em que a Sanepar atua em 345 dos 399 municípios do Estado, é equilibrar a questão tarifária.

CONCEITO JURÍDICO – *No exemplo da Sanepar, isso será possível?*

CARLOS PIACENTINI – Atualmente, todos os municípios atendidos pela Sanepar possuem a mesma tarifa. Isso é possível em razão do chamado subsídio cruzado, em que a receita tarifária gerada por um sistema superavitário cobre as despesas de um sistema deficitário, assim a receita gerada por todos os sistemas acaba viabilizando a realização dos investimentos necessários mesmo em localidades que não geram, individualmente, a receita suficiente para custeá-los. Por outro lado, a atuação do setor privado tem por premissa uma prestação de serviços altamente eficiente, focada na redução de custos e otimização de recursos. Além disso, a maior facilidade que a iniciativa privada tem de realizar despesas e contratar, contribuirá em muito com a realização de investimentos de forma mais célere e menos burocrática. Seria possível desta forma a prestação de serviços mediante uma tarifa módica e acessível.


CONCEITO JURÍDICO – *Como viabilizar o alto custo das operações para o setor privado?*

CARLOS PIACENTINI – O grande volume de investimentos necessários a serem realizados na maior parte dos sistemas pode intimidar ou até mesmo diminuir o número de empresas privadas que tenham fôlego para encarar contratos da magnitude como os de saneamento. Entretanto, um ponto importante a ser considerado é a definição clara da metodologia de formação das tarifas, bem como de seus reajustes e revisões. Tal questão pode prejudicar a análise pela iniciativa privada acerca da viabilidade da prestação de serviços públicos que assumirá, haja vista que não será possível mensurar de forma precisa se os recursos gerados pela tarifa irão remunerar adequadamente a prestação de serviços e a realização investimentos.

CONCEITO JURÍDICO – *Menos burocracia, mais eficiência?*

CARLOS PIACENTINI – O aumento da representatividade do setor privado no setor público pode – gradualmente – começar a promover uma mudança de velhos costumes. Ao contrário da iniciativa pública, que por vezes tende a realizar ações populistas mesmo em detrimento do previsto em contrato, o que pode, eventualmente, levar a uma maior alocação de recursos em determinado sistema, a iniciativa privada, por mirar sempre a obtenção de lucros e melhores resultados financeiros aos seus acionistas, tendem a seguir estritamente ao avençado em contrato.

CONCEITO JURÍDICO – *Na sua opinião, o que de fato será indispensável para um serviço de excelência?*

CARLOS PIACENTINI – Desta forma, para que a prestação de serviço pela iniciativa privada seja de fato altamente eficiente e que traga um maior volume de investimentos, é indispensável que os contratos de concessão prevejam critérios adequados para a prestação de serviços. Do outro lado, por não terem, a priori, o mesmo compromisso com o interesse público, primando pelo interesse particular, será indispensável uma atuação ostensiva e contínua das agências reguladoras, que deverão investir na capacitação de seus agentes para que possam ter estrutura técnica necessária para o exercício da fiscalização devida. 

Prontuário médico: um cotejo entre a legitimidade dos solicitantes e o direito à privacidade

■ POR ADRIANA MARTINELLI MARTINS, CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI
E JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO

“A restrição de acesso dos dados dos prontuários médicos não tem outro fim senão o de proteger o sigilo do paciente, haja vista que, é a partir do atendimento deste que as informações são lá postas. Pensar de modo contrário seria relativizar de forma exponencial o direito constitucional à privacidade.”

Aportam, quase que diariamente, tanto em hospitais da rede pública de saúde, como em hospitais privados, requisições de cópias de prontuários de pacientes. Tais requerimentos provêm das mais diversas autoridades públicas. As solicitações mais frequentes, todavia, emanam de magistrados, promotores e delegados de polícia.



De frente a determinação encaminhada, os gestores dos hospitais, muitas vezes desprovidos do conhecimento a respeito da legitimidade da autoridade requisitante, optam por remeter as informações buscadas. Este envio, muitas vezes, se faz até mesmo pelo receio de texto inserto no documento requisitante, o qual salienta que a negativa poderá caracterizar o crime de desobediência, transcrito no art. 330 do Código Penal Brasileiro¹.

Ocorre que, no anseio de atender a requisição, o gestor pode acabar incorrendo na violação do sigilo médico do paciente, representado pela divulgação das informações pessoais contidas no prontuário.

DA ANÁLISE DA TEMÁTICA

De início devemos trazer à baila o conceito de “prontuário” do paciente. Sobre a expressão revelam Galvão e Ricarte:

O prontuário do paciente é a coleção de informação relativa ao estado de saúde de um paciente armazenada e transmitida em completa segurança e acessível ao paciente e a qualquer usuário autorizado. (...) Seu principal objetivo é assegurar serviços de saúde integrados de modo contínuo, eficiente e com qualidade, juntamente com informação retrospectiva, corrente e prospectiva.²

Por sua vez, de acordo com a Resolução nº 1.638/2002 do Conselho Federal de Medicina (CFM), define-se como prontuário o documento constituído por informações registradas, “geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

Representa um tipo de contrato, servindo como instrumento de ligação entre os profissionais e o paciente, de valor legal e jurídico, com as devidas implicações. É, portanto, documento de extrema valia, elaborado e utilizado por diversos profissionais nos serviços de saúde, ensino e pesquisa, bem como instrumento de meio de defesa para a atividade profissional.

A respeito do que foi transcrito, é corriqueiro que surja uma indagação: a quem pertence o prontuário? A resposta a tal questionamento possui mais de uma faceta. O prontuário é “propriedade” de três partes distintas.

De acordo com a Resolução n. 1.821/2007 do Conselho Federal de Medicina (CFM):

[...] o prontuário do paciente, em qualquer meio de armazenamento, é *propriedade física da instituição onde o mesmo é assistido* – independente de ser unidade de saúde ou consultório –, *a quem cabe o dever da guarda do documento;*

[...] *os dados ali contidos pertencem ao paciente e só podem ser divulgados com sua autorização ou a de seu responsável, ou por dever legal ou justa causa;*

[...] o prontuário e seus respectivos dados pertencem ao paciente e *devem estar permanentemente disponíveis*, de modo que quando solicitado por ele ou seu representante legal permita o fornecimento de cópias autênticas das informações pertinentes.

Considerando os enunciados constantes nos arts. 102 a 109 do Capítulo IX do Código de Ética Médica, *o médico tem a obrigação ética de proteger o sigilo profissional;* (grifo nosso).

Infere-se, assim, que o titular dos dados constantes no prontuário é o paciente, que possui direito de acesso livre a todas as informações sobre sua saúde, além da cópia integral de todo o documento. De outro lado, a titularidade dos arquivos médicos pertence à instituição de saúde, cabendo a ela o dever de guarda do documento. Por fim, por se tratar de parte do conjunto do “ato médico”, entende-se que o prontuário igualmente pertence ao profissional de saúde.

Por conseguinte, o prontuário deve permanecer no estabelecimento de saúde onde foi elaborado, ficando permanentemente à disposição do paciente para possíveis consultas, devendo ser sempre resguardado seu direito à vida privada e ao sigilo. Com o fito de corroborar o arguido, é de bom grado trazer à baila alguns dos artigos transcritos na Resolução nº 1.605/2000/CFM:

Art. 1º O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.

Art. 5º Se houver autorização expressa do paciente, tanto na solicitação como em documento diverso, o médico poderá encaminhar a ficha ou prontuário médico diretamente à autoridade requisitante.

Art. 7º Para sua defesa judicial, o médico poderá apresentar a ficha ou prontuário médico à autoridade competente, solicitando que a matéria seja mantida em segredo de justiça. (grifo nosso).

A despeito do elencado, salutar referir que um dos pontos mais importantes para a solução da problemática posta em questão envolve o direito à privacidade, prerrogativa inserida no rol de garantias fundamentais do art. 5º, inciso X, da CF/88³. Em ratificação ao ditame constitucional, encontra-se o art. 21 do Código Civil⁴.

Do mesmo modo, o direito à privacidade já foi objeto de diversos dispositivos de declarações e tratados internacionais que o elevaram à condição de direito humano. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, celebrada em 1969 e incorporada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678/1992, o elencou em seu art. 11, *in verbis*:

Art. 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. *Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.*

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (grifo nosso).

Destarte, o direito à confidencialidade impõe-se como uma espécie de privacidade informacional existente no âmbito de uma relação entre o profissional de

saúde e seu paciente. Nessa perspectiva, indica-se que as informações obtidas em decorrência dessa relação devem conservar-se fora do alcance externo, a menos que haja autorização expressa para que sejam reveladas. Ou seja, os dados de saúde do paciente são de fato confidenciais.

A confidencialidade, portanto, pode ser fundada em dois componentes fundamentais. O primeiro é instrumental: se não existisse garantias de sigilo, muito provavelmente, o paciente não se sentiria confortável para expor sua vida pessoal ao profissional de saúde, prejudicando, assim, sua conduta e diagnóstico. O segundo componente é o fato de que os profissionais possuem o direito-dever de defender certos valores que são considerados indiscutíveis.

De outro lado, além da proteção pela observância dos direitos à privacidade e confidencialidade, o prontuário médico é igualmente resguardado pelo dever de sigilo (ou segredo) profissional exigido dos profissionais da área da saúde.

Somente o paciente, ou seu representante legal, detém a faculdade da quebra desse sigilo, liberando a divulgação de seu prontuário. Em concordância com esse entendimento, segue jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. RECUSA, RETARDAMENTO OU OMISSÃO DE DADOS TÉCNICOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL. ART. 10 DA LEI N. 7.347/85. REQUISIÇÃO DE CÓPIA DE PRONTUÁRIO MÉDICO E DE FICHA HOSPITALAR AO ADMINISTRADOR DO NOSOCÔMIO. RECUSA ABRIGADA PELO SIGILO PROFISSIONAL. ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO PENAL NÃO CONFIGURADOS. INQUÉRITO CIVIL ARQUIVADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. A prestação de *serviço médico-hospitalar* tem natureza complexa, envolve serviços de *hoteleria* e de *médicos* – além de serviços paramédicos –, que são essencialmente distintos, *ainda que convergentes*, prestados por médicos e funcionários que integram *corpos* e estruturas organizacionais diversas, com algum entrelaçamento administrativo, mas sem subordinação hierárquica direta, *sobretudo no exercício da profissão médica*. 2. O hospital não é senão um *outro espaço* em que é exercida a mesma profissão médica. O seu administrador é um *gerente* dessa atividade complexa, não integra o corpo clínico nem tem ingerência sobre o atendimento médico, que é necessariamente individual, envolve uma relação médico-paciente em que ninguém pode interferir. 3. Nesse contexto, o acesso que o administrador tem às fichas, *necessariamente restrito*, é em razão de *função auxiliar* exercida materialmente por pessoas que ele contrata e que estão subordinadas tanto a ele quanto a cada um dos médicos no exercício da *profissão médica*, mas todos (subordinados) ao sigilo médico e ao sigilo profissional. 4. Ainda que os *auxiliares* não sejam médicos – e não estejam vinculados ao Código de Ética Médico – eles estão obrigados *em razão de função, ministério, ofício ou profissão* a guardar segredo, conforme disposto no art. 154 do Código Penal. 5. O administrador do hospital não é um *auxiliar* ou *ajudante* dos médicos contratados, que tampouco (os médicos) estão a ele (administrador) subordinados no exercício de sua profissão, mas isto não o desobriga do segredo sobre o conteúdo das fichas a que tem acesso *de fato*, mas não de direito. 6. Por isso que os administradores são orientados corretamente pelos Conselhos de Medicina a não fornecerem informações sobre atendimentos *médicos*, recomendado que aos requisitantes seja sugerido dirigir suas requisições ao próprio médico atendente, único responsável pelo conteúdo da ficha médica e pelo sigilo que deve cobri-la. 7. No caso concreto, os informes buscados eram sigilosos e privativos dos pacientes e de seus médicos assistentes, conforme preceitua o Código

de Ética Médica, e o administrador não poderia revelar o conteúdo das fichas, a que não tinha acesso sequer de direito, embora tivesse acesso de fato. 8. Em verdade, o réu agiu com acerto, e não em erro, ao negar-se a fazer o que não lhe era facultado e, mais do que isso, lhe era proibido. O seu agir é atípico. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS. Sétima Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70029746138. Relator Desembargador João Batista Marques Tovo. Data do julgamento: 01 out. 2009.

O Código de Ética Médica, normatizado pela resolução n. 1931, de 17 de setembro de 2009, do CFM, impõe a atenção ao sigilo profissional a todos os médicos no Capítulo IX. Especificamente, importante colacionar o art. 73⁵.

Tanto é verdade o acima exposto que se instituiu como crime, devidamente tipificado no Código Penal, a violação ao segredo profissional, leia-se, no caso, o sigilo médico (como já dito, da mesma forma deve ser respeitado por funcionários, dirigentes, clínicas e estabelecimentos de saúde)⁶.

Aliás, a revelação das informações contidas no prontuário sem autorização expressa do paciente poderá ensejar o pagamento de condenação civil por dano moral ou patrimonial do profissional ou instituição de saúde, além de punição por falta ética. Corroborando o que aqui se expõe, transcreve-se abaixo julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE PRONTUÁRIO. PACIENTE COM AIDS. Incidência do CDC. Art. 14, § 3º. O hospital é fornecedor de serviços de saúde. Prontuário de paciente que tem o vírus HIV positivo divulgado a terceiros, servindo para a instrução de processo judicial. Não autorização da autora para entrega do prontuário. Violação da intimidade. Infração ao art. 5º, inciso X da CF. Ilícitude da conduta. Nexo causal. Prejuízo. Dano moral configurado. Valor da indenização. Necessidade de eficácia punitiva e coativa. Fixação em 30 salários-mínimos Danos materiais não comprovados. Deram parcial provimento.(TJRS. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70017144478. Relator Desembargador Carlos Rafael dos Santos Júnior. Data do julgamento: 14 set. 2007).

A partir de toda a exposição, exsurge-se um questionamento: Quem possui, por conseguinte, acesso ao prontuário do paciente?

Nessa toada, com intuito de definir uma resposta para a indagação supra, sobrevêm os arts. 88 e 89 do Código de Ética Médica:

É vedado ao médico:

Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Do texto, inicialmente percebe-se que a liberação deve ser deferida primeiramente ao próprio paciente. É ele o detentor das informações contidas em seu

prontuário. Logo, a instituição de saúde ficará obrigada a liberar cópia, total ou parcial, do prontuário se o próprio paciente, ou pessoa por ele formalmente autorizada, requisitar, bem como o seu representante legal.

Se o paciente for incapaz (arts. 3º e 4º do Código Civil), entende-se que o seu representante legal (pais, tutor ou curador) é quem possuirá legitimidade para solicitar a reprodução do prontuário. Recomendável que, se o menor de idade já possuir alguma capacidade de discernimento, a requisição seja feita em sua presença, enfrentando uma solução em conjunto e, em consequência, respeitando o sigilo.

Acerca da legitimidade do paciente ou a quem ele autorizar, e de seu representante legal, em caso de menoridade ou incapacidade, para solicitação de cópia do prontuário, segue entendimento jurisprudencial consolidado:

Processual civil. Recurso especial. Hospital. Acesso a documentos médicos requerido pelo próprio paciente. Negativa injustificada pela via administrativa. Ensejo de propositura de ação de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. – De acordo com o Código de Ética Médica, os médicos e hospitais estão obrigados a exibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição. – A negativa injustificada à exibição de documentos médicos pela via administrativa, que obrigou o paciente à propositura de ação à sua exibição pela via judicial, tem o condão de responsabilizar o hospital pelo pagamento dos ônus de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade, nos termos dos precedentes firmados no STJ. Recurso especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 540.048 – RS (2003/0061038-6). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 12 abr. 2004)

INFORMAÇÃO MÉDICA – DIREITO DE ACESSO – FILHO MENOR – AÇÃO CAUTELAR – BUSCA E APREENSÃO. Apelação Cível. Ação cautelar. Busca e apreensão. Prontuário médico-hospitalar. O conteúdo do prontuário médico não pertence à unidade hospitalar, mas sim ao paciente. A autora, na qualidade de mãe da menor internada na Unidade Hospitalar Ré, tem direito ao acesso às informações contidas no mencionado prontuário, a fim de conhecer as causas do falecimento de sua filha, morta após período de internação no nosocômio. Irrelevante à instrução processual. O cerne da demanda está relacionado apenas ao fato dos documentos mencionados na inicial estarem ou não na guarda da Ré. E, assim sendo, evidenciado nos autos a relevância dos fatos narrados na inicial, correta a procedência do pedido, cuja finalidade, inclusive, foi apenas preservar o direito material da parte autora. Recurso improvido. (TJRJ. Décima primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 200400123563. Relator Desembargador José Carlos de Figueiredo. Data do julgamento: 01 dez. 2004).

De todo modo, importante elucidar que o fato de determinada pessoa ser familiar do paciente não lhe atribui legitimidade para possuir livre acesso ao prontuário, haja vista a necessidade de respeito aos direitos de privacidade, confidencialidade e intimidade, além do dever de sigilo médico.

A autorização expressa do paciente, por sua vez, constitui fato gerador de tal legitimidade para qualquer pessoa, mesmo que não seja familiar. Nesses casos, sugestiona-se que o prontuário seja acessível somente as pessoas que possuam procuração com autorização específica para este fim. Enfatiza-se

novamente que, para os incapazes, a legitimidade para a obtenção do prontuário passa ao seu representante legal.

No caso de óbito do paciente, o livre trânsito ao prontuário fica possibilitado a seus herdeiros e ao cônjuge, ou seja, familiares legítimos, assim declarados pelo Código Civil, em seu art. 1829⁷.

Insta referir que, no que concerne aos companheiros, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Recurso Extraordinário 878.694/MG, acabou por entender que a diferenciação entre os regimes sucessórios deste e do cônjuge não se demonstraria viável diante do texto da Constituição cidadã de 1988. Assim sendo, foi estendido o dispositivo supracitado também ao regime sucessório dos companheiros.

Sobre a legitimidade dos sucessores, a partir de o ajuizamento de uma ação civil pública no Estado de Goiás, o Conselho Federal de Medicina optou por expedir a Recomendação nº 3/14, abaixo parcialmente transcrita:

[...] RECOMENDA-SE: Art. 1º Que os médicos e instituições de tratamento médico, clínico, ambulatorial ou hospitalar: a) forneçam, quando solicitados pelo cônjuge/companheiro sobrevivente do paciente morto, e sucessivamente pelos sucessores legítimos do paciente em linha reta, ou colaterais até o quarto grau, os prontuários médicos do paciente falecido: desde que documentalmente comprovado o vínculo familiar e observada a ordem de vocação hereditária, e b) informem os pacientes acerca da necessidade de manifestação expressa da objeção à divulgação do seu prontuário médico após a sua morte.

De outro lado, os Conselhos Federal ou Regional de Medicina, por serem compostos somente por médicos, que possuem a obrigação de manter o dever de sigilo profissional, podem manusear e ter acesso aos prontuários, conforme expresso no art. 6º da Resolução CFM nº 1.605/00: “Art. 6º O médico deverá fornecer cópia da ficha ou do prontuário médico desde que solicitado pelo paciente ou requisitado pelos Conselhos Federal ou Regional de Medicina”. Corrobora tal entendimento o fato de os processos disciplinares e de sindicância de tais Conselhos sempre tramitarem em segredo.

Questão um tanto quanto mais polêmica é a requisição de acesso ao prontuário do paciente por autoridade judiciária ou policial, bem como proveniente dos Ministérios Públicos Federal e Estadual.

Para solução do imbróglio, portanto, recorre-se novamente ao art. 89 do Código de Ética Médica, alhures já referido, que é bastante esclarecedor quanto às hipóteses de requisição de cópias por autoridades judiciárias. Tal dispositivo autoriza a liberação apenas nos casos de aprovação expressa do paciente ou em sendo designado perito judicial, que estará condicionado ao dever de sigilo pericial. A despeito do texto trazido pelo conteúdo do grifado artigo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entendeu, no seio da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, que a legislação neste ponto é ilegal. Cabe referir que o processo ainda não transitou em julgado, tendo sido interpostos Recursos Extraordinário e Especial pelo Conselho Federal de Medicina, parte ré na demanda. Para melhor ilustrar o debate, transcreve-se excerto do julgado:

1. Os preceitos contidos no art. 4º da Resolução nº 1.605/2.000 e no art. 89, § 1º, da Resolução nº 1.931/2009, ambas do Conselho Federal de Medicina, ao preverem que o prontuário e a ficha médica requisitados judicialmente sejam disponibilizados apenas ao médico nomeado perito judicial, pretendem estabelecer disciplina sobre prova processual contrária ao que dispõem as leis processuais, que asseguram o acesso direto do juiz à prova, sem a necessidade da intervenção de intérpretes ou mediadores (CPC-73, art. 131; CPC-2015, art. 371; CPP, art. 234).

2. Existe legislação federal própria que disciplina o tratamento processual de informação sigilosa trazida para o âmbito dos processos judiciais, que estabelece ampla regulamentação sobre os cuidados a serem conferidos aos processos que contenham dados sigilosos, bem como sobre a responsabilização daqueles que descuidem do sigilo legal, como são os casos de informações advindas de interceptações telefônicas, da quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal, daquelas relacionadas a direito de família e aos direitos de crianças e adolescentes, e assim por diante. Em todas essas áreas há informações legalmente protegidas, que importam dever de sigilo, e elas são corriqueiramente levadas para o bojo de processos judiciais. Em nenhuma dessas áreas se cogitou de designar um intérprete (um agente bancário, um auditor fiscal, um assistente social) que, como censor, filtre as informações que, conforme seu entendimento e as orientações advindas do órgão corporativo de sua classe profissional, deva ou não repassar ao juiz. A figura do perito judicial existe para auxiliar o juiz com conhecimentos técnicos que este não detém, e não para selecionar quais informações possam ou não ser disponibilizadas ao magistrado.

3. Os atos normativos do Conselho Federal de Medicina acabam por limitar a atuação do juiz no âmbito do processo judicial, sem amparo nas leis que disciplinam a matéria, do que resulta inequívoca ilegalidade, a indicar a procedência da ação, em que se pretende afastar sua aplicação. Dessa forma, a demanda se resolve no campo da legalidade, sendo desnecessária a declaração da inconstitucionalidade dos inquinados atos normativos. (Tribunal Regional do Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5009152-15.2013.4.04.7200. Relator: Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle. Data do julgamento: 20 mai. 2016.)

Extrai-se do julgado referido que a liberação de cópia do prontuário não deve ser concedida unicamente ao perito médico. O acesso tem de ser fornecido ao magistrado diretamente, eis que a utilização do experto não seria direcionada no intuito de selecionar as informações disponibilizadas ao magistrado, mas sim, de auxiliar nas questões nas quais não detém conhecimentos técnicos.

Com o devido respeito à decisão proferida, o alargamento de informações fornecidas ao magistrado, na maioria das situações, sequer poderá se referir ao caso em apreço. Isso porque, o prontuário envolve toda uma vida de atendimento do paciente/parte no processo, enquanto que a ação judicial que buscou a apresentação do prontuário, dificilmente, exigirá o exame de todas estas informações. Em adição, as situações mencionadas na decisão proferida pelo Egrégio TRF4 envolvem violação à privacidade em circunstâncias muito menos invasivas do que a que é abordada em um prontuário médico do paciente. Para exemplificar a preocupação com a decisão adotada, transcreve-se um único exemplo. Um paciente acometido por uma moléstia (que não é de comunicação obrigatória pelas autoridades de saúde) que causa certa repulsa social nunca a confidenciou a ninguém a não ser para o profissional médico que o trata. Tal segredo, porém, não mais existirá quando da remessa

do inteiro teor do prontuário do paciente ao Poder Judiciário. Vê-se, portanto, que a matéria violada contém informações muito mais do íntimo daquela pessoa do que a alcançaria eventual quebra de sigilo bancário ou telefônico, abordadas na decisão.

Neste ínterim, o ideal é de que a legislação permanecesse com seu conteúdo intacto, pois busca proteger o sigilo do paciente e não informações do profissional médico. No máximo, cabíveis alguns retoques de ordem prática. Corroborando o arguido o fato de os demais elementos inseridos no prontuário médico (que não abrangidos pelo mérito da demanda), os quais podem abordar dados extremamente íntimos da vida do paciente (um relato de estupro, por exemplo), serem entregues ao Judiciário sem qualquer necessidade. Há aqui, ademais, uma outra apreensão. Após a remessa, os autos do prontuário ficariam armazenados onde? No processo? Local em que não só as partes, mas também procuradores e servidores do Judiciário terão acesso? Vê-se, portanto, que o problema não é tão simples quanto aparenta ser. Tal caso fica também agravado por questões de ordem ambiental nos processos que ainda tramitam de forma física, eis que ao invés de se possibilitar o envio de 20-30 folhas, as quais diriam respeito ao processo judicial, encaminhar-se-iam 400-500 folhas, num total desperdício de recursos.

A solução, ao que parece, adviria do pedido judicial, eis que é deste que deveria se extrair as parcelas do prontuário necessárias para esclarecer os pontos do processo judicial. Para isso, poderia o Judiciário se valer dos peritos judiciais, como mencionado no Código de Ética Médica, ou então, solicitar às unidades hospitalares cópias de prontuários com datas específicas e/ou questionamentos específicos, os quais deveriam ser respondidos por um setor a ser criado nas Instituições de saúde, devendo ser composto por profissionais da área médica. A sugestão aqui narrada fica evidenciada pelo fato de que, não poucas vezes, adentram aos nosocômios requerimentos de informações de paciente sem identificação de nome da mãe ou outra delimitação diferenciadora, episódio que causa enorme problema quando há prontuários de pacientes homônimos. Nestas hipóteses, a dificuldade torna-se exponencial, pois de uma hipótese em que nem se faz necessária a remessa de todo o prontuário, encaminhar-se-ia dois ou três deles para que o judiciário indique qual é o correto? O exemplo transcrito tem como fito asseverar que a posição aqui exposta é a que melhor se adapta às necessidades do paciente e do Poder Judiciário: enquanto a este é fornecida a informação buscada, àquele se impõe uma mínima invasão na sua intimidade, tolerada apenas no que concerne à elucidação de um fato judicialmente examinado.

De toda maneira, fica clarividente que a liberação de acesso ao prontuário do paciente somente deve ser deferida diante de requisições judiciais. Não haveria possibilidade, assim, de fornecimento de cópias de prontuários a outros órgãos públicos, sejam eles Ministério Público ou Polícia Civil.

Neste ponto, interessante aduzir que nem mesmo a Lei Federal nº 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, em seu art. 2º, § 2º, excepciona essa quebra de proteção aos direitos individuais estabelecidos constitucionalmente.

Tanto é assim que a quebra de sigilo telefônico, por exemplo, com conteúdo, em tese, menos agressivos à intimidade da pessoa do que o acesso ao seu prontuário, necessita de autorização judicial para seu conhecimento. Diferente não seria com as informações lançadas no prontuário médico do paciente.

Verifica-se, dessa forma, que a Polícia Judiciária possui acesso limitado aos elementos, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos. Não poderá, por si só, determinar uma quebra de sigilo telefônico, ou mesmo acessar diretamente o prontuário médico de um determinado paciente.

Por outro lado, o Código de Ética Médica, como já referido anteriormente, possibilita a liberação do prontuário por consentimento do paciente, justo motivo ou dever legal. Neste ínterim, os delegados de polícia, rotineiramente, buscam asseverar que, tratando-se de crime de ação pública incondicionada, caracterizado está o justo motivo. Tal situação tem sido aceita como hipótese de justo motivo para liberação de informações dos pacientes internados ou que foram objeto de atendimento médico-assistencial nas instituições de saúde.

Ocorre que a concessão das informações não deve ser exposta diretamente aos delegados ou seus representantes. Há necessidade de ser indicado um perito médico, profissional que resguardará as informações da intimidade da vida do paciente por dever legal e ético, tendo, de toda forma, livre trânsito unicamente ao atendimento que diga respeito ao fato que busca ser apurado pela autoridade policial. Ratifique-se, de toda forma, que esse acesso somente deverá ser permitido quando houver referência de que se busca apurar um delito de ação pública incondicionada e nas situações em que o paciente atendido não seja autor do crime investigado.

Prudente mencionar que a autoridade policial, mesmo nos casos envolvendo crimes de ação pública incondicionada, que não gere o óbito do ofendido, poderá obter a autorização para o acesso ao prontuário diretamente da vítima do delito. Se for caso de óbito do paciente, o acesso ao prontuário fica liberado a seus herdeiros e cônjuge, ou seja, familiares legítimos, assim declarados pela legislação brasileira, no Código Civil, em seu art. 1829, que se evita de transcrever para evitar tautologia.

Não bastasse o exposto, tratando-se de morte violenta, aliás, o corpo deverá passar por análise de um médico legista, no Instituto Médico Legal – IML, local em que a Polícia Judiciária poderá obter as informações necessárias ao esclarecimento do delito. Tal exame ocorre ainda que a pessoa seja atendida por uma Instituição de saúde e faleça durante o socorro médico. Caso o responsável pela investigação policial necessite de informações outras que não aquelas fornecidas pelo médico legista no exame cadavérico, poderá proceder nos termos já abordados acima. Ratifica o que aqui está sendo exposto o teor da Resolução nº 1.779/05 do Conselho Federal de Medicina, que assim dispõe:

Art. 1º O preenchimento dos dados constantes na Declaração de Óbito é da responsabilidade do médico que atestou a morte.

Art. 2º *Os médicos, quando do preenchimento da Declaração de Óbito, obedecerão as seguintes normas:*

(...)

3) Mortes violentas ou não naturais:

A Declaração de Óbito deverá, obrigatoriamente, ser fornecida pelos serviços médico-legais.

Parágrafo único. Nas localidades onde existir apenas 1 (um) médico, este é o responsável pelo fornecimento da Declaração de Óbito. (grifo nosso).

Com o fito de corroborar o que acima foi arguido, é de bom grado mencionar a conclusão adotada na Circular nº 118/2016 – CFM/COJUR que, abordando a matéria em xeque, opinou pela possibilidade de contato direto com o prontuário apenas por peritos médicos legistas vinculados às Polícias Judiciárias, quando da apuração de delito envolvendo crime de ação penal pública incondicionada:

Considerando o Inquérito Civil nº 1.16.000.001343/2016-41 instaurado pelo MPF objetivando apurar irregularidades cometidas por hospitais públicas do Distrito Federal, consistente na negativa de encaminhamento de prontuários e guias de atendimento emergencial ao Instituto Médico Legal (IML) para a realização de exames de corpo de delito indireto.

Considerando que o Estado, por suas instituições, tem o dever de investigar crime de ação penal pública, coletando provas para configuração da materialidade do evento criminoso.

Considerando que a materialidade de crimes de ação penal pública, que atingem a pessoa física e que deixa vestígios, por exemplo, o crime de lesão corporal, dependem de exame pericial (art. 6º, inciso VII do Código de Processo Penal) consistente no exame de corpo de delito-lesão corporal, feito por peritos-médicos do Instituto Médico Legal, instituição vinculada à Polícia Civil do DF, a pedido dos órgãos que atuam na investigação criminal (Polícia Civil e Ministério Público).

Considerando que, diante da impossibilidade do exame direto na vítima/investigado, ou da necessidade de complementação desse exame, uma das vias para materialização do ilícito consiste no exame de corpo de delito, pela via indireta, ou seja, através das anotações contidas no prontuário de atendimento médico da unidade de saúde, pública ou particular, em que a pessoa foi atendida.

Considerando que cabe ao perito-médico legista ater-se às anotações do atendimento do paciente (vítima-investigado) na unidade de saúde, seja pública ou particular, relatando os achados encontrados e concluindo tecnicamente pela ocorrência, ou não, das lesões corporais.

Considerando que este perito-médico legista tem por obrigação funcional, e legal, guardar sigilo das informações que acolhe, utilizando-se apenas dos dados necessários para a realização da perícia requisitada, que será documentada e encaminhada à autoridade requisitante para instrução processual.

Considerando que o Código de Ética Médica (Res. CFM nº 1931/2009), não veda o acesso ao prontuário do paciente por outro médico, como é o caso do médico-legista.

O Conselho Federal de medicina recomenda e orienta no sentido de que os peritos médicos legistas vinculados à Polícia Civil do Distrito Federal ou de outros Estados da Federação, tem legitimidade para acessar ou requerer cópias dos prontuários médicos de pacientes da rede pública, bem como de estabelecimentos particulares, para fins de realização de perícia, requisitada pelos órgãos que atuam na investigação criminal (Polícia Civil e Ministério Público) de crime de ação penal pública, extraindo da guia de atendimento e/ou prontuário apenas os dados necessários para o fim pericial, mantendo as cópias de guias e prontuários sob sua responsabilidade e confidencialidade.

Não obstante referir-se apenas às solicitações advindas de delegados de polícia, vislumbra-se que a conclusão pode igualmente sofrer alargamento para as requisições provenientes do Órgão Parquesiano.

Por último, entende-se como dever legal os casos especificados em lei, que seriam basicamente quando se exige a comunicação obrigatória de doenças. A quebra de sigilo profissional em tais casos atende a um anseio coletivo, eis que visa proteger a população como um todo.


DA CONCLUSÃO

Como fecho dos temas tratados neste texto, pode-se extrair alguns pontos principais.

O primeiro diz respeito ao conceito de prontuário, passando a enquadrar como tal o documento que contempla informações geradas de circunstâncias, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e os serviços a ele fornecidos.

O segundo guarda conexão com a titularidade dos dados constantes no prontuário. A propriedade dele é do paciente, cabendo à instituição de saúde o dever de guarda do documento. Ademais, também pertence ao profissional de saúde ao fazer parte do ato médico, tendo este direito a coletar dados, ter acesso a exames e condutas que as registrou no prontuário, além de servir de base para afastar eventual responsabilização profissional em uma demanda judicial.

O terceiro refere-se aos legitimados a acessar as informações registradas no prontuário. Neste ponto, de imediato, deve-se asseverar que o documento deve ser acessível ao próprio paciente (ou a quem ele autorizar), seus representantes legais, no caso de falecimento a seus herdeiros, cônjuge ou companheiro, bem como aos profissionais de saúde, resguardado o sigilo profissional. Quanto aos magistrados, sugere-se o encaminhamento, quando a solicitação decorrer de determinações judiciais, diretamente, sem intermediação de peritos, ao menos até que a Ação Civil Pública que trata do tema tenha seu término. No que concerne aos delegados de polícia e aos membros do Ministério Público, orienta-se o fornecimento de cópias dos prontuários apenas nos casos em que constatado o justo motivo e, ainda assim, através de peritos médicos, nos termos da Circular nº 118/2016 – CFM/COJUR.

Por derradeiro, conclui-se que a restrição de acesso dos dados dos prontuários médicos não tem outro fim senão o de proteger o sigilo do paciente, haja vista que, como se ressaltou alhures, é a partir do atendimento deste que as informações são lá postas. Pensar de modo contrário seria relativizar de forma exponencial o direito constitucional à privacidade, causando, possivelmente, sérios danos à vida privada, à intimidade e à honra do paciente. 

NOTAS

- 1 “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”.

- 2 GALVÃO, M. C. B.; RICARTE, I. L. M. *Prontuário do paciente*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. p. 6.
- 3 Art. 5.º 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:
[...]
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação
- 4 Art. 21, CC – A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma
- 5 É vedado ao médico: Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.
Parágrafo único. Permanece essa proibição:
a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido;
b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento;
c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. (grifo nosso).
- 6 Art. 153 – Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:
Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.
§ 1º Somente se procede mediante representação.
§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:
Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.
Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.
- 7 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.
- 8 Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. (...) § 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.



ARQUIVO PESSOAL

ADRIANA MARTINELLI MARTINS é Advogada da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – HUCAM-UFES. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, pós-graduada – MBA Profissional em Comportamento Organizacional pela ESAB – Escola Superior Aberta do Brasil, pós-graduada Lato Sensu em Gestão Estratégica, Inovação e Conhecimento pela ESAB – Escola Superior Aberta do Brasil.



ARQUIVO PESSOAL

CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI é Advogado da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – HUSM-UFMS. Graduado pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Anhanguera.



ARQUIVO PESSOAL

JULIANA MELISSA LUCAS VILELA E MELO é Advogada da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – HC-UFMG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC. Pós-graduada em Direito Público Constitucional e Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes. MBA em Licitações e Contratos pela Infoco Educação.



Conflito entre normas de enfrentamento ao COVID-19: o CDC e as MPs 925 e 948/2020

■ POR ADRIELLE FERREIRA

“Os direitos previstos na Carta Magna são resultados de uma demanda social e democrática, expressos através de movimentos sociais em busca de uma sociedade justa, livre e solidária e de proteção aos direitos fundamentais nela elencados, que não permite, mesmo nos casos de decretação de Estado de Calamidade Pública, que qualquer legislação infraconstitucional mitigue direitos fundamentais.”

O Estado Democrático de Direito está submetido ao conjunto de leis que o compõe a fim de estabelecer a organização de seu povo e território, observando e garantindo proteção jurídica aos cidadãos, além de promover a segurança individual e coletiva de todos os indivíduos.

Para prover a Paz Social almejada e garantir os valores preconizados pela norma constitucional, o Estado estabeleceu meios jurídicos de legalidade extraordinária específicos as situações de crise. E uma delas é o patamar de pandemia mundial provocada pelo novo COVID-19, o Coronavírus, que levou o Poder Público a reconhecer por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020 a ocorrência do Estado de Calamidade Pública.

A decretação de Estado de Calamidade Pública objetiva a prevenção, constituindo-se de medidas que permitam ao Estado contornar a crise momentânea provocada pelo desastre, uma vez que reconhecida a situação emergencial, a legislação permite a tomada de uma série de medidas para restaurar a normalidade.

Nesse ínterim, com o intuito de enfrentar o Estado de Calamidade Pública já reconhecido, bem como a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus, foi publicada nos dias 18.03.2020 e 08.04.2020 as Medidas Provisórias de nº 925 e 948, respectivamente, que regulam relações envolvendo a aviação civil e o cancelamento de serviços.

As principais medidas são: dispensa imediata de reembolso de passagem aérea, com prazo de 12 meses para devolução; crédito para emissão de novos bilhetes com isenção de penalidades; e reembolso dos valores pagos sem aplicação de multa somente nos casos de impossibilidade de solução através das outras alternativas elencadas na MP.

O consumidor foi identificado constitucionalmente como agente a ser necessariamente protegido de forma especial, trata-se da realização de um direito fundamental de proteção do Estado fixado no art. 5º, inc. XXXII (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”). Além da previsão de defesa, onde se deve garantir a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos pela implementação de uma política nacional de consumo, nos termos do art. 170, inc. V.

Os direitos do homem foram conformados no século XVII, expandindo-se no século seguinte ao se tornar elemento básico da reformulação das instituições políticas, sendo atualmente denominados direitos humanos ou direitos fundamentais.

O reconhecimento destes direitos básicos acaba por formar padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo, observando as necessidades e responsabilidades dos seres humanos, estando vinculados ao bem comum.

Cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos, entretanto, os direitos fundamentais estão vinculados aos valores de liberdade e da dignidade humana, nos levando assim ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana, sendo considerados direitos inalienáveis do indivíduo e vinculado pela Constituição como normas fundamentais.

Nesse cenário surge a necessidade da consolidação de obrigações *erga omnes* de proteção diante de uma concepção integral e abrangente dos direitos humanos que envolvam todos os seus direitos: civis, políticos, econômicos e culturais.

As transformações sociais – que, em regra, sempre se sucedem antes da evolução jurídica –, motivaram a inserção do princípio da defesa do consumidor

na Carta Magna, e estimularam a própria criação da Lei consumerista como uma norma taxativa, imperativa de direitos e deveres a serem respeitados pelos participantes das relações de consumo.

Contudo, o que se viu com a publicação das MPs supra foi a mitigação de inúmeros direitos garantidos constitucionalmente, sob a alegação de que as medidas por ela autorizadas se justificam em virtude da decretação do Estado de Calamidade Pública.

A real necessidade, no entanto, é buscar o verdadeiro equilíbrio entre os interesses econômicos das empresas, a fim de cumprir a sua própria função social, aqui traduzida na preservação e manutenção da atividade empresarial, e os direitos e garantias do consumidor, driblando o cenário pandêmico, especialmente nos casos de cobrança de taxas e multas quando os usuários dos serviços optarem pelo cancelamento de bilhetes aéreos.

Ainda, há que se observar os debates jurídicos motivados em torno da (im) possibilidade de Medidas Provisórias alcançarem contratos celebrados anteriormente a elas. Isso porque, segundo o Princípio da Irretroatividade das Leis e considerando a necessidade de segurança jurídica e estabilidade do Direito a lei nova não atinge os fatos anteriores ao início de sua vigência, nem as consequências dos mesmos, ainda que se produzam sob o império do direito atual, assim assinalado pelo ilustre Ministro Barroso¹.

O Constituinte, intencionalmente, adotou como regra geral o Princípio da Irretroatividade da Lei, sendo aplicada a todos os ramos do direito, a todas as esferas do poder público, bem como a todas as espécies legais (decretos, leis, resoluções, medidas provisórias, etc.), de modo que a retroatividade é condição de exceção (art. 5º, inc. XXXVI).

Ainda, poderia ser levantada a alegação de que as relações de consumo são normas de ordem pública e, por isso, o direito privado deve se curvar as mudanças legais em prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais, sendo possível, na situação aqui discutida, a aplicação das MPs 925 e 948/2020 para os contratos originados antes da sua vigência.

Ocorre que, a Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XXXVI esclarece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” sem, contudo, fazer distinção entre legislações cuja natureza seja de ordem pública ou não, deixando claro que esse não foi o interesse do constituinte.

Se assim quisesse, o legislador teria expressamente recepcionado quanto à possibilidade de retroatividade das leis de ordem pública como fez em outros casos, a exemplo da irretroatividade da legislação penal, cuja exceção é retroagir em benefício do réu (art. 5º, inc. XL).

Convém ainda registrar que o art. 6º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro possibilita, implicitamente, a retroatividade da lei desde que observada a intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Isso porque, a priori nenhuma norma é interpretada a se aplicar a fatos anteriores a ela, contudo se assim acontecer deve-se observar os limites impostos no texto da LINDB.

Ora, existindo uma situação em que uma norma legal seja contrária aos preceitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, os pontos conflitantes

deverão ser afastados quando da aplicação em um caso concreto, tendo em vista que a função do CDC é única e exclusivamente de regular as relações de consumo e tutelar o grupo específico dos consumidores, tendo seu âmbito de aplicação expressamente delimitado em seu texto normativo o que implica nas relações de origem consumerista serem reguladas pelo código, ainda que exista norma especial nascida após o seu advento.

É impossível, portanto, no sistema jurídico brasileiro permitir a criação e a aplicação de textos normativos que afastem, impeçam ou mitiguem qualquer direito garantido constitucionalmente. E, em sendo o direito do consumidor elevado a direito fundamental e a legislação consumerista existir por força expressa de disposição constitucional (art. 170, inc. V), suprimir a sua aplicabilidade em questões que envolvam relação de consumo em detrimento do texto das MPs é suprimir o próprio texto constitucional.

Desse modo, as Medidas Provisórias de nº 925 e 948/2020 não podem atingir contratos celebrados anteriormente a ela, tendo em vista a existência de ato jurídico perfeito, incidindo o Princípio da Irretroatividade. O STJ já decidiu de forma similar para o caso da famosa “Lei do Distrato”².

Portanto, para contratos aéreos anteriores as MPs, ainda que o cancelamento tenha ocorrido após a vigência das normas provisórias, o reembolso dos valores pagos a título de passagens aéreas devem ser feitos imediatamente, devendo se ater as normas do CDC em consonância a Resolução nº 400/2016 da ANAC, cujo art. 29 prevê prazo de reembolso de sete dias contados da solicitação de cancelamento feita pelo consumidor, observados os meios de pagamento utilizados na compra da passagem aérea.

Ressalte-se que diante do cenário pandêmico, muitos contratos restaram impossíveis de cumprimento levando o consumidor a optar pelo seu cancelamento, justamente em decorrência da incerteza sobre a própria utilidade da prestação haja vista que o compromisso ou evento que o fez adquirir as passagens pode não ter data definida ou ter sido cancelado em virtude das restrições de viagens, fechamentos de aeroportos, etc.

Nessa hipótese, o doutrinador Bruno Miragem esclarece haver possibilidade de revisão contratual, permitindo exonerar as partes quanto a cobrança de taxas e multas, de acordo com a teoria da quebra da base do negócio jurídico, de Karl Larenz, devendo-se aplicar a teoria da imprevisão ou permitir a sua resolução por onerosidade excessiva, sobretudo e especialmente nas relações de consumo onde há a figura do hipossuficiente consumidor³.

Em que pese a pandemia configurar situação catastrófica que atingiu fornecedores e consumidores, sem responsabilidade de quaisquer deles, mesmo optando pelo reembolso o consumidor não pode ser submetido ao desconto das multas e outras penalidades contratuais, sob pena de sofrer prejuízos econômicos por circunstâncias que não deu causa.

No cenário atual é dever do Estado fornecer aos cidadãos instrumentos para o exercício pleno dos seus direitos, perseguindo medidas que evidenciem a hipossuficiência do consumidor e salvaguarde os seus direitos, bem como promova normas legais de preservação e manutenção da economia, a fim de que o país volte a ser capaz de gerar renda e o crescimento seja retomado, mesmo após

toda a quebra da cadeia produtiva ocasionada pelo COVID-19 sem que, para isso, imponha ao consumidor a supressão das suas garantias constitucionais.

No entanto, ao publicar Medidas Provisórias cuja intenção é a de transferir ao consumidor o prejuízo econômico decorrente da paralisação das atividades no país causados pela pandemia de ordem global, o Poder Público não observou os preceitos constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito, tomando, inclusive, uma série de medidas que divergem daquelas adotadas por outros países que também vêm sofrendo os efeitos provocados pelo Coronavírus.

Decerto, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto como muito se imagina, sendo possível a sua suspensão e/ou restrição em momentos críticos atravessados pelo Estado, com o intuito de preservar e se alcançar o Bem Comum. Contudo, existem direitos fundamentais invioláveis mesmo em períodos de extrema crise, onde em hipótese nenhuma poderão sofrer qualquer suspensão e/ou restrição e, em havendo, ensejaria violações que vão de encontro ao mínimo indispensável ao homem, sendo um deles os direitos humanos (mínimo existencial de consumo)⁴.

Os direitos previstos na Carta Magna são resultados de uma demanda social e democrática, expressos através de movimentos sociais em busca de uma sociedade justa, livre e solidária e de proteção aos direitos fundamentais nela elencados, que não permite, mesmo nos casos de decretação de Estado de Calamidade Pública, que qualquer legislação infraconstitucional mitigue direitos fundamentais.

Por tudo o exposto, não é possível em nome da crise econômica atravessada pelo COVID-19, que se flexibilize direitos fundamentais a serviço do capital como propôs as MPs nº 925 e 948/2020, cujos dispositivos violaram uma série de diretrizes constitucionais ao buscar subtrair aquilo que é inegociável, o mínimo existencial, este entendido como “o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna”⁵. ❏

NOTAS

- 1 BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil*. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-02.htm. Acesso em: 27/07/2020.
- 2 STJ, Questão de Ordem no REsp 1.498.484/DF, 2ª Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 25/06/2019.
- 3 MIRAGEM, Bruno. Nota Relativa à Pandemia de Coronavírus e suas repercussões sobre os Contratos e a Responsabilidade Civil. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 20, v. 1015, mai. 2020.
- 4 DAHINTEN, Augusto Franke. DAHINTEN, Bernardo Franke. Direito do Consumidor como Direito Fundamental e o Ensino Superior. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, 2016.
- 5 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 61. 2007.



ADRIELLE FERREIRA é Advogada. Especialista em Processo do Trabalho e Direito Administrativo.

Sistema de prevenção à insolvência no Direito Empresarial. E o Projeto de Lei nº 1.397/2020 para o enfrentamento do COVID – 19

■ POR ROSE GIACOMIN

O Projeto de Lei nº 1.397/2020 altera as regras da Lei nº 11.101/05¹ durante a pandemia. Aprovado na Câmara dos Deputados teve sua última ação legislativa em 25/05/2020, com a remessa ao Senado Federal por meio do Of. nº 368/2020/SGM-P. Sua nova ementa “institui medidas de caráter emergencial destinadas a prevenir a crise econômico-financeira de agentes econômicos; e altera, em caráter transitório, o regime jurídico da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência²”

Empreender em tempos de crise é independente do atual cenário. Já estava em trâmite no Congresso Nacional, por exemplo, Projetos de Lei com objeto de revisitar a regulamentação da Lei nº 11.101/05, têm sido tema de discussão constante mesmo antes da pandemia, tais como PL nº 10.220/18 e PL nº 6.229/05.

A angústia e as incertezas nos cercam, tendo em vista que nunca passamos por uma pandemia e não temos qualquer experiência. O reinventar é um ato contínuo. Levo em minha essência a assertiva de que tratarei neste artigo, de doença e não de sintomas.

Durante as ondas de choque e com o isolamento social, tivemos o colapso sanitário, colapso econômico, colapso fiscal e teremos um colapso judiciário se essas medidas legislativas que estão em andamento, não forem convertidas em lei com a urgência que esse agente econômico (empresa), necessita.

Compartilho o entendimento dos juristas renomados em Direito Empresarial quando o assunto é o agente econômico na pandemia. Com a insolvência, teremos o desaparecimento de várias atividades, o desaparecimento do emprego já é evidente em alguns segmentos e



“O Projeto de Lei nº 1.397/20 terá o caráter transitório até 31/12/2020, com suspensão legal de 60 dias para: ações judiciais, decretação falência, execuções, dentre outros. Prevê visitar o plano de recuperação com limitação, mas, com benefícios aos que dele precisam.”

acontecerá uma verdadeira avalanche judicial se não tivermos mais medidas para o enfretamento desta crise, nas empresas.

Com exceção das áreas que estão em alta temporada na pandemia, a angústia persiste para os demais setores. Precisamos da aprovação deste projeto de lei ou de outras medidas emergenciais para mudar o indicador preocupante de mais de 700.000 quebradas e milhares de desempregados.

TRANQUILIDADE, POR FAVOR!

As empresas estão operando sem computador de bordo. Atualmente, empreender em tempos de crise financeira, econômica e patrimonial causado pelo COVID-19 é o grande desafio.

Para reverter a insolvência será necessário a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, com a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim,

a preservação da empresa, da sua função social e do estímulo à atividade econômica. É o que queremos e o que realmente esperamos.

É consensual entre os juristas que a crise na empresa revela no agente econômico:

- I – Desaparecimento da atividade;
- II – Desaparecimento do emprego;
- III – Avalanche de ações judiciais e o
- IV – Desaparecimento de produtos e serviços.

NEGOCIAÇÃO PREVENTIVA PARA EMPRESAS

Será inevitável o crescimento do número de empresas que recorrerão à recuperação judicial para sobreviverem nesta pandemia. Afirmo sem medo de errar que agentes econômicos saudáveis não mediram esforços para perpetuarem o seu negócio jurídico e, mesmo realizando todos os esforços, muitos não estão conseguindo honrar com os compromissos firmados, não encontraram outra saída diante da insolvência ao empreenderem em tempos de crise em encerrar as atividades. Aos que vivenciam este triste cenário (os atores que estão envolvidos no processo de crise), estão refletindo diretamente na economia do nosso país, em toda a sociedade e no nosso planeta que se encontra doente. Com o pensamento coletivo afirmo, isso é um problema de todos nós.

O primeiro passo ao empreender em tempo de crise é a negociação com os credores. Com toda a exposição de motivos, considero que a negociação preventiva do Projeto de Lei nº 1.397/20 (que estabelece o pedido judicial de negociação preventiva para as empresas que tiverem queda de faturamento de mais de 30% (comparativo trimestral), mesmo sem cumprir 2 anos de atividade), foi muito assertivo.

Além de quebrar os requisitos previstos para aplicabilidade da Lei nº 11.101/05, essa dor que estou destacando afeta tanto o agente econômico pequenininho quanto os grandes, que tiveram abalo estrutural na pandemia sem precedentes.

O CNJ, com o entendimento de explicar e difundir boas práticas, publicou a primeira Portaria nº 162, 19/12/18³ regulamentando uma comissão especializada. Com o resultado aparente e debates necessários, encontra-se em vigor atualmente a Recomendação nº 63 aprovado pelo CNJ⁴, para o sistema jurídico de recuperação de empresas impulsionado pelo COVID-19; ato normativo incrível para orientar juízes no tratamento dos processos de recuperação judicial e falências. Trata-se de uma bela iniciativa para unificar entendimentos das decisões judiciais, principalmente nas comarcas que não possuem varas especializadas.

UM POR TODOS E TODOS POR UM


Nesta esteira, o tratamento de prevenção à insolvência do Projeto de Lei nº 1.397/20 [Dep. Hugo Leal e juristas renomados] contou com vários debates

em todo território nacional. Estou aplaudindo a iniciativa e considero importante a alteração das regras de recuperação judicial durante pandemia, como também sua aplicação para o agente econômico independentemente do porte. Em destaque, o Sistema Preventivo à modelação deste PL, com a inspiração ao direito comparado em uma velocidade incrível; dos juristas que acompanham de perto essa iniciativa que foi concebida do zero.

O Projeto de Lei nº 1.397/20 terá o caráter transitório até 31/12/2020, com suspensão legal de 60 dias para: ações judiciais, decretação falência, execuções, dentre outros. Prevê visitar o plano de recuperação com limitação, mas, com benefícios aos que dele precisam.

Acompanho de perto os debates do Projeto de Lei nº 1.397/20 (aprovado na Câmara) e tenho um olhar muito analítico, mas, extremamente positivo. Estou na torcida para esta nova lei entrar em cena com a urgência que a pauta comporta.

O ponto de atenção com uma análise crítica é a ausência do compartilhamento das garantias, entendendo que poderá levantar oportunidades para o devedor oportunista.

A última ação legislativa foi em 25 de maio deste ano e está em análise no Senado. Na nossa área jurídica sabemos que o nosso processo legislativo possui critérios próprios, não conta com tanta velocidade na tramitação e são complexos. A ansiedade? É deixar de ser apenas um projeto para se transformar em lei, momento em que na prática empresarial iremos parar um pouco de beber água poluída e ajudar com efetividade esse agente econômico. 

NOTAS

- 1 LEI Nº 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005, regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.
- 2 Projeto de Lei nº 1.397/2020 [Autor: Hugo Leal], situação em 16/08/2020: Aguardando Apreciação pelo Senado Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242664>
- 3 Portaria nº 162, 19/12/18, CNJ – instituiu o Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência, disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2787>. Atualizações através das portarias: Portaria nº 101, de 24 de junho de 2020, Portaria nº 49, de 10 de março de 2020, Portaria nº 6, de 15 de janeiro de 2020, Portaria nº 74, de 13 de maio de 2019, Portaria nº 40, de 27 de fevereiro de 2019
- 4 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3261>



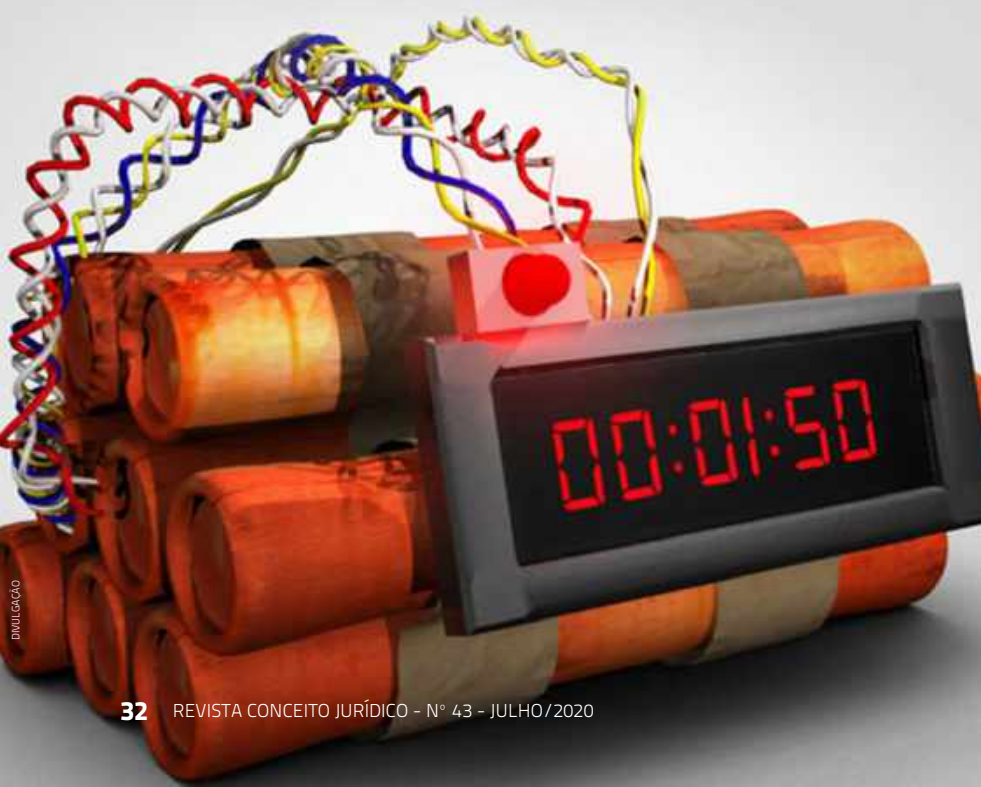
ROSE GIACOMINI é advogada e consultora empresarial. Escritora e professora. Autora de diversos artigos em direito empresarial e participação em obras de direito privado. Gestora nacional dos cursos de direito da Cogna Educação. Como função social da carreira colabora como: Editor-chefe da Revista da Academia Brasileira de Direito Civil; Membro do comitê avaliativo da Revista Síntese em Direito Empresarial da IOB, Membro do Conselho Empresarial de Educação da ACMINAS, Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG, dentre outros órgãos de classe.

Paulo Guedes planeja aumentar a carga tributária?

■ POR JOEL PINHEIRO DA FONSECA

“É melhor ser transparente e fazer a discussão agora com clareza do que escamotear um aumento escondido na reforma – o que não enganará ninguém – ou, pior ainda, empurrar a bomba fiscal com a barriga na esperança de que no futuro, como que por mágica, dar-se-á “um jeito”.”

Em algum momento a equipe econômica do governo terá de admitir que a reforma tributária, além de simplificar nossos impostos e, idealmente, torná-los mais justos, terá também de aumentar a carga tributária. Guedes nega enquanto pode qualquer aumento de imposto ou de gastos. Enquanto isso, o governo vai aceitando novas despesas. Renda Bra-




sil, investimentos do setor público, novo Fundeb, capitalização de empresas estatais. O Ministro Rogério Marinho propõe abertamente a agenda de gastos públicos e a aliança do governo com os partidos do centrão também empurra nessa direção: não se sela amizades com austeridade. A carga tributária atual já está espremida ao limite pelos gastos obrigatórios, que continuam crescendo. Se a trajetória da dívida pública já era insustentável antes de tudo isso (e antes dos gastos excepcionais da Covid), agora, então, vai se tornar incontornável. Exceto se o governo aumentar a arrecadação.

Talvez a voz mais eloquente na defesa flexibilização da agenda fiscal tenha sido o filho Flávio Bolsonaro. Em entrevista para O Globo na segunda semana de agosto, disse o que muitos membros formais do governo ainda relutam em admitir: “Acredito que o Paulo Guedes vai ter que dar um jeito de arrumar mais um dinheirinho para a gente dar continuidade a essas ações que têm impacto social e na infraestrutura”. Ora, e onde é que Guedes irá “arrumar” esse “dinheirinho”? O próprio Ministro sabe a resposta.

E ainda tem o teto de gastos. Segundo projeção da Instituição Fiscal Independente (IFI), do Senado, o teto de gastos já será rompido em 2021 caso não seja feita nenhuma alteração. Com a inflação baixa que tivemos na primeira metade do ano – comprimida ainda mais pela pandemia – o aumento de despesas permitido pelo teto para o ano que vem é de apenas 1,9%. Ainda nos iludimos de que ele será mantido?

O compromisso fiscal – o imperativo de colocar as contas públicas em ordem, de modo que gerem superávit – não precisa de grandes decisões para ser abandonado. Não há nada mais fácil do que ir aceitando esse e aquele gasto a mais (cada um deles pouco relevante em si mesmo). Por outro lado, é no mínimo antipático negar uma nova despesa; e propor corte numa já existente, é positivamente malvado. Como Bolsonaro vive pela popularidade de curto prazo e ainda tem os novos aliados do centrão para agradar, é muito improvável que banque o discurso da austeridade dos gastos.

A ideia da reforma tributária seria a de manter a carga tributária inalterada. Troca PIS e Cofins por CBS; troca encargos de folha por nova CPMF. Mas se ficar no zero a zero não há como bancar as novas despesas.

O Brasil tem carga tributária alta – cerca de 34% do PIB – para um país de renda média. Somos, inclusive, o país capitalista com a maior carga tributária da América Latina. Mesmo assim, falar em aumento de impostos não é pecado. Se os gastos forem aumentar mesmo – se Bolsonaro não quiser dizer “não” às demandas por mais “dinheirinho” que chegam de todos os lados –, é melhor ser transparente e fazer a discussão agora com clareza do que escamotear um aumento escondido na reforma – o que não enganará ninguém – ou, pior ainda, empurrar a bomba fiscal com a barriga na esperança de que no futuro, como que por mágica, dar-se-á “um jeito”. Não precisamos de uma cloroquina das contas públicas. 



Virulência

A igualdade nas diferenças

■ POR HENRIQUE NELSON CALANDRA E SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL

“Cada indivíduo pode carregar consigo argumentos justos e toleráveis para enfrentar um problema universal dentro dos limites de suas particularidades. Apenas para o vírus, as diferenças entre os seres humanos, nos quais se hospeda para promover a falência dos sistemas de vida, não têm qualquer relevância.”

Nos primeiros dias do ano de 2020, o mundo passou a acompanhar com certo grau de ceticismo as notícias sobre uma nova doença que se espalhava pelo território chinês. Apesar de todas as advertências difundidas pelos meios de comunicação sobre os riscos de uma pandemia, a situação assemelhava-se a tantas outras já vividas, a exemplo do que havia ocorrido no continente africano, cinco anos antes, envolvendo a Febre Hemorrágica Ebola.

A partir do surgimento dos primeiros pacientes com o vírus COVID-19 além dos limites de Wuhan, a humanidade se viu em meio a um roteiro paralisante, digno das obras cinematográficas que combinam os gêneros ficção científica e terror. Os brasileiros, por sua vez, retardaram um pouco mais. Como de costume, na terra do samba e futebol, todo aquele que nela habita sabe que as alas da realidade somente se abrem após as festividades do carnaval.

Por mais que os olhos pudessem se manter fechados, não era mais viável fazer de conta que nada grave estava acontecendo. Que um mortal parasita intracelular já havia cruzado o Atlântico, isso era fato consumado e inconteste. Pela primeira vez, as imagens da Fontana de Trevi, em Roma, e da Rua La Rambla, em Barcelona, ganhavam os mesmos contornos de melancolia e solidão típicos dos grandes armazéns situados às margens das zonas portuárias. Não havia mais dúvida de que esta geração estava prestes a enfrentar uma tragédia equiparada à terrível gripe do início do século XX, que, até pouco

tempo, quando os níveis de hipocrisia não eram tão elevados, ninguém se sentia constrangido em chamá-la de “espanhola”. E foi assim que, apesar de toda preocupação quanto aos efeitos econômicos que as medidas de prevenção iriam causar, o governo brasileiro acabou sucumbindo às pressões internas e externas no sentido de aderir às recomendações estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde. Em um país onde mais de sessenta e cinco mil pessoas foram assassinadas somente no ano de 2017, segundo os dados divulgados pelo Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Atlas da Violência), seria preciso muito mais esforço para se alcançar uma pretensa comoção nacional.

Alguns fatos ocorridos paralelamente à pandemia vêm despertando profunda curiosidade nos campos sociológico, político e jurídico. Percebe-se que o Novo Corona Vírus não se limitou a causar enfermidades identificadas pela perda de olfato, febre alta e infecção pulmonar. Fez aflorar também tantas outras doenças que permaneciam latentes naqueles que testam negativo. Muitas pessoas, embora mantivessem o corpo livre do vírus, não foram capazes de preservar a sanidade da mente diante do caos.

Embora exista um número significativo de pessoas empenhadas em produzir a vacina para cessar o contágio, além de outras medidas aptas a impedir a morte dos que foram afetados, antecipando o diagnóstico e abrandando o sofrimento gerado pelos sintomas, o que prepondera é uma gigantesca massa em busca de um bode expiatório para ser responsabilizado pela terrível tragédia humana. É o modismo do binômio culpabilidade e punibilidade.

Encontrar alguém para acusar passou a ser uma necessidade vital de uma geração bastante doente, imune ou não ao vírus. Na cruz digital das redes sociais que não têm hora para ser erguida, ou sob a fúria do chicote dos jornais de maior audiência, diariamente vê-se a face de um novo cordeiro arrebatado. Essas são as vias modernas para que multidões soltem o grito engasgado: culpado! Nos tempos de pandemia, a culpa por todos os males estão naqueles que saem de suas casas, que eventualmente descem a máscara à altura do pescoço, que lotam os transportes públicos, ou que se aguentam em pé nas filas infinitas.

Nota-se que na mesma proporção em que o vírus se alastra, a ignorância viraliza. Há quem ainda relute em compreender que nem todos possuem a estabilidade inerente aos cargos públicos, ou desfrutem do privilégio de ocupar uma posição de destaque em grandes empresas que lhes garantam a integralidade do salário, independentemente da dimensão da crise sanitária. Tais segmentos representam uma parcela muito pequena da sociedade. Por outro lado, autônomos e profissionais liberais, entre os quais uma grande parte sequer faz jus aos subsídios do governo federal, e que dependem da labuta diária para a mínima subsistência, sofrem verdadeiro linchamento em praça pública. Para estes indivíduos, os *slogans* que orientam o confinamento

soam como uma sentença condenatória à pena capital. De onde viria o pão de cada dia?

A máxima jurídica sobre tratar os desiguais de forma desigual para se fazer justiça parece que foi esquecida. E o que mais causa espanto é que sua inobservância tenha ocorrido em uma época de total dedicação dos meios de comunicação em inculcar a ideia de que uma sociedade civilizada deve conviver harmonicamente com as diversidades. Todavia, diante de inúmeras demonstrações de total ausência de sensibilidade quanto à capacidade humana de ser variado, talvez o tão almejado respeito pelas diferenças que nos cercam esteja circunscrito às questões de natureza sexual.

Dentre tantos que se lançam às ruas para cruzar o caminho do vírus, não há somente alienados irresponsáveis ou delinquentes indiferentes quanto a um suposto enquadramento jurídico-penal de suas condutas no âmbito dos crimes contra a saúde pública. Nesse grupo, em sua maioria, estão os arrimos de família, heróis de guerra contra um inimigo invisível, que arriscam a própria vida em troca do sustento de seus entes queridos. Incluem-se ainda os produtores, transportadores, vendedores, em incessante deslocamento para que todos tenham o que comprar por intermédio do telefone enquanto ficam em casa. Em menor grau encontram-se ainda os que sofrem de depressão, e, sob tal condição, necessitam de outros ares, mesmo que impuros, como forma de resistir ao desejo de autodestruição; os que padecem de outras enfermidades e cumprem determinação médica de realizar frequentes caminhadas pelas praias ou praças; os que por sérias e fundadas razões tenham encontrado dificuldades no convívio com aqueles que coabitam; os que precisam de oração, ou de qualquer outro auxílio para a cura dos males da alma.

O isolamento social é um remédio, mas quando ministrado aos contraindicados ou em doses indevidas pode causar a morte. E se o desejo de salvar vidas no período de surto da doença seja para submeter os sobreviventes ao flagelo em momento posterior, por intermédio de cortes do fornecimento de luz, água, telefone, cumuladas com ações judiciais de despejo, execução fiscal, além de demandas criminais envolvendo os delitos de sonegação, então a aparente compaixão se revelará, em breve, como sadismo.

Cada indivíduo pode carregar consigo argumentos justos e toleráveis para enfrentar um problema universal dentro dos limites de suas particularidades. Apenas para o vírus, as diferenças entre os seres humanos, nos quais se hospeda para promover a falência dos sistemas de vida, não têm qualquer relevância. **C**



ARQUIVO PESSOAL

HENRIQUE NELSON CALANDRA é especialista em Direito Empresarial, Presidente da AMB – Associação dos Magistrados do Brasil nos anos de 2011-2013; Ex-presidente da APAMAGIS – Associação Paulista de Magistrados, professor emérito da Escola Paulista da Magistratura.




ARQUIVO PESSOAL

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

Pedofilia e estupro infantil: precisamos falar sobre isso

■ POR MONIQUE RODRIGUES DO PRADO



“É mais fácil fortalecer as crianças do que converter abusadores, por isso ressalta a importância da educação estimulando o acesso já na infância sobre os seus direitos, bem como ensiná-las sobre a tolerância de proximidade de adultos em relação aos seus corpos.”

O DSM-5 (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, quinta edição), da Associação Psiquiátrica Americana, define a pedofilia como um transtorno psiquiátrico em que pessoas adultas têm impulsos sexuais intensos, recorrentes e, por vezes, incontroláveis, em direção a crianças ensejando desde o consumo de pornografia ao efetivo cometimento do crime de abuso infantil.

Do ponto de vista da psicologia, a pedofilia é um transtorno sexual patológico dos quais os sujeitos sentem desejo por crianças que ainda não são formadas fisicamente, mas frequentemente é possível ver que os pedófilos criminosos são casados e se relacionam sexualmente com adultos. À luz da psiquiatria, o tratamento ambulatorial revela que há algumas características em comum atribuídas a esses indivíduos, tais como narcisismo, ser antissocial, transtorno de personalidade

e transtorno de humor ou ansiedade. Variações na estrutura cerebral podem ser detectadas por ressonância magnética de acordo com os neurologistas.

No âmbito legal, o Código Penal Brasileiro estabelece que se houver o cometimento do crime com o efetivo estupro de vulnerável, o abusador será classificado de acordo com o art. 217-A devendo ser punido com pena de 08 a 15 anos em prisão e regime fechado. Há também a previsão de causas de aumento na hipótese do crime resultar em lesão corporal 10 a 20 anos, aumentando ainda para 12 a 30 quando o ato criminoso resultar na morte da criança.

O art. 128, inciso II do Código Penal dispõe que caso a vítima venha a engravidar do estuprador, é legalmente permitido o aborto, desde que consentimento pela gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Dados mundiais demonstram que a 01 em cada 05 crianças serão vítimas de abuso sexual. 01 em cada 03 crianças são meninas, enquanto que entre os meninos a violência ocorre em 01 em cada 07. Onde 90% dos abusadores são pessoas que as crianças conhecem ou tem confiança e o mais grave é que apenas 15% a 30% dos casos de abusos são efetivamente reportados conforme aponta a Organização *World Childhood Foundation*.

Como houve a intensificação da convivência familiar destaca-se que os casos de violência infantil teve um aumento de 32% durante o período de pandemia segundo a ONG *World Vision* demonstrando que a casa não é um ambiente seguro para todos.

Nacionalmente, os números também saltam os olhos, visto que segundo o Ministério dos Direitos Humanos de acordo com os dados coletados pelo DISQUE 100, dos 86,8 mil casos registrados em 2019, 87% dos suspeitos são do gênero masculino entre 25 e 40 anos, sendo na maior parte do caso cometido por pessoas de confiança da vítima, especialmente no ambiente familiar, ou seja, pais, avós, padrastos, tios, etc.

Estima-se que os 86,8 mil casos registrados são apenas a ponta do *iceberg*, visto que o número de casos é muito maior, pois os agressores aproveitam da condição de subordinação da vítima para ameaça-las a não acionar ou pedir por socorro.

Como a pedofilia e o abuso sexual infantil extrapolam o âmbito clínico e jurídico, já que a maioria de nós sente um embrulho no estômago ao lidar com essa temática só de imaginar que cada uma dessas 86,8 mil vidas (e as tantas outras que sequer foram reportadas) são de crianças que estão em constante risco incorrendo em implicações para toda uma vida por que é que o tema ainda é institucionalmente negligenciado? Será que é porque a maioria dos casos ocorre no ambiente familiar?

Para erradicar o estupro infantil precisamos começar a romper com o silêncio estrutural sobre a pedofilia e abordar aspectos fundamentais que estão por detrás dessa atrocidade. Refletir sobre a hipersexualização infantil, a naturalização do assédio sexual e a cultura do estupro autorizada pelo milenar modelo patriarcal são fatores que ilustram os pilares que atravessam a negligência do tema.


Não podemos esquecer que “novinha” é um termo socialmente aceito para fazer referência a hipersexualização de crianças e adolescentes inclusive com

buscas recorrentes em sites pornográficos. A ausência de pelos pubianos nos corpos femininos nessa mesma indústria pornô, também evidencia que há uma tendência à infantilização, o que revela um favorecimento a eternização da estética infantilizada dos corpos.

A inversão de valores morais que faz com que haja manifestações fundamentalistas que responsabilizem a vítima e não o estupro estrutura-se no pacto estabelecido entre a masculinidade que para manter o seu *status quo* amortaliza, castra, silencia e estupra qualquer indivíduo que ameace a quebra desse poder, pois enxerga o outro como coisa e objeto de serventia, inclusive não à toa que as crianças meninas são os maiores alvos, ou seja, a mensagem é para que desde cedo saibam que serão tratadas como coisa.

Por essa razão, emerge no cenário contemporâneo brasileiro a hipocrisia de projetos institucionais de partidos de extrema direita que ironicamente chama-se “Escola Sem Partido”, o qual prega inviabilizar a discussão pedagógica e responsável sobre educação sexual nas escolas, por fundamentos vazios e machistas que não querem outra coisa senão a manutenção do patriarcado que autoriza a cultura do estupro.

O tema é complexo, pois forçadamente implica em invadir instituições da sociedade como no caso das famílias. Outras crianças alvo dos criminosos são aquelas crianças que estão ainda mais vulneráveis, ou seja, as que estão em condições de rua; que já foram expostas a violência sexual; ou as que moram em abrigos ou situação semelhante.

A *World Childhood Foundation*, Organização mundial que atua na prevenção do abuso sexual infantil, acredita que é mais fácil fortalecer as crianças do que converter abusadores, por isso ressalta a importância da educação estimulando o acesso já na infância sobre os seus direitos, bem como ensiná-las sobre a tolerância de proximidade de adultos em relação aos seus corpos. Além disso, a organização alerta que é basilar tratar com seriedade a denúncia das vítimas, apurando e atuando no suporte e tratamento multiprofissional de equipe que envolva assistentes sociais, psicólogos e médicos para que a criança não seja torturada a repetir em depoimentos longos e burocráticos sobre o trauma sexual que foram fora submetidas. 

REFERÊNCIAS

Disponível em: <http://cienciasecognicao.org/neuroemdebate/?p=2741>. Acesso em: 17 de ago. 2020.

Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/2015/11/12254,37/>. Acesso em: 17 de ago. 2020.


Disponível em: <https://childhood.org/about-childhood/>. Acesso em: 17 de ago. 2020.

Disponível em: <https://www.abc.med.br/p/psicologia-e-psiquiatria/807419/principais+diferencas+entre+pedofilia+doenca+e+pedofilia+criminosa.htm>. Acesso em: 17 de ago. 2020.

Disponível em: https://www.wvi.org/sites/default/files/2020-05/Aftershocks%20FINAL%20VERSION_0.pdf. Acesso em: 17 de ago. 2020.



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.



Estupro de vulnerável e o aborto legal

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“É de se observar que o abortamento nas hipóteses legais se configura um direito já consagrado e seu exercício não pode trazer constrangimento para a gestante, assim como restringir seu campo de autonomia. Tem-se a impressão de que as novas exigências pretendem dificultar ao máximo a tomada de decisão da gestante para que, em razão das dificuldades apresentadas, possa desistir de seu intento inicial.”

Alguns fatos são recorrentes na imprensa e redes sociais e de quando em quando voltam a frequentar lugar de destaque em que são comentados às escâncaras, até o aparente esgotamento dos argumentos. O estupro de que foi vítima a menina de 10 anos – nem de adolescente pode ser chamada – voltou à cena e mais uma vez revestido com novos ingredientes, tanto daqueles que são partidários do abortamento como dos contrários, tudo para fermentar ainda mais o tema.

Segundo o noticiado, a menor foi vítima de estupro praticado reiteradamente e por longos anos pelo tio e, em consequência, veio a engravidar. Não há qualquer dúvida que se trata de uma conduta desprezível e que causa repulsa a qualquer pessoa. Daí o inconformismo popular. A justiça determinou a realização do aborto legal, levando-se em consideração que presentes os requisitos exigidos pelo Código Penal, e ao mesmo tempo expediu ordem de prisão em desfavor do estuprador, que já foi encarcerado.

Na lei penal o legislador cunhou o denominado “estupro de vulnerável”. Consiste na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos ou contra pessoa 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.

Vulnerável, termo de origem latina, *vulnerabilis*, em sua origem vem a significar a lesão, corte ou ferida exposta, sem cicatrização. Na concepção jurídica, no entanto, a lente do legislador voltou seu foco para a perspectiva do fraco, aquele que, visto dos mais diferenciados matizes, não reúne condições iguais à do cidadão comum, tendo como fonte de referência a figura do *homo medius*. O fator idade, por si só, como no caso relatado, já é um determinante para demonstrar que a pessoa necessita de uma proteção diferenciada. Sem essa garantia, cai por terra a igualdade apregoada constitucionalmente

O alicerce que estriba a acusação repousa exclusivamente na palavra da criança. Por esta razão, a valoração do depoimento da menor vítima será apreciada pelo juiz de acordo com a verossimilhança com os fatos narrados, sua coerência e a harmonia com o conjunto probatório levado aos autos.

Já é jurisprudência assentada que a palavra da vítima, mesmo contando com tenra idade, merece credibilidade e assume papel de grande importância na apuração dos fatos, compondo, quando possível, o material probatório que lastreará a condenação

Para tanto, deve-se levar em conta que uma das peculiaridades do crime de estupro é que, na maioria das vezes, o fato ocorre na clandestinidade, isto é, envolve apenas os sujeitos ativo e passivo do delito e em lugares isolados – “*solus cum sola in solitudine*” –¹, o que dificulta a obtenção de provas, tanto material quanto testemunhal. Daí que a palavra da vítima ganha relevância essencial por ser muitas vezes a única forma de se provar o ocorrido.

O crime de estupro, além de ser hediondo, vem catalogado como crime que deixa vestígio e, para tanto, deve ser elaborado o laudo técnico de corpo de delito, com a finalidade de buscar a prova da materialidade delitiva, no caso, representada pela gravidez. Nas situações de vulnerabilidade, tais como enfermidade, deficiência mental, idade ou qualquer outra causa que demonstre fragilidade, o exame pericial servirá também como prova demonstrativa de circunstâncias que diminuem a capacidade de volição da vítima.

As modalidades de procedimento de interrupção de gravidez nos casos de aborto proveniente de estupro e para salvar a vida da gestante sempre estiveram presentes no Código Penal. A outra causa de licitude, embora não esteja contemplada ainda no estatuto repressivo, foi autorizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, permitindo o procedimento quando se tratar de feto anencefálico. Referida exclusão de crime já foi inserida no Anteprojeto do Código Penal, no artigo 128, III.


Ocorre que as últimas ferramentas legais ditam novas regras. A Lei nº 13.718/2018 estabelece que, nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulnerável, a ação penal será pública incondicionada, isto é, independentemente da vontade da vítima em querer ou não ajuizar a ação penal, esta será intentada pelo Ministério Público, se presentes as condições.

A Lei nº 13.931/2019 determina a notificação compulsória no prazo de 24 horas à autoridade policial de casos em que houver indícios ou confirmação de violência contra mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados, para as providências cabíveis e fins estatísticos.

A recente Portaria nº 2282 do Ministério da Saúde, de agosto de 2020, estabelece a obrigatoriedade da comunicação à autoridade policial por parte do médico e demais profissionais de saúde, assim como dos responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolheram a paciente nos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro. E mais. Referidos profissionais devem preservar todo material coletado quando do atendimento da vítima, inclusive fragmentos do embrião ou feto para a posterior realização de confrontos genéticos visando à elucidação do esturador. Assim como, no Relato Circunstanciado, primeira peça do procedimento, deverá constar o local, dia e hora aproximada do fato; tipo e forma de violência; descrição dos agentes da conduta, se possível, identificação de testemunhas, se houver. Tais normas revogam, desta forma, a Portaria MS/GM 1508/2005.

O Código Penal, por sua vez, quando permite o aborto em caso de estupro, não estabelece nenhuma exigência com relação ao procedimento, a não ser o consentimento da gestante ou de seu representante legal. É regra hermenêutica que, quando a lei silencia a respeito de determinada condição, não cabe ao intérprete construir hipóteses outras que venham a contrariar o conteúdo normativo disciplinado. Onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazer distinções.

É de se observar que o abortamento nas hipóteses legais se configura um direito já consagrado e seu exercício não pode trazer constrangimento para a gestante, assim como restringir seu campo de autonomia. Tem-se a impressão de que as novas exigências pretendem dificultar ao máximo a tomada de decisão da gestante para que, em razão das dificuldades apresentadas, possa desistir de seu intento inicial. Além de transformar o profissional de saúde em agente persecutório penal.

A intenção contida na Portaria de oferecer à mulher a opção de gerar o filho, não vai de forma alguma espelhar o desejo íntimo que ronda sua tormentosa decisão. Trata-se de caso de gravidez proveniente de estupro – relação sexual mediante violência ou grave ameaça – e a *spes vitae* que carrega consigo não representa seu compartilhamento de vontade e sim um trauma que irá carregar pelo resto da vida. Outro – de igual proporção psicológica – será levar a gravidez a termo e entregar o filho para adoção. 

NOTA

- 1 O só com a só, na solidão. No direito romano era presunção de violação dos deveres conjugais. A expressão hoje guarda o significado de que o crime contra a dignidade sexual não é praticado na presença de testemunhas e sim às escondidas.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de Justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, advogado.



Nada faz sentido: a inversão de valores quando o tema é estupro

■ POR MAYRA VIEIRA DIAS

“Julgamentos e revolta atingiram profundamente toda a sociedade, que se dividiu em apoiar ou não a interrupção da gravidez de uma criança que carregava em seu ventre uma vida já em formação.”

Qual a importância dada a uma criança no Brasil? Tudo deixou de fazer sentido quando veio à tona a notícia sobre uma menina que aguardava uma decisão judicial para interromper uma gravidez. Ela não escolheu! Essa menina de apenas 10 anos era estuprada pelo tio desde os 6 anos de idade, e por azar ela engravidou. Azar da menina ou do tio estuprador? Afinal, o abuso somente foi descoberto por causa da gravidez.

Azar ou não, trata-se de gravidez indesejada, originada de um estupro praticado por um membro da família contra uma criança que tinha apenas 6 anos quando tudo começou.

Estupro é crime previsto no artigo 213 do Código Penal. É considerado crime grave, hediondo e de grande repercussão social, acometendo a vítima de severas sequelas físicas e emocionais. O estupro consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Quando o estupro é cometido contra pessoa menor de 14 anos ou portadores de enfermidades ou deficiências mentais, ou ainda que, por qualquer outro motivo, tenha sua capacidade de resistência diminuída, trata-se de estupro de vulnerável, crime previsto no artigo 217-A do Código Penal.

A diferença entre o estupro e o estupro de vulnerável é que neste é irrelevante o consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente, pois a presunção de vulnerabilidade é absoluta, assim previsto na Súmula 593 emitida pelo STJ em 2017. Da mesma forma que o estupro previsto no artigo 213, o estupro de vulnerável é considerado crime grave, hediondo e de grande repercussão social, acometendo a vítima de graves sequelas físicas e emocionais.

O estupro descriminaliza o aborto, chamado de aborto legal. É assim denominado por estar autorizado em lei, sendo permitido nos casos de gravidez decorrente de estupro e gravidez que represente risco de vida à mulher, conforme previsto respectivamente nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal.

Nesse sentido, é importante lembrar que o assunto aborto no Brasil é tabu e como tudo que é tabu, sustenta discussões com temas polêmicos, geralmente discriminados pela sociedade, desde costumes, religiões, opções sexuais e estilo de vida, dentre outros.

Com esse caso da menina estuprada desde os seis anos pelo tio e grávida aos dez, não foi diferente. Novamente, a sociedade se polarizou na discussão do certo e errado, do bem e do mal.

Julgamentos e revolta atingiram profundamente toda a sociedade, que se dividiu em apoiar ou não a interrupção da gravidez de uma criança que carregava em seu ventre uma vida já em formação.

De um lado, as feministas que lutam bravamente pelo respeito e desobjetificação do corpo da mulher. De outro, os fundamentalistas que, ao que parece, não se importam nem mesmo com a vida, com a integridade física e psicológica do ser humano, quando apoiam todos os erros da humanidade na vontade de Deus.

A discussão ficou reservada ao direito à vida do feto contra o direito à dignidade e também à vida da criança de 10 anos.

A contenda tirou o foco do culpado por tudo, o tio, que desapareceu do contexto da história. Esta passou a contar com outros supostos criminosos, assim julgados pelos fundamentalistas que se aglomeraram na porta do hospital: o médico que realizaria o aborto, os familiares pela negligência com a menor e até a própria vítima, a menina de 10 anos, que foi chamada de assassina.

E o tio, ele apareceu? Não, o único culpado, aquele que matou a inocência, os sonhos e a infância dessa criança, ficou foragido enquanto pode. Não se fala nele, afinal, o cerne da discussão do ato criminoso passou a ser o aborto e não mais o estupro. Nada faz sentido! ❌



MAYRA VIEIRA DIAS é Advogada, sócia do escritório Calazans e Vieira Dias, líder do Projeto Justiceiras e membro voluntário do Grupo Mulheres do Brasil.



Aborto no Brasil: por que não descriminalizar?

■ POR SANDRA FRANCO

“Apesar de o tema já ser discutido de forma exaustiva no Congresso Nacional, pouco se avançou. Assim, o aborto no Brasil vai parar nos tribunais. Todavia, o Judiciário não pode carregar esse fardo constante de legislar, sobretudo em temas mais ásperos. Os três Poderes precisam enfrentar e discutir o tema aborto em conjunto com os profissionais da saúde e a sociedade organizada.”

O aborto, sempre um assunto polêmico no Brasil, teve um novo capítulo triste. A discussão sobre a legalidade do aborto ressurgiu com o caso dramático do estupro e gravidez indesejada de uma menina de 10 anos no Espírito Santo, que era violentada pelo tio. Depois de muita discussão, principalmente na mídia, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo decidiu conceder a ela o direito previsto na lei brasileira de interromper a gravidez fruto de um estupro.

Vale frisar que, só pelo estupro e pela gestação de uma menor de 14 anos, o aborto é legal. Em dois incisos no artigo 128, a legislação não pune o médico que realiza o aborto: seja para salvar a vida da mulher no caso de uma gestação decorrente de estupro, desde que por solicitação e consentimento da mulher. Se a mulher for menor de idade, deficiente mental ou incapaz, por autorização de seu representante legal. No caso da garota de 10 anos, portanto, tínhamos as duas circunstâncias autorizadoras presentes.

O Superior Tribunal Federal, em 2012, decidiu ampliar a permissão para o aborto também nos casos de anencefalia, através de uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), a nº 147.

O médico é o profissional que pode dar acolhimento e orientação sobre a possibilidade do aborto neste tipo de tragédia. É vital um acompanhamento médico e psicológico para esta criança de 10 anos. No caso da menina, a família entendeu o risco de morte para a criança e a gestação de uma outra criança e decidiu pelo aborto. Contudo, caso a família não concordasse com o procedimento, seria possível uma ação judicial inclusive proposta pelo hospital, pelo médico responsável pelo caso ou ainda pelo Ministério Público, com a provocação do Conselho Tutelar, com a argumentação do risco de morte da criança/gestante, apresentando-se laudos de dois médicos explicando os perigos para a saúde da menina nesta gestação de risco e indesejada, acentuando-se a urgência do aborto terapêutico. Claro que essa iniciativa dependerá do serviço que a atender. Muitas vezes a mulher perigrina até encontrar quem se importe com sua tragédia pessoal.

Faz-se a referência de que a gestação da garota do Espírito Santo deu-se até 22 semanas. Necessário fazer declaração de óbito e promover o sepultamento. Muitos traumas para uma criança suportar, em especial precisando se esconder em um porta malas para evitar manifestantes contrários à prática, que, injustificadamente do ponto de vista do Sistema Único de Saúde, precisou ocorrer em outro Estado. Como explicar que, mesmo com políticas públicas já criadas para a realização do aborto terapêutico e legal, ainda haja na rede pública quem se negue a realizá-lo? Apurações pelo Ministério da Saúde, Ministério Público e outros órgãos competentes precisam também ser realizadas para sanar deficiências na prestação de serviços à sociedade, uma vez que há protocolo datado de 2005 para essa prática no SUS, a propósito.

Esse caso levantou novamente a discussão sobre a descriminalização do aborto. Vale lembrar que o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, ao expor seu voto quando da apreciação de um Habeas Corpus em 2016, trouxe alguns argumentos para sustentar a tese de que a descriminalização do aborto não significa uma apologia ao ato. Entre eles, destaca-se aquele que trata da função do Estado, quanto à observância do interesse social de forma inclusiva: “Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um”.

Importante esclarecer que estupro é crime previsto no artigo 213 do Código Penal. Um crime grave, hediondo e de grande repercussão social, acometendo a vítima de severas sequelas físicas e emocionais. No caso de a vítima ser pessoa menor de 14 anos ou portadora de enfermidades ou deficiências mentais, ou ainda que, por qualquer outro motivo, tenha sua capacidade de resistência diminuída, trata-se de estupro de vulnerável, crime previsto no artigo 217-A


do Código Penal. A diferença entre o estupro e o estupro de vulnerável é que neste é irrelevante o consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente, pois a presunção de vulnerabilidade é absoluta, assim previsto na Súmula 593 emitida pelo STJ em 2017.

Parte da sociedade brasileira recrimina o procedimento, mesmo em caso de estupro. A chamada bancada religiosa do Legislativo tem uma grande força e faz um imenso lobby contra todos os avanços do tema, com justificativas em textos sagrados e na vontade de Deus – o que é compreensível e respeitável. De outro lado, esses mesmos legisladores precisam olhar o tema a partir de dados. Descriminalizar o aborto não é incentivá-lo.

A controvérsia quanto ao aborto reside no fato de que o direito à vida não é absoluto. Para alguns, o Direito Constitucional (e natural) à vida do feto precisa ser respeitado. Para outra corrente, a mulher faz jus ao direito à dignidade humana, ao direito de escolha.

Mas, outra ótica deve também nortear a discussão no sentido de tratar o aborto como assunto de saúde pública. Globalmente, mais de 25 milhões de abortos inseguros (45% do total) ocorrem anualmente, segundo estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS). A maioria é realizada em países em desenvolvimento de África, Ásia e América Latina. Quando os abortos são feitos de acordo com as diretrizes e padrões da OMS, o risco de complicações severas ou de morte é insignificante. Na ausência de condições seguras, os resultados podem incluir aborto incompleto, hemorragia, lesões vaginal, cervical e uterina, além de infecções, onerando os custos da saúde pública.

O Ministério da Saúde apresenta uma Norma Técnica sobre Atenção Humanizada ao Abortamento, cuja proposta é “fornecer aos profissionais subsídios para que possam oferecer não só cuidado imediato às mulheres em situação de abortamento, mas também, na perspectiva da integralidade deste atendimento, disponibilizar às mulheres alternativas contraceptivas, evitando o recurso a abortamentos repetidos”. Todavia, a pauta ainda é o direito de a mulher optar pelo aborto, não somente nos casos já previstos em lei.

Apesar de o tema já ser discutido de forma exaustiva no Congresso Nacional, pouco se avançou. Assim, o aborto no Brasil vai parar nos tribunais. Todavia, o Judiciário não pode carregar esse fardo constante de legislar, sobretudo em temas mais áspers. Os três Poderes precisam enfrentar e discutir o tema aborto em conjunto com os profissionais da saúde e a sociedade organizada. É necessário que sejam estabelecidas regras cristalinas para que sejam reduzidos os casos de mortes e de lesões físicas e morais resultantes do aborto desassistido e clandestino. E que as discussões não se desviem do núcleo central da questão: o direito da mulher. Já passou o tempo de revisarmos as leis para o aborto no Brasil. Precisaremos de outras tragédias? 



SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, ex-presidente da Comissão de Direito da Saúde e Responsabilidade Médico-Hospitalar da OAB de São José dos Campos (SP), presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, MBA em Gestão de Serviços de Saúde FGV, membro do Comitê de Ética da UNESP para pesquisa em seres humanos e Doutoranda em Saúde Pública



O estupro da menina de dez anos e a tipificação: uma visão crítica ao posicionamento de Cezar R. Bitencourt

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E RUCHESTER MARREIROS BARBOSA

“A nosso ver seria o caso de responsabilização unicamente pelo crime de “Estupro de Vulnerável” com dois aumentos de pena da ordem de metade pela condição do autor de “tio” da vítima e pelo resultado gravidez. Além disso, seria defensável, embora haja, como exposto anteriormente, divergências a respeito, o reconhecimento do concurso material delitivo, tendo em vista o número de infrações praticadas e apuradas devidamente comprovadas nos autos.”

Ganhou enorme repercussão na mídia o caso bárbaro de uma menina de 10 anos que era, segundo consta, estuprada reiteradamente pelo tio de 33 anos desde os 6 anos de idade. A criança acabou engravidando aos 10 anos e foi submetida, com sua concordância e dos seus representantes legais, a um aborto “sentimental, humanitário ou ético”, como denomina a doutrina, conforme previsto no art. 129, inciso II, CP.¹

Recentemente o conhecido jurista da área criminal, Cezar Roberto Bitencourt, divulgou dois vídeos pela rede social instagram, comentando sobre a tipificação correta da conduta do infrator, segundo seu entendimento.²

Neste trabalho pretendemos analisar a orientação de Bitencourt, formulando, com o mais absoluto respeito, nossas ponderações críticas. Este breve estudo se fará com sustento na doutrina e tendo um viés estritamente técnico,

apartado de paixões de qualquer espécie. Será objeto de perquirição tão somente a questão da correta tipificação da conduta do infrator de acordo com a dogmática jurídico – penal, a legislação correlata e a principiologia que orienta o Direito Penal hodierno. Não se formulará qualquer juízo de valor acerca da opção pela prática do aborto pela vítima e seus familiares, tema este que já ocupou bastante espaço nas controvérsias sob os mais variados aspectos (social, religioso, ético, emocional, médico, jurídico etc.).

O POSICIONAMENTO DE CEZAR ROBERTO BITENCOURT E SEUS ARGUMENTOS

Conforme poderá o leitor conferir, acessando os links dos vídeos gravados e divulgados por Bitencourt na rede social instagram, o autor se manifesta, alegando que o infrator deveria responder pelo crime de “Estupro de Vulnerável” qualificado pelo resultado lesões corporais de natureza grave (art. 217-A, § 3º, CP) em concurso material com o crime de “Aborto Provocado por Terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125, CP).

Em seu primeiro vídeo, Bitencourt, afirma a existência do crime de “Estupro de Vulnerável” e da qualificadora por lesão grave. As lesões graves vislumbradas pelo autor são as seguintes: a) incapacitação da vítima para suas atividades por mais de 30 dias; e b) Perigo de Vida (inteligência do art. 129, § 2º, I e II, CP). A incapacitação, bem como o perigo de vida, se configuram devido à submissão da vítima, naquilo que se poderia chamar de “vitimização secundária”, na modalidade de “heterovitimização”³, ao procedimento do aborto. Tendo em vista, portanto, esses resultados, os quais, na visão de Bitencourt, derivaram da conduta do infrator, haveria a qualificação do crime de “Estupro de Vulnerável”.

Em seguida, formula Bitencourt a tese de que o autor do crime deveria responder também em concurso material pelo crime de aborto previsto no art. 125, CP, já que tal fato teria decorrido do estupro e da gravidez indesejada que levou ao procedimento abortivo.

Num segundo vídeo, o mesmo autor, diante de algumas manifestações críticas à suas teses, procura complementar sua fundamentação, mediante recurso à questão da possibilidade da prática do crime de aborto por omissão (crime comissivo por omissão). Afirma Bitencourt, que o autor do estupro assumiria a condição de garante no momento em que causou a situação de perigo que levou ao aborto, uma vez que poderia ter prevenido a gravidez mediante o uso de preservativo. Sua omissão no uso desse método contraceptivo seria causadora da gravidez e fundamentaria sua condição de garante, emergindo daí seu dever jurídico de ação, nos termos do art. 13, § 2º, “c”, CP.

A QUESTÃO DA QUALIFICADORA DO “ESTUPRO DE VULNERÁVEL” E DA RESPONSABILIDADE PELO CRIME DE ABORTO

Em primeiro plano é preciso deixar claro que não há a menor dúvida de que Bitencourt está absolutamente correto em defender a tipificação, em tese, da conduta do investigado como “Estupro de Vulnerável”. Todos os elementos

desse tipo penal, previsto no art. 217-A, CP estão, indubitavelmente, preenchidos. Houve a prática de atos libidinosos, inclusive conjunção carnal, com a menor de apenas 10 anos, portanto, menor de 14 anos, conforme exige a lei, sendo de destacar que denominamos essa elementar de circunstância vulnerável biológica⁴. Nem mesmo importa indagar se houve violência, grave ameaça ou constrangimento de qualquer espécie, eis que o tipo penal é simplesmente proibitivo dessa modalidade de relação sexual entre um adulto e uma criança, a qual é incriminada por si mesma (a conduta).

A antiga discussão acerca da “presunção de violência” está superada:

Com a criação do crime de Estupro de Vulnerável pretendeu o legislador contornar toda essa polêmica, simplesmente erigindo à condição de ilícito penal a conduta em si de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais sem discernimento ou com pessoa que por qualquer outra causa não pode ofertar resistência. A partir de agora não há que se falar em alguma presunção nem mesmo em eventual equiparação, mas simplesmente na existência de uma proibição legal com sanção penal para quem pratique essas espécies de conduta.⁵

Esse entendimento é corroborado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 593, vazada nos seguintes termos:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Por fim, o legislador para sepultar de vez a *vexata quaestio*, elaborou projeto de lei que deu origem à norma penal explicativa prevista no 217-A, § 5º, introduzido pela Lei nº 13.718/18, *in verbis*:

“As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.”

Portanto, inviável discordar da conclusão de Bitencourt quanto à tipificação do crime de “Estupro de Vulnerável” no caso focado.

Entretanto, quando aponta para a presença de qualificadoras relacionadas às lesões graves pela incapacitação por mais de 30 dias e pelo perigo de vida, decorrentes da prática abortiva a que foi a criança submetida, a situação já não é tão nítida.

Não restou bem esclarecido se a intervenção abortiva se deu também como “necessária ou terapêutica”, nos moldes do art. 128, I, CP. Sabe-se que a gravidez em tenra idade pode ser arriscada para a gestante, mas não se tem como, a princípio, determinar que será necessariamente ou ao menos muito provavelmente fatal. Tanto é fato que as estatísticas demonstram que a mortalidade de meninas abaixo dos 14 anos em casos de gravidez é bastante baixa. Infelizmente o caso em destaque não é único nem mesmo raro. O Ministério

da Saúde indica que há pelo menos 20 mil casos de menores de 15 anos que engravidam anualmente no Brasil. O índice de mortalidade é baixo, considerando que para cada 100.000 casos ocorrem somente 66 óbitos maternos (0,066%) e nem sequer há a indicação exata sobre a etiologia dessas mortes, podendo ser, ou certamente sendo fato que algumas não decorrem especificamente da questão etária.⁶

Na verdade, as notícias acerca da prática abortiva levada a efeito versam mais direta e corretamente sobre a questão da gravidez oriunda de estupro, de acordo com o art. 128, II, CP.

Se fosse realmente comprovado que o aborto foi realizado para “salvar a vida da gestante” no caso em estudo, seria viável considerar as qualificadoras apontadas por Bitencourt, eis que no aborto “necessário ou terapêutico” se prescinde do consentimento da gestante ou de seus representantes legais, havendo, portanto, causalidade direta entre a conduta daquele que engravidou a pessoa do sexo feminino e a prática abortiva. O aborto, como já sugere claramente o “nomen juris” empregado na lei, é “necessário”, não contingente ou eletivo.

Mas, no caso concreto não parece que havia uma “necessidade” clínica da prática abortiva para salvamento da vida da gestante. Certamente seria uma chamada “gravidez de risco”, mas o risco para a saúde da gestante não serve como fundamento para configurar o aborto necessário ou terapêutico. É bem verdade que o risco para a vida da gestante não precisa ser atual nem mesmo iminente, mas é imprescindível o prognóstico de morte. A mera possibilidade de lesão à saúde não é suficiente para autorizar o aborto terapêutico.

Na lição de Damásio, “o aborto necessário só é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, subsiste o delito quando provocado a fim de preservar a saúde”.⁷

É o próprio Cezar Roberto Bitencourt que apregoa no mesmo sentido:

O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar. (grifo nosso).⁸

E no caso concreto em estudo, se a gravidez era de risco, também arriscado é o procedimento do aborto, inclusive sob o ponto de vista psíquico. A alegação de que existe o chamado “aborto seguro” (sic) é uma gigantesca falácia que serve de sustento para uma narrativa pseudoprotetora dos direitos da mulher. Na literatura especializada, Frantz deixa claro que “as evidências científicas apontam que a realização do procedimento do aborto expõe a mulher a riscos para a sua saúde, tanto nos locais onde é legalizado como naqueles onde não é”.⁹

Enfim, tudo indica que não é possível sustentar a qualificação do “Estupro de Vulnerável” na ocorrência de um suposto aborto necessário (art. 128, I, CP). Resta saber se Bitencourt teria fundamento para indicar a qualificação do crime, em se tratando, como se trata, ao que tudo indica, de aborto “sentimental, humanitário ou ético”, ou seja, decorrente da gravidez resultante de estupro, nos estritos termos do art. 128, II, CP.

Diversamente do aborto “necessário”, o aborto “sentimental” somente pode ser realizado com o consentimento da gestante, ou em sendo ela incapaz, de seus representantes legais (inteligência do art. 128, II, CP). No caso concreto em estudo, a gestante era incapaz, pois menor de 10 anos. A decisão cabia a seus representantes legais. Ao que se sabe pelos noticiários, essa decisão foi tomada por tais pessoas e, ao que consta, também era da vontade da menor. É preciso notar que o aborto “sentimental” somente ocorre mediante deliberação de quem de direito e essa pessoa não é, obviamente, o esturador. Significa dizer que o aborto “sentimental” é um procedimento eletivo, opcional e não impositivo ou “necessário”.

Dessa forma, embora o autor do crime tenha praticado o estupro e gerado a gravidez da vítima, daí não segue naturalmente a ocorrência do aborto, de maneira que se possa justificar uma relação de causalidade. Esse vínculo causal é rompido na exata proporção em que o aborto é fruto de uma decisão livre de terceiros e não do esturador ou imposta por lei ou circunstâncias médicas. Esse aborto poderia não ter ocorrido acaso a gestante e seus representantes legais deliberassem por levar a termo a gravidez. É da decisão da vítima e/ou de seus representantes legais que deriva a ocorrência do aborto, sendo visível um desvio do encadeamento causal. Assim sendo, se a incapacitação por mais de 30 dias e o perigo de vida decorreram do procedimento do aborto “sentimental”, isso não pode ser imputado validamente ao autor do estupro, por mais que isso nos pareça frustrante quanto ao rigor pretendido na punição do agente.

É bem verdade que sem o estupro não haveria gravidez e sem esta o aborto. Entretanto, a interrupção do nexo causal se dá quando se constata que o aborto não era “necessário”, mas resultado de uma *escolha*, a qual nunca coube ao infrator. Defender tese avessa a isso é advogar que o art. 13, CP tenha o poder incontido de ensejar um nefasto “regressus ad infinitum”. É pensar que a chamada “Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais” (“*conditio sine qua non*”), possa ser aplicada em sua literalidade, atingindo pessoas que estejam, de qualquer modo, na cadeia causal de um evento, independentemente da presença de liame subjetivo com o resultado enfocado.

Infelizmente, a opção da gestante e seus representantes legais pela prática do aborto “sentimental”, a que não estavam obrigados, foi o que efetivamente ensejou a intervenção médica com todos os seus danos (incapacitação por mais de 30 dias) e riscos (perigo de vida). A interposição da vontade da gestante e de seus familiares entre a conduta do esturador e o aborto e suas consequências provoca uma fissura visível e inegável no nexo de causalidade, a qual impede a responsabilização do infrator pelas qualificadoras. Ocorre que a prática do aborto depende exclusivamente da deliberação da gestante e seus familiares, podendo-se afirmar que essa deliberação, por si só, ocasionou o evento do aborto. Nessa situação, nos termos do art. 13, § 1º, CP, “o legislador afasta a imputação (...), impedindo que o agente responda pelo evento subsequente, somente sendo possível atribuir-lhe o resultado que diretamente produziu” (grifo no original).¹⁰ Por isso, “*data venia*”, incorre em equívoco Bitencourt, quando em seu vídeo faz alusão à causação do resultado pelo infrator, “ainda que indiretamente”.¹¹

Ademais, a situação em destaque é muito similar a exemplos que a doutrina oferta para os casos que se costuma denominar de “soluções aberrantes” para a “teoria da *conditio sine qua non*”, visando evitar exatamente o efeito do “ciclo causal interminável” ou “*regressus ad infinitum*”. Vejamos alguns desses exemplos de chamados “cursos causais extraordinários”:

São exemplos: a imputação da morte decorrente do incêndio no hospital ao agente que atropelou a vítima culposamente, fazendo com que ela fosse internada no nosocômio; a atribuição da morte de um paraplégico durante desabamento em um estabelecimento fechado a quem deu causa à sua condição de deficiente físico em anterior acidente, caso se constate que o falecido teria sobrevivido se não tivesse reduzida sua mobilidade.¹²

Para além da questão da fratura da relação de causalidade mais que nítida, há que levar em conta que esses resultados derivados de um aborto eletivo (realizado por decisão ou escolha da gestante e seus familiares) não podem ser imputados ao infrator, a não ser por meio do recurso espúrio à “responsabilidade objetiva”, a qual há tempos foi excluída da concepção de responsabilidade penal, que é necessariamente *subjctiva* (inteligência do art. 19, CP). Não se admite há muito tempo a responsabilização de alguém por algum resultado com base no chamado “*versari in re ilícita*”. No Direito Penal da atualidade não é viável responsabilizar alguém por ato deliberado de outrem. No caso, a escolha pela prática do aborto competiu à própria vítima e seus familiares, não havendo conduta e nem elemento subjetivo do autor do estupro nessa tomada de decisão.

Gomes, Bianchini e Molina são enfáticos ao asseverar ser inviável o castigo de alguém por ato de outrem, salvo se houver obrigação legal de controle, vigilância, monitoramento ou supervisão em relação a tal pessoa.¹³ E no caso enfocado, o infrator não tem nenhuma influência na deliberação pela prática do aborto ou não. Isso é incumbência da gestante e seus representantes legais, nos estritos termos do art. 128, II, CP, de modo que é impossível vislumbrar um liame subjetivo entre o infrator e a ocorrência do aborto. Consequentemente, os danos e perigos derivados da prática abortiva também não podem ser imputados ao estuproador, afastando “*in casu*” a configuração da qualificadora do § 3º, do arrigo 217-A, CP.

No mesmo diapasão, seja por falta de relação de causalidade, seja porque se configuraria “responsabilidade penal objetiva” (“*versari in re illicita*”) é absolutamente inviável responsabilizar o estuproador pelo crime de aborto previsto no art. 125, CP, conforme defendido por Bitencourt. O aborto deriva da decisão da gestante e seus representantes legais. Ele não é “necessário” e sim eletivo ou contingente. Assim sendo, inexistente liame subjetivo entre a conduta do infrator e a prática abortiva levada a termo.

No caso da pretensa responsabilização por crime de aborto, nos termos do art. 125, CP, também é impossível a imputação por outra razão relevante. A conduta do estuproador, com relação ao crime de aborto seria atípica. Não há possibilidade alguma de subsumir sua conduta às descrições típicas dos crimes de aborto previstos no Código Penal Brasileiro.

O “auto – aborto” e o “aborto consentido”, previstos no art. 124, CP, são crimes próprios da gestante, de modo que jamais poderiam ser imputados ao acusado. O aborto que ocorreu foi praticado por terceiros *com* o consentimento da gestante e de seus representantes legais. Acaso houvesse um crime, seria aquele previsto no art. 126, CP. Não houve devido à aplicação do disposto no art. 128, II, CP, excluindo a ilicitude. Ora, quem praticou aborto com o consentimento da gestante foi a equipe médica respectiva e não o acusado. Dessa forma, também inviável sua responsabilização por esse crime. Finalmente, não houve em momento algum aborto *sem* o consentimento da gestante. Esse fato simplesmente jamais ocorreu, não podendo ser imputado não somente ao acusado praticante de estupro, mas a absolutamente ninguém, nem mesmo que, por algum motivo, se afastasse a excludente prevista no art. 128, II, CP. Não houve, em momento algum, aborto *sem* o consentimento da gestante, mas apenas um aborto *com* o consentimento da vítima e de seus representantes legais. A pretensão de Bitencourt de imputar ao acusado a prática do crime previsto no art. 125, CP é totalmente inviável porque sua conduta é desbragadamente atípica com relação a esse dispositivo. A imputação pretendida violaria frontal e escandalosamente o “Princípio da Legalidade”.

Com o mais absoluto respeito, é ainda preciso atentar para o fato de que quando o acusado abusou sexualmente da sobrinha esta sequer estava grávida. Isso é óbvio, pois que quem a engravidou teria sido o próprio infrator. Dessa forma não é possível pretender sequer que o aborto sem o consentimento da gestante tivesse derivado do ato de estupro. Isso porque no momento do estupro a vítima, por obviedade, não estava grávida. Trata-se de absoluta impropriedade do objeto¹⁴ de forma a configurar-se crime impossível nos estritos termos do art. 17, CP. É o próprio Bitencourt que, a exemplo de toda a doutrina, ensina que “há *crime impossível* quando manobras abortivas são praticadas “em mulher que não está grávida”.¹⁵

É evidente que em seu vídeo Bitencourt não pretende dizer que o aborto foi ocasionado na oportunidade do estupro. Entretanto, para que a prática do aborto pudesse ser, de qualquer forma, imputada ao acusado, seria imprescindível que houvesse liame subjetivo, conduta objetiva e relação de causalidade entre o ato do estupro e a prática do aborto sem o consentimento da gestante. Não há nada disso. Como visto, sequer há a ocorrência de um aborto sem o consentimento da gestante.

Em verdade, a questão sequer resiste a uma análise mais detida do dolo. Este elemento subjetivo do tipo se constitui da finalidade principal e direta do agente, dos meios escolhidos para se realizar o fim pretendido e os efeitos colaterais típicos necessários ou possíveis.

Isso significa dizer que o denominado dolo penalmente relevante é o atual¹⁶ ou concomitante, ou seja, a consciência e a vontade do agente no exato momento que realiza a conduta típica, momento da execução do verbo do tipo, consequentemente, visando atingir um bem jurídico penalmente tutelado.

Assim sendo, no crime de aborto, que possui como elemento constitutivo da tipicidade, independente da modalidade, a conduta “provocar aborto”, consistindo no extermínio da vida intrauterina, o que pressupõe, logicamente uma

vítima grávida. Faz-se necessário estar configurada na consciência e vontade, a antevisão do agente de que, ao empregar o meio escolhido da conjunção carnal para o estupro, a vítima estava grávida, isso no momento da execução do abuso. Somente assim é possível transmudar esse comportamento na causa direta do resultado morte da vida intrauterina, bem jurídico protegido, o que não seria possível ocorrer pelas razões já expostas.

Admitir o dolo de aborto no momento do estupro seria aceitar como relevante o mero desejo, que em outras palavras seria o dolo anterior, que nada mais é do que a fase de cogitação, impunível no Direito Penal.

O próprio Bitencourt nos alerta que o simples desejo distingue-se da vontade:

O dolo eventual não se confunde com a mera esperança ou simples desejo de que determinado resultado ocorra, como no exemplo trazido por Welzel, do sujeito que manda seu desafeto a um bosque, durante uma tempestade, na esperança de que seja atingido por um raio.¹⁷

No plano da vontade, também assevera o referido autor:

A vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal, pois tudo o que estiver fora da possibilidade de influência concreta do agente pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizá-lo.¹⁸

O trágico aborto provocado pelo médico, mas com consentimento dos representantes legais da gestante, tem como elemento causal a decisão sobre o abortamento, que poderia ocorrer ou não, o que por si só representa um rompimento com a necessária influência concreta do agente para o aborto, rompendo-se, desta forma, com o nexos causal entre este e o crime de estupro.

Nosso ordenamento admite uma exceção ao dolo anterior como relevante, ou seja, que seja praticado no futuro, conseqüentemente, um resultado ulterior. Ocorre quando o agente se embriaga voluntariamente e de forma preordenada, para a prática do ilícito penal, fazendo incidir a teoria da *actio libera in causa*.¹⁹

Nesse caso, o agente no momento da prática da conduta, está transitoriamente desprovido de voluntariedade atual, em razão da embriaguez. Contudo, considera-se o dolo no momento da ingestão da bebida alcoólica, que foi voluntária, portanto, livre na causação da conduta posterior, restando sua punição com agravamento previsto no art. 61, II, “1”, do Código Penal.

Essa teoria não se aplica ao caso da forma que ele ocorreu, porquanto o agente na “*actio libera in causa*” precisa ter previsão do resultado aborto (e não da gravidez), o querer ou assumir o risco, frisamos, do aborto e não da gravidez, que por si só é exaurimento do crime de estupro. O exaurimento é passível de ser punido como causa de aumento, conforme art. 234-A, III do CP, técnica comum adotada pelo legislador, conforme também encontramos a título de exemplo, no crime de corrupção passiva, à luz do art. 317, §1º do CP, também com causa de aumento de pena.

Ainda que não tenha previsto o resultado aborto, mas esse resultado aborto (não gravidez) fosse previsível, ou seja, que se a vítima engravidasse ocorreria um aborto, por deliberação dos seus responsáveis legais, a punição seria a

título de culpa e não de dolo eventual, o que também não ensejaria tipicidade porque não há o tipo penal de aborto na modalidade culposa. Seria, em verdade, o caso do preterdolo (dolo no antecedente, culpa no consequente) que configuraria a qualificadora do estupro pelo aborto enquanto lesão corporal gravíssima, conforme será melhor exposto neste texto no seguimento e, jamais, o crime de aborto em concurso material.

Finalmente, com relação à questão do aborto há outro equívoco, “data maxima venia”, de Bitencourt.

Sua tentativa de fundamentar o concurso material entre “Estupro de Vulnerável” e “Aborto sem o consentimento da gestante” é absolutamente inviável diante do ordenamento jurídico brasileiro. Explica-se:

No crime de “Estupro de Vulnerável” existe a qualificadora prevista no art. 217-A, § 3º, CP, referente ao resultado “lesões graves”. É exatamente a esta qualificadora que faz menção Bitencourt ao pretender sua ligação com o perigo e vida e a incapacitação da menor devido à prática do aborto “sentimental”. Já vimos que essa ligação é inviável.

No entanto, é a previsão dessa mesma qualificadora das lesões graves no “Estupro de Vulnerável” que impede o intento de Bitencourt de punir o infrator em concurso material por “Estupro de Vulnerável” e “Aborto sem o consentimento da gestante”. Isso porque, como visto, a presença de “lesões graves” com relação de causalidade com o estupro, conduz à qualificadora em destaque. Frise-se que quando a lei se refere a “lesões graves”, a expressão é ampla, abrangendo as “lesões graves” e também as “lesões gravíssimas”. Sabe-se que o único “nomen juris” existente no Código Penal é o de “lesões graves”, sendo a expressão “lesões gravíssimas” forjada e aceita pela doutrina, salvo as recentes alterações do Código Penal, que passaram a adotar essas classificações terminológicas (art. 122, §§1º e 6º do CP). Não obstante, quando o legislador se refere a “lesões graves”, está claramente se reportando também às “gravíssimas”, até por uma questão de proporcionalidade e razoabilidade.

Ora, uma das lesões graves (na verdade gravíssima) prevista em lei, mais precisamente no art. 129, § 2º, V, CP, é exatamente o “aborto”. Observe-se, portanto, que se de um “Estupro de Vulnerável” resulta “aborto” o crime é qualificado nos termos do § 3º, do art. 217-A, CP. Isso com certeza afasta a possibilidade de concurso material ou mesmo formal de crimes com o aborto, conforme proposto por Bitencourt. Esse suposto concurso configuraria dupla punição pelo mesmo fato, o conhecido “bis in idem”, que jamais pode ocorrer. Então, se realmente da conduta do estuprador tivesse decorrido aborto, a tipificação seria a da qualificadora do § 3º, do próprio art. 217-A, CP e nunca o concurso de crime entre “Estupro de Vulnerável” e “Aborto”.

Acontece que nem mesmo a qualificadora é reconhecível no caso concreto. Isso porque, como já visto, a vítima não estava grávida e não podia abortar em razão de eventual violência do ato sexual e isso é imprescindível para configurar a qualificadora em questão. O aborto ocorre somente posteriormente, quando a vítima é engravidada pelo próprio violador e decide, com seus representantes legais, autorizar um aborto praticado por médico.

Ninguém menos do que o próprio Cezar Roberto Bitencourt é quem ensina que as lesões graves ou gravíssimas que qualificam o “Estupro de Vulnerável”

devem decorrer da violência aplicada no ato. Isso nos conduz à conclusão de que a vítima dessas lesões graves, quando consistentes em aborto, deve estar grávida no momento do abuso e abortar em razão deste. Vejamos “in verbis” o que nos ensina Bitencourt:

Neste tópico, examinaremos as qualificadoras que resultam da violência na execução do crime, propriamente. Nessas qualificadoras (que só podem decorrer da violência empregada, embora o legislador tenha preferido a locução “da conduta”), o maior desvalor do resultado (lesão grave ou morte da vítima) é real e não presumido. O desvalor da ação já está valorado no preceito primário do *caput* do artigo *sub examen*.²⁰

E esse ensinamento de Bitencourt que inviabiliza sua própria tese advogada em seu vídeo nas redes sociais, não destoia da melhor doutrina, o que reforça que sua mais atual manifestação sobre o caso focado não encontra sustento. Senão vejamos o que nos diz a respeito Greco:

Por lesão corporal de natureza grave devemos entender aquelas previstas pelos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, diz, claramente, que a lesão corporal de natureza grave, ou mesmo a morte da vítima, devem ter sido produzidas em consequência da conduta do agente, vale dizer, *do comportamento que era dirigido finalisticamente no sentido de praticar o estupro* (grifo nosso).²¹

Compreende-se claramente que as lesões graves ou gravíssimas de incapacitação, perigo de vida ou mesmo do aborto, devem decorrer da violência usada como meio para o estupro e não de fatores ulteriores dependentes da atuação volitiva da própria vítima ou de terceiros.

Ademais, tanto a incapacitação da vítima para suas atividades por mais de 30 dias quanto o perigo de vida se sujeitam a uma análise médico-legal, pois são consideradas vestígios do crime, por força do novo art. 158 do CPP, cujo conceito foi complementado pela inclusão do art. 158-A, § 3º, introduzido pela Lei nº 13.964/19, *ipsis literis*:

“§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.”

A concepção de objeto no dispositivo supra é aquele relacionado à infração penal que deixa vestígios (art. 158, do CPP), consequentemente o objeto jurídico do crime, no caso em estudo, o corpo da vítima.

Por essa razão, as circunstâncias que qualificam a lesão corporal se sujeitam a exame pericial, o que não nos permite afirmar suas existências antes da análise de um médico legista.

Com respeito à incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, por se tratar de uma criança as consequências são distintas dos adultos, contudo em geral a gestante que se sujeita a um procedimento cirúrgico dessa natureza, retoma as atividades habituais em menos de 30 dias. Entretanto, essa conclusão é de ordem médico-legal, portanto somente pode ser avaliada

por meio de exame pericial, em especial, no caso concreto, mediante exame complementar conforme apregoa o art. 168, § 2º do CPP:

“§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.”

Em se tratando da circunstância perigo de vida, na realidade perigo de morte, que por sua vez não se confunde com risco de morte, um procedimento cirúrgico pode sujeitar o paciente a um risco de morte, mas o perigo é uma constatação aferível em seu aspecto clínico e médico-legal. Frise-se, é este que importa para o direito penal e o processo penal.

Não nos deixa mentir a doutrina de Delton Croce²²:

O perigo de vida é uma situação atual, ou surgida no curso de processo patológico, conseqüente à ofensa, em que, pelo estado do ofendido, há o perigo de morte, se não for socorrido adequadamente em tempo hábil. O perigo de vida pode apresentar-se no momento da lesão ou depois de horas ou dias, em qualquer fase da evolução clínica, antes dos 30 dias.

No mesmo sentido Wilson Luiz Palermo Ferreira²³:

“O diagnóstico de perigo de vida precisa ser concreto, real, existente, comprovado através de documentos médicos especializados.”

O perigo de vida deve ser relacionado ao comportamento do agente e por essa razão, além da necessária seriedade deve ser atual e que sujeite a vítima a uma quase morte. A sujeição de alguém a um procedimento cirúrgico, por si só, não pode ser considerado perigo de vida, que geralmente se caracteriza pela inoperância de uma função vital recuperada após necessária intervenção médica, como ocorre em uma parada cardíaca, estado de coma, parada cerebral etc.

De qualquer forma, ainda que o aborto pudesse ser imputado à conduta do abusador, não seria jamais o caso de concurso de crimes, mas sim o de reconhecimento de uma qualificadora, nos termos do art. 217-A, § 3º, CP, com as ressalvas processuais penais e médico-legais referidas, cabíveis também às qualificadoras da incapacitação e do perigo de vida.

Destaque-se, por oportuno, que não se pretende aqui, no que tange às observações de natureza processual, atribuir a Bitencourt alguma precipitação na classificação das lesões graves sem o devido respaldo de materialidade. É evidente que o autor se manifestou em um vídeo rápido e fez suas afirmações embasado na experiência geral de casos similares, pressupondo certamente a futura presença da materialidade propiciada pelos devidos exames e laudos periciais. Vale ainda dizer que essas questões processuais são expostas somente a título de maior esclarecimento, vez que, na verdade, as qualificadoras não seriam reconhecíveis, independentemente da materialidade discutida devido aos outros problemas já expostos, tais como relação de causalidade, legalidade, crime impossível, responsabilidade penal subjetiva etc.

DA TENTATIVA DE REFORÇO DO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE POR ABORTO POR PARTE DE BITENCOURT COM O RECURSO À TEORIA DA RELEVÂNCIA DA OMISSÃO

Como já mencionado linhas volvidas, Bitencourt grava um segundo vídeo após algumas críticas formuladas ao seu posicionamento. Nesse vídeo procura justificar novamente o concurso material entre “Estupro de Vulnerável” e “Aborto sem o consentimento da gestante” com sustento na alegação de que o abusador seria um garante quanto ao aborto futuro e teria cometido tal crime na forma comissiva por omissão ou omissiva imprópria.²⁴

Já foi visto que as teses de Bitencourt, salvo a tipificação do crime de “Estupro de Vulnerável”, não se sustentam diante de questões como relação de causalidade, tipicidade e legalidade, responsabilidade penal subjetiva e “bis in idem”.

Novamente, com todo o respeito merecido pelo autor, o manejo do argumento da conduta comissiva por omissão não serve para afastar os vícios anteriores, bem como também não se sustenta por sua própria fundamentação.

Alega o autor em discussão que o abusador, ao não utilizar preservativo e não prevenir a gravidez, causou um risco pelo qual se torna responsável por evitar os resultados daí decorrentes, quais sejam, a gravidez da vítima e eventual aborto “sentimental” (art. 128, II c/c art. 13, § 2º, “c”, CP). Em suma, o acusado teria o *dever jurídico* de evitar a gravidez e, conseqüentemente, o aborto futuro.

A tese pode parecer sedutora, mas é enganosa. Certamente induziu a erro involuntário o próprio Cezar Roberto Bitencourt.

Note-se que o intento de Bitencourt é o de imputar ao abusador o crime de aborto por omissão imprópria, vez que, segundo seu entendimento, ele ocasionou o risco com sua conduta e poderia ter evitado o resultado mediante o uso de preservativo. Mas, a verdade é que não estava nas mãos do infrator impedir o aborto. É claro que se não houvesse gravidez, o aborto seria impossível. Mas, ao fim e ao cabo, o aborto somente se processou por vontade ou escolha da vítima e de seus representantes legais. A prática ou não do aborto jamais esteve nas mãos do infrator e sim da vítima, de sua família e da equipe médica. É preciso lembrar que antes de perquirir sobre a condição de garante assumida pelo infrator é sempre imprescindível avaliar se efetivamente ele “podia agir para evitar o resultado”. A omissão somente será relevante se houver essa possibilidade de ação, o que, no caso concreto, se mostra inviável, já que a decisão pelo aborto “sentimental” ou não era da incumbência da vítima e de seus representantes legais por força de lei (art. 128, II, CP). Como leciona Galvão:

O Código Penal brasileiro enfrentou de maneira expressa o tema dos crimes comissivos por omissão, estabelecendo, no § 2º do art. 13, que a omissão é relevante quando o omitente tiver o *dever* e o *poder* de agir para evitar o resultado. Satisfeitas as exigências do *dever de agir* e do *poder de agir*, haverá o nexo de causalidade normativo entre a omissão e o resultado (grifos no original).²⁵

Outrossim, a pretensão de Bitencourt de que caberia ao estuprodo o dever de evitar a gravidez se choca com o fato de que para os crimes contra

a dignidade sexual perpetrados contra mulheres já é prevista uma causa de aumento de pena, aplicável ao caso concreto em estudo, sempre que do abuso sexual resulte gravidez, nos termos do art. 234-A, III, CP (aumenta-se a pena de metade).

Nesse passo, pretender responsabilizar o implicado, mediante o artifício do recurso ao suposto crime comissivo por omissão, consistiria novamente em reprovável e inviável “bis in idem” ou responsabilização dupla pelo mesmo fato. Sua conduta de não evitar a fecundação já lhe ensejará um aumento considerável na pena (metade). Não é possível que venha a ser apenado novamente pelo mesmo fato, imputando-se-lhe um crime de aborto por suposta omissão imprópria. Isso sem contar nos demais e decisivos argumentos pelos quais o crime de aborto não pode jamais ser imputado ao envolvido, conforme já fartamente demonstrado neste trabalho.

ASPECTOS OLVIDADOS POR BITENCOURT EM SUA EXPOSIÇÃO A RESPEITO DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ACUSADO

Como visto logo acima, Bitencourt se esqueceu de imputar ao infrator o aumento de pena da ordem de metade no crime de “Estupro de Vulnerável” por ter provocado a gravidez da vítima, nos estritos e indubitáveis termos do art. 234-A, III, CP.

Também deixou de lado outra causa de aumento de pena, prevista no art. 226, II, CP, também da ordem de metade, tendo em vista ser o autor do ilícito “tio” da vítima.

A primeira causa de aumento pode ser comprovada nos autos pelos prontuários médicos da menor e pela própria realização do ato abortivo, afora a necessária prova pericial. A segunda causa de aumento, pela relação de parentesco, será comprovada facilmente por meio de documentos a serem juntados aos autos, “in casu” respeitando-se as restrições da lei civil em relação à prova sobre estado de pessoa, conforme art. 155, parágrafo único do CPP.

Também poderia ter abordado o autor a questão da possibilidade antevista por parte da doutrina e jurisprudência da ocorrência de concurso material ou concurso formal entre os vários abusos perpetrados pelo infrator ao longo do tempo contra a vítima. Outra opção seria o reconhecimento da figura da continuidade delitiva. Para todas essas hipóteses haveria ou o cúmulo material de penas por vários “Estupros de Vulnerável” perpetrados há anos contra a vítima ou ao menos um incremento penal. É verdade que tem predominado a tese de que seria de se considerar em geral a ocorrência de crime único, inobstante os variados atos abusivos, sendo essa a posição já adotada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal (v.g. STJ, AgReg HC 252144 SP; HC 167517/SP e HC 105533/PR).²⁶

Não obstante ser essa posição dominante nas cortes superiores, a discussão doutrinária poderia ser interessante no caso concreto, eis que a prática reiterada de abusos pelo infrator nos parece remanescer senão impune, viciada por *insuficiência protetiva* dada a gravidade da situação específica, ferindo de morte o princípio da vedação ou proibição da proteção deficiente, decorrente

do princípio da proporcionalidade²⁷, não sendo despicienda a discussão acerca até mesmo de possível cúmulo material. Mas, também essa questão foi deixada à margem pelo autor em destaque em seu vídeo nas redes sociais.

CONCLUSÃO


No decorrer deste trabalho foi estudada a questão da devida tipificação da conduta do tio que abusava sexualmente da própria sobrinha, dos 6 aos 10 anos de idade, chegando a engravidá-la.

A análise se fez com base na discussão crítica respeitosa das sugestões elaboradas pelo jurista Cezar Roberto Bitencourt em dois vídeos gravados e divulgados na rede social instagram.

O entendimento advogado pelo autor em destaque foi submetido ao escrutínio teórico sob o ponto de vista exclusivamente técnico – jurídico, chegando-se à conclusão de que suas indicações, salvo a tipificação incontestada do crime de “Estupro de Vulnerável” (art. 217-A, CP), não encontram abrigo na melhor interpretação e aplicação lei, bem como na subsunção do caso às tipificações à disposição na legislação brasileira.

Há infrações, no raciocínio do autor em destaque, ao dolo, à relação de causalidade, tipicidade, legalidade, proibição de dupla imputação pelo mesmo fato (“bis in idem”) e responsabilidade penal subjetiva.

Noutra banda, verifica-se que Bitencourt olvida importantes temas como a presença de duas causas especiais de aumento de pena da ordem de metade, bem como a questão da discussão sobre possível concurso de crimes material ou formal, considerando os reiterados abusos perpetrados pelo tio da menor ao longo do tempo, o que, inclusive, feitas as contas, principalmente considerando o concurso material, levaria a apenação até mais gravosa do que aquela a que se chegaria pela sugestão formulada pelo ínclito jurista.

Não poderíamos nos furtar a indicar nosso entendimento a respeito da devida tipificação da conduta do infrator. A nosso ver seria o caso de responsabilização unicamente pelo crime de “Estupro de Vulnerável” com dois aumentos de pena da ordem de metade pela condição do autor de “tio” da vítima e pelo resultado gravidez. Além disso, seria defensável, embora haja, como exposto anteriormente, divergências a respeito, o reconhecimento do concurso material delitivo, tendo em vista o número de infrações praticadas e apuradas devidamente comprovadas nos autos (art. 217-A, “caput”, CP c/c art. 226, III, CP e 234-A, III, CP, bem como art. 69, CP). 

NOTAS

- 1 MENINA de dez anos engravida após ser estuprada no Espírito Santo. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/08/15/menina-de-dez-anos-engravida-apos-ser-estuprada-no-espirito-santo.ghtml>, acesso em 29.08.2020.
- 2 BITENCOURT, Cezar Roberto. O Estupro da Menina de dez anos – Estupro cumulado com crime de aborto Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEUHuzpjO-x/?hl=pt-br>, acesso em 28.08.2020. E também: BITENCOURT, Cezar Roberto. 2ª Parte Estupro da Menina de dez anos. Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEcRRsiDT3M/?hl=pt-br>, acesso em 29.08.2020.

- 3 SUMARIVA, Paulo. *Criminologia*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 115. Esclarece o autor que “as vítimas também podem sofrer um processo emocional que se chama revitimização, ou seja, tornar-se vítima novamente”. Uma das modalidades se dá pela chamada “heterovitimização”, que se refere à “relação com outras pessoas ou instituições”, as quais, ainda que com bons propósitos, acabam impondo novos sofrimentos ou mesmo lesões que se somarão à chamada “vitimização primária”, decorrente da prática criminosa.
- 4 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Cultura do Estupro. In: HOFFMAN, Henrique et al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 249-251.
- 5 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes Contra a Dignidade Sexual – Tópicos Relevantes*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p. 36-37.
- 6 OLIVEIRA, Tina. Mais de 20 mil meninas com menos de 15 anos engravidam todos os anos. Disponível em <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46294-mais-de-20-mil-meninas-com-menos-de-15-anos-engravidam-todos-os-anos>, acesso em 29.08.2020.
- 7 JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 2. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 160.
- 8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 194.
- 9 FRANTZ, Patrícia Junges. Agravos à saúde física e mental relacionados ao aborto. In: DEROSA, Marlon (org.). *Precisamos falar sobre aborto – Mitos & Verdades*. 3. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019, p. 428.
- 10 ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 327.
- 11 BITENCOURT, Cezar Roberto. O Estupro da Menina de dez anos – Estupro cumulado com crime de aborto Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEUHuzpjO-x/?hl=pt-br>, acesso em 28.08.2020.
- 12 ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Op. cit., p. 323.
- 13 GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antônio Garcia – Pablos, BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e conceitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 520.
- 14 Anote-se que o emprego da palavra “objeto” se faz sob o prisma técnico – jurídico e não tendo em vista qualquer pretensão espúria de reificação ou coisificação das vítimas humanas desse lamentável episódio. Necessário frisar que “objeto material de um crime” não é necessariamente uma “coisa”, como poderia sugerir a palavra “objeto” presente na expressão. Objeto material de um crime é a *pessoa* ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 333.
- 15 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 192.
- 16 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 393.
- 17 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 393.
- 18 Op. cit., p. 369.
- 19 OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nuñez, OLIVEIRA, William Terra de, BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 478.
- 20 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114-115.
- 21 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 834.
- 22 CROCE, Delton, CROCE JR., Delton. *Manual de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.
- 23 FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Medicina Legal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 165.
- 24 BITENCOURT, Cezar Roberto. 2ª Parte Estupro da Menina de dez anos. Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEcRRsiDT3M/?hl=pt-br>, acesso em 29.08.2020.
- 25 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315.
- 26 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes contra a dignidade sexual – Temas Relevantes*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p. 26.
- 27 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Volume 4,

n. 7, 2006, p. 178. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>, acesso em 31/08/2020.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruchester Marreiros. Cultura do Estupro. In: HOFFMAN, Henrique et al. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 247-253, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. 2ª Parte Estupro da Menina de dez anos. Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEcRRsiDT3M/?hl=pt-br>, acesso em 29.08.2020.
- _____. *O Estupro da Menina de dez anos: estupro cumulado com crime de aborto* Disponível em <https://www.instagram.com/tv/CEUHuzpjO-x/?hl=pt-br>, acesso em 28.08.2020.
- _____. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. *Tratado de Direito Penal*. Volume 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes Contra a Dignidade Sexual: tópicos relevantes*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020.
- CROCE, Delton, CROCE JR., Delton. *Manual de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Medicina Legal*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FRANTZ, Patrícia Junges. Agravos à saúde física e mental relacionados ao aborto. In: DEROSA, Marlon (org.). *Precisamos falar sobre aborto: mitos & verdades*. 3. ed. Florianópolis: Estudos Nacionais, p. 427-450, 2019.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Garcia – Pablos; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e conceitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 2. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENINA de dez anos engravidada após ser estuprada no Espírito Santo. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/08/15/menina-de-dez-anos-engravidada-apos-ser-estuprada-no-espírito-santo.ghtml>, acesso em 29.08.2020.
- OLIVEIRA, Tina. Mais de 20 mil meninas com menos de 15 anos engravidam todos os anos. Disponível em <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46294-mais-de-20-mil-meninas-com-menos-de-15-anos-engravidam-todos-os-anos>, acesso em 29.08.2020.
- OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nuñez, OLIVEIRA, William Terra de, BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*. Volume 4, n. 7, p. 160-209, 2006.
- SUMARIVA, Paulo. *Criminologia*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2018.

ARQUIVO PESSOAL



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

ARQUIVO PESSOAL



RUCHESTER MARREIROS BARBOSA é Delegado de Polícia no Estado do Rio de Janeiro, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro/RJ, Professor de Direito Penal do CERS (Complexo de Ensino Renato Saraiva), Processo Penal da FAEPOL (Fundação de Apoio ao Ensino Policial), Professor de Direitos Humanos do Curso Forum e da Pós-graduação em Segurança Pública do CERS. Professor conteudista de Direito Penal da DELINEA Tecnologia Educacional, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes-Rio de Janeiro/RJ, Graduado Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes/RJ, foi aluno especial do Mestrado em Criminologia e Processo Penal na Universidade Cândido Mendes, foi aluno do Doutorado em Direitos Humanos pela Universidad Nacional Lomas de Zamora, Argentina, Coautor de diversas obras jurídicas publicadas por diversas editoras. Colunista da Revista Eletrônica Consultor Jurídico (Conjur). Colaborador da Rádio Justiça do Supremo Tribunal Federal.



O brilho do ouro

■ POR MARCIA DESSEN

“No Brasil, a cotação do grama do ouro em reais é calculada com base na cotação da onça do metal, em dólar, na Bolsa de Nova York, multiplicado pela cotação do dólar em reais.”

O primeiro semestre de 2020 foi desafiador e testou o limite dos investidores, e tudo indica que o teste continuará em razão de muita incerteza ainda por vir.

Os conservadores decepcionados com o desempenho da renda fixa que se atreveram a buscar rendimento em ativos de maior risco sentiram na pele o significado de risco e devem estar repensando o que é mais importante para eles, segurança ou rentabilidade.

Investidores moderados ou agressivos, teoricamente afeitos a riscos, tiveram a oportunidade de conferir seus limites de tolerância. O Ibovespa caiu 30% só no mês de março e, mesmo depois de alguma recuperação, fechou o semestre com queda de quase 18%.

Dois ativos brilharam nesse período, dólar e ouro, com valorização de 36% e 53%, respectivamente. Ambos são ativos que tendem a se valorizar em períodos de risco elevado e funcionam como proteção, contribuindo para minimizar eventuais perdas das carteiras, já que seus preços tendem a subir enquanto os de outros ativos caem.

Símbolo de riqueza, o ouro é um metal nobre, raro e valioso, que tem diversas aplicações industriais. Como investimento, tem perfil defensivo, pois é mais lembrado em períodos de grandes crises e utilizado para proteger a carteira de investimentos.

No Brasil, a cotação do grama do ouro em reais é calculada com base na cotação da onça do metal, em dólar, na Bolsa de Nova York, multiplicado pela cotação do dólar em reais.

É possível investir em ouro comprando contratos à vista na B3, disponíveis em três tipos: o lote-padrão de 250 g (OZ1D) e os contratos fracionários de 10 g (OZ2) e de 0,225 g (OZ3), com preços mais acessíveis, mas de menor liquidez.

Os custos são semelhantes aos praticados no mercado de ações: corretagem, emolumentos e custódia. Consulte sua corretora para saber quais são os custos transacionais.

Outra forma de investir é aderir a fundos de investimento especialmente constituídos para aplicar em ouro e, também, fundos multimercado que investem parte do patrimônio nesse ativo.


Também é possível comprar ouro físico, em barras, em instituições que comercializam o metal. Mas pense bem antes de optar pela guarda do metal em casa. Além de correr risco de perda ou roubo, o investidor terá custos adicionais na hora de vender as barras.

Como elas estão fora de ambiente oficial e seguro de custódia, terão de passar por um procedimento de reavaliação do teor de pureza para determinar seu valor e voltar ao mercado.

Em termos de tributação, os contratos de ouro negociados em Bolsa contam com o mesmo incentivo fiscal do mercado de ações.

O ganho de capital apurado em vendas de até R\$ 20 mil a cada mês é isento da incidência do Imposto de Renda. E não concorre com a isenção sobre as ações, assim o investidor pode alienar R\$ 40 mil por mês, R\$ 20 mil em ouro e R\$ 20 mil em ações, com isenção de Imposto de Renda sobre o ganho de capital.

A regra se aplica somente às operações de ouro “ativo financeiro”, que são os contratos negociados em Bolsa. Não é válida na venda de barra de ouro físico, considerada “mercadoria”, nem nos rendimentos apurados em fundos de investimento, tributados segundo as regras aplicáveis aos fundos de renda fixa.

Investimento em ouro tem riscos associados. É recomendado como instrumento de proteção, com alocação entre 5% e 10% da carteira, somente para investidores que tenham conhecimento e perfil de risco compatível. 



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

Covid-19 e Teoria Econômica: risco & incerteza

■ POR MAURÍCIO BUGARIN



“Sentindo na pele, com o surgimento do Covid-19, a dramática diferença entre risco e incerteza que é tão cara à Teoria Econômica, fica a esperança de que rapidamente acumulemos uma quantidade suficiente de informações seguras a respeito desse novo coronavírus e da nova pandemia, de forma a conseguirmos passar de um ambiente de incerteza para um ambiente de risco e podermos, então, tomar as decisões mais acertadas.”

De acordo com o Laboratório de Estudos Espaciais do Centro de Pesquisas Computacionais da Rice University, até o dia 24 de agosto de 2020, a pandemia causada pelo novo coronavírus havia causado a morte de quase 115 mil pessoas em todo o território nacional¹. Segundo a Sociedade Brasileira de Cardiologia, até essa mesma data mais de 260 cidadãos se tornaram vítimas fatais de doenças cardiovasculares no país².

Comparando-se os valores relativos a óbitos por causas tradicionais com aqueles provocados pelo novo coronavírus, poder-se-ia estranhar a grande preocupação originada pela pandemia do Covid-19 na nação. O que torna tão diferente essa nova epidemia dos desafios de saúde que os brasileiros enfrentam há anos e que dominam as causas de mortalidade?

O efeito da pandemia do novo coronavírus sobre a sociedade nos oferece a oportunidade de ilustrar dois conceitos fundamentais da Teoria Econômica moderna, os conceitos de *risco* e de *incerteza* e, pela própria situação que enfrentamos, entender a dramática distinção entre eles.

Ambos os conceitos de risco e de incerteza estão associados ao fato de vivermos em um mundo “não-determinístico”, ou seja, um mundo em que não temos informação completa sobre os fenômenos que nos cercam. A diferença fundamental entre esses conceitos diz respeito ao nível de incompletude dessa informação.

No caso de uma situação de risco, conseguimos antecipar o que pode ocorrer e até mesmo determinar probabilidades razoáveis sobre os possíveis acontecimentos. Quando nos deslocamos em nossa típica cidade brasileira, por exemplo, sabemos que corremos o risco de sermos assaltados no caminho. No entanto, por conhecermos a cidade, temos uma boa ideia de que regiões são mais perigosas, que horários são mais arriscados, que trajetos são mais seguros, que meios de transporte oferecem menor probabilidade de assalto. Com toda essa informação, temos como calcular com alguma precisão os riscos que corremos e escolher um deslocamento sem que o pânico nos domine. Trata-se de um caso em que corremos riscos, mas as consequências e suas respectivas probabilidades são relativamente conhecidas e isso nos permite tomar decisões com alguma segurança.

Em uma situação de incerteza, por outro lado, a informação é mais limitada, é difícil estimarmos as diferentes probabilidades do que pode acontecer e, em alguns casos, não conseguimos sequer prever tudo que é passível de ocorrer. Se tivermos que nos deslocar em uma cidade desconhecida que se sabe ter alta taxa de criminalidade em um país estrangeiro, pelo total desconhecimento prévio do local, estaremos em uma situação de incerteza: não sabemos que bairros são mais seguros, que vias são mais perigosas, às vezes nem mesmo a que tipos de crimes estaremos sujeitos. Nesse caso é bem mais difícil decidir com segurança e não será de se estranhar que um certo pânico tome conta de nós...


Uma doença que há anos acomete nosso país é a dengue. Em 2019 foram mais de um milhão e meio de casos em todo o país. Essa doença, no entanto, é relativamente bem conhecida. Sabemos como diagnosticá-la, como tratá-la e

como ela é transmitida. Ainda que não exista vacina contra essa enfermidade, apesar de todos esses casos, morreram menos de 800 cidadãos pela dengue em 2019³. Trata-se de uma situação de risco, certamente, mas não é de se estranhar que a dengue não cause comoção e que haja até certa displicência na sociedade, que precisa ser lembrada constantemente por campanhas públicas sobre a importância da medida básica de evitar acúmulo de água, por exemplo.

Compare agora com o Covid-19. Nada se sabia sobre essa nova doença até finais de 2019 e ela parecia relativamente circunscrita à província chinesa de Hubei no início do ano. Muitas informações contraditórias foram sendo reveladas: que não era transmissível pelo ar, que o vírus não resistiria ao calor, que seria uma simples gripe, etc., até que, de repente explodiram os casos no mundo. Vimos a Coreia do Sul, outros países da Ásia e até mesmo um navio de turismo serem fortemente atingidos. Em poucas semanas a Itália se tornou epicentro mundial da pandemia e as vítimas fatais se multiplicaram. Sobre essa nova cepa de coronavírus muito pouco se sabe até hoje, nem mesmo se uma pessoa pode ser por ele reinfectada. Trata-se de uma claríssima situação de incerteza em que não conseguimos estimar as probabilidades associadas à pandemia. Quantos serão infectados? Que órgãos de nosso corpo, além do pulmão, o vírus atinge? Por que algumas pessoas ficam com respirador por semanas e sobrevivem enquanto outras morrem em poucos dias? Que remédios poderiam ajudar: a cloroquina, anticoagulantes, antiparasitário, corticoides? Nem mesmo sabemos quantas pessoas de fato já foram contaminadas ou qual é a verdadeira taxa de fatalidade da doença.

Confrontados com essa situação de grande incerteza, entende-se a dificuldade que temos em tomar decisões e nos coordenarmos como sociedade.

Sentindo na pele, com o surgimento do Covid-19, a dramática diferença entre risco e incerteza que é tão cara à Teoria Econômica, fica a esperança de que rapidamente acumulemos uma quantidade suficiente de informações seguras a respeito desse novo coronavírus e da nova pandemia, de forma a conseguirmos passar de um ambiente de incerteza para um ambiente de risco e podermos, então, tomar as decisões mais acertadas.

Até lá, resta-nos manter o isolamento social, uma vez que uma das poucas certezas que temos sobre esse vírus é que ele tem alta transmissibilidade e que uma pessoa infectada já pode contagiar outros antes mesmo que os sintomas da doença nela se manifestem. 

NOTAS

- 1 <https://www.coronavirusbrazil.org>. Acessado em 24/8/2020.
- 2 <http://www.cardiometro.com.br/>. Acessado em 24/8/2020.
- 3 Mais precisamente, foram 782 óbitos. Vide Panorama Farmacêutico, 14/02/2020. Disponível em: <https://panoramafarmacaceutico.com.br/2020/01/14/brasil-teve-aumento-de-488-nos-casos-de-dengue-em-2019/> acesso em 6/5/2020/.



MAURÍCIO BUGARIN é Professor de Economia da Universidade de Brasília.

O uso indiscriminado da videoconferência durante a pandemia



■ POR EURO BENTO MACIEL FILHO; ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO – KAKAI E ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

“À luz do nosso Código de Processo Penal, essas tais audiências de instrução por videoconferência, decorrente de um ilegal “direito pandêmico”, representam verdadeira afronta ao Texto Constitucional.”

Logo ao entrar na faculdade de Direito, o estudante toma contato, ainda nas primeiras aulas do curso, com os princípios que regem a ciência jurídica, os quais servem de alicerce para a exata compreensão do nosso sistema legal.

Nesse momento do curso, portanto, é que o aluno aprende a regra mais básica e fundamental do Direito, qual seja, a de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da CF/88). Enfim, essa é a essência do princípio da legalidade, expressamente previsto na nossa Constituição Federal.

Referido princípio, é bom dizer, deve ser compreendido tanto como uma barreira, verdadeiro limite, aos mandos e desmandos estatais, quanto como escudo para resguardar o cidadão frente às “vontades” e arbítrios das autoridades. Até bem por isso, diz-se que, da mesma maneira que o particular não está obrigado a fazer o que a lei não manda, a Administração Pública, por sua vez, só pode fazer aquilo que a lei lhe permite.

De efeito, como bem ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria, ou seja, lá o que for para limitar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”¹.

Mas, para a exata compreensão da legalidade, é preciso ter em mente, ainda, que “a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69)”².

Dito isto, para que tudo fique bem claro, portarias, resoluções, comunicados, provimentos e outros papeluchos similares, não têm força de lei e, por isso, não se prestam a impor comportamentos aos cidadãos.

Ainda a respeito da legalidade, é preciso anotar que a sua incidência não se dá apenas no campo da “aplicação da lei”, mas, também, no da própria “elaboração” da norma jurídica, a qual se verifica por intermédio de um procedimento legislativo próprio e definido.

Afinal, tão importante como conhecê-las e obedecê-las, é entender como as leis são feitas e, mais que isso, quem pode legislar a respeito de qual assunto. Nesse ponto, então, surge outro princípio relevante, corolário lógico e indissociável da legalidade, que é o da reserva legal.

Foi, portanto, com estrita observância à reserva legal que a nossa *Carta Magna* definiu, em seu artigo 22, os temas que são de competência legislativa privativa da União, que a exerce por intermédio do Congresso Nacional. E, dentre aqueles, estão o “direito processual” (civil, penal, trabalhista, tributário etc.) e o “direito penal”.

Fica fácil notar, portanto, que, no tocante à aplicação do princípio da legalidade, nosso ordenamento jurídico está sedimentado, basicamente, em duas premissas fundamentais, ambas imutáveis e que não admitem exceções, quais sejam: a) somente a lei pode impor comportamentos/restrições aos cidadãos, e, b) uma determinada norma, para ter eficácia e aplicabilidade, precisa ter sido elaborada por órgão legislativo competente.

Mas, diante do período de exceção que atravessamos, como consequência da pandemia causada pelo novo coronavírus, podemos admitir uma quebra (ainda que justificada) da legalidade? A resposta, por óbvio, é negativa.

Contudo, ao menos no âmbito do Poder Judiciário, fato é que esse nosso atual momento de exceção acabou justificando certas alterações procedimentais que, ao menos sob um enfoque inicial, ostentam duvidosa legalidade.

De fato, em virtude da pandemia, as atividades forenses também sofreram profundo impacto, afinal, fóruns ainda continuam fechados, audiências foram canceladas, e, por óbvio, no meio disso tudo, o jurisdicionado foi muito prejudicado no seu sagrado direito de acesso à Justiça.

Entretanto, consoante expressa previsão constitucional, é fato que “a atividade jurisdicional será ininterrupta” (art. 93, inciso XII) e, além disso, essencial. Logo, apesar do Coronavírus, é evidente que as atividades judiciais (sobretudo as audiências e os julgamentos) precisam ser retomadas.

Até bem por isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – cujas competências vêm expressamente descritas no §4º, do artigo 103-B, da CF/88 – tem buscado regulamentar a atuação do Poder Judiciário durante esse período pandêmico, propondo alternativas viáveis para a paulatina retomada da prestação jurisdicional.

Entretanto, como o isolamento social continua sendo a medida mais eficaz para evitar o contágio, o CNJ tem incentivado o uso de ferramentas tecnológicas avançadas, como saída eficaz para compatibilizar, de um lado, a segurança de todos que transitam pelo ambiente forense e, de outro, a necessidade da efetiva distribuição de Justiça a quem precisa.

Assim, foi em nome dessa “segurança” que, lamentavelmente, a Justiça passou a atuar de forma cada vez mais distante do cidadão, na exata medida em que o antigo modelo presencial passou a ser substituído pela forma virtual, na qual tudo é feito por intermédio da tela de um computador. E foi justamente nesse contexto, no qual impera o “distanciamento”, que as audiências por “videoconferência” ganharam força e espaço.

Ocorre que, nesse período de pandemia, como forma de ajustar os procedimentos processuais vigentes à nova realidade, o nosso sistema jurídico tem vivenciado verdadeira invasão de “Provimentos”, “Portarias”, “Resoluções”, “Comunicados” etc., os quais, muito embora não tenham força de lei, acabaram norteando a atuação dos operadores do Direito. Como se não bastasse, é preciso considerar que, sob o beneplácito do CNJ, cada Tribunal resolveu baixar suas próprias determinações internas, assim criando inusitadas inovações procedimentais que, na maior parte dos casos, mostraram-se avessas às leis vigentes.

Sem dúvida, atualmente, há um “direito paralelo pandêmico” em vigor, o qual não se escora em leis, senão que, e apenas, em regramentos administrativos ditados pelos Tribunais do país.

Em meio aquela miscelânea de regulamentos, eis que o CNJ, a partir de atos normativos de duvidosa legalidade, decidiu adotar a videoconferência como alternativa aos atos processuais presenciais. De efeito, a partir da Portaria/CNJ n. 61, de 31 de março de 2020, foi instituída “a plataforma emergencial de

videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19”.

Ao depois, a videoconferência voltou a ser abordada na Resolução/CNJ n. 314, de 20 de abril do ano corrente, quando, então, foram delegadas aos Tribunais estaduais tanto a incumbência de disciplinar o trabalho remoto de magistrados e servidores, quanto a tarefa de promover, “de forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de justiça”, a realização “de todos os atos processuais, virtualmente” (art. 6º).

Recentemente, foi publicada, no último dia 30 de julho de 2020, a Resolução/CNJ n. 329/2020, cujo texto é expresso ao afirmar que “a realização de audiências por meio de videoconferência em processos criminais e de execução penal é medida voltada à continuidade da prestação jurisdicional, condicionada à decisão fundamentada do magistrado” (art. 3º). Referida Resolução, insta aqui dizer, tem por escopo “permitir” e regulamentar o uso da videoconferência na realização de audiências e outros atos processuais.

Nota-se, pois, que a adoção da videoconferência foi, de fato, a alternativa adotada pelo CNJ para permitir a continuidade da atuação jurisdicional em tempos de pandemia. Trata-se, portanto, nos termos expressos da referida Resolução 329/2020, de medida “transitória e excepcional”, aplicada em substituição à forma presencial prevista em lei.

E é justamente essa banalização da videoconferência, por mais justos que sejam os motivos da sua adoção, que fere, de morte, a legalidade e o devido processo legal.

Mencione-se, por relevante, que a realização de audiências por videoconferência não é algo novo no nosso Direito Processual Penal, afinal, desde a Lei 11.900/2009, o nosso C.P.P. admite o uso daquela ferramenta, porém, em situações absolutamente justificadas e excepcionais. Ou seja, a nossa lei processual penal está redigida de forma a privilegiar os atos processuais presenciais, relegando a videoconferência para situações especialíssimas.

Com efeito, a Lei Adjetiva Penal prevê, expressamente, apenas três únicas situações nas quais a videoconferência pode ser adotada. São elas: a) artigo 185, § 2º, que trata, especificamente, da realização do interrogatório judicial do acusado preso; b) art. 217, que é específico para situações nas quais a testemunha não queira depor na presença do acusado; e, c) art. 222, § 3º, cujo preceito é específico para o caso de testemunha residente fora da Comarca do Juízo processante.


Logo, o uso da videoconferência para a realização de interrogatórios de réus presos, ao arrepio das expressas disposições da lei processual penal, ou, então, para interrogatórios de réus soltos, bem como para oitivas de testemunhas residentes na Comarca do Juízo Processante, são, claramente, situações que burlam a legalidade. Porém, atualmente, a Lei Processual Penal está sendo deixada num segundo plano, sob a escusa de vivermos um momento de exceção, o que não pode servir de justificativa para a quebra de preceitos jurídicos fundamentais, estribados em normas constitucionais expressas.

Apenas para que tudo fique bem claro, cumpre dizer que o cerne da questão não está na videoconferência em si, já que o uso daquela ferramenta no processo penal realmente tem previsão legal. O problema é outro, qual seja, a adoção geral e irrestrita daquela tecnologia, em toda e qualquer audiência de instrução, ao completo arrepio da vigente lei processual penal.

Nesse ponto, cumpre sempre lembrar que as regras procedimentais estabelecidas no nosso Código de Processo Penal têm evidente viés garantista. Afinal, a estrita obediência às formalidades processuais (*due process of law*) deve ser vista tanto como garantia inerente à salvaguarda do sagrado direito de ir e vir do cidadão quanto, também, como proteção ao jurisdicionado, na exata medida em que lhe garante um processo justo, regulado por regras claras e precisas.

Sendo assim, é imperioso admitir que aquilo que não está expresso na lei, não pode ser imposto ao cidadão. Por conta disso, como o uso indiscriminado da videoconferência nas audiências de instrução criminais – isto é, fora daquelas expressas “permissões legais” – não encontra amparo na legislação processual penal vigente, é manifesta a ofensa à legalidade.

À luz do nosso CPP, essas tais audiências de instrução por videoconferência, decorrente de um ilegal “direito pandêmico”, representam verdadeira afronta ao Texto Constitucional. Ao cabo de contas, de um lado, em virtude do princípio da reserva legal, é cediço que o CNJ e as Cortes Estaduais não possuem competência legislativa em matéria processual e, de outro, é óbvio que “Provimientos”, “Portarias”, “Resoluções” e demais quejandos, não têm – e nunca tiveram – força de lei.

Logo, se há mesmo interesse no uso (e abuso) da videoconferência ao longo da instrução dos feitos criminais, é preciso, para a sua legítima utilização, ou que haja prévia, e expressa, concordância das partes (o que, infelizmente, não é levado em consideração), ou, então, que o legislador competente altere a lei processual penal, a fim de regulamentá-lo. Da forma como está, o que temos, hoje, é um método canhestro e ilegal de audiência, que viola o devido processo legal, afronta a ampla defesa e, principalmente, desafia a legalidade. 

NOTAS

- 1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 102/103.
- 2 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 421



ARQUIVO PESSOAL

EURO BENTO MACIEL FILHO é Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor universitário, de Direito Penal e Prática Penal, advogado criminalista e sócio do escritório Euro Maciel Filho e Tyles – Sociedade de Advogados.



ARQUIVO PESSOAL

ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO - KAKAI é Advogado criminalista.



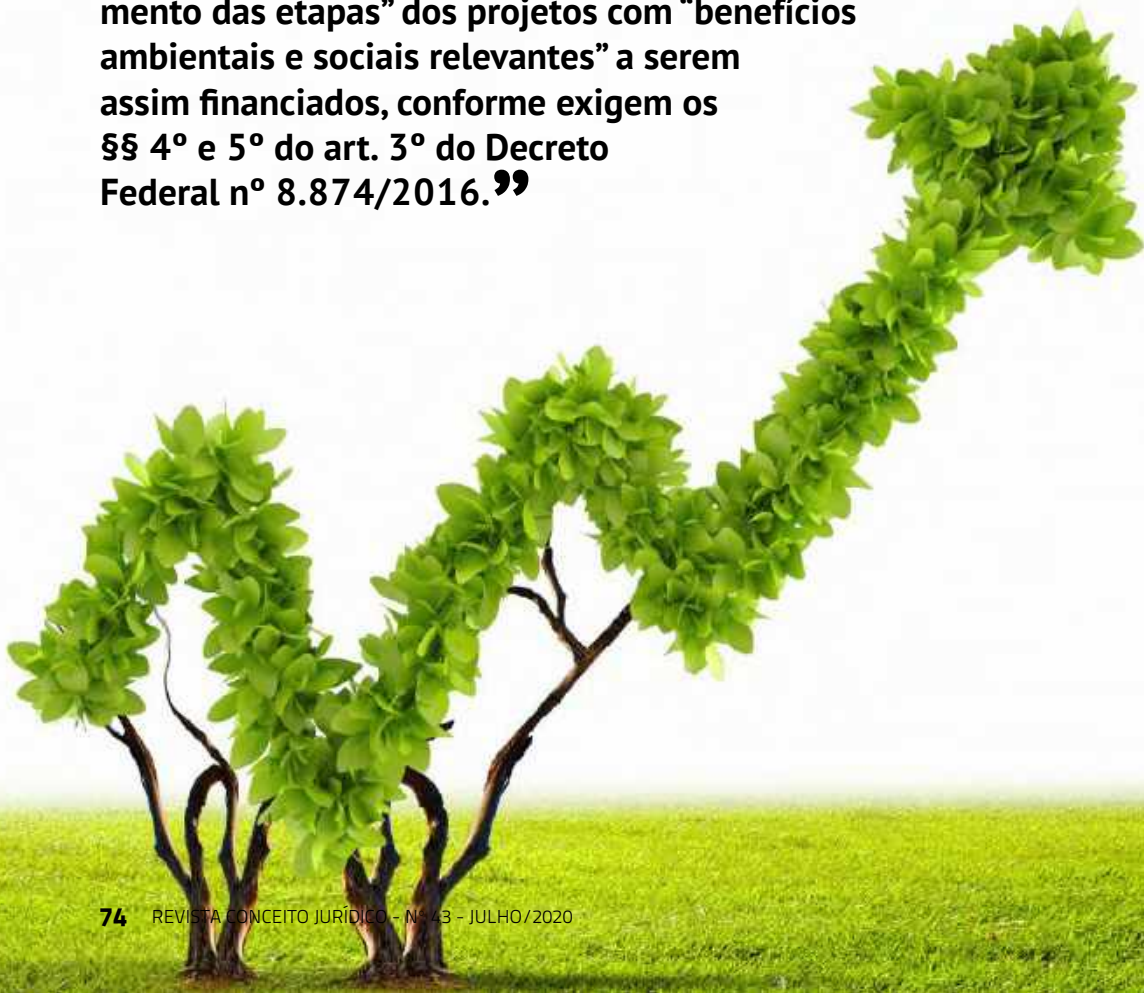
ARQUIVO PESSOAL

ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ é Advogada criminalista.

Debêntures Verdes: alternativa de financiamento privado para projetos sustentáveis

■ POR EMERSON DRIGO, MARCELO SIMÕES DOS REIS E RAFAEL FILIPPIN

“Para a efetiva adoção das chamadas “debêntures verdes”, ainda se faz necessário que os diversos Ministérios potencialmente envolvidos editem portarias próprias definindo “requisitos simplificados para aprovação” e “forma de acompanhamento das etapas” dos projetos com “benefícios ambientais e sociais relevantes” a serem assim financiados, conforme exigem os §§ 4º e 5º do art. 3º do Decreto Federal nº 8.874/2016.”



A notória dependência por financiamento público e bancário levanta preocupações sobre a sustentabilidade econômica de projetos relevantes para a economia brasileira há muito tempo.

Por isso, uma medida tomada no apagar das luzes de 2010 para estimular o ingresso do capital privado nessa área chamou muito a atenção: a redução – prevista no art. 2º da então Medida Provisória nº 517/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.431/2011 – da alíquota do imposto de renda para debêntures, certificados de recebíveis imobiliários (CRIs) e cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDCs), quando concebidos para captação de recursos voltados à execução de “projetos de investimento na área de infraestrutura, ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação”. Nasceram assim as chamadas “debêntures incentivadas” e “debêntures de infraestrutura”.

Importante lembrar, contudo, que o dispositivo legal retro citado limita o alcance do benefício fiscal àqueles projetos “*considerados como prioritários na forma regulamentada pelo Poder Executivo federal*”, o que veio a ser regulamentado pelo Decreto Federal nº 8.874/2016, embora de forma bastante concisa e, na visão de muitos, inicialmente incompleta.

Novidade recente, por outro lado, foi a trazida pelo Decreto Federal nº 10.387/2020, que acresceu e explicitou no rol de projetos prioritários aqueles que “*proporcionem benefícios ambientais ou sociais relevantes*”, dando margem à possibilidade de estruturação e distribuição no mercado do que tem sido chamado de “debêntures verdes”, que sinaliza a adoção de uma política de financiamento a projetos sustentáveis.

Com efeito, a Constituição de 1988 dá respaldo para essa iniciativa em seu art. 170, VI quando permite o “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, assim como as “debêntures verdes” podem ser caracterizadas como uma espécie de “instrumentos econômicos”, previstos no art. 9º, XIII da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, com redação dada pela Lei Federal nº 11.284/2006.

Além disso, a leitura mais atenta da redação anterior do Decreto Federal nº 8.874/2016 sinaliza que não havia um real impedimento à estruturação e negociação dessas “debêntures verdes”. Mas, com efeito, a nova redação trazida pelo Decreto Federal nº 10.387/2020 parece melhor atender e estar mais bem alinhada com as tendências internacionais, no sentido de privilegiar o desenvolvimento de iniciativas voltadas ao maior cuidado com a governança e com o meio ambiente e a sociedade do entorno dos empreendimentos.


Assim, a emissão de títulos de dívida como as debêntures – já de longa data conhecidas e reguladas pela Lei das SA – por companhias estruturadas e voltadas especialmente à promoção de projetos relacionados às áreas de mobilidade urbana, energia e saneamento básico e que tragam em seu bojo “*benefícios ambientais e sociais relevantes*” podem representar incremento considerável na obtenção de recursos, via mercado de capitais, para o financiamento das atividades dessas companhias.

Considerando-se, inclusive, o cenário de migração de investimentos mais conservadores (com retornos cada vez menores, em função das quedas nas taxas de juros em nível global, entre outros fatores) para investimentos que ofereçam maior retorno (não obstante um maior grau de risco), o incentivo fiscal garantido pela legislação agora em vigor, ao garantir um retorno líquido mais atrativo, pode realmente impulsionar o uso dessa modalidade de títulos.

É de se lamentar, apenas, que o § 4º do art. 2º do Decreto Federal nº 8.874/2016 (neste incluído pelo Decreto Federal nº 10.387/2020) tenha deixado de mencionar expressamente projetos sustentáveis dos setores de logística e transporte e de irrigação, os únicos incisos do § 1º que não foram repetidos no § 4º. Talvez tenha aqui o Poder Executivo imaginado que tais setores já estariam atendidos pelas “debêntures de infraestrutura”, não necessitando assim de um tratamento mais explícito. No entanto, não há nada que impeça uma combinação de ambas as modalidades, de forma a se buscar a estruturação de “debêntures verdes” e “de infraestrutura” para um mesmo projeto, que muito provavelmente contariam com ampla receptividade no atual contexto do mercado de dívida brasileiro, permeado pela necessidade de atendimento às melhores práticas ESG (“environmental, social and governance”) conforme já observado.

Neste sentido, aliás, é interessante mencionar que as conclusões do relatório “Destravando o Potencial de Investimentos Verdes para Agricultura no Brasil”, elaborado pela Climate Bonds Initiative, em parceria com o Subcomitê de Agricultura do Brasil, da Iniciativa Brasileira de Finanças Verdes, e divulgado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento em fins de junho de 2020 incluem expressamente as “debêntures verdes” como um instrumento a ser priorizado.

Seja como for, é importante destacar que, para a efetiva adoção das chamadas “debêntures verdes”, ainda se faz necessário que os diversos Ministérios potencialmente envolvidos editem portarias próprias definindo “requisitos simplificados para aprovação” e “forma de acompanhamento das etapas” dos projetos com “benefícios ambientais e sociais relevantes” a serem assim financiados, conforme exigem os §§ 4º e 5º do art. 3º do Decreto Federal nº 8.874/2016. Somente com a edição das referidas portarias setoriais específicas é que projetos dessa natureza poderão ser aprovados e, assim, lançar as “debêntures verdes” para obtenção de financiamento no mercado, com aproveitamento do tratamento tributário diferenciado garantido pela Lei nº 12.431/2011.

Espera-se, assim, que os Ministérios setoriais potencialmente envolvidos busquem acelerar a edição de regulamentos específicos nesse sentido, de forma que esse mercado possa ser plenamente desenvolvido e trazer, com isso, a disseminação de projetos sustentáveis. 



ARQUIVO PESSOAL

EMERSON DRIGO é sócio de VDV Advogados, Professor da Faculdade de Direito de São Paulo da FGV – FGVLaw, membro e Subcoordenador da Comissão Técnica do Instituto Brasileiro de Relações com Investidores – IBRI.



ARQUIVO PESSOAL

MARCELO SIMÕES DO REIS é Mestre em Direito Internacional pelo Centro Universitário de Brasília e Analista na Coordenação do Ponto de Contato Nacional para as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais.



ARQUIVO PESSOAL

RAFAEL FERREIRA FILIPPIN é Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela UFPR e sócio-coordenador da área regulatória e ambiental da Andersen Ballão Advocacia.

O direito e o outro no mundo contratual

■ POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

“Apenas alguém inocente pode imaginar uma licitação e um contrato acima de qualquer suspeita em que possa se abstrair a maldade humana. Hobbes tinha razão quando pensou o Estado como pessoa (ou como monstro – Behemot – pessoal ou imaginário) a manipular as conveniências (Introdução ao “Leviatã”).”

INÍCIO DO CONHECIMENTO E O COSMO

As indagações filosóficas começaram, no mundo ocidental, pelo cosmo. Os gregos preocuparam-se em indagar de seu início, de sua essência (de que era feito, de água, ar, fogo?), de como era feito. O homem de então olhava para cima e via um enorme infinito. Vastas luzes piscando e correndo pelo céu, sem que pudesse encontrar qualquer explicação para tais fenômenos.

Demócrito viu o átomo. Heráclito o movimento. Parmênides a estagnação. Outros discutiram a matéria. Como é feita? Para que serve?

O mundo era perceptível e feito para que fosse utilizado e aproveitado. Os deuses conviviam com os humanos. Tinham filhos juntos. Dialogavam, conversavam. Eram antropomórficos.

Preocuparam-se também com o comportamento humano. Platão retratou tudo em seus diálogos. Questionou a coragem, o amor, o conhecimento, o mundo.

Com o advento do cristianismo e com a divulgação dos relatos paulinos, os comentaristas divisaram a existência de um mundo extraterreno e nela viram uma segunda vida. Para não se enojarem com esta, passaram a crer na existência de um único deus, que prometia uma vida futura e boa para quem seguisse determinados mandamentos (ética).

O TRANSCENDENTE E O CRISTIANISMO

Já não era este mundo o objeto do conhecimento. Era outro. Transcendental. Um mundo inacessível pelo conhecimento, mas apenas pela fé. Não adiantava querer conhecê-lo. Bastava a crença em sua existência. O conhecimento esbarrava em dogmas. Tudo estava escrito.

Os filósofos que se debruçaram sobre a doutrina cristã passaram a não mais discutir a causa das coisas. A causa era uma só. Tudo provinha de um deus. Ele deliberava sobre tudo e sobre todos. Era o dono da vida e da morte. Era onisciente e onipotente. Todos deviam-lhe irrestrita obediência. Questionamentos não eram permitidos. A obediência era o mandamento primeiro. De pouco adiantava o questionamento, se tudo já estava determinado.

Com a predominância da igreja católica durante toda a Idade Média, houve um obscurantismo no pensamento.

Desnecessário pensar, porque tudo estava pronto.

O USO DA RAZÃO

O homem começa a se indagar com Descartes. O “cogito” era o único conhecimento possível. Coloca tudo em dúvida. Posso ser objeto de um deus brincalhão que me ilude. O conhecimento empírico é ilusório. Não tenho certeza que conheço as coisas. As indagações cartesianas levaram o homem a pensar. A única coisa de que não posso duvidar é que existo. Se existo, penso; se penso, existo.

De outro lado, se o homem é finito e posso pensar o infinito, deus existe, porque só um ser perfeito pode admitir que eu, imperfeito, pense nele. Assim, conclui Descartes, só tenho certeza de duas coisas, o eu e deus.

Como sua preocupação, o homem passou a pensar em si. O objeto do conhecimento passou a ser o eu. Evidente que deus continuou a ser objeto de indagações, porque passou a existir para muito mais pessoas e, pois, a crença se generalizou. Não só o deus cristão, mas outros deuses de outras religiões, passaram a ter existência no inconsciente das pessoas e, pois, passou a ser um objeto de fé. Não de conhecimento.

Com as lições de Freud e da psicanálise, o eu passou a não ser apenas uma coisa. Uma instância meditativa, mas um ser em confronto consigo próprio. Não era só um eu. Freud nos ensina que há três “eus”. Um que é o inconsciente, aquele que está em permanente ebulição. Sujeito passivo de afetos. Refém de pulsões. Não pode se controlar e entra em confronto com outro “eu”, o denominado “ego” que fica esticado entre as pulsões do id e a repressão do mundo. O ego sofre bastante. O ego busca deter o id que está em permanente disputa interna e, ainda mais, sofre a censura do superego.

Freud e a psicanálise despertam o conhecimento para o interior dos homens. Não se esquece, no entanto, de que o eu vive em sociedade e nela é que deve conviver. Volta ao “nosce te ipsum”, isto é, conhece-te a ti mesmo socrático. Sei que nada sei. Há a angústia da ignorância e de estar em um mundo sem explicações e soluções.

A partir daí, o homem descobre que entra em contato com outros homens. Sabe que não está só no universo. Existem outros “eus” e que se relacionam. A sociologia detecta que o homem é um ser social. Convive com outros. Descobre o outro.

Durante toda a história do universo, os homens entram em confronto. O homem parece ter um instinto natural para o conflito. É bélico. Hobbes dirá isto com todas as letras. Talvez não por instinto, mas porque se sente ameaçado.

É curioso como o homem só no universo é um ser angustiado por não ter o que fazer. O outro vai servir de convivente. No entanto, ao mesmo tempo que nascem interesses comuns, que podem partilhar, nascem interesses conflitantes. Se quero fazer uma casa, por exemplo, preciso do outro. No entanto, feita a casa, quem nela estará? Eu ou o outro? É fatal que irá ocorrer um conflito sobre os denominados bens da vida.

O nós não é o plural do eu. O nós é uma soma de outros “eus” que irão disputar o mesmo lugar no mundo.

A SOCIEDADE DE MASSA

Nasce a sociedade de massa e o “nós” desaparece nela. O eu identificado com o ser está tranquilo, ainda que possa ter problemas vivenciais. No entanto, quando entra em contato com o eu, tem que renunciar a uma série de direitos que poderia exercer. Desde que irá contatar o outro, já não será o mesmo “eu”, mas o eu com uma série de restrições em seu comportamento. Poderá juntar-se a outro eu para viverem juntos. No entanto manterá, cada um, sua identidade.

Quando nasce a massa, o homem nela se dilui. Torna-se um anônimo. Um ponto obscuro no universo. Poucos sobrevivem e adquirem identidade.

Na massa há a indiferença pelo outro. Daí nasceram as grandes guerras e todos os sacrifícios que nela foram praticados (campos de concentração, remoção de populações inteiras, crimes étnicos, perseguições de homossexuais, de ciganos, negros e judeus). Assemelha-se ao fato do bêbado que se aproxima de uma casa em chamas e indaga se pode nelas acender seu cigarro. É a perda da consciência social e da banalização da violência, no dizer de Arendt.

O OUTRO

Daí o renascimento do outro. Preciso procurá-lo, para que possamos conviver. Eu sozinho nada sou. O eu consciente em busca do outro.

A criança também passa por fases parecidas às da humanidade. Primeiramente, tem seu conhecimento fragmentado porque ainda não adquiriu identidade. Posteriormente, vê-se no espelho e adquire a consciência do eu. Depois, vê seu igual e nele busca sua projeção. A seguir, vê seu diferente, ou seja, o outro sexo e vai a sua procura. A criança vai depender do outro. Inicialmente, na fase de alimentação, depois no andar, na fala, etc. Por fim, descobre o outro.

Todos passam por tais fases, até a descoberta e a busca do outro. Na massa, o anônimo desaparece. É um a mais. É um ser ignorado e ignorante. Pode até buscar conhecer-se, mas se perde em indagações desnecessárias e inúteis, voltando a se consumir.

O homem sozinho não é nada. Busca a si próprio e não se acha, seja pela perda da identidade, seja por não poder conhecer todo seu interior. O id é objeto de análise profunda de toda a psicanálise e há um ponto obscuro e indevas-sável ao conhecimento humano. É que o mundo das paixões é incognoscível em toda sua inteireza.

O homem na massa é um a mais e inconsciente de toda sua pujança, seja em sentimentos e afetos, seja em participação na orientação de sua vida e na interferência dos outros.

Busca a sociedade. Busca sua identificação. Busca seus iguais. Busca senti-mentos comuns. Busca o outro que lhe seja igual. O narcisismo compreende a busca, no outro, de caracteres próprios. O problema ocorre quando o outro é outro. Enquanto busco nele minha identidade e procuro imprimir no outro minhas características, estou sendo egoísta. Quero refletir-me, qual narciso diante do espelho de água, em outra figura. Quando não me encontro no outro, dele me afasto.

Nos relacionamentos afetivos isto é comum.

Em toda aproximação humana há a explicitação narcísica, isto é, o objetivo da dominação. Longe de nós a idéia romântica do nascimento da sociedade e do estado em termos de um pacto à maneira de Hobbes e Locke. Jamais houve determinado momento histórico em que todos se sentaram à beira de um fogo amigo para discutir como iriam suportar a vida através de pacto de segurança entre eles. Hobbes tem razão no precedente, qual seja, ao discutir o “homem” no primeiro capítulo do “Leviatã” asseverou que há um instinto de dominação sempre presente. A belicosidade era até natural, uma vez que as tribos lutavam pelo espaço próximo à água, a bons lugares de defesa, à caça farta de animais ou de produtos agrícolas que pudessem obter de forma mais tranquila.

Ocorre, acrescenta, que surge o conflito em torno de lugares, em torno de caça, em torno de mulheres, em torno da necessidade de mão escrava para trabalhos mais complexos. Com o surgimento de armas ainda rudimentares, com a complexidade da vida que passa a ser vivida, isto é, com a necessidade de alimentação da tribo, tudo se complica. O ser responsável pela horda passa a sentir-se impotente sozinho. Outros o auxiliam. Lutam contra terceiros. Dominam. É necessário, inclusive, alimentar os prisioneiros. É preciso mais mão de obra. Mais homens e mulheres copulando o que significa o cresci-mento etário da tribo.

Uma tribo busca dominar a outra. Buscam estabilizar-se em determinados pontos em que é mais fácil a defesa e, eventualmente, água farta, facilidade de caça e de fuga. Começam a nascer estratégias de vida.

Daí a afirmação de que os homens estão em constante e permanente guerra. Uns buscam dominar os outros. Estamos falando do mundo originário. No entanto, com o passar dos tempos, nada mudou. Alteraram-se os modos da guerra, as formas de luta, as táticas, etc. Mas, a essência é a mesma.

O homem em estado de natureza estava em conflito. Quando se unem em tribos, o confronto persiste. Com o nascimento das cidades, passam a ser mais organizados, mas as lutas estão sempre presentes. Com o estado, que nasce sempre por força de dominação, as guerras nascem e prosseguem, mas não terminam.

A vida é um eterno combate. Sempre inglório. É uma guerra interna, para entender-se. É guerra com o outro e é também guerra com todos.

O CONTROLE DAS PAIXÕES E O PACTO DE SUJEIÇÃO

Como se vê, não só a vida em sociedade depende de um acalmar das paixões, como também a instituição do estado. A convivência social decorre de uma abstenção de força. Dir-se-á que surgiu um pacto entre os viventes. Não me parece assim. Em verdade, acalmam-se os conflitos por força do domínio que um grupo ou uma pessoa submete os demais. Alguém mais forte domina e traça as regras de seu império. Nasce o *pactum subjectionis*, isto é o pacto de sujeição a determinada pessoa (monarquia) ou a um grupo (aristocracia).

De início, alguém ou um grupo, traça as regras sob as quais exercerá seu domínio. Permite que as pessoas se comportem de determinada maneira, impondo condutas exigíveis. Jamais admitirá que alguém divirja ou se levante contra suas ordens (não se admite a insurreição). Deve haver a obediência.

Mesmo quando todos podem escolher seus governantes há a dominação. As regras são impostas pelo grupo que as edita. A democracia outra coisa não significa senão a violência disfarçada em seu mais alto grau. No entanto, um grupo é que manda. Outro ou outros obedecem.

O ESTADO E O OUTRO

O estado não nasce, pois, da romântica idéia de um pacto em que todos concordam em abrir mão de determinados direitos (que não se sabe quais são) em prol da conformidade social. Hobbes entende que se o homem se sujeitou ao pacto, dele não pode sair e contra ele não se pode voltar. Locke, pai do liberalismo, afirma que a sujeição ao pacto mantém inteiros seus direitos, os mesmos que possuía quando homem da natureza, isto é, propriedade, vida e liberdade.

Rawls reafirma o pacto, mas de forma diferente, isto é, sob o véu de ignorância, a significar que as pessoas não sabiam, exatamente, quais os direitos que entregavam à coletividade. Mas, afirma que não só aqueles que entende justos, mas também, da justa partilha dos bens e, especialmente, aos mais necessitados.

Entendo que o pacto não existiu. Pode-se falar em um pacto de sujeição, mas sem que as pessoas tivessem deliberado a respeito e aberto mão de seus direitos. Estes não existiam no estado de natureza. O que havia, no estado de natureza, era o comportamento emocional e o exercício da força. Só.

Com a dominação de um pelo outro nasce a sociedade. Podemos entender por sociedade a existência de um agrupamento de interesses comuns. Evidente que ela se organiza. Alguém sempre assume o cuidado com os interesses comuns. Nasce aí o líder, não o chefe de estado. Na sociedade, aquele que busca cuidar dos interesses comuns tem seus sentimentos mais controlados. Apenas isso.

Com a estrutura do estado que nasce, como se viu, da dominação de um ou de alguns sobre outros, cabe ao primeiro impor suas regras. Dirá como será a vida em comunidade (não por pacto, mas por imposição), quais serão as regras de convivência, quais as obrigações de cada um. Pode até instaurar

normas de diversos tipos para obediência diferente. Não há a igualdade como a concebemos hoje. Há privilégios aos grupos dominantes.

Será que não foi assim que se passou na Idade Média? Será que não é assim que se passa na história da igreja católica? Será que não foi assim nos baronatos, nos reinados de outrora? Como nasce a nobreza, senão por ordens superiores. Como surge a obediência, senão pelo medo.

O medo deve ser mais bem estudado por todos, psicólogos, sociólogos e juristas. Na psicologia, é o sentimento que domina os outros impulsos. As pulsões sobem em conjunto e, pois, não há liberdade na decisão interna. Um sentimento domina o outro. Na sociedade, o medo predomina no comportamento humano em confronto com outros seres. E, no direito, o medo importa na restrição à conduta, por receio da sanção.

Em tal estrutura, como havíamos mencionado, sobressai a figura do outro. O outro e não o estado é que vai pautar nossa conduta. Enquanto estamos fazendo auto-análise, apenas estamos procurando nos dominar (vã pretensão!). Quando cuidamos do estado, temos toda uma concentração de normas que nos impede de agir sob pena de punição.

O que nos resta é o outro. Nele é que vamos buscar nossos limites, nossa afeição e nossa responsabilidade. Há como que uma roda gizada ou uma luz imaginária que traça nossos limites em relação ao outro. É o outro que dará nossa dimensão. Evidente que as normas de comportamento traçadas pelo estado e pela ética levam-nos à restrição de condutas.

É a repressão, sem dúvida, que nos impõe os limites. O estado fixou as regras restritivas. No entanto, é o outro, sua visão, que nos dá a dimensão da sanção. É o conhecimento que tenho do outro, de sua só existência, que irá impor o comportamento adequado. Se o outro é mulher, os sentimentos serão mais leves; se homem, há as garras que devo mostrar. Se criança, a simpatia se sobrepõe.

O outro é sempre um indivíduo. Pouco importa quem. Homem ou mulher, criança ou adulto. O outro é o meu limite. Abstraímos o estado. Pensamos apenas na alteridade. Na intersubjetividade. Como dizia Rimbaud, “o outro é eu”. Não em união de corpos. Não é disso que se fala. Também disto. Mas, a ambição do relacionamento é maior. É o outro o indivíduo. Não identificado. Pouco importa quem seja. Sem nome.

A regra de comportamento pode estar escrita. As sanções também. Mas, não se pensa nisto, agora. O que vale é o relacionamento que mistura medo com dominação. De lado a lado. Um não quer que o outro invada seus limites. O outro pensa o mesmo. Ambos se respeitam.

Se os limites são obedecidos, há apenas convivência social. Passeiam, trocam idéias, casam-se, convivem, brigam, mas tudo se conforma entre eles. Independentemente do estado. Este não conta. Os exemplos se multiplicam quando penso no relacionamento comercial. Contratos adimplidos, palavras mantidas, pagamentos efetuados, tudo é pacífico e sem contraste.

Há o respeito pelo outro e reciprocamente as pretensões se acalmam e se resolvem.

Posso ser indiferente ao outro. Ele pode existir, estar a meu lado e eu o ignoro. É a anomia. Dele não tomo conhecimento. Ele leva sua vida e eu a

minha. Cada um dentro de seu mundinho autista. Cada qual com sua viola debaixo do braço. É o relacionamento indiferente. O outro existe e sei de sua presença. Só que a desconheço.

O direito existe, pois, na forma de sanção, para disciplinar meu comportamento com o outro. É dele que me devo ocupar. É ele que pode ultrapassar a linha demarcada de cada conduta. É seu rosto que está vivo e sempre disposto a estender seus laços para abraçar-me. É dele que provém a pretensão de domínio. É com ele que devo acertar contas. É com ele que tenho que conviver. É dele que tenho medo.

O PROCEDIMENTO ESCRITO E O CONVENCIONAL. A SOCIEDADE

O procedimento a regular nossas condutas está escrito ou é convencional. Em verdade, não há como ultrapassar os limites traçados. Mas, quem os traça? Quem domina. Não há e nem houve qualquer pacto, seja na imagem hobbesiana seja na de Rawls. Podemos admitir que, em determinado momento histórico, apenas como imagem, nasceu uma convenção rotulada de pacto que disciplina a convivência social. A partir daí deixou de existir a sociedade e passou a existir o estado. Ambos se separam. Tocam-se, mas não se misturam. Um é poder que busca incessantemente sua presa. Outra (a sociedade) é que pensa disciplinar sua vida em comum, mas é dominada pelo estado.

Sociedade e estado, hoje, são noções antitéticas. A sociedade é onde se passam todas as coisas, o comércio, as negociações, a indústria, os casamentos, os relacionamentos de toda ordem, as construções, etc. O estado é que traça as regras para que tudo seja possível. O governante disciplina o funcionamento da sociedade. Dentro do possível, domina-a de forma contundente. A sociedade, por vezes, busca alterar as regras do jogo, para sair do sufoco estatal. Poucas vezes consegue.

De vez em quando, torna-se insustentável o modo de ser do governo e entra em confronto com a sociedade. Esta então se mobiliza (1968 na França é bastante identificador do que se diz) e busca caminhos para reformar o estado. Este, em algumas vezes, está superado. Não mais tem como atender a sociedade ou se torna corrupto a ponto de ter que cessar. Como exemplo temos inúmeras ditaduras no continente africano e algumas na América do Sul.

O OUTRO E O CONTRATO. LÉVINAS

Este confronto irá refletir-se no relacionamento do eu com o outro.

O comportamento social reflete, pois, sempre determinado momento histórico e certo tipo de estado e de sociedade. Há que se buscar, todas as vezes, a característica da dominação. Como veio e de que forma se exerce. A sociedade cubana sob Fidel e Raul é massacrada pelo controle policial, tal como sucedera em inúmeros outros países do leste europeu e da América latina.

As normas processuais e procedimentais irão disciplinar eu e o outro quando houver o confronto. Viu-se a anomia e a indiferença, bem como a auto composição das lides. Até aí, respeito o outro e o outro é recíproco.

Na sociedade, irrelevantes as normas jurídicas, tenho que manter, diariamente, o relacionamento com o outro. Não estou pensando na sociedade de massas. Estas são ignaras e irrelevantes. Somente se movimentam quando, por força do inconsciente coletivo, conseguem ser movimentadas. Vira, então, a turba. Esta é insensata. É plural e inconsequente. É emotiva. Impulsiva. Violenta, dependendo dos motivos que a levam a se movimentar.

O outro, como já disse, é o indivíduo. A alteridade se reflete nas normas que traçamos, nós mesmos, como exigências de convivência. Irrelevantes as normas do estado. Retorna-se ao estado de natureza para saber que não podemos agredir nem queremos ser agredidos. Temos medo comum. De atacar e de ser atacado.

O limite do outro sou eu. Eu sou seu linde. Reciprocamente, não podemos quebrar pactos ou acordos. Não os que poderiam ter feito na origem do Estado, mas aquele traçado pelo olhar. É o caso do confronto que surge no ônibus quando dois compraram a mesma cadeira. Um a quer e o outro também. Não há norma de precedência na aquisição. Houve erro na emissão. Como solucionar o problema? A regra de convivência que traço nos limites do eu com o outro. Não do nós, mas de um eu com outro eu.

O direito apresenta-se, assim, não em seu sentido subjetivo do “eu tenho o direito de”. O direito não é reflexivo. Só existe na alteridade. Logo, o eu não é fonte de todos os direitos. O direito não é editado para proteger o eu. O direito subjetivo, em tal sentido, não existe. Quando se fala eu tenho direito subjetivo a comprar, casar, adquirir, vender, etc., não há direito subjetivo. O direito nasce da norma em relação ao outro. Tenho o direito de comprar alguma coisa de outro, de casar com outra, de adquirir alguma coisa de alguém ou de vender algo para quem quiser comprar.

Neste passo, é mero rótulo que engloba uma série indeterminada de relações. Relações no sentido de intersubjetividade, de alteridade. Difere de situações. Estas não se relacionam. O sujeito está sobranceiro ao contato com o outro. O eu gera uma infinidade de relações ou o eu não gera relação e não se esgota nelas. É a diferença que se faz entre poder e direito. Aquele, embora ingresse divergência com o outro, não se esgota quando a divergência desaparece. No direito, as relações se exaurem e se evaporam. É o título de crédito que, solvido, deixa de existir como título exigível.

Em tal sentido, não se pode falar de direito subjetivo, nem de direito que advenha da norma pronta e em abstrato para ser utilizada. O direito pressupõe o outro e o engloba em relações jurídicas múltiplas.

Diga-se o mesmo em todas as relações jurídicas (estamos pensando, até aqui, do relacionamento entre pessoas).

Meu direito esbarra no limite do direito do outro.

O problema do outro resvala para o sentido do comportamento ético. Os autores que cuidam de tal problema esquecem a filosofia e mesmo indagações metafísicas para se preocuparem com o relacionamento, com a alteridade e, em tal sentido, basicamente com o problema ético. A ética para ser o sentido de toda relação gnosiológica.

Não se está, aqui, pensando no inconsciente, ou seja, no problema suscitado por Freud e desenvolvido por Lacan de que o outro não é personificado. Para nosso raciocínio, o outro é o de carne e osso e que está defronte a nós.

Diz Lévinas que “a relação com o outro, a transcendência, consiste em dizer o mundo ao outro... A generalidade da palavra instaura um outro mundo comum. O acontecimento ético, situado na base da generalização, é a intenção profunda da linguagem... A linguagem não exterioriza uma representação preexistente em mim: põe em comum um mundo até agora meu... A visão do rosto não se separa deste oferecimento que é a linguagem. Ver o rosto é falar do mundo. A transcendência não é uma ótica, mas o primeiro gesto ético” (Emmanuel Lévinas, “Totalité Et infini: essais sur l’exteriorité”, Paris, Kluwer Academic, 1987, págs. 189/190).

Não vivemos sozinhos. Nosso encontro é com o outro, no dia a dia. Dostoievski, em “Crime e castigo” afirma que “cada um de nós é culpado diante de todos por todos e por tudo e, eu mais que os outros”.

O encontro com o outro significa que ele não me pertence, mas está no meu mundo.

Lévinas propõe que meus direitos me são dados pelos outros. Isto decorre, inclusive, seja no pacto social afirmado por Hobbes e Rousseau, bem como naquele pacto imaginário dito por John Rawls.

A proposta, então, é escapar do subjetivismo cartesiano. O que sustentou a filosofia ocidental de que a instância do ser sobrepairava sobre tudo e sobre todos perde, nesta visão, qualquer sentido. Não sou eu quem crio os outros, nem os imagino. Eles não são produção minha. Ao contrário, o espelho impera e eu sou a imagem que eles criam.

Vista a relação jurídica sob tal ótica, percebe-se que as coisas não podem ser só dirigidas pelo governo nem por nós. O que prevalece é o que o outro nos impõe.

No direito financeiro, vale a súplica: “não me deixe morrer de fome”, “preciso de recursos para minha casa”, “para meu tratamento médico”, “para a escola de meus filhos”. O rosto é a expressão máxima do outro. Assim sendo, somente na relação com o outro ou em sua presença, na presença de seu rosto é que posso me considerar livre e nos limites de tal relação.

Lévinas extrai a idéia do outro da base cartesiana. Descartes propunha demonstrar a existência de deus, através da indagação de se sou finito, alguém deve permitir que eu o pense e, pois, somente alguém infinito é que pode permitir tal raciocínio. Tudo, pois, provém da idéia de deus infinito. É, pois, exterior a mim. Não tenho como pensar, por mim próprio algo que me é exterior. “Penso, logo existo”. Tal famosa frase de Descartes dá a idéia de pensamento. Como duvida de tudo e só pode crer em uma coisa com absoluta certeza: “cogito, ergo sum”. O ser é a própria pessoa. Logo, nada que for exterior, pode ser verdadeiro. Ademais, pode existir um deus brincalhão que trapaceie com as coisas e, pois, não posso ter certeza de nada.

A única segunda certeza é que posso pensar deus, porque ele não é exterior. Ele é uma substância que me dá a possibilidade de pensar. Se sou finito, apenas alguém infinito é que pode permitir que eu pense.

É a idéia de infinito que permite a Lévinas entender o outro. A idéia do infinito não parte de mim. O outro está no infinito. O outro é pura exterioridade. Por ser externo, não pertence ao meu mundo. Não posso integrá-lo em mim.

O apelo da justiça nasce do outro e não de mim.

De outro lado, surge o terceiro da relação. Não é mais o mesmo nem o outro, mas um terceiro que também irá se reconhecer no confronto com os rostos e assim vai se formando a coletividade.

Como transplantar tais fatos para o direito. O direito é alteridade. Seus princípios estão assentados em bases éticas. Há minha responsabilidade para com o outro e deste para comigo e de ambos para o terceiro e deste para conosco. Adequado inter-relacionamento de pessoas.

No direito financeiro, a tese de Lévinas, não em sua essência filosófica, mas na prática para adequar-se com perfeição, inclusive no que diz respeito à definição das necessidades públicas e na definição do gasto, em seu momento de exercício.

Quando o legislador decide como gastar e quanto gastar, tem, obrigatoriamente, que levar em conta as necessidades das pessoas. O dimensionamento de seu montante resultará do conhecimento daquela relação que somente pode desembocar na grandiosidade a ser medida pela situação fática.

Não precisará, obviamente, de se preocupar em buscar a noção do outro no infinito cartesiano. Basta que surja seu rosto, como o de milhares de pessoas, crianças e mulheres necessitadas, pessoas idosas e necessitadas, para saber que deve destinar seus recursos a elas.

Daí a importância da consideração com o outro. Este não é apenas o que imagino ser. Mas, o ser real que dá a minha dimensão. Apenas se pode reconhecer, quando tenho a perspectiva do outro. Este é que me dá a existência.

Ninguém é uma ilha. Ninguém vive em absoluta solidão e imune a todos os problemas da vida. Basta a existência do tempo, para sabermos que ele passa para todos e de forma igual, ao menos em sua perspectiva física. De tal forma, ao haver a deliberação sobre o gasto público, é absolutamente imprescindível que quem decide sobre ele (inicialmente o executivo através de seus órgãos burocráticos e, posteriormente, o legislativo em sua decisão legal) tenha a exata visão da existência de todos, isto é, de mim, do outro e dos terceiros.

Somente assim é que se fará justiça na repercussão do gasto. Este não pode ser destinado de forma aleatória. Apenas a análise da situação fática colocada para todos é que se pode dimensionar o gasto. Daí afirmar Husserl: “A palavra evidência designa, num sentido bem amplo, um fenômeno geral e último da vida intencional. Ela se opõe então àquilo que normalmente se entende por “ter consciência de alguma coisa”, podendo essa consciência ser, a priori, vazia – puramente abstrata, simbólica, indireta, não expressa. A evidência é modo de consciência de uma distinção particular. Nela uma coisa, um “estado de coisas”, uma generalidade, um valor, etc., apresentam-se, oferecem-se e mostram-se em pessoa” (Edmund Husserl, “Meditações cartesianas” – Introdução à fenomenologia, Ed. Madras, 2001, págs. 73/74).

A partir de tais estudos, a figura do outro, o “rosto”, a “face” não poderá jamais estar afastada de nossas preocupações.

Podemos tomar o outro também em sentido cristão, qual seja, aquele para quem devemos estender a mão. Esta deve estar sempre na preocupação do jurista.

Na definição do gasto público é absolutamente imprescindível que tenhamos tais dados presentes, para o momento exato da decisão.

Como definir o quanto e onde se gasta sem termos a visão do quanto o outro precisa para sua substância e de sua coletividade, ou seja, aqueles que o cercam, a que rotulamos terceiros.

A LICITAÇÃO (FASE PREPARATÓRIA) E O CONTRATO

Diante do quanto se vem dizendo, surge o problema dos contratos. Forma de relacionamento entre as *peçoas* (eu e o outro). Nietzsche é quem vai nos dar a solução. Cuidando do sentimento de justiça fala do castigo. Da ideia indestrutível de que o prejuízo e a dor são equivalentes, afirma: “Já resolvi o enigma: as relações contratuais entre credores e devedores que são tão antigas quanto aos processos que, por sua vez, nos levam às formas primitivas da compra e venda, do câmbio, comércio e relações” (“Da genealogia da moral”, ed. Vozes, 2009, Petrópolis, pág. 63, segunda dissertação: “A falta” e a “má conduta”, capítulo IV).

Apenas após o assentar de tais premissas e longa exposição inicial é que podemos focalizar o contrato e, na sequência, o *contrato administrativo*.

Ele surge no mundo jurídico depois de efetuada a *licitação* (lei n. 8.666/1993). É o que vem previsto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. A partir daí a Lei de Responsabilidade Fiscal tem toda uma parte preparatória (chamada fase interna do procedimento licitatório). É o que vem previsto nos arts. 7º e 14 da Lei 8.666/93.

Primeiro, a previsão do Plano Plurianual (inciso IV do parágrafo 2º do art. 7º). Deliberado o gasto e antes de se instaurar o procedimento licitatório, existe o projeto básico. Na sequência, definir e discriminar o objeto da licitação. Terceiro, qual a despesa que suportará o Estado. Quarto item é elaborar uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro (inciso I do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal – lei complementar n. 101/2000). Importante saber se a despesa é adequada e compatível com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Na hipótese de descumprimento de tais dispositivos, “serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público, a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17”. É o que dispõe o art. 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Fixem-se na importância de tais dispositivos legais que buscam a correta adequação da futura despesa à prevenção de problemas que possam surgir não apenas na elaboração do projeto a ser implementado, mas também para dar consistência no contrato a ser celebrado.

Estando tudo em ordem submete-se o plano à apreciação do *ordenador de despesa*. É que o inciso IV do art. 37 da Lei de Responsabilidade Fiscal veda a assunção de obrigações sem autorização orçamentária (cf. Regis Fernandes de Oliveira, “Curso de Direito Financeiro”, 8ª edição, Malheiros, pág. 747).

Sobrevém o ato decisório da autoridade competência (dependendo em que âmbito está se processando a instauração do procedimento licitatório). É a autorização que delibera sobre o cumprimento dos atos internos e, então, sobrevém a publicação do edital que instaura a fase externa do procedimento.

Superada a fase licitatória (cuja análise dispensamos por não ser objeto do estudo) e passa-se à celebração do contrato.

CONTRATO. DEFINIÇÃO E INTERESSE PÚBLICO

Entende-se por contrato o “ajuste de vontades que por objetivo de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas”. Para se cuidar de contrato administrativo, basta acrescentar a figura do Estado ou de pessoas jurídicas que lhe façam as vezes, para se obter o que se pretende na definição.

Neste passo, fala-se na vontade unilateral da Administração Pública. Sua existência restringe-se à fase inicial do procedimento. Ela decide, soberanamente, quando instaura o procedimento licitatório, define o objeto do contrato, estabelece o montante da despesa a ser suportada. Pressuposto de tudo é o interesse público. Nada se pratica no âmbito do Estado que não seja fundado no interesse público. Não entra a vontade particular. Ela apenas passará a existir para compor o contrato. Aqui, o outro se afigura da mesma importância que o próprio Estado.

Cláusulas. Pessoas contratantes

Em consequência, surgem cláusulas que são atinentes à finalidade pública e, pois, indisponíveis de outras, meramente patrimoniais, e, pois, pactuáveis. Daí a precisa definição de Diogo Figueiredo Moreira Neto (“Curso de direito administrativo”, 13ª, ed. Forense, 2003, Rio de Janeiro, pág. 159): “os contratos administrativos, manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público”. Ainda que se possa fazer eventual correção em parte do texto, a definição é preciosa e dá bem ideia do que seja o contrato de cunho público.

De um lado o Estado, através de seus diversos órgãos ou pessoas jurídicas por ele instituídas e de outro, um particular, interessado no objeto da prestação (serviço, obra, etc.) objetivada. *Interesse público* é o definido pelo Estado quando da instauração do procedimento licitatório. Normalmente, vem estampado na Constituição ou nas leis. Mas, pode ser deduzido pelo agente público do conjunto das normas. A Constituição Federal dá o contorno do que *deve* o Estado fazer. Estabelece, dentre os entes federativos, suas atribuições e lhes dá os instrumentos que deve seguir para satisfação dos interesses estampados no ordenamento jurídico.

Quem pode instaurar o procedimento licitatório e celebrar o contrato? Aquele agente público a quem a norma designou como competente para a prática do ato. Para se falar na teoria aristotélica das causas, temos a causa eficiente já declinada. A causa formal será o contrato a ser celebrado. A causa final é o atendimento ao interesse público e a causa essencial é o próprio conteúdo do contrato.

Há cláusulas necessárias. Define-se o objeto e seus elementos, o regime de execução, o preço e condições de pagamento, início da prestação pretendida, garantias para assegurar o cumprimento do contrato, direitos e

responsabilidades das partes e penalidades, hipóteses de rescisão e exaurimento das obrigações assumidas. As garantias também devem ser estipuladas (caução, seguro-garantia, fiança bancária, etc.).

Através de tais causas pode-se analisar os eventuais vícios que podem macular a validade dos contratos. Mas, vamos com calma.

O contrato, uma vez atendidas todas as causas e requisitos legais, encontra-se apto a produzir seus efeitos no mundo jurídico. Existe, é válido e eficaz (produzirá os efeitos a que está predestinado no mundo fático). É imperativo, por ter força própria de instituir a relação jurídica. Pode-se falar, também, que é executório, ou seja, tem força própria de produzir seus efeitos, independentemente de qualquer outra força jurídica. Não é executório, no sentido de se impor objetivamente e poder invadir a esfera íntima do contratante.

Cumprimento

Todas as disposições contratuais destinam-se a cumprimento voluntário. Tal como contratado deve ser cumprido pelas partes. Nem por outro motivo é que houve discussão sobre o objeto do contrato e o particular aderiu (é a expressão apropriada) às condições impostas pela Administração Pública.

Ocorre que no mundo dos humanos entram as paixões, os afetos, os sentimentos e nem sempre as coisas se passam como previstas. Divergências interpretativas surgem, discrepâncias de entendimento sobre o conteúdo de cláusulas, dificuldades financeiras que vão obstar o cumprimento da vontade firmada, problemas que surgem no interior da pessoa contratante (Estado e particular), tudo pode levar a divergências contratuais.

Ao instaurar o procedimento licitatório através do *edital de chamamento*, a ele podem acorrer as mais diversas pessoas jurídicas ou físicas que demonstrem não apenas interesse, mas aptidão para fazê-lo, entendendo-se por aptidão a possibilidade no cumprimento das obrigações assumidas. Pessoas, afirmem. Humanos e, como tal, sujeitos a toda sorte de conveniências pessoais, perturbações dos sentidos, grandiloquência, fantasias. O ser humano é infundável e fonte inesgotável de surpresas e distúrbios.

Freud, ao estudar o *ID* bem demonstra a fluidez do que se passa no interior de cada um (pessoa física) e no interior das deliberações coletivas de uma pessoa jurídica. Quem manda? Quem decide? Quem tergiversa sobre o cumprimento dos contratos?

Há um infinito de soluções não previstas. Nem as cláusulas contratuais podem prever tudo.

Claro que o que foi contratado deve ser cumprimento (*pacta sunt servanda*). Mas, o ser humano é imprevisível e pode ensejar comportamentos múltiplos que ou envolvam o não cumprimento por impossibilidade de cumprimento ou que podem forçar o não cumprimento por razões perturbadoras.

O inadimplemento contratual contará com a previsão de sanções (que não vêm a pelo examinar). Aqui indico a leitura do meu texto sobre “Infrações e sanções administrativas” ou qualquer obra que cuide do não cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.

Assim, as sanções se equivalem à gravidade do inadimplemento. A ordem jurídica estabelece uma gradação das sanções em face da menor ou maior agressão ao objeto do contrato, podendo variar desde a aplicação de multas (sanções pecuniárias) até rescisão, suspensão do contrato, impedimento de contratar com a Administração Pública e, em havendo comportamento criminoso, agirá o Ministério Público.

Espécies

Destinam-se os contratos a adquirir aquilo que a Administração Pública não possa ou não queira desempenhar por ação própria. Tem por objeto obras e serviços, compras, alienações ou locações. Aí está todo o amplexo de destinação da vontade Administrativa.

Desde que a Administração tenha necessidade de alguma “coisa” ela pode instaurar o procedimento licitatório (atentando bem para a fase preparatória do procedimento que é fundamental para sua higidez) para obtê-la.

Há um *iter* a ser seguido. A ele deve a Administração Pública irrestrito atendimento.

A decisão de não gastar

Efetuei estudo sobre o poder discricionário do Poder Público sobre a decisão de limitação de empenho ou contingenciamento (“Direito administrativo e liberdade”, estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo, ed. Malheiros, 2014, págs. 597/640). Esta decisão pode atingir os contratos. Ainda que a Administração necessite de algum serviço ou de realizar alguma compra, pode ser impedido de fazê-lo por ato do Poder Executivo que decreta o contingenciamento do gasto.

Contingenciar “é controlar ou limitar despesas previstas no orçamento para evitar desequilíbrio durante o exercício financeiro” (artigo citado, p. 627).

A decisão de não gastar pode impedir a celebração dos contratos por parte do Estado. Evidente que o uso do contingenciamento leva a diversas distorções não apenas no orçamento, mas na própria higidez no comportamento do Estado.

O orçamento é lei e como tal deve ser cumprida. Se a previsão dos valores envolve a autorização para despesas estas devem ocorrer. Claro que o Estado, na hipótese de incurrir a realização de receitas (ou seja, não se logra obter o ingresso previsto) pode haver a decisão de não gastar, mas contingenciar antes que se saiba se os recursos ingressarão é decisão sem sentido jurídico e que pode levar à responsabilidade do agente público.

CONCLUSÕES

Em suma, o Estado se apresenta ao outro como interessado em que este lhe venha prestar uma atividade. Como diz Nietzsche “viver em sociedade quer

dizer estar protegido na vida e gozar das vantagens da comunidade (Oh! Que vantagens! Nós, às vezes, as desprezamos!), quer dizer gozar da paz e da confiança, estar livre de certos danos e perigos aos quais continua exposto o que vive fora da comunidade” (Ob. cit., p. 67, IX).

Os contratos moldam um dos modos de ser dos particulares e também do Estado. Não há a preponderância do Estado na relação contratual. Esta existe até o ponto em que o Estado define seus interesses e impõe suas condições. Estabelece, de forma unilateral, os pressupostos em que assentará o futuro contrato e delimita o âmbito dos contratantes. A partir daí, quando firma o contrato, submete-se ao direito individual então estabelecido.


Não há prerrogativas. Não mais sujeição do contratante. Igualdade e paridade de interesses. Um de prestar o objeto do contrato e receber o que lhe é devido. O outro, de atender ao interesse público. Equivalência nas prestações. Finda-se o contrato pela satisfação e cumprimento do objeto.

O mais se reflete nas paixões que são intrínsecas ao agente público. Este não é autômato, nem imune a qualquer ação exterior, do mundo ou de outros que o cercam. Interesses dos mais variados (pessoais, econômicos, mesquinhos, etc.) podem influenciar não apenas a abertura do procedimento licitatório, a formatação do edital e os termos contratuais. Tudo depende não apenas do interesse público, mas dos interesses particulares em jogo.

Pode-se imaginar que tanto a licitação como o contrato sejam isentos de interferências externas. Não é verdade. Gestões pessoais, interesses escusos os mais diversos, sejam motivados por ódio, paixão, desamor ou angústia, manifestações da alma, entrar na formação das conveniências momentâneas e que se chocam com o interesse *público*. O que deveria ser um certame afastado de qualquer pulsação individual, assim não se apresenta. Basta tirar a venda dos olhos da Justiça para saber quão venais e circunstanciais são os desejos que estão sobre o erário.

Apenas alguém inocente pode imaginar uma licitação e um contrato acima de qualquer suspeita em que possa se abstrair a maldade humana. Hobbes tinha razão quando pensou o Estado como pessoa (ou como monstro – Behemot – pessoal ou imaginário) a manipular as conveniências (Introdução ao “Leviatã”).

Assim são as coisas no mundo real. De pouco vale descrever toda fase preparatória do procedimento licitatório, bem como seu desenvolvimento até desembocar no edital. Daí em diante e consumir com a celebração do contrato. O que vale é examinar o que está por detrás do procedimento para entendê-lo hígido.

De qualquer maneira... ainda conseguimos acreditar na lisura e na boa fé dos humanos... Pandora tinha razão em esquecer a esperança no fundo de sua mala de maldades. 



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 revalorização das Câmaras de Vereadores – propostas para uma maior efetividade legislativa no Município

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR

“Considerando que o poder legislativo municipal é um dos pilares do sistema federativo democrático, as câmaras municipais poderiam aumentar sua efetividade em prol do desenvolvimento local, daí melhorando sua imagem junto à população.”

Segundo a Wikipédia, as câmaras municipais do Brasil têm origem nas de Portugal, existentes desde a Idade Média, sendo aqui a de São Vicente a primeira delas (1532).

E, à época, nossas edilidades concentravam todo o poder local, ora legislando, ora administrando e mesmo resolvendo os conflitos locais, ou seja, também atuando no papel judiciário. Em outras palavras, as câmaras constituíram o primeiro núcleo de exercício político do Brasil.

Com a independência (1822), o enorme poder das câmaras é drasticamente reduzido pela Constituição de 1824. E foi assim até o Estado Novo quando Getúlio Vargas as fecha, extinguindo o poder legislativo local (1937 a 1945).

Mas, com a restauração democrática, em 1945, as edilidades são reabertas, tomando feição próxima da que tem hoje.

Em 2018 e conforme a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), 85% das câmaras municipais gastaram R\$ 15 bilhões; o restante 15% não informou seus números (811 municípios). Além disso, tal estudo mostrou que, por habitante, o custo é razoavelmente maior em cidades menores.

Essa mesma conclusão adveio de recente pesquisa do Tribunal Paulista de Contas (TCESP)¹, em cujo estado e afora o município de São Paulo, as casas municipais de leis, com seus 6.923 vereadores, despenderam, nos últimos 12 meses, R\$ 2,8 bilhões, sendo que, relativamente à população local, o gasto é também mais alentando em localidades de menor porte.

Aqui, de considerar que 96% dos municípios brasileiros têm menos de 100 mil moradores e, por força constitucional, pode a vereança gastar até 7% da receita municipal do ano anterior (art. 29-A).

Nesse cenário, a despesa legislativa municipal, muita das vezes, supera o gasto com obras e equipamentos, ou seja, os investimentos tão necessários ao melhor atendimento da população.

Por outro lado, a imprensa vem noticiando, com muita insistência, desvios cometidos pela vereança, além de uma irrelevante produção das casas municipais de leis, restrita, em boa parte, a homenagens, concessão de títulos e indicação de nome para logradouros públicos.

Tanto é assim que, também para reduzir o custo legislativo, há proposta constitucional de extinguir municípios inferiores a cinco mil habitantes, que arrecadam pouca receita própria (IPTU, ISS, ITBI).

De ilustrar que, nos termos da Constituição (art. 29, IV), as câmaras, em face do tamanho populacional, podem dispor de 9 a 55 vereadores, cabendo a elas fixar seus próprios subsídios (no limite, entre R\$ 5 mil a 18,9 mil por mês), além dos que remuneram os agentes políticos do Executivo (prefeito, vice-prefeito e secretário municipais). Ademais, compete aos edis aprovar os planos orçamentários (PPA, LDO, LOA) e fiscalizar as ações da Prefeitura, sobretudo ao julgar, todo ano, as contas do prefeito; devem também as casas camarárias legislar sobre assuntos de interesse local, como o ordenamento territorial, a forma de prestar os serviços municipais e a proteção do patrimônio histórico-cultural.

Considerando que o poder legislativo municipal é um dos pilares do sistema federativo democrático, as câmaras municipais poderiam aumentar sua efetividade em prol do desenvolvimento local, daí melhorando sua imagem junto à população.

Nessa trilha, passamos a fazer algumas propostas de melhor efetividade do trabalho legislativo, às quais podem parecer impraticáveis no atual contexto político, mas, acreditamos, sempre haverá um edil de maior iniciativa que poderá dar-lhes vida, iniciando um círculo virtuoso na vereança.

Eis, portanto, as nossas sugestões:

AUMENTAR O NÚMERO DE SESSÕES LEGISLATIVAS

Em muitos casos, as câmaras se reúnem apenas duas noites por mês. Considerando que o mínimo subsídio do vereador gira em torno dos R\$ 5 mil, parece muito para o munícipe que, na média, recebe um salário de R\$ 2,3 mil.

Aquela diferença remuneratória soa inadmissível ao saber o cidadão que o corpo de vereadores, por si só, inicia, majoritariamente, projetos de baixo interesse público, como homenagens, nome de ruas, moções de falecimento.

E por menor que seja o município, não há de se alegar falta de assuntos a serem debatidos, sobretudo em meio a uma população como a brasileira, que padece de carências elementares.

Ainda, os munícipes deveriam ser estimulados a participar das sessões legislativas, o que, por certo, incentiva um melhor trabalho do vereador, e o espírito de cidadania entre a população.

REFORMULAR O QUADRO DE PESSOAL, ELIMINANDO O EXCESSO DE CARGOS EM COMISSÃO

Em média, elevado percentual dos servidores legislativos não passou por concurso público; ocupam cargos de livre provimento e exoneração, os chamados, de forma genérica, “em comissão” (art. 37, II, da CF). Referida proporção é bem superior à encontrada na estrutura administrativa das prefeituras.

Assim, vale indagar: por que o Legislativo Municipal precisa de tantos funcionários comissionados? Por que não realiza concurso para suprir as lacunas funcionais? Por que a proporção dos comissionados legislativos é bem superior à do Executivo?

Além do mais, a regra de ingresso na Administração é a do concurso público; a admissão comissionada é desvio de princípio; uma exceção para suprir os poucos (assim deveria ser!) cargos de direção, assessoramento técnico e chefia.

Não por acaso a Carta Magna preceitua que inclusive os cargos exclusivamente em comissão deveriam ser conquistados, preferivelmente, por servidores efetivos, concursados, de carreira:

Art. 37 -

(....)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Diante disso e muito embora não tenha sido editada a lei de proporcionalidade aludida no transcrito dispositivo, o abuso nos cargos em comissão afronta vários princípios constitucionais, entre os quais o da impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência e o da ampla acessibilidade aos cargos públicos. Quanto à eficiência é porque o concurso tende a selecionar os mais aptos a tal ou qual função de governo.

E, segundo os juristas, desrespeitar um princípio é pior que contrariar uma norma positivada em lei.

Então, sob o enfoque principiológico, as câmaras deveriam reformular seus quadros de pessoal, reduzindo o número de comissionados, cuja natureza se ateria, de fato e exclusivamente, ao assessoramento técnico, à direção e à chefia, jamais se relacionando às funções corriqueiras, operacionais, burocráticas e, muito menos, às atividades políticas.

A propósito, foi bem isso o que o Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou, em tema de repercussão geral, quanto aos tais cargos em comissão (*Recurso Extraordinário 1041210; em 1/10/2018*):

a) Os cargos em comissão somente se justificam para as funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando às atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;

b) Tais cargos devem pressupor relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

c) O número de cargos comissionados deve guardar proporcionalidade com o número de cargos efetivos;

d) As atribuições dos cargos em comissão precisam estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

EVITAR A DERRUBADA DO PARECER DOS TRIBUNAIS DE CONTAS QUANTO ÀS CONTAS ANUAIS DO PREFEITO

Relativamente a essa missão institucional, os tribunais de contas emitem uma opinião, o chamado parecer prévio, competindo às Câmaras o julgamento definitivo, nisso podendo haver a derrubada, por maioria de 2/3, daquele parecer (art. 31, § 2º da CF).

E, sem maior justificativa e embasamento técnico, não poucas casas municipais de leis vêm rejeitando a indicação das cortes de contas, inclusive revertendo pareceres favoráveis em recusa do balanço anual do prefeito.

Esse contexto denota motivação política, não técnica, dos vereadores, o que contraria os princípios da legitimidade, moralidade, impessoalidade, economicidade e eficiência, além de pressupostos elementares de responsabilidade final.

Esse desmerecimento do saber técnico soa mal junto à população local, desqualificando a imagem da vereança, além de reforçar o forte preconceito que hoje tem o brasileiro contra o sistema democrático representativo.

Demais disso e apesar das justas críticas que lhe fazem, as cortes de contas estão muito mais capacitadas para a análise financeira e operacional das entidades públicas, vez que se compõem por técnicos concursados, versados em direito financeiro, orçamento governamental, contabilidade pública e engenharia civil.

Mas, se a derrubada do parecer prévio for mesmo justa e necessária, deve a Comissão de Orçamento e Finanças embasá-la com sólidos argumentos técnicos.

PARTICIPAR DE REUNIÕES DOS CONSELHOS MUNICIPAIS, SOBRETUDO OS DA SAÚDE, EDUCAÇÃO, ASSISTÊNCIA SOCIAL, CRIANÇA E ADOLESCENTE

Os controles sociais estão determinados em legislação federal; neles sobressaindo os da saúde, educação, criança e adolescente, assistência social.

Tais leis conferem vários e importantes encargos àqueles colegiados, entre os quais o de avaliar a gestão operacional da área ao que se vinculam; apresentar as específicas propostas orçamentárias; administrar, por meio de fundos especiais, os recursos financeiros; emitir parecer sobre as respectivas contas anuais; participar de conferências estaduais e nacionais e, no caso da saúde, apresentar, a cada 4 meses, relatórios financeiros e operacionais na própria casa municipal de leis.

E não são poucos os conselheiros sociais que tendem a conhecer, em maior nível de profundidade, as deficiências de seus setores; vai daí que suas propostas poderiam ser consideradas pelos representantes eleitos da população, habilitando-os a apresentar projetos de lei articulados, com maior consistência e efetividade.

Além disso, a vereança e os conselheiros da saúde, secretários municipais, juízes e promotores poderiam refletir sobre regras para limitar o custeio compulsório de dispendiosos medicamentos e tratamentos médicos, reduzindo, por isso, a alentada despesa com a judicialização da saúde.

DEBATER, EM PRAZO CURTO, AS DEFICIÊNCIAS DETECTADAS NAS AUDITÓRIAS OPERACIONAIS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DO CONTROLE INTERNO.

Algumas cortes de contas têm realizado auditoria, in loco, em programas municipais, nisso identificado sérias falhas como pneus carecas do transporte escolar; medicamentos vencidos na farmácia municipal; creches com sérios riscos de segurança; armazenamento absolutamente irregular de gêneros da

merenda escolar; grande espera nas consultas e exames das unidades de saúde; falta de médicos em plantões de prontos socorros.

Sérias falhas como essas precisariam ser, de pronto, debatidas nas sessões legislativas, chamando-se a depor os responsáveis e os respectivos conselheiros sociais.

RECOLHER À PREFEITURA, MENSALMENTE, AS RETENÇÕES DE IR QUE INCIDEM SOBRE O SUBSÍDIO DOS VEREADORES E O SALÁRIO DOS SERVIDORES.

Por força da Constituição, aos municípios pertence o Imposto de Renda retido sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e fundações (art. 158, I).

E a Prefeitura é a pessoa jurídica que representa o Município, além de se constituir, na Administração direta, a única instância que arrecada receita, planeja seu uso no financiamento dos serviços públicos.

Tendo em vista que as Câmaras descontam Imposto de Renda de seus vereadores e funcionários, o recurso deveria ser, todo mês, recolhido à tesouraria da Prefeitura e, não, como geralmente se faz, ao final do ano.

Afinal, o dinheiro pode estar sobrando nas contas bancárias da Edilidade, enquanto falta no Poder que executa as ações de maior interesse público.

Essa restituição mensal, de igual forma, precisaria alcançar as retenções de ISS sobre pagamentos aos prestadores de serviços, além da parcela não utilizada dos duodécimos mensais.

NA QUEDA DA RECEITA MUNICIPAL, PARTICIPAR DO ESFORÇO FISCAL DO MUNICÍPIO, CONTENDO SUA PRÓPRIA DESPESA.

A Lei de Responsabilidade Fiscal determina que, na queda da arrecadação e, risco de desequilíbrio fiscal, o Município deve conter sua despesa mediante o que se chama de “limitação de empenho e movimentação financeira” (art. 9º).

E se o Legislativo omitir-se àquele contingenciamento, o Executivo poderia cortar-lhe parte dos repasses mensais, os tais duodécimos (art. 9º, § 3º).

Acontece que o Supremo Tribunal Federal (STF), em fevereiro de 2001, suspendeu liminarmente aquela possibilidade, por entender afronta ao princípio da independência e harmonia entre os poderes estatais (art. 2º, da CF).

Em assim sendo, a Câmara, por conta própria, poderia conter sua própria despesa, quando houver crise fiscal no município.

Dito de outro modo, a contenção das despesas com viagens, combustível, telefonia celular, compra de placas, troféus e medalhas, propaganda, esse esforço fiscal se apresentaria como ótima oportunidade para melhorar a imagem da vereança junto à comunidade local.

Nesse contexto de reduzir a despesa, se deveria prestar redobrada atenção com o gasto que bem piora a imagem da Câmara de Vereadores, a chamada despesa imprópria.

Em livro do qual fui coautor, sustentamos que “mesmo em situação de equilíbrio das contas públicas, os gastos perdulários, publicamente desnaturados, repercutem mal junto à comunidade e, tendo em mira que o cidadão, no mais das vezes, não interpreta balanços e resultados financeiros, tais despesas geram negativo efeito moral sobre o contribuinte que, de antemão, não vislumbra boa utilização dos tributos por ele pagos, estimulando, depois, a elisão e a sonegação fiscais”².

E, no geral, têm sido muitas as despesas impróprias da Edilidade; citamos algumas: muitos vereadores participando de congressos; elevado gasto com hospedagem e refeição; alto dispêndio com brindes, recepções e placas de homenagem; injustificada despesa com telefonia celular e combustível; falta de parecer do controle interno nos adiantamentos.

ELIMINAR A VERBA DE GABINETE, TROCANDO-A PELO REGIME DE ADIANTAMENTO, ASSIM QUE FOR NECESSÁRIO.

Recentemente, 20 vereadores de Uberlândia foram presos por desvio de verba de gabinete, benefício esse que, em vários outros municípios, tem sido objeto de investigações, inquéritos e processos judiciais.

Aqui, de lembrar que o numerário das Câmaras, em muitos casos, é onerado por aquela verba, também designada Auxílio Encargos Gerais de Gabinete ou Ajuda de Custo. Tal rubrica é para os edis bancarem, eles próprios, combustível, contas de telefone e celular, serviços gráficos, deslocamentos, material de escritório e participação em eventos, entre outras utilidades.

Ressalte-se que em certas Edilidades o valor é fixo, não realizando a verança sequer prestação de contas do dinheiro recebido.

De outro lado, cabe ao parlamentar municipal produzir leis e fiscalizar as ações da Prefeitura e, não, a do uso direto de dinheiro público, à exceção, claro, do chefe do Legislativo Municipal, ou seja, o presidente da Mesa Diretora.

Então, as Casas Municipais de Leis deveriam abolir a tal verba de gabinete, podendo os vereadores, em viagens oficiais, servirem-se do regime de adiantamento, regrado nos artigos 68 e 69 da Lei nº 4.320, de 1964.

A propósito, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) rejeita contas de Edilidades que ao vereador pagam a tal verba de gabinete.

É bem isso o que se vê em manual daquela Casa de Contas³

No intento de reduzir custos, obter racionalidade operacional e melhor submeter-se aos princípios e regras do art. 37 da Constituição, o gasto camarário deve ser processado, de modo centralizado, no serviço administrativo da Edilidade e, não, em cada gabinete de Vereador.

Em face da economia de escala, licitações para bens e serviços logram preços mais vantajosos do que os obtidos na esfera de procedimento do Vereador.

Diferente do que acontece com os Deputados e Senadores, a atividade essencial da verança não exige descolamentos para além da fronteira municipal, o que dispensa verbas indenizatórias como o auxílio-moradia e a ajuda de custo para transporte.

De se ressaltar que, para despesas com viagem oficial, há sempre a alternativa do adiantamento, fundo que, para esta Corte (....)

NA APRECIÇÃO DA LEI QUE ORIENTA A FEITURA DO ORÇAMENTO ANUAL, A DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (LDO), PROPOR NORMAS QUE EVITAM O MAU USO DO DINHEIRO PÚBLICO.

A lei de diretrizes orçamentárias (LDO) é a melhor oportunidade de se objetivar normas próprias, locais, de direito financeiro, mas a realidade tem mostrado textos padronizados, pobres, insuficientes, que se repetem ano a ano. Perde-se, com isso, excelente chance para aperfeiçoar a aplicação do dinheiro público.

Diante disso, os vereadores poderiam apresentar emendas que deem efetividade àquele fundamental plano orçamentário; eis alguns exemplos:

- Vincular parcela da despesa a ações absolutamente essenciais (ex.: proteção à criança e ao adolescente);

- Para contornar a generalidade e a baixa transparência da verba orçamentária, proibir, de forma expressa, despesas de pouco interesse público; eis alguns exemplos: aquisição de veículos de representação; horas extras a ocupantes de cargos em comissão; pesquisas de opinião pública; auxílio-moradia; pagamento a empresas privadas pertencentes a servidor em atividade; publicação de mensagens de cumprimento; distribuição de agendas, chaveiros, buquês de flores, cartões e cestas de Natal entre outros brindes.

- Limitar, em relação à despesa total, gastos com adiantamentos e compras que escapam do procedimento licitatório (*dispensa e inexigibilidade de licitação*);

- Abertura, no orçamento, de específica rubrica programática para melhor identificar gastos controlados ou vulneráveis a desvios, como os de publicidade oficial, propaganda governamental, adiantamentos para viagens, obras em andamento, novas obras, obras decorrentes do orçamento participativo, gastos de representação;

- Critérios para subvencionar entidades do terceiro setor, como o uso, na atividade-fim, de, ao menos, 90% do repasse; atendimento a família com renda de até dois salários mínimos; inspeção prévia e concomitante do sistema de controle interno; salário dos dirigentes nunca superior ao do prefeito.

MELHOR APRECIAR A FUNDAMENTAL LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL

Aqui, de enfatizar que tal lei é absolutamente fundamental; sem ela não se realiza qualquer ação governamental (art. 167, I, II, da CF).

No dizer do então Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF, o ex-ministro Carlos Ayres Britto, “abaixo da Constituição, não há lei mais importante para o país do que a lei orçamentária anual, porque a que mais influencia o destino da coletividade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 4048-MC/DF).

Não obstante, os municípios dispensam insuficiente atenção no momento de elaborar aquele diploma; pouco ouvem as diversas áreas do governo, muito

menos a população afetada; limitam-se a reproduzir, com certo incremento, orçamentos já realizados. Vai daí a enorme distância entre a peça iniciada em 1º de janeiro e a encerrada em 31 de dezembro, fato que contraria um dos fundamentos de responsabilidade fiscal, além de gerar desperdícios, imediatismos e sobreposições nas habituais alterações ao longo dos doze meses de execução orçamentária.

Em sendo assim, comissão temática da Câmara, a de Orçamento e Finanças, poderia se valer das intervenções que seguem:

a) Estimular, com insistência, as audiências públicas determinadas na Lei de Responsabilidade Fiscal e, à vista da baixa participação, promover consulta eletrônica, na qual os munícipes escolheriam projetos a serem inseridos no orçamento anual (ex.: obras na educação, saúde, saneamento; criação de novos serviços municipais);

b) Impugnar a receita superestimada, aquela bem acima da real capacidade arrecadatória, vez que isso franqueia o déficit orçamentário, e o financiamento ilícito, quer dizer, o “*calote*” em fornecedores e servidores, os atores que figuram nos eternos Restos a Pagar sem cobertura monetária. Para tanto, a vereança cortará parcela da despesa proposta, aqui se referenciando em ações de baixa efetividade;

c) Se muito elevado, reduzir o percentual para a abertura de créditos suplementares, visto que autorizações elásticas distorcem o orçamento original, franqueando o imediatismo nas mudanças por vontade única do Executivo;

d) Exigir a apresentação de anexo determinado na Constituição (art. 165, § 6º), o que revela os segmentos e setores beneficiados por isenções tributárias e se, atualmente, não mais houver interesse público, propor a revogação de certas renúncias fiscais, ou, todas elas;

e) Desde que avantajado o saldo de despesas vencidas e não quitadas (Restos a Pagar), propor reserva de contingência que induza um superávit orçamentário, com ele quitando aquela dívida de curtíssimo prazo, a que mais penaliza as finanças municipais;

f) Recusar dotações para novas obras sem que haja verba para as já iniciadas (art. 45, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

AS EMENDAS IMPOSITIVAS AO ORÇAMENTO DEVEM ESTAR EM CONSONÂNCIA COM O PLANEJAMENTO MUNICIPAL

Em face da Emenda Constitucional 86, de 2015, os vereadores podem fazer emendas na proposta orçamentária, às quais, sob o limite de 1,2% da receita municipal, serão cumpridas pelo prefeito, sob pena de afronta à norma constitucional.

Nessa dinâmica, tem-se visto emendas implausíveis, inconsistentes, que, por isso, são impedidas tecnicamente pelo Executivo, iniciando-se daí um lento e indesejado processo de substituição.

Assim, o vereador, ao enunciar suas inserções orçamentárias, deveria se mirar no planejamento municipal, sobretudo o anexo de metas e prioridades da lei de diretrizes orçamentárias (LDO), jamais propondo obras desnecessárias, perdulárias e paroquiais, tampouco subvenções a ONGs ineficientes ou impedidas de novos recebimentos.

Não bastasse isso, o vereador, no intento de financiar suas emendas, não deveria cortar ações essenciais de governo.

EXERCER A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE ACOMPANHAR A EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO MUNICÍPIO (ART. 166, § 1º, II, DA CF).


Em imensa parte das vezes, as casas legislativas não realizam aquilo que a Constituição lhes prescreve: o monitoramento da execução orçamentária (art. 166, § 1º, II).

Todavia, a Comissão de Orçamento e Finanças da Câmara tem o dever de acompanhar a realização do orçamento anual, ainda que, em municípios pequenos, possa se valer dos trabalhos do controle interno da própria edilidade.

Nessa tarefa, seria de imensa serventia a observação dos alertas que, rotineiramente, fazem os Tribunais de Contas sobre riscos e desvios fiscais que, em tempo hábil, poderiam ser corrigidos pelo gestor fazendário. Além disso, aquela Comissão deveria ler, com atenção, os relatórios anuais de gestão financeira, quer os do controle interno, como os do externo.

Além do mais, tal Comissão precisaria participar, ativamente, das audiências em que a Prefeitura, na própria Câmara, apresenta, a cada quatro meses, relatório de execução fiscal (art. 9º, § 4º, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Dessa forma, aquele colegiado legislativo poderia apresentar soluções para:

- a) Conter a despesa sob o risco do déficit orçamentário e, aumento da dívida, sobretudo a dos Restos a Pagar sem cobertura financeira;
- b) Negociação com os credores de altos precatórios judiciais;
- c) Desequilíbrio atuarial do regime próprio de previdência;
- d) Redução do excesso do gasto com pessoal.
- e) Despesa insuficiente em educação e saúde. 

NOTAS

- 1 Vide: <https://painel.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3ACamara%3ACamara.wcdf/generatedContent?password=zero&userid=anony>
- 2 In “A Lei 4.320 no Contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal”, Ed. NDJ, São Paulo, 2005, em coautoria com Sérgio Ciquera Rossi.
- 3 <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/tribunal-e-gestao-financeira-camaras-veredores>



FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR é Consultor da Fiorilli Software. Professor de Orçamento e Responsabilidade Fiscal. Ex-Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.



Análise do princípio da isonomia em relação a igualdade de gênero¹

■ POR ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON

“Mais do que um discurso generalíssimo de igualdade entre homens e mulheres, deve-se primar por uma atuação de tratamento igualitário, em sentido material/substancial, onde o “discrimine” é resultante das implicações constitucionais e das normas internacionais, ratificadas.”

Constata-se um discurso generalizado em busca da promoção da igualdade de gêneros, sendo criado diversas instituições fomentadoras e promovedoras de estudos sobre esse discurso. Pode-se citar, dentre essas instituições: Observatório Brasil da Igualdade de Gênero; ONU Mulheres; OIT; Secretaria de Políticas para as Mulheres, vinculado a Presidência da República; dentre outras.

Nesse contexto tem que se apontar, preliminarmente, a obviedade desse discurso, o qual é: políticas, medidas, instrumentos, direitos em pró da mulher com o fito de aquinhoá-la com os mesmos “privilégios” que uma sociedade machista, paternalista deferiu ao homem.

Ou seja, essa igualdade de gênero é sinônimo, hoje, de uma linguagem em favor do direito das mulheres, ao invés de um trabalho real de promoção de um tratamento isonômico do ser humano, ao invés de um processo de privilégios odiosos, tendo por parâmetro o sexo.

Adverte-se, prefacialmente, não se descuida do conhecimento histórico no qual a mulher via-se segregada/marginalizada/violentada como pessoa, como ser político, na dinâmica social, de forma generalizada, pelo mundo.

Destaca, como elemento confirmatório da afirmação supra, que a redação original do Código Civil de 1916 enquadra a mulher casada, enquanto subsistisse a sociedade conjugal como ser relativamente incapaz.²

Também, não se busca nesse trabalho fazer algum tipo de dissertação contrário a legitimidade do movimento feminista, das políticas que buscam promover direitos e garantias da mulher que alçam o fim digno da inserção da mulher, em sua inteireza, nas instituições sociais constituídas sob a égide ou com resquícios de políticas discriminatórias no trato da pessoa mulher.

A proteção da mulher e a criação de instrumentos que promovam a sua dignidade é corolário de um Estado Democrático de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo as políticas estatais destinadas a esse desiderato necessárias e legítimas.

O objetivo, aqui, é convalidar a afirmação de que o discurso de igualdade de gênero desvirtuou-se para uma política, exclusivamente, em favor dos direitos das mulheres. A igualdade de gênero não é sinônimo de direito da mulher, mas sim equivalente ao direito de tratamento igual do ser humano.

Extraí a hipótese de que esse problema se desenvolve pela não compreensão do que seja igualdade.

O conceito aristotélico de igualdade, utilizado amplamente, determina que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida que se desigualam.

Essa definição, por mais que seja assertiva, não pode ser o ponto de partida e de chegada.³ Tem-se no conceito de igualdade, um conceito aberto e generalístico, o qual é utilizado indiscriminadamente na retórica argumentativa, posto como algo absoluto, sacro⁴ e irrefutável.

Todavia, não é informado os critérios objetivos que permita reconhecer uma situação isonômica ou não isonômica.⁵ Em suma: quais os elementos estruturantes do conceito de igualdade? Que critério legítimo permite identificar uma situação de igualdade ou de desigualdade? Como se traz essa igualdade teórica abstrata para o caso de concreto de forma eficiente?

Destaca-se que o estudo ora proposto não abordará uma perspectiva histórica, sociológica, filosófica, econômica, política, mas sim, a viés da racionalidade normativa do princípio da igualdade. Assim, aspira-se o enquadrinhamento da igualdade a partir das prescrições normativas constitucionais.

CONSTRUINDO A IGUALDADE

O professor Humberto Ávila, em sua tese sobre igualdade, apresenta os seguintes elementos estruturais para a definição de igualdade: sujeitos; medida

de comparação; elementos indicadores da medida de comparação; finalidade diferenciada.

A primeira premissa da igualdade é que o mesmo é um ato de comparação. Sendo pressuposto lógico de uma comparação a existência de mais de um objeto. É impossível comparar algo por si só.

Esse objeto de comparação, nesse estudo, são os sujeitos (homem e mulher), onde se quer determinar: no que se igualam? E no que se desigalam?

Nesse processo de comparação, entre os sujeitos, deve ser eleito um referencial que permita realizar a medição entre os sujeitos.

O imbricado surge não na afirmação supra, mas sim, na forma de eleição da medida de comparação, dentre tantas as possíveis e sua vinculação com a finalidade.⁶ Esse é um dos pontos nefrágicos da temática.

Pode-se dizer como certo que essa medida de diferenciação deve ser fruto das experiências empíricas dos sujeitos. Não é uma criação, ou melhor, não pode ser criado a partir de um mero subjetivismo, “achismo”. Extrai-se de uma realidade fática a própria diferenciação, pois caso contrário ter-se-á um privilégio odioso.⁷

A validade e a relevância dessa medida de comparação justificam-se na medida que se dialoga com a finalidade (telos) objetiva da norma jurídica. É de uma clareza solar que a finalidade não vem depois da medida de comparação, ao contrário, ela é extraída na realidade fática, sendo tida como pertinente ao atender a finalidade elencada no dispositivo normativo.

Visível está, por conseguinte, que a indicação da finalidade não pode ser ambígua nem contraditória, nem tampouco implícita. Deve, em vez disso, ser clara, coerente e expressa. Afinal, se é dever do ente estatal tratar todos igualmente, a não ser que haja um motivo para tratá-los diferentemente, deve demonstrar com “suficiente determinação”... a finalidade que justifica a distinção.⁸

Não só isso é o bastante, é imperioso a eleição do indicativo da medida de comparação. Ao se eleger uma medida de comparação, dentre várias medidas, a partir dos casos empíricos, agora, precisa-se eleger o indicativo para aferir a medida de comparação escolhida.

Esse elemento indicativo será constatado quando o mesmo possuir uma relação fundada e conjugada com a medida de comparação. O elemento indicativo terá uma relação fundada quando da existência estatística do mesmo com a medida de comparação.⁹ Além disso deve ser uma relação conjugada. Isso quer dizer que entre os elementos indicativos deve ser escolhido aquele mais significativo, “próximo”, à medida de comparação.¹⁰

Assim sintetiza Humberto Ávila:

O que fica, de tudo quanto se disse até aqui, é que, entre a medida de comparação, qualificadora de algo efetivamente existente, e a finalidade que lhe serve de justificação deve haver uma relação de pertinência; e, entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo deve haver uma relação fundada e conjugada. Sem esses requisitos, a rigor não se realiza a igualdade.¹¹

Sobreleva a atenção para o fato de que dentre os pressupostos ora desenhados em relação ao princípio da igualdade, a finalidade é o elemento que guia a formatação dos demais elementos, legitimando ou não as medidas de “discrimine” perpetradas pelo legislador.

... falta de controle da finalidade torna extremamente vulnerável a efetividade da igualdade, na medida em que é a sua indicação precisa que permitirá aferir a validade da medida de comparação escolhida pelo Poder Legislativo e, em última instância, legitimar a diferenciação ... Justamente por isso, sua indicação deve ser clara e isenta de contradições. Caso contrário, por trás da enunciação de uma finalidade, pode existir o propósito inconfessável de discriminar...¹²

É certo que esse estudo sobre igualdade possui uma alta complexidade. Com o intuito de vislumbrar os requisitos constitutivos da definição de igualdade, alhures descrito, segue uma tentativa gráfica do exposto:



Na continuação do processo de descortinar a estrutura da igualdade, utilizemos um caso paradigmático: Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Pena).

Quando da sua publicação até a data vigente, a presente lei sofre críticas por não ofertar um tratamento igualitário entre homens e mulheres, pois cria mecanismos de proteção exclusiva para a mulher. Indaga-se: que proteção terá o homem quando o mesmo for vítima de violência no seio familiar?

O problema ventilado se desnuda no seguinte: deve ter a mulher um tratamento diferenciado, quando se tratar de violência em âmbito familiar, em relação ao homem?

Primeiramente tem que se identificar a finalidade contido no conteúdo normativo. Esse pode ser extraído do art. 226, § 8º da Constituição Federal:

Art. 226...

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família *na pessoa de cada um dos que a integram*, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Grifos nossos)

A partir do enunciado redacional constitucional constata ser um dos fins do Estado a proteção das pessoas integrantes da família contra a violência perpetrada dentro do seu próprio seio.

Ressalta-se, a finalidade que justifica o tratamento diferenciado, consequentemente, pressuposto para a eleição da medida de comparação provém da norma constitucional, diretamente ou indiretamente.

... Se é a finalidade a ser perseguida que, em última análise, vai permitir verificar a correção da medida de comparação utilizada...

As finalidades que podem servir de parâmetro para a escolha das medidas de comparação são aquelas previstas no sistema normativo constitucional.¹³

Dentre as medidas de comparação possíveis, o legislador estabeleceu a diferenciação a partir do gênero, baseado na quantidade de atos de violência (nas suas mais diversas formas) entre os membros da família (elemento indicativo da medida de comparação).

Perceba que a medida de comparação escolhida foi o gênero, quanto da finalidade de proteção dos membros integradores da família. Poderia ter sido a partir do elemento idade, o fato de ser adulto ou criança, tipo de profissão, localização da residência, dentre outros.

Quando do elemento indicativo da medida de comparação optou-se pelo indicativo da violência perpetrada dentre tantos outros. Para medir essa comparação a partir do gênero poderia optar pelo fator de capacidade física, fonte provedora dos recursos de sustento da família, capacidade de gerar prole, etc.

Tem-se o dever de combater a violência fruto das interações familiares, onde o legislador cria uma lei que diferencia os membros da família pelo gênero, constituindo um arcabouço protetivo para a mulher, que a partir de fundados dados estatísticos, ela é o membro da dinâmica familiar, que dentro dessa relação é uma vítima contumaz das mais diversas formas de violência.

Art. 2º *Toda mulher*, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º *Serão asseguradas às mulheres* as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

...

Art. 4º *Na interpretação desta Lei*, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, *as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar*. (Grifos nossos)

A medida de comparação é pertinente, pois como a mulher é um dos integrantes da relação familiar, sendo obrigação do Estado garantir assistência na pessoa de cada um que compõe a família. Ou seja, tal medida é relevante por contribuir para a promoção dessa finalidade constitucional.

O indicativo dessa medida gênero feminino foram os atos de violência perpetrados nas interações domésticas, sendo a mulher a principal vítima. Vislumbra-se, assim, um elemento indicativo fundado e conjugado.

A situação fática justifica a discriminante, pois baseado nos dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) do Ministério da Saúde, no ano de 2011, dos 107.572 atendimentos, no que tange a violência doméstica, sexual e outras violências, quase 66% tiveram como vítima a mulher, e perto de 35% teve o homem como vitimado.¹⁴

É ululante a situação de fragilidade da mulher.

Os dados estatísticos ainda corroboram a situação de um tratamento diferencial para mulher, no caso de violência doméstica, pois quase 72% dos atos de agressão perpetrados contra o gênero feminino ocorre no âmbito residencial, o qual paradoxalmente, deveria ser o local de maior proteção.

A tabela 01 delinea a afirmação supra.

Tabela 01 – Violência física segundo local de ocorrência da agressão – Sexo Feminino Brasil, 2011¹⁵

Local de ocorrência	Total	%*
Residência	43747,00	71,77
Habitação Coletiva	352,00	0,58
Escola	966,00	1,58
Local Esportivo	188,00	0,31
Bar ou similar	1351,00	2,22
Via Pública	9513,00	15,61
Comércio/Serviços	902,00	1,48
Industria/construção	135,00	0,22
Outros	3801,00	6,24
Ignorados/em branco	9315,00	
Total	70270,00	100,00

* Excluído os casos em branco/ignorado.

A partir dos dados referente a relação do agressor com a vítima feminina (tabela 02) extrai-se, ainda, que em torno de 63% dos casos o agressor possui uma relação direta de parentesco.¹⁶ Ou seja, a família que deveria ser o apoio, promover o abrigo, acobertar das mazelas, tem sido a principal entidade fomentadora da violência perante a mulher.

Tabela 02 – Atendimentos femininos por violência física segundo relação do agressor com a vítima Brasil, 2011¹⁷

Relação	Total	%
Pai	3690,00	7,22
Mãe	4544,00	8,89
Padrasto	1737,00	3,40
Madrasta	159,00	0,31
Cônjuge	14092,00	27,58

Ex-cônjuge	4348,00	8,51
Namorado	2408,00	4,71
Ex-namorado	1334,00	2,61
Filho	2006,00	3,93
Irmão	1827,00	3,58
Amigo/conhecido	7989,00	15,64
Desconhecido	6957,00	13,62
Total	51091,00	100,00

Tal perfil de violência que acomete a figura da mulher tem por fatores os mais diversos. Entretanto, o conjunto de leis antigas, criadas numa época onde a mulher era vista como propriedade do homem, ao invés de um ser sujeito de direitos, somado a falta de estrutura generalizado a qual é acometida o conjunto de entidades que englobam a justiça no Brasil, favorece a uma situação de impunidade, descaso, o que induz a prática da violência na certeza dos instrumentos estatais repressivos ineficazes.

Assim é descrito a situação, no Brasil, pelo relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

... é frequente que as queixas não sejam totalmente investigadas ou processadas. Em certos casos, as limitações tolgem os esforços envidados para dar resposta a esses delitos. Em outros casos, as mulheres não apresentam queixa formal contra os agressores. Na prática, limitações das leis e de outra natureza freqüentemente expõem a mulher a situações em que ela mesma de vê obrigada a agir. De acordo com a lei, as mulheres devem formular suas queixas numa delegacia e explicar os fatos a um policial para que este possa preparar uma “denúncia de incidente”. *Os policiais que não tenham sido suficientemente preparados talvez não estejam em condições de prestar os serviços requeridos e, segundo se informa, alguns deles continuam a tratar as vítimas de tal forma que estas se sentem envergonhadas e humilhadas.* Para certos delitos, como o de estupro, as vítimas devem apresentar-se ao Instituto Médico Legal, ao qual cabe a competência exclusiva em matéria de exames médicos requeridos por lei para processar a denúncia. Algumas mulheres desconhecem esse requisito ou não têm acesso a essa instituição de forma justa e necessária para obter as provas requeridas. Estes institutos tendem a localizar-se em áreas urbanas e, onde existem, muitas vezes não dispõem de pessoal suficiente. Ademais, mesmo quando as mulheres tomam as medidas necessárias para denunciar a prática de delitos violentos, *não existe garantia de que estes serão investigados e processados.*¹⁸ (Grifos nossos)

A violência doméstica é o fator primário de lesões contra mulheres, no mundo.

Segundo a ONU, a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos no mundo, manifestando-se não apenas em classes socialmente mais desfavorecidas e em países em desenvolvimento, mas em diferentes classes e culturas.¹⁹

De tal sorte, tendo por base essa constelação de informações fica claramente evidenciado a relação fundada do indicativo da medida (atos de violência perpetrados nas interações domésticas) com a medida de comparação (gênero feminino) posto esse vínculo estatístico-probabilístico.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, ter-se-ia uma racionalidade que justificaria o critério discriminatório na norma jurídica construída.²⁰

O CONJUNTO PROTETIVO OFERTADO PELA LEI MARIA DA PENHA A PARTIR DO “DISCRIMINE” RECONHECIDO

A partir dessa necessidade de reconhecimento a um tratamento diferenciado a mulher contra a violência doméstica, institui o legislador uma série de medidas protetivas em favor da agredida, bem como buscou imputar a criação de órgãos administrativos e judiciais específicos a questão da violência a mulher, além de alterar leis obsoletas que favoreciam a prática da violência.

Dentre essas medidas de proteção há aquelas que obrigam o agressor e aquelas em favor da ofendida.

As que obrigam o agressor, segundo o art. 22 da Lei 11.340/06, são:

- I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios;
- VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e
- VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Já as medidas de proteção de urgência a mulher, no aspecto da agressão física, têm-se as seguintes possibilidades:

- I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV – determinar a separação de corpos.²¹

O legislador não descuidou, e elencou um conjunto de medidas específicas ao patrimônio da mulher violentada:

- I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
- II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
- III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
- IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.²²

Destaca-se, ainda, o fato da ação penal ser pública incondicionada, ou seja, não dependendo mais da vítima, para que o Ministério Público ou a polícia pudesse dar início a persecução criminal.

Esse entendimento fora confirmado em julgamento do Superior Tribunal Federal:²³

Entendeu-se não ser aplicável aos crimes glosados pela lei discutida o que disposto na Lei 9.099/95, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, *a ação penal cabível seria pública incondicionada*. Acentuou-se, entretanto, permanecer a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual. Consignou-se que o Tribunal, ao julgar o HC 106212/MS (DJe de 13.6.2011), declarara, em processo subjetivo, a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, no que afastaria a aplicação da Lei dos Juizados Especiais relativamente aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. ADI 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.2.2012. (ADI-4424) (Grifos nossos)

Bem como, vetou a possibilidade de penas alternativas de cunho meramente pecuniário ou em cestas básicas. Havia uma banalização da violência doméstica, no qual boa parte dos trametes processuais criminais acabava no juizado especial com a imposição, tão somente de cestas básicas ou penas pecuniárias. Formou o bordão: “estou pagando para bater na minha mulher”.

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

A partir dessas considerações, no que tange ao plexo protetivo destinado a mulher, criado pela Lei nº 11.340/06, vislumbra-se, perfeitamente, a adequação normativa com os ditames constitucionais.²⁴

Essa afirmação dar-se não por uma visão de fragilidade ou de um discurso retórico para exaltar direito das mulheres. A afirmação de que a Lei Maria da Penha possui uma estrutura normativa que se coaduna com a norma paradigmática constitucional decorre da análise objetiva, retro, dos pressupostos constitutivos do princípio da igualdade.

Assim fora o entendimento do Superior Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424, julgada em 2012:

O Plenário julgou procedente ação declaratória, ajuizada pelo Presidente da República, para assentar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Inicialmente, demonstrou-se a existência de controvérsia judicial relevante acerca do tema, nos termos do art. 14, III, da Lei 9.868/99, tendo em conta o intenso debate instaurado sobre a constitucionalidade dos preceitos mencionados, mormente no que se refere aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, bem como à aplicação dos institutos contidos na Lei 9.099/95. No mérito, rememorou-se posicionamento da Corte que, ao julgar o HC 106212/MS (DJe de 13.6.2011), declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha (“Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”). Reiterou-se a ideia de que a aludida lei viera à balha para conferir efetividade ao art. 226, § 8º, da CF. Consignou-se que o dispositivo legal em comento *coadunar-se-ia com o princípio da igualdade e atenderia à ordem jurídico-constitucional*, no que concerne ao necessário combate ao desprezo às famílias, considerada a mulher como sua célula básica”. ADI 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.2.2012. (ADI-4424) (grifos nossos)

A norma infraconstitucional estudada reflete a “igualdade perante a lei”, ou seja, mais do que um tratamento uniforme na sua aplicação a todos (“igualdade na lei”),²⁵ ela reflete a igualdade de conteúdo/substancial, pois esse tratamento diferenciado dado a mulher, a partir da finalidade esculpida na Constituição e nos Tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, bem como de uma realidade fática comprobatória de que a agressão a mulher tornou-se uma verdadeira calamidade pública,²⁶ motiva, justifica e legitima o tratamento diferenciado dispensado.

Não só a finalidade do “discrimine” é extraído da Constituição de 1988 (art. 226, § 8º), como da Convenção Interamericana dos direitos humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

No Pacto de San José da Costa Rica o art. 24 destaca-se: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”.

Já na “Convenção de Belém do Pará” o Brasil assume diversos deveres em combater a violência contra a mulher (art. 7º):

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) *incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;*

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

e) *tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;*

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção. (Grifos nossos)

Não esses deveres gerais foram impostos aos Estados Partes, como, também deveres específicos (art. 8º):

a) promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;

b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;

c) *promover a educação e treinamento de todo o pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;*

d) prestar serviços especializados apropriados à mulher sujeitada a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado, *inclusive abrigos, serviços de orientação familiar, quando for o caso, e atendimento e custódia dos menores afetados;*

e) promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência;

f) *proporcionar à mulher sujeitada a violência acesso a programas eficazes de reabilitação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;*

g) incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas de divulgação, que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher;

h) *assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, conseqüências e freqüência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias;* e

i) promover a cooperação internacional para o intercâmbio de idéias e experiências, bem como a execução de programas destinados à proteção da mulher sujeitada a violência. (Grifos nossos)

Nessa moldura delineada, onde resplandece o princípio da igualdade, vista objetivamente, ultrapassa o discurso de proteção aos direitos da mulher, para,

simplesmente, falar-se em proteção aos direitos do ser humano, em busca da concretude de sua dignidade.


Corroborando com esse discurso as palavras de Paulo Henrique Gonçalves Portela ao tratar da convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1979:

A convenção nasce da convicção da igualdade e da dignidade inerente a todos os seres humanos, independentemente do gênero, e da percepção de que, apesar das medidas que já foram tomadas no campo jurídico, a mulher ainda é vítima de discriminação. A Convenção considera ainda que a discriminação contra a mulher é obstáculo para o bem-estar geral, já que deixa grande número de pessoas em condições de vida inferiores ao mínimo desejado e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade e, desse modo para contribuir em prol do desenvolvimento pleno e completo de uma sociedade, para o bem-estar do mundo e para a paz.²⁷ (Grifos nossos)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da igualdade quando bem sentido, ou seja, estudado e aplicado de forma objetiva, é um instrumento promotor da justiça, corolário de um Estado Democrático de Direito.

Mais do que um discurso generalíssimo de igualdade entre homens e mulheres, deve-se primar por uma atuação de tratamento igualitário, em sentido material/substancial, onde o “discrimine” é resultante das implicações constitucionais e das normas internacionais, ratificadas.

A política de igualdade de gênero, a partir dessa moldura do princípio da igualdade para a ser uma política de igualdade para o ser humano. 

NOTAS

- 1 Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.
- 2 “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: ... II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”. (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, RJ, 05 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020).
- 3 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 10-11.
- 4 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29/30.
- 5 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11.
- 6 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43-44.
- 7 “Assim, dizer que os seres humanos são iguais é dizer que nenhuma tem direito a um tratamento preferencial na ausência de motivos que os justifiquem”. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 563.
- 8 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69.
- 9 “O que deve ficar claro, neste ponto particular, é que só há *relação* sustentada entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo quando existir uma *correlação* estatisticamente

- fundada entre ambas. Não havendo um suporte empírico considerável nesse sentido, a distinção será irrazoável, por infundada”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51).
- 10 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.
 - 11 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.
 - 12 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73.
 - 13 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63.
 - 14 Cf. WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012 – atualização: homicídio de mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/MapaViolencia2012atualizacaoagosto_HomicidiosMulheres.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020, p. 18.
 - 15 Cf. WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012 – atualização: homicídio de mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/MapaViolencia2012atualizacaoagosto_HomicidiosMulheres.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020, p. 19.
 - 16 Para chegar nesse número não se contabilizou-se o índice referente as agressões cometidas por namorado, ex-namorado, amigo/conhecido e desconhecido.
 - 17 Cf. WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012 – atualização: homicídio de mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/MapaViolencia2012atualizacaoagosto_HomicidiosMulheres.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020, p. 20.
 - 18 CIDH, Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, 1997. Capítulo VIII.
 - 19 PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan-mar. 2012, p. 78.
 - 20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38. “Exemplificando para aclarar: suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fato de flagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de discrimen e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexos plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença Imponente”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38)
 - 21 Art. 23 da Lei nº 11.340/06.
 - 22 Art. 24 da Lei nº 11.340/06.
 - 23 Informativo nº 654, Brasília, 6 a 10 de fevereiro de 2012.
 - 24 Informativo nº 654, Brasília, 6 a 10 de fevereiro de 2012.
 - 25 “...Quando o dispositivo declara que ‘todos são iguais perante a lei’ faz, pois, referência à igualdade perante a lei, exigindo uniformidade na sua aplicação, independente do seu conteúdo. A igualdade formal, no entanto, é apenas um aspecto da Igualdade. Ou, no dizer de Kelsen, ‘igualdade perante a lei não é assim igualdade, mas adequação à norma...’ [...] É que a lei, embora aplicada de modo uniforme, pode conter Lima distinção arbitrária em seu conteúdo. Se a exigência de igualdade se exaurisse na igualdade perante a lei, leis que tratassem diferentemente os cidadãos, e os contribuintes em particular, em razão do sexo ou da raça, seriam constitucionais, desde que aplicadas da mesma forma para todos aqueles do mesmo sexo ou da mesma raça”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74).

- 26 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica*. RT: São Paulo, 2007, p. 23.
- 27 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2011, ps. 732-733.

REFERÊNCIAS

- AMERICANOS, Organização dos Estados. *Pacto De San José De Costa Rica*. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 105. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.
- _____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, RJ, 05 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.
- _____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e da outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 08 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.
- _____. Decreto nº 678/92. Promulga A Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica*. RT: São Paulo, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- OEA. *Convenção Belém do Pará (1994)*. Disponível em <<http://www.cidh.org/>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan-mar. 2012.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2011.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012 – atualização: homicídio de mulheres no Brasil*. 2012. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/MapaViolencia2012atualizacaoagosto_HomicidiosMulheres.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.



ARQUIVO PESSOAL

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

Os 10 mandamentos tributários para o Governo combater a crise do desemprego no país

■ POR HALLEY HENARES NETO



DA SILVA

“Apenas um Estado eficiente e harmônico na atuação de seus três poderes será capaz de mitigar e agir ativamente sobre os males que hoje assolam o emprego e os trabalhadores dessa ainda poderosa Nação brasileira.”

Enquanto 1,4 milhões de trabalhadores perdem seus postos de trabalho em apenas uma semana, o desemprego atinge o número recorde de 15 milhões de pessoas sem ocupação (Fonte: PNAD/IBGE) e o número de desempregados no país ultrapassa o de empregados entre os brasileiros em idade para trabalhar, o Estado parece não estar devidamente focado na busca de caminhos e alternativas igualmente eficazes na solução desse monumental problema social e econômico.

Esse cenário requer a adoção de medidas céleres e objetivas, mas também estruturantes e sistematizadoras para outras medidas futuras, por meio de processos perenes e paulatinamente coerentes com o sistema tributário atual, que possam desembarcar as relações de trabalho em terreno seguro, com o conseqüente restabelecimento da empregabilidade, com melhoria para empregadores e empregados. São elas:

1. Reforma simplificadora e predominantemente infraconstitucional da legislação tributária previdenciária (custeio). Deve haver reforma tributária estrutural sobre a folha de salários, porém, simples e célere, com ajustes em alguns poucos dispositivos da Constituição e mudanças e aprimoramentos importantes apenas na legislação infraconstitucional (sobretudo no art. 28, I e § 9º da Lei nº 8.212/91), o que requererá um rito mais simples e menos moroso para a sua aprovação. O movimento do “Simplifica Já”, encabeçado por membros do próprio Fisco, juristas, advogados, economistas e entidades de classe, parece ter percebido essa necessidade de reduzir a amplitude de alterações em nível Constitucional e intensificar a qualidade e a agilidade das respostas que o Sistema Tributário e a economia precisam no nível infraconstitucional.

2. Racionalização e ampliação da base tributável combinada com desoneração parcial da folha, por meio da criação de sistema seletivo de alíquotas reduzidas. É necessário aprimorar, e não destruir, a tributação da folha e das relações de trabalho mais amplamente. Deve-se simplificar e ampliar a base tributável (inclusive para relações de trabalho que não sejam retributivas e formais), garantido que não haja perda de arrecadação e que haja significativa redução de litígio, a qual, por sua vez, também gera aumento de arrecadação). Adicionalmente, é mister desonerar a tributação de forma parcial, por meio de alíquotas seletivas menores, baseadas em critérios objetivos que promovam (ou impeçam a redução de) empregabilidade e formalidade de vínculos a curto e médio prazo, tais como o número de empregos concedidos por dada empresa e a média salarial paga aos empregados.

Essa situação beneficiará as empresas que estão no Simples Nacional, o setor de serviços (que emprega 2/3 da mão de obra formal no país, inclusive transporte e construção civil) e, também, a indústria e o comércio, posto que também terão alíquotas menores à medida em que empregar mais e pagar melhor (média salarial) os seus empregados. Trata-se de um sistema justo e racional, por meio do qual o Estado premia e estimula condutas em prol da mitigação de demissões e da proliferação exagerada de vínculos informais de trabalho, os quais, ao menos atualmente, não geram arrecadação para a Seguridade Social.

3. Afastar-se de uma nova espécie de CPMF que venha a taxar meios financeiros digitais e o comércio eletrônico. A adoção de soluções casuísticas e disruptivas, por meio de tributo cobrado em cascata, de forma cumulativa, regressiva e em conjunto com outros tributos (ICMS e ISS) que já ocupam o campo de incidência das mesmas operações econômicas – e, ainda, sem critérios sistêmicos – atinentes ao comércio (Amazon, Magalu, Ifood, Uber, etc), como se pretende com a “CPMF de meios digitais”, está em desarmonia com a regras estabelecidas pela própria OCDE, a qual traça diretrizes para que os países busquem captar a efetiva riqueza tributável dessas potências econômicas, expressadas na Receita ou no Lucro Bruto de suas atividades, e não em sua assintomática movimentação financeira, desvinculada de signo econômico material.

Aliás, em sentido diametralmente oposto, a mesma OCDE e o “Grupo dos 20” primam, atualmente, por formas eficazes de tributação da folha para financiar as suas respectivas seguridades sociais. Quase não há exemplos, no mundo, de tributação sobre meios de pagamento para esse fim (e para nenhum outro!), podendo-se destacar, dentre eles, a Venezuela. É esse mesmo o caminho que queremos seguir?

4. Manter a Seguridade Social forte, com o devido equilíbrio financeiro e atuarial. A Seguridade Social é Direito Social relevante e conquista da sociedade civil de uma nação. Ela não deve jamais ser enfraquecida para que as relações de trabalho sejam desoneradas. Esse é o preço que o Governo parece querer pagar com a apresentação de proposta de eventual retorno da CPMF sobre operações financeiras digitais.

Com efeito, a desoneração da folha, deveras importante no momento atual, deve vir presidida pela melhora do sistema de seguridade social, e não pela sua ruptura, que é o que acontecerá se uma nova CPMF passar a fazer com que ele dependa de dinheiro do orçamento da União. Sem falar que, nesse caso, apenas o Estado e do empregado seriam agentes financiadores diretos da seguridade social doravante, excluindo-se o empregador.

Esse mesmo movimento, no passado, foi o que conduziu ao rombo das contas públicas que, depois, viria a demandar a premente necessidade, que vimos há poucos meses, da aprovação urgente da reforma da previdência. Ora, não se poder dar com uma mão o conforto de ter obtido êxito nessa reforma e, agora, incoerentemente, retirar com a outra, fazendo com que o Governo e os empregados tenham que financiar sozinhos a Seguridade Social. Isso é tão mais sério se observarmos que agora esse sistema atual de seguridade deveria é ser reforçado, para fazer frente às necessidades de saúde, previdência e assistência que se avolumaram em momento de crise sanitária e de saúde.

Levar o dinheiro diretamente aos cofres do Governo Federal, através de uma “CPMF digital”, e retirá-lo da autonomia financeira e atuarial da Seguridade Social, não é apenas enfraquecer o seu equilíbrio, mas também exterminar conquistas importantes para a sua manutenção e funcionamento harmônico

e equânime entre os agentes responsáveis pelo seu financiamento, tais como: diversidade de base tributável, referibilidade entre valores pagos pelo empregador e a sua contribuição na parcela da aposentadoria do empregado; aplicação aos princípios da solidariedade e da universalidade, com a responsabilidade quadripartite no financiamento da seguridade.

Ao contrário do que sustenta o Ministro da Economia, podemos dizer que não precisamos “nem do feio, nem do cruel”, mas sim do ótimo. Simplesmente porque é possível, e necessário que assim seja.

5. Evitar “paliativos tributários”. Em artigo publicado na última semana de julho, a propósito do veto da prorrogação do que hoje conhecemos por CPRB (contribuição sobre a receita bruta das empresas, utilizada no lugar da folha de salários por alguns setores como base tributável para financiar a seguridade social), frisamos que o Brasil não pode mais viver de concessões de paliativos tributários, consubstanciados em benefícios casuísticos, em “reformas em tiras” do Sistema Tributário ou em sucessivos planos de recuperação fiscal para contribuintes que não conseguem suportar a elevada carga tributária (Refis). Não é correto o restabelecimento de “benefícios” pontuais como a desoneração da folha e sua troca pela CPRB (Receita Bruta) para alguns setores da economia, se isso for provisório, pontual e em desarmonia com a própria norma Constitucional, que não autoriza, sem a reforma prévia de seu texto, um tributo dessa natureza. Ela deve vir, mas por outros caminhos.

6. Olhar mais para o trabalho e menos para o emprego – a migração das relações formais como conhecemos para as relações informais de trabalho não pode mais ser ignorada. A pessoa desempregada passa a atuar cada vez mais por meio de relações informais de trabalho, para aplicativos, market place e e-commerce. Nesse sentido, passa a ser importante, com visão de presente e de futuro, captar essas relações e a riqueza delas advindas (internamente) em termos de tributação. Aqui sim, uma CPRB sobre a receita das empresas que faturam com esses aplicativos para os quais esses trabalhadores atuam, sem vínculo formal, passa a fazer todo o sentido, pois capta a riqueza (signo econômico) de forma adequada e a leva à seguridade social, a qual, a seu turno, incrementará a sua arrecadação e terá, assim, condições de fazer frente a novas desonerações, parciais, adequadas, racionais e sistêmicas da folha de salários.

7. Manter o nível de arrecadação tributária. A desoneração não pode diminuir a arrecadação, não há espaço para isso! A ampliação de base tributável, a redução do nível de informalidade e a CPRB disruptiva sobre market place podem, em conjunto com a calibração do sistema de alíquotas seletivas, pode garantir menor tributação sem perda de arrecadação. O próprio Ministério da Economia, através da Receita Federal, tem os números para simular situações com essas variáveis.

8. A pessoa física e o empregado não podem ser mais sacrificados do que já são. Se isso acontecer, equivalerá a matar-se a galinha dos ovos de ouro e acirrar a crise do emprego. Com efeito, não se pode conceber onerar mais as

relações formais de trabalho e muito menos a renda do trabalhador empregado, que, no geral, mal consegue fazer frente aos seus compromissos pessoais e familiares. Não é viável qualquer proposta de desoneração da folha, como tem sido ventilada, que seja compensada com aumento da carga tributária do empregado pessoa física, sobretudo por meio de oneração do IRPF. Convém lembrar que a “pessoa física” já é o “mártir” da tributação nesse país, seja em termos de Imposto sobre a Renda, seja em termos de tributos em geral.


9. Não insistir em velhas soluções para novos problemas. O país precisa de discussões produtivas e soluções rápidas. O Executivo deve iniciar as discussões com o Congresso através de tema de convergência e não por meio de assuntos polêmicos, como a renovação da antiga CPMF ou a criação de um tributo sobre transações digitais, o que poderá, de antemão, matar a discussão da reforma tributária entre os Poderes antes mesmo que ela nasça.

10. Colher primeiro as frutas que estão mais embaixo. Isso consiste em adotar medidas alternativas paralelas aos trabalhos de reforma, que já podem surtir efeitos positivos para as relações de trabalho e o emprego.

As coisas não mudarão da noite para o dia por causa da reforma tributária e ela, sozinha, não resolverá todos os problemas. É preciso a adoção de breves e inteligentes medidas urgentes em paralelo, tais como ajustes nos gastos públicos, eficácia urgente à (ótima) legislação de transação tributária que permite a negociação de passivos do contribuinte e o não aumento da tributação sobre o PLR (programa de participação nos lucros e resultados), pois isso representaria um desestímulo ao melhor pagamento dos empregados.

Se essas medidas não forem adotadas agora, o que teremos, logo mais, serão famílias mais endividadas e com poucas opções de empregos. Também teremos um quadro nefasto de empregadores que ainda estarão pagando dívidas atualmente postergadas, mas cujas contas chegarão e os encontrarão altamente alavancados e comprometidos em seu fluxo de caixa, com pouca ou quase nenhuma capacidade de preservar a renda e o emprego de seus empregados.

Cabe, então, aos três Poderes do Estado adotar medidas efetivas, estruturantes e sistematizadoras para outras medidas futuras. O Poder Judiciário, por exemplo, tem uma oportunidade ímpar de atuar nesse processo, dando eficácia imediata e efetiva às suas próprias decisões em sede de Repercussão Geral, sobretudo no âmbito da folha de salários. O STF acabou de pautar quatro casos importantes para o mês de agosto de exame de constitucionalidade de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários (salário maternidade, 1/3 de férias, adicional de 10% do FGTS e contribuições ao “Sistema S” – Sebrae, Sesi, Senai, etc).

Apenas um Estado eficiente e harmônico na atuação de seus três poderes será capaz de mitigar e agir ativamente sobre os males que hoje assolam o emprego e os trabalhadores dessa ainda poderosa Nação brasileira. 



ARQUIVO PESSOAL

HALLEY HENARES NETO é Presidente da ABAT (Associação Brasileira da Advocacia Tributária).

Lei Complementar nº 173/2020. Breve análise

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN



“Tudo demonstra, inclusive este direito desastroso, quão despreparadas para enfrentar uma crise como esta pandêmica estavam as autoridades federais, sobretudo estaduais, municipais, distritais, paraestatais e as de tantas outras categorias quantas existam – ressaltando-se que as autoridades municipais revelaram-se as menos despreparadas, por serem mais realistas que as demais, e manterem os pés no chão. O país enfim deverá sobreviver, apesar de ser governado por semelhantes autoridades, tecnicamente péssimas.”

Nesta macabra, tétrica e insólita pandemia, assim como ao isolamento social que está, em boa parte graças à visão caolha e canhestra de nossas autoridades, destruindo cada Município e cada Estado brasileiro assim como a própria União – e a culpa não é apenas das autoridades brasileiras porque parece que o mundo inteiro, seguindo a absolutamente péssima e desastrosa Organização Mundial da Saúde que não vale o espaço que ocupa ou a água que utiliza, parece ter mergulhado na mais impressionante onda de estupidez e de primitivismo que historicamente já o assolou por qualquer motivo – dentre outras medidas destinadas ao enfrentamento da crise foi editada pela União a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020.

Essa LC trouxe disposições importantíssimas, e não apenas enquanto durar o estado de calamidade pública decretado pelo Congresso Nacional – Decreto legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 – para os entes federados, dos quais aqui interessa focar os Municípios. Alguns efeitos desta LC se farão sentir por longo tempo após o fim da calamitosa decretação de calamidade pública.

Seleciona-se assim o seguinte longo excerto da LC 173/20, relacionado sobretudo a alterações da Lei de Responsabilidade Fiscal (a LC nº 101/2000):

Art. 7º A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 21. É nulo de pleno direito:

I – o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do *caput* do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; e

b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo;

II – o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

III – o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

IV – a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando:

a) resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo; ou

b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo.

§ 1º As restrições de que tratam os incisos II, III e IV:

I – devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo; e

II – aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, serão considerados atos de nomeação ou de provimento de cargo público aqueles referidos no § 1º do art. 169 da Constituição

Federal ou aqueles que, de qualquer modo, acarretem a criação ou o aumento de despesa obrigatória.” (NR)

“Art. 65. (...)

§ 1º Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, além do previsto nos incisos I e II do *caput*:

I – serão dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para:

- a) contratação e aditamento de operações de crédito;
- b) concessão de garantias;
- c) contratação entre entes da Federação; e
- d) recebimento de transferências voluntárias;

II – serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública;

III – serão afastadas as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública.

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública:

I – aplicar-se-á exclusivamente:

a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade;

b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo;

II – não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização.

§ 3º No caso de aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes.” (NR)

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

I – conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II – criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III – alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV – admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

V – realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI – criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de

membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII – criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII – adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do *caput* do art. 7º da Constituição Federal;

IX – contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do *caput* deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no *caput* cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do *caput* não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

I – em se tratando de despesa obrigatória de caráter continuado, assim compreendida aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por período superior a 2 (dois) exercícios, as medidas de compensação deverão ser permanentes; e

II – não implementada a prévia compensação, a lei ou o ato será ineficaz enquanto não regularizado o vício, sem prejuízo de eventual ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º A lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual poderão conter dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações previstas neste artigo, desde que seus efeitos somente sejam implementados após o fim do prazo fixado, sendo vedada qualquer cláusula de retroatividade.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao direito de opção assegurado na Lei nº 13.681, de 18 de junho de 2018, bem como aos respectivos atos de transposição e de enquadramento.

§ 5º O disposto no inciso VI do *caput* deste artigo não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que relacionado a medidas de combate à calamidade pública referida no *caput* cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 6º (VETADO).

Art. 9º Ficam suspensos, na forma do regulamento, os pagamentos dos refinanciamentos de dívidas dos Municípios com a Previdência Social com vencimento entre 1º de março e 31 de dezembro de 2020.

§ 1º (VETADO).

§ 2º A suspensão de que trata este artigo se estende ao recolhimento das contribuições previdenciárias patronais dos Municípios devidas aos respectivos regimes próprios, desde que autorizada por lei municipal específica.

Art. 10. Ficam suspensos os prazos de validade dos concursos públicos já homologados na data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, em todo o território nacional, até o término da vigência do estado de calamidade pública estabelecido pela União.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Os prazos suspensos voltam a correr a partir do término do período de calamidade pública.

§ 3º A suspensão dos prazos deverá ser publicada pelos organizadores dos concursos nos veículos oficiais previstos no edital do concurso público.

Art. 11. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Comentemos brevemente estes dispositivos.

A LC 173/20 deu nova redação ao art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a LC nº 101, de 2.000, ampliando-o como é de praxe em nossa legislação.

A novidade se inicia no inciso III da al. *b* do novo art. 21 da LRF, sendo a matéria anterior mero rearranjo da redação anterior deste art. 21 da LRF.

Pelo inciso III é nulo de direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20. Tal significa que não são nulos apenas aos atos onerosos com pessoal praticados pelo chefe de Poder nos 180 últimos dias de seu mandato, mas também são nulos os atos que venha a praticar a qualquer tempo, mesmo antes daqueles 180 dias finais, e que estabeleçam parcelas a pagar após o fim do seu mandato.

Vale dizer: é proibido ao chefe do Poder *fazer cortesia com o chapéu alheio*, dando algo que o seu sucessor irá pagar – e neste caso a lei não se preocupou em saber se o generoso mandatário será reeleito, e ele mesmo os pagará no mandato seguinte.

Não mais se permite portanto que uma lei publicada dentro dos últimos 180 dias acarrete despesa com pessoal mesmo depois do fim do mandato; a proibição se estendeu com relação à redação anterior da LRF, mais ou menos com o seguinte sentido: autoridade, *esqueça* a concessão de vantagens financeiras ao pessoal dentro dos últimos 180 dias, para ter efeito ou *dentro ou além desse período*.

Tudo se tornou proibido, porém desde já se alerta para o pouco claro inciso II do § 1º deste art. 21, comentado adiante.

Ainda neste art. 21, o disposto no inciso IV, als. *a* e *b*, são mera repetição do inciso III, e tão úteis quanto uma gripe ou um aquecedor no verão da Suazilândia.

O seguinte § 1º tem dois incisos, sendo o inciso I igualmente rebarbativo e inútil, pois que seu dispositivo já estava implícito no inciso III, sobre reeleição e recondução do titular do Poder ou da entidade.

O inciso II do § 1º, entretanto, é de *morder a nuca*. Neste claro ambiente de contenção de despesas com pessoal e no qual quase tudo parece ser proibido, este dispositivo informa que a restrição constante dos incisos II, III e IV se aplicam apenas aos titulares de *cargos efetivos* das entidades a que se destina a lei.

Ora, então toda a restrição de aumentar a despesa com pessoal nos últimos 180 dias do mandato *cai por terra* se se tratar de celetistas? Só vale para efetivos? E o Município que somente tenha celetistas, porque escolheu a CLT como regime jurídico único e não tem nenhum servidor estatutário efetivo, então para esse Município não vale a regra restritiva a novas despesas com pessoal, da LRF, art. 21, a qual já conta vinte anos e já está inteiramente incorporada à cultura jurídica brasileira? É isso? A LC 173 terá querido isso?

Recusamo-nos a crer, e recomendamos enfaticamente ao aplicador *ignorar o disposto no inciso II do § 1º do novo art. 21 da LRF*, redação dada por esta LC 173/20. Aparentemente recorda um serviço de insano, que não tinha a menor idéia do que fazia e fez.

Recomendamos enfaticamente *ignorar a disposição* enquanto infelizmente existir, porque simplesmente não tem pé nem cabeça. Quando algum Tribunal de Contas apontar como ilegal essa nova despesa com celetistas, ou então quando o Ministério Público contra o ato ingressar com alguma ação civil pública, por certo não será a União que correrá em socorro da autoridade local... O dispositivo lembra também uma eventual ordem legal de que o Prefeito pule da janela do seu gabinete, no 10º andar do paço. Faz tanto sentido quanto.

Encerra o novo art. 21 da LRF o seu § 2º, que também repete o que já fora repetido, dando a impressão de que a lei se destina a crianças do ensino fundamental, que necessitam diversas repetições de qualquer matéria para que aprendam. Não foi ainda desta vez que o legislador brasileiro evoluiu da sua tradicionalmente péssima técnica de escrever a mais, em verdadeiro furor legislativo que atrapalha horripelmente a compreensão e a executoriedade da lei.

No novo art. 65 da LRF, dado por esta LC 173/20, foi substituído o antigo parágrafo único por três parágrafos, bastante importantes no contexto atual do país e que já ensejaram confusão suficiente¹.

O § 1º, inciso I, prescreve que durante a atual calamidade pública simplesmente serão dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para: a) contratação e aditamento de operações de crédito; b) concessão de garantias; c) contratação entre entes da Federação; e d) recebimento de transferências voluntárias.

Até este ponto se observa que todos os entes federados estão livres dos limites, das restrições e até mesmo *das condições* (??) no caso de pretenderem (I) contratar ou aditar operações de crédito, ou de (II) conceder garantias com o patrimônio público, ou de (III) contratar com outro ente federado, ou por fim de (IV) receber transferências públicas voluntárias.

Alguém neste mundo está dispensado de atender as *condições* que existem para alguma concessão? Concede-se, dá-se, empresta-se, outorga-se por acaso *sem condições*? Alguém já viu algo semelhante, que lembra a rendição *incondicional* do Japão na guerra após sofrer dois ataques atômicos?

Quando se conhecem as restrições que o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos impõe aos gestores públicos, então a alguém parece minimamente lógico este arrombamento das categorias jurídicas? Seria acaso a festa do caqui?

E quanto ao próprio princípio da *legalidade*, será que esta *farra do boi* resiste a uma análise mais detida?.. O legislador teria perdido todo o seu senso crítico?

Outra vez recomendamos extrema cautela ao administrador público ante este aparente desmando da lei, neste estado de pandemia no qual o cérebro do legislador parece estar pior do que o de sempre.

Não se olvide o Prefeito, o Presidente da Câmara, o presidente da estatal ou da autarquia, que tudo de institucional e de juridicamente regular lhe será cobrado

após dissipada esta medonha situação de doença, e quando esse torpor mental não mais puder ser alegado em defesa de insânias e de delírios da própria lei.

Lembre-se de que o mundo *não é isto* que atualmente vem acontecendo, e que as coisas, oxalá o mais breve possível, voltarão ao seu patamar de sanidade no qual hoje não estão situadas. A pandemia foi realmente demasiada para o administrador e para o legislador brasileiros. Obstruiu-lhes a capacidade de pensar.

O inciso II do § 1º do novo art. 65 da LRF informa que serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública².

Trate portanto o administrador que pretender valer-se desta liberalidade – ou o que já se estiver dela valendo – de ter presentes todos os elementos de demonstração de que os recursos envolvidos se voltam ao combate à pandemia de coronavírus, ou terá inelutavelmente rejeitadas as respectivas contas.

O grande condicionante da licitude destes gastos agora muito simplificados é a demonstração de que se destinam ao enfrentamento da pandemia, e desse obstinado foco não se pode afastar em hipótese nenhuma o administrador. Antes de gastar tenha presente a comprovação de que a despesa se verte a combater a nova praga; conseguindo-o, então efetue a despesa, mas jamais antes de evidenciar o seu propósito e a sua matiz antipandêmica³.

E o inciso III do § 1º do mesmo art. 65 prescreve que durante a calamidade serão afastadas as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública⁴.

Outra vez se revela mais importante demonstrar que a despesa se destina a combater a excrescente pandemia do que comprovar o seu positivo mérito.

E outra vez se recomenda à autoridade máxima cautela, modicidade e ponderação ao se valer destas excepcionais concessões dadas pela lei da pandemia; não se olvide de que a pandemia passa, e as instituições jurídicas, e os princípios constitucionais de administração, e a austeridade da despesa pública, todos ficam, e que o dia seguinte, o do *fim da festa* e o dia em que as cabeças voltam a pensar, em geral não é tão alegre e divertido.

O § 2º deste art. 65 fixa que todo o § 1º se aplica apenas aos entes federados – e aqui o foco são os Estados – (I, *a*) localizados no âmbito do territorial objeto do decreto legislativo reconhecedor da calamidade pública, e (I, *b*) às despesas relativas ao combate da insidiosa e pestilencial praga. Não seria diferente, porque não se fala em outra coisa no decreto, e nada além da referida peste é matéria do diploma. Cuidado, outra vez, a autoridade, para bem justificar e enquadrar a despesa.

O inciso II deste § 1º, demagogia deslavada, tenta preservar o princípio da transparência, como se isso fosse necessário, e como se os entes de fiscalização e de controle já não o exigissem.

Encerra o artigo no § 3º, que consigna a segurança dada pela União de *manter as garantias* federais já existentes às operações atuais de aditamento dos respectivos contratos de crédito.

Assim, mesmo que aditados os contratos pelo ente público e a entidade financiadora as garantias federais anteriores permanecem válidas, apenas não tendo esclarecido o dispositivo se no mesmo valor ou se proporcionalmente aos aditamentos serão maiores, se acaso forem em valores monetários.

Com isso, à falta de expressa previsão de qualquer proporcionalidade, ninguém está autorizado a imaginar algo assim. A União conta, com absoluta certeza, em manter as garantias nos mesmos termos estabelecidos na origem.

Até agora comentou-se brevemente o novo art. 21 da LRF, e nesta conclusão comentam-se o novo art. 65 da LRF, que é dela uma disposição transitória, e os arts. 8º a 11 da LC nº 173/20.

O novo art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, dado pelo art. 7º da LC nº 173/20, constitui um agigantamento inusitado do antigo texto, e resultou num tijolo quase intragável e bem à feição das últimas leis brasileiras.

Manteve o *caput* e seus incisos I e II, e substituiu o antigo parágrafo único pelos §§ 1º a 3º. Desses, o § 1º contém os incs. I a III, sendo que o inciso I contém as als. a até d.

O § 1º cuidou especificamente deste atual estado de calamidade pública decretado pelo Congresso em 20 de março de 2020 (Decreto legislativo nº 6) em face da peste mundial denominada Covid 19, numa disposição que é portanto tipicamente transitória – e oxalá transite, para a nona cornija do inferno, o mais breve possível.

Então, referindo-se o § 1º à atual calamidade viral, prescreve que no estado de calamidade pública decretado pelo Congresso em 2020, na parte do território nacional afetada valem as inúmeras regras que seguem, nos incs. I a III do § 1º.

O inciso I contém quatro alíneas, e prevê que nesta atual calamidade são dispensados limites, condições e demais restrições aplicáveis a todos os entes federados em caso de a) contratação e aditamento de operações de crédito; b) concessão de garantias; c) contratação entre entes da Federação, e d) recebimento de transferências voluntárias.

Numa primeira mirada parece tratar-se da festa do caqui, ou de evento na casa da sogra, em ambos os quais pouco mais ou menos vale tudo. E com efeito assustador imaginar que quatro das mais complexas, delicadas e perigosas operações financeiras públicas agora, graças à pandemia, possam dar-se sem condições, sem restrições e sem limites. É o grande arrombamento das instituições.

A LRF veio ao mundo para restringir, condicionar, limitar, apertar, dificultar – todos o sabem –, e ela foi muito bem-vinda há vinte anos, e já chegara muito tarde ao nosso ordenamento. Dentre as leis que pegam e as leis que não pegam em nosso país esta deu certo, e pegou. Introduziu uma nova cultura do gasto público, e educou sensivelmente a autoridade brasileira quanto a esse crucial tema de administração.

Com quê, então, neste momento uma pandemia, por mais grave e alastrada que seja, logra arrebentar, estraçalhar e pulverizar por completo toda aquela austeridade e aquela indispensável rigidez procedimental quanto às despesas públicas, em boa hora introduzidas em nosso direito pela Lei de Responsabilidade Fiscal em 2000?

Não é à toa nem por acaso que os processos por improbidade administrativa em face de contratações sob esse novo regime do arrombamento já se multiplicam contra autoridades estaduais e municipais, como Prefeitos que compram respiradores de empresas de fundo de quintal, pagam adiantado e não os recebem, ou até Governadores, como por excelência o do Estado do Rio de Janeiro que sofre processo de impeachment correndo na Assembleia Legislativa, em face de contratações milionárias ou bilionárias, realizadas rapidissimamente, que resultaram ruinosas para o Estado.

A festa do fogo, do novo art. 65 da LRF, afinal lhes deu essa ensanchar. Dificilmente algum quadro institucional, em finanças públicas, pode ser pior, e esse remédio pode em pouco tempo revelar-se pior que a doença.

Recomenda-se à autoridade, podendo, não valer-se da irresponsável, leviana e pródiga autorização, de quatro naturezas, constante das al. a a d do inciso I do § 1º do novo art. 65 da LRF. Todas as facilidades agora são dadas, mas a cobrança, daqui a algum tempo e como sói acontecer quanto a benesses que caem do céu, será seguramente árdua para quem julgou levar vantagem com a libertinagem da lei.

O novo art. 65 da LRF, ainda que transitório, quase a converte em lei da irresponsabilidade fiscal.

O inciso II do § 1º do novo art. 65 dispensa os limites e afasta as vedações e as sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, assim como dispensa o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º da LC nº 173/20, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública.

Os arts. 35 e 37 da LRF referem-se a operações de crédito e à necessária solenidade que as precisa revestir. O art. 42 proíbe ao chefe do Poder ou entidade celebrar, dentro dos dois últimos quadrimestres de seu mandato, obrigações que não possam ser cumpridas inteiramente dentro do mandato, ou que não consignem expressa dotação para tanto nos meses posteriores ao fim do mesmo mandato, seja quem for o seu sucessor.

Nada era e é mais prudente e recomendável que toda essa austeridade, a qual impede a cortesia e o ganho político e eleitoreiro com o chapéu alheio, porém enquanto durar a pandemia e a calamidade decorrente fica tudo suspenso – e seja o que Deus quiser quanto ao rigor duramente aprendido e que já integrava a cultura administrativa e financeira das autoridades governantes.

O inciso III do mesmo § 1º dispensa “as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública.”

A matéria destes artigos referidos é amplamente conhecida pelos brasileiros, tão importantes eles se revelaram e os quais tanta tinta fizeram gastar, e tanta saliva exigiram dos palestrantes, expositores e professores dedicados ao tema para explicá-los e esclarecê-los, durante anos. Tão conhecidas são aquelas regras (LRF, arts. 14, 16 e 17) que parece desnecessário reiterá-las neste momento.

Medidas que hoje são indispensáveis como o ar que se respira – pois que delimitam o campo da legalidade das despesas públicas com pessoal relativamente à receita corrente líquida dos entes públicos – estão todas suspensas

enquanto perdurar o estado de calamidade pública, e em lugar do rigor entrou em cena o vale-tudo, a festa do caqui jurídica e financeira.

Tal leva a crer que a calamidade institucional que tudo isso pode acarretar talvez se revele, afinal e em muitas localidades de nosso imenso país, bem mais grave que a própria pandemia. Será uma calamidade sanitária gerando uma calamidade jurídica, financeira e institucional potencialmente muito séria e grave⁵.

Causa arrepios a liberalidade, jamais imaginável anteriormente, que auxilia a temer pela institucionalidade do país, abalada como nunca antes na história.

O § 2º informa que “o disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública: I – aplicar-se-á exclusivamente: a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade; b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo” e que “II – não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização.”

Quanto à primeira parte transcrita, repete o que já estava estabelecido, seja de que apenas se pode valer do permissivo § 1º do novo art. 65 os entes federados onde existam casos do covid, objeto da decretação de calamidade.

O vale-tudo até aqui referido encontra neste momento um pequeno freio, sendo de temer entretanto que as autoridades governantes dos Municípios até agora livres da doença se esqueçam disso, e, em maior ou em menor medida, também mergulhem na farra do boi. Cuidado, pois que lhes será cobrada a demonstração de que se enquadravam na zona afetada.

A parte da al. b, acima transcrita, também reflete o óbvio, porque toda a preocupação financeira do novo art. 65 é liberar, facilitar, conceder, autorizar, escancarar porteiros – dê lá isso no que der no futuro.

E o inciso II tenta emprestar moralidade e de controlabilidade a toda a liberalidade até aqui descrita, pretendendo que transparência, controle e fiscalização também imperem dentro destas novas regras, que literalmente afastam qualquer idéia de contenção e de limites. Trata-se de algo semelhante a, antes de impedir, permitir que a bomba seja detonada, para então depois se procurarem controlar os seus efeitos, em meio aos estragos e ao pandemônio instaurado.

Tudo demonstra, inclusive este direito desastroso, quão despreparadas para enfrentar uma crise como esta pandêmica estavam as autoridades federais, sobretudo estaduais, municipais, distritais, paraestatais e as de tantas outras categorias quantas existam – ressaltando-se que as autoridades municipais revelaram-se as menos despreparadas, por serem mais realistas que as demais, e manterem os pés no chão. O país enfim deverá sobreviver, apesar de ser governado por semelhantes autoridades, tecnicamente péssimas.

O § 3º, encerrando este unicamente desastroso novo art. 65 da LRF – que se perdurar ameaça arruinar duas décadas de contenção, responsabilidade e coerência institucional e financeira da administração pública –, informa que

no caso de “aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes.”

Era de esperar que a União mantivesse a garantia já dada a operações de crédito em favor dos entes federados, porém o que a regra não esclarece é se a garantia será de plano aumentada proporcionalmente ao percentual do aditamento, ou se permanece a mesma ainda que o valor do financiamento tenha, por exemplo, triplicado.

Duvida-se de qualquer automatismo regendo alterações contratuais, porque isso simplesmente não existe em direito. O que a regra podia ter esclarecido não fez, talvez por temor de abuso por parte dos dirigentes beneficiários dos créditos.

Entendemos que a elevação proporcional da garantia está autorizada para a União por este § 3º, porém o que é certo é que enquanto a autoridade federal não assinar a elevação da garantia ela simplesmente permanecerá a mesma, como se inexistisse esta regra, e que o único papel do § é exatamente autorizar a União a aumentar a garantia, porque nenhuma lei é necessária para manter uma garantia que o poder público já dera de forma regular.

Adentramos o enorme, rebarbativo, prolixo e tecnicamente horrível art. 8º da LC nº 173/20, tortura para quem teve de escrevê-lo, mas muito pior para quem precisa lê-lo e, em sendo possível, aplicá-lo. Espera-se razoavelmente que esta mil vezes amaldiçoada pandemia e sua correlativa calamidade termine bem logo, e por isso desde já o artigo parece conter demasiada matéria para uma situação tão transitória.

Matou-se tico-tico com canhão. O caput do artigo contém nove incisos e depois seguem cinco parágrafos, nem texto em que o legislador parece tentar conter o estrago, efetivo ou potencial, ensanchado pelo novo art. 65 da LRF.

Agora a técnica foi diferente: proibir. Se o novo art. 65 da LRF liberou absolutamente tudo à autoridade, este art. 8º, ao inverso, proíbe tudo de que o legislador se lembrou que existe. É o furor invertido: um libera tudo que estava contido e parametrado em finanças públicas genericamente consideradas, outro proíbe toda e qualquer ato oneroso relativo ao pessoal, a maioria deles que jamais deve ter passado pela cabeça da autoridade local dentro do trauma social que o país atravessa...⁶

Estão proibidos todos os entes federados, enquanto durar oficialmente a calamidade decretada pelo Congresso em março de 2.020, de:

I – conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública”.

Tal regra, inspirada na legislação eleitoral, congela idéias de aumento de despesa com pessoal de todos os regimes e de todo nível, nos três Poderes do Estado. A exceção é a decisão judicial, que naturalmente não pode deixar de ser cumprida, e as medidas concessivas esgotadas ou determinadas antes da

decretação de calamidade, na medida em que a lei nova não prejudica o ato jurídico perfeito.

II – criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

Grande bobagem, própria de quem não é do ramo do direito administrativo. Serviço de amador, improvisado e medíocre.

Criar cargo ou emprego não aumenta despesa nem hoje nem nunca, pois o que gera despesa é o provimento, ou a contratação. Criar um cargo para provê-lo daqui a um ano, muito após o fim da calamidade, é perfeitamente admissível.

A matéria, ademais, não é suscetível de disciplinamento federal sob o argumento que for, porque é assunto de interesse local ou regional e não federal. Não pode uma lei revogar a Constituição (art. 25 para Estados, e art. 30 para os Municípios). As finanças públicas locais, conseqüentes da organização do serviço público local, não podem ser subvertidas por lei federal como esta metralhadora giratória da LC nº 173/20, que atira em toda direção sem se concentrar no autorizativo da Constituição Federal, art. 163 e 169, como ocorre com a LRF.

Sim, porque enquanto a LC altera a LRF, é uma coisa; outra coisa é uma lei *da pandemia*, no seu corpo próprio e sem alterar lei nenhuma de finanças públicas, passar a ditar normas para Estados e Municípios – isso é o que não desce pela goela.

Augura-se que os Tribunais de Contas pensem sobre isso ao fiscalizar eventuais descumprimentos do art. 8º da LC nº 173/20, obra totalmente esdrúxula do amador e improvisado legislador federal da pandemia, absolutamente perdido na sua insciência;

III – alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

Os mesmos comentários ao inciso anterior aqui se plicam. A matéria não é federal senão em leis como a da responsabilidade fiscal, autorizada pela Constituição.

A par disso, quanto a alterações de estrutura de carreiras sabe-se que as existem que não implicam aumento de despesa porque constituem mera reorganização do que já existe, ou mera redenominação, ao lado de outras que são onerosas. Mas o dispositivo não resiste a um perfunctório exame de constitucionalidade;

IV – admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

Quanto a Estados e, no que tem de aplicável, aos Municípios, o mesmo comentário sobre inconstitucionalidade aqui se repetem.

De resto, sendo uma variação do inciso anterior, contém mais exceções que regras, e libera mais do que proíbe. Moralismo de fachada e austeridade de

fancaria, favorece nitidamente admissões para a ala militar do serviço público, o que tecnicamente é permitido. O que não passa, repita-se, é a invasão das competências constitucionalmente privativas dos Estados e dos Municípios;

V – realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

Bobagem financeira tanto quanto o inciso II, e inconstitucionalidade técnica tanto quanto os demais incisos, não se imagina o que passou pela cabeça do autor no redigir esta infantilidade.

Não pode lei federal proibir que Estados e Municípios realizem os concursos que quiserem, porque pela Constituição não é a União que organiza os entes federados senão ela própria. Até aqui, inconstitucional, contrariando os arts. 25 e 30 da Carta.

E bobagem sem nexos, porque realizar concurso público, tanto quanto simplesmente criar cargo ou emprego, não aumentam despesa. Só se gera despesa com o provimento do cargo ou a contratação para o emprego, não com a mera criação do posto ou com a realização do concurso público, para nomeações que podem esperar até dois anos, ou mais... o legislador não sabe disso?

Será que o legislador imagina que está salvando o mundo, *por alguns meses?*;

VI – criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

Mero desmembramento de incisos anteriores, merece os mesmos comentários. A União que *segure* o aumento de *sua* própria despesa com *seus* próprios servidores, mas que não pretenda fazê-lo quanto a Estados e Municípios, ou estará, outra vez na triste história dos nossos dias, rasgando a Constituição sem a menor cerimônia.

A pandemia afetou de tal forma a mente das pessoas e dos cidadãos que poucos se dão conta das *barbaridades* que a lei tenta lhes impor;

VII – criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

Os comentários são os mesmos. A LC não tem a menor noção de divisão das competências normativas reservadas a cada ente federado pela Constituição. Com estes incisos a LC parece ter suspenso temporariamente, até quando não se sabe, a federação brasileira;

VIII – adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do *caput* do art. 7º da Constituição Federal;

Ficou monótono. Os comentários são os mesmos anteriores. A União pretende administrar a casa alheia, olvidando-se apenas que temos uma Constituição que o proíbe.

Apela-se por isso, uma vez mais, ao tirocínio das autoridades de fiscalização e de controle, para nas suas inspeções suprir o tirocínio que faltou ao legislador virtual do improviso, e

IX – contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

Desta vez a lei se excedeu! A criatividade do legislador atingiu sua culminância neste triste e lamentável episódio da legislação pandêmica de improviso virtual, expelida a toque de caixa pelo Congresso e sem a menor noção do direito constitucional!

O legislador deu três exemplos de períodos aquisitivos de vantagens e se esqueceu de outros como biênios e decênios... pela sua técnica deveria citá-los, além de quadriênios, sexênios, setênios, octênios...

Os mesmos comentários sobre a inconstitucionalidade desta regra para Estados e Municípios se reiteram, mas mesmo quanto ao mérito o dispositivo revela-se embaraçoso. Se o cidadão está em casa não é por vontade própria, e se seu tempo de serviço é contado para todos os efeitos mesmo com ele estando forçadamente em casa, então resulta péssima a idéia de excluir essa contagem apenas para o efeito de aquisição de adicionais por tempo de serviço!

Trata-se do que em direito do trabalho se chama interrupção do contrato, que se dá por ordem do empregador e não por ato ou por vontade do empregado. E nesse caso nenhuma perda pode ser imposta ao trabalhador, que não contribuiu para aquele estado de coisas.

O mesmo se dá aqui, sabendo-se que o único requisito para a aquisição do adicional por tempo de serviço é exatamente a decorrência do tempo de serviço do servidor. Muito mais razoável, pensamos, seria *extinguir* os adicionais por tempo de serviço pura e simplesmente como já dissemos inúmeras vezes, instituídos como são apenas para premiar o servidor que cumpre sua obrigação de trabalhar, algo que na empresa privada causa escárnios e repugnância.

Mas enquanto existirem os adicionais por tempo de serviço o requinte da idéia, em sentido pejorativo, é único. Casuísmo dos casuísmos, picuinha dentre as picuinhas, merece registro na história como operação a evitar. Se parágrafos tivessem nome, este seria o *mesquinho*.

Os parágrafos que seguem tentam suavizar os efeitos das inconstitucionais – para Estados e Municípios – e quase patéticas restrições pretendidamente impostas pelos incisos.

O § 1º informa que um sem-número de restrições previstas nos incs. II, IV, VII e VIII não se aplica a medidas de combate à pandemia. Aperta, restringe,

proíbe, impede, e no passo seguinte libera tudo o que estava proibido, se é pela pandemia. Ora, para quê foi editada esta lei, se não para auxiliar a combater a pandemia? Acaso a lei falou de alguma coisa além disso?

O § 2º repete a LRF, inventando a roda por informar que se houver compensação do aumento de despesa pelo inciso VII com o correspondente aumento da receita ou da redução de outras despesas, então nenhuma proibição vigora. Desde 2.000 a regra é essa, e o legislador deve felicitar-se por haver descoberto o fogo.

O § 3º, neste festival do *non-sense* informa que a LDO e a LOA pode conter autorização sobre as vedações desta LC, desde que seus efeitos se dêem apenas após o fim da calamidade. Calamidade mesmo, em verdade, é termos uma lei como esta.

Ela lembra o *soprador de verruma* de Monteiro Lobato, do conto *A vingança da peroba*, cuja essencial missão era soprar as verrumas que furavam a peroba na construção do monjolo, para que esfriassem mais depressa. Imagine-se o que seria do mundo se inexistisse um encarregado dessa função!...

Os §§ 4º e 5º apresentam nível similar de mendicância ou de indigência legislativa. O primeiro inaplica as restrições dos incisos a uma opção de extinção dos quadros militares – que talvez nem os militares saibam que existe -, e o segundo inaplica as restrições do inciso VI a profissionais de saúde atuando no combate à pandemia, como se a lei falasse de algo diverso.

O § 6º foi vetado. Acabou sendo o melhor de todos.

O art. 9º da LC nº 173/20, absolutamente patético, suspende, “nos termos do regulamento”, os pagamentos dos refinanciamentos de dívidas dos Municípios com a previdência social vencíveis de 1º de março a 31 de dezembro de 2.020. Não se compreende a previsão sobre o regulamento. Então o regulamento pode deixar de suspender? Ou a previdência editará um novo regulamento? A lei suspende os pagamentos ou não suspende? Deve ter suspenso, e a previsão sobre o regulamento provavelmente não será sequer considerada.

Vetado o § 1º, o incompreensível, estapafúrdio, histriônico e destrambelhado § 2º estende aquela suspensão ao recolhimento das contribuições previdenciárias patronais pelos Municípios devidas as os seus regimes próprios municipais, “desde que autorizada por lei municipal específica”!!

Por tudo que é sagrado, será que ninguém avisa aos congressistas o ridículo de algo assim?

Se uma lei municipal suspender excepcional e temporariamente as contribuições, então elas estão suspensas; se nenhuma lei municipal as suspender, então elas são exigíveis, independentemente do que diga alguma lei federal, que ingressa no episódio como a pedra na sopa ou como Pilatos no credo! Ninguém em Brasília se dá conta do absurdo da idéia, como se os Municípios dependessem de uma lei federal para poderem legislar sobre assunto de seu exclusivo interesse?

Vetado o § 1º, o § 2º informa que os prazos suspensos voltam a correr a partir do fim oficial da calamidade, s como se isto já não estivesse mais claro que a água que desce das montanhas.

O art. 10 da LC, de modo absoluta e incontornavelmente inconstitucional para Estados e Municípios, pretende suspender prazos de validade dos concursos públicos já homologados em 20 de março de 2020 até o fim da vigência do Decreto legislativo nº 6, de 2020, que decretou a calamidade.

O mérito é bom, porque protege os candidatos aprovados em concursos e que esperam ser chamados, porém a forma é inconstitucional, porque desrespeita os arts, 25 e 30 da Carta, interferindo em assuntos locais e com violando a autonomia dos entes federados. Jamais, entretanto, alguém questionará a constitucionalidade do dispositivo, porque no Brasil existe a cultura de que inconstitucionalidades úteis devem ser mantidas vigentes.

Vetado o § 1º, os §§ 2º e 3º informam que os prazos voltam a correr quando oficialmente se encerrar a calamidade – o que todos já sabiam *ad nauseam* -, e que a suspensão dos prazos de validade dos concursos deverá ser publicada na imprensa anunciada nos editais. Pergunta-se: e se não for publicada, o que acontece? Os prazos vencem nas datas originárias?

Lei que manda fazer, mas exige o implemento de uma condição pelo destinatário está sujeita a bater na água, e dar em nada.

Se o legislador federal *confiasse no seu taco*, então não mandaria a autoridade local publicar nada, e determinaria simplesmente que os prazos de validade dos concursos públicos estão suspensos desde 20 de março de 2020 até o fim da pandemia, e ponto final.

O art. 11 fixa que a LC entra em vigor na data da sua publicação, que foi 20 de março do ano em curso, sem *vacatio legis* implícita nem explícita.

E assim termina a lei, sabendo-se que não há mal que sempre dure. 🇧🇷

NOTAS

- 1 Talvez até o mandato do Governador do Estado do Rio de Janeiro em breve.
- 2 Os arts. 35 e 37 cuidam de operações de crédito, e o art. 42 proíbe aos titulares de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.
- 3 Mais ou menos como o que se passa com os advogados ao receber novo cliente. A primeira pergunta é sobre o prazo; em sendo suficiente, então a segunda pergunta: – qual é o caso?
- 4 Os arts. 14 a 16 da LRF se referem a renúncia de receita e à licitude de algumas despesas.
- 5 Não somos arautos do apocalipse nem afeitos a profecias sinistras, mas para ser pessimista basta examinar no noticiário diário o que já está acontecendo em termos de descalabro administrativo, irresponsabilidade, corrupção e improbidade, tanto nas administrações estaduais quanto nas municipais. Afinal vale tudo, não é verdade?.. Quem arromba a porta institucional não pode esperar austeridade dos beneficiários.
- 6 Mas ninguém fique seriamente preocupado. Este momento lembra aquele episódio que se relata de Simone Signoret quando lhe informaram que seu marido Yves Montand estaria mantendo um caso com Marilyn Monroe. Sem minimamente se abalar, respondeu ao informante: – *Isso passa*. Aqui também. Ninguém se preocupe muito seriamente com o novo art. 65 da LRF.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.

A posição do STJ na questão da representação no crime de estelionato

■ RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

No julgamento do Habeas Corpus nº 573.093, a 5ª Turma do STJ decidiu que uma mudança apresentada pela Lei nº 13.964/19 no delito de estelionato não pode ser aplicada retroativamente para beneficiar o réu em processos em curso. Com esse entendimento, o colegiado não conheceu de *Habeas Corpus* que tinha a intenção de anular o processo que resultou na condenação de um acusado de praticar o crime descrito no art. 171 do Código de Processo Penal.

No julgamento, o relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, observou que “a discussão principal do *habeas corpus* diz respeito aos processos pendentes que envolvam o crime de estelionato, devendo-se fixar o entendimento a respeito da incidência das recentes alterações legislativas sobre a natureza da ação penal do crime em tela de forma retroativa ou não nas persecuções penais em curso. Em outras palavras, nas ações penais em curso, cujo réu esteja sendo acusado pelo crime de estelionato (e não sendo o caso das ressalvas estabelecidas pela nova lei), deve-se anular todos esses processos para ser exigida a juntada ao processo da representação?”

Também acrescentou que “sobre o tema em comento (retroatividade da Lei nº 13.964/2019, determinando a intimação da vítima para se manifestar quanto à representação), assevero que os Tribunais Superiores ainda não se manifestaram de forma definitiva, em razão do curto lapso temporal de vigência da nova lei.”¹

Como se sabe, a Lei nº 13.964/19 alterou o art. 171 do CP, acrescentando-lhe o § 5º, para estabelecer que, em tais delitos, doravante, a ação penal somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for a administração pública (direta ou indireta), criança, adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos ou incapaz. Portanto, hoje, a regra é que o crime de estelionato é de ação penal pública condicionada à representação, nem sequer podendo ser instaurado inquérito policial sem esta “condição de procedibilidade”, conforme exige o art. 5º, § 4º, do CPP; não pode ser instaurado de ofício, muito menos por requisição do MP, salvo, neste último caso, se a requisição estiver acompanhada da representação da vítima (ou de seu representante legal, ou sucessores).

A questão diz respeito aos processos pendentes; pergunta-se: nas ações penais em curso, cujo réu esteja sendo acusado pelo crime de estelionato (e não sendo o caso das ressalvas estabelecidas pela nova lei), deve ser exigida a juntada ao processo da representação?

Neste aspecto, deve-se atentar para o art. 2º do CPP, segundo o qual “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Assim, em princípio, relativamente às ações penais em curso (estejam em primeiro grau, nos tribunais, no STJ ou no STF), não seria necessária a representação, exigindo-se apenas para os casos futuros, com ação penal ainda não iniciada. O tema precisa ser estudado à luz do direito transitório.

Com efeito, há dois princípios que regem o direito intertemporal em matéria criminal: o primeiro, em relação às leis penais, afirma que a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu (art. 2º do CP e art. 5º, XL da CF). O segundo, aplicável às leis processuais penais, estabelece que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (*tempus regit actum*).

De início, é preciso levar em consideração que “está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material, que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais.” Estas normas processuais penais materiais, segundo Taipa de Carvalho, têm uma natureza mista (designação também usada por ele), pois, “embora processuais, são também plenamente materiais ou substantivas.” Sendo assim, e desde um ponto de vista da “hermenêutica teleológico-material, determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável.”

Este autor, citando Tiedemann, destaca “a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais.” E, lembrando a lição de Cappelletti, contesta a classificação tradicional das normas penais em “normas materiais” e “normas processuais”, propondo “uma classificação teleológico-material de ‘normas de garantia’ e ‘normas técnico-processuais.’” As “normas de garantia” serviriam para solucionar “uma série de problemas de grande importância prática, como a sucessão de leis no tempo, a taxatividade ou liberdade dos meios de prova penais, etc.” Em sua obra, o jurista português indica farta doutrina que compartilha essa classificação não tradicional, como Leone, Schmitt, Levasseur, além dos já referidos Cappelletti e Tiedmann.²

A propósito, Eduardo Couture já afirmava “que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio”.³

Portanto, normas penais não são apenas as incriminadoras (que definem fatos puníveis e cominem as respectivas sanções), as que contenham causas de justificação, eximentes, etc. (normas penais em sentido estrito), mas “também aquelas que completam o sistema penal com os seus princípios gerais e dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras.”⁴

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim também entendia Tucci: “Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressaltando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, – estas excepcionais por natureza.”⁵

Feitas estas considerações acerca das normas processuais penais de natureza



“Não havendo previsão específica na nova lei, entendo que, por aplicação analógica, deve ser observado o prazo contido no art. 91 da Lei nº 9.099/95. O prazo será de 30 dias (contado a partir da data notificação), ao final do qual será declarada a extinção da punibilidade pela decadência, caso não seja juntada a representação.”

material (“normas de garantia”), vê-se que o novo § 5º, do art. 171 do CP, insere-se nesta categoria, pois diz respeito ao dever de acusar e de punir (já que a representação é uma condição indispensável para o exercício da ação penal); outrossim, tem um aspecto nitidamente penal, visto que o não oferecimento da representação ocasionará a renúncia ou a decadência deste direito, com a consequente extinção da punibilidade, matéria de indubioso caráter material (art. 107, IV, CP).

Aqui, lembro do art. 88 da Lei nº 9.099/95, estabelecendo-se que, “além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, passaria a depender de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.” A própria lei, no art. 91, cuidou de dizer que, “nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.” Àquela época, entendeu-se – doutrina e jurisprudência – que, relativamente aos processos em curso, seria necessária a juntada aos autos da representação, sendo necessária a notificação da vítima (ou do seu representante legal ou dos seus sucessores) para, no prazo de 30 dias, oferecer a representação, sob pena de decadência; muitas nem sequer foram encontradas, acarretando, em muitos casos, a prescrição, já que de decadência não se poderia falar, posto inexistente *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial.

Quando a lei exige que o exercício da ação penal, ainda que pública, depende de representação da vítima, evidentemente, “dificulta” a *persecutio criminis* (desde o início), pois o Estado não pode, de ofício, nem sequer determinar uma investigação criminal, muito menos acusar alguém.

Assim, se uma norma posterior passa a exigir que a instauração da ação penal depende do oferecimento da representação, trata-se de um dispositivo mais benéfico para o suposto autor do delito, pois, conforme Zaffaroni, a fim de se identificar como benéfica uma lei, é necessário que se leve em consideração uma série de circunstâncias, pois “la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto.”⁶

Logo, em relação às ações penais em curso, cuja acusação seja de estelionato, e ressaltando as exceções previstas no novo parágrafo, o Juiz ou Tribunal deve suspender o procedimento e determinar que a vítima (ou seu representante legal ou seus sucessores) seja notificada para, querendo, oferecer a representação. Trata-se de uma norma de caráter processual penal material, e mais benéfica, exigindo-se a sua aplicação para os processos pendentes.

Identifico, aqui, uma verdadeira “crise de instância” ou, como preferia Carnelutti, “crise do procedimento”, consistente em “um modo de ser anormal do procedimento, pelo qual lhe é paralisado o curso, temporária ou definitivamente.” Para Frederico Marques, haveria três espécies de crises de instância: a suspensão da instância, a *absolutio ab instantia* e a cessação da instância. Na primeira, a que interessa neste texto, a crise dá-se de maneira temporária, cessando “o movimento procedimental, sem que a instância se desfaça. A instância permanece íntegra e existente”, obstando-se, tão-somente, o andamento do procedimento. É o que ocorre, por exemplo, nos casos dos arts. 92, 93, 152, 366 e 798, § 4º, CPP, além do art. 89, da Lei nº 9.099/95.⁷

Ressalva-se a coisa julgada, pois se já houve o trânsito em julgado não se pode cogitar de retroatividade para o seu desfazimento, além de que, contendo a norma caráter também processual (afinal, trata-se de uma condição de procedibilidade), só poderia ser aplicada a processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse, por exemplo, de lei puramente penal (*lex nova* que diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º, parágrafo único do CP e do art. 5º, XL da CF.

Mas, uma outra questão impõe-se seja resolvida: qual o prazo para representar? Nada disse a nova lei, ao contrário da Lei nº 9.099/95, não sendo de se atender ao prazo estabelecido no art. 38, CPP, pois, à toda evidência, inúmeros seriam os casos em que já ocorrera a decadência. Como afirmava Galeno Lacerda, é uma inovação “cuja incidência aos processos em curso suscita problemas de difícil solução, agravados pelo nenhum socorro, pela nenhuma orientação do novo Código ao desventurado intérprete”, impondo-se “ádua tarefa de construção doutrinária e jurisprudencial.”⁸

Há, efetivamente uma lacuna a ser suprida e, como se sabe, nestes casos é possível a aplicação analógica, segundo dispõe o art. 3º do CPP, afinal, consoante Clariá Olmedo, “en el derecho procesal penal es posible utilizar la analogía con eficacia.” Para ele, “las llamadas lagunas del derecho frente al conjunto de normas vigentes que sistematizan un ordenamiento procesal penal pueden ser cubiertas por otras previsiones del mismo ordenamiento procesal penal.”⁹

Também Alcalá-Zamora, após afirmar que a analogia trata-se de um método de autointegração da norma, explica que pela aplicação analógica “las lagunas se cubren con la propia ley”, fundando-se “en el concepto de principio jurídico, que condensa el pensamiento representado en la norma.” E, agora com base em Alsina, afirma que “la analogía es un procedimiento inductivo-deductivo que permite llegar de un hecho a otro por la aplicación de un principio común. En efecto, para que dos situaciones se consideren análogas es necesario que ambas contengan elementos comunes. Como más sean los elementos comunes, mayor será la analogía, y se lo fuesen todos, entonces ya no habría analogía, sino identidad.”¹⁰

Figueiredo Dias, igualmente, admite o uso da analogia como “fonte integrativa” no processo penal, desde que não se traduza “num enfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos ‘processuais’ do arguido (desfavorecimento do arguido, analogia ‘in malam partem’).”¹¹

Assim, não havendo previsão específica na nova lei, entendo que, por aplicação analógica, deve ser observado o prazo contido no art. 91 da Lei nº 9.099/95. O prazo será de 30 dias (contado a partir da data notificação¹²), ao final do qual será declarada a extinção da punibilidade pela decadência, caso não seja juntada a representação. Se o ofendido (ou outros legitimados) não for encontrado, aguardar-se-á o transcurso do prazo prescricional, já que, não tendo sido possível a notificação, não há falar-se em decadência; não será possível, por outro lado, a continuidade do procedimento, em razão da falta de uma “condição de prosseguibilidade” para a ação penal.

Uma última questão: se, por força de *mutatio libelli* ou *emendatio libelli* (pressupondo-se sempre o aditamento da peça acusatória e o contraditório), houver mudança do crime inicialmente imputado para o delito de estelionato? Neste caso, deve ser exigida a representação, nos termos acima expostos, sob pena do feito não ter prosseguimento por faltar uma “condição de procedibilidade superveniente.”

Para concluir, observa-se que esta representação, conforme assentado na doutrina e na jurisprudência, prescinde de maiores formalidades.¹³ 

NOTAS

- 1 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-estelionato-stj.pdf>. Acesso em 11 de junho de 2020.
- 2 CARVALHO, Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 219/223.
- 3 COUTURE, Eduardo. *Interpretação das Leis Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36.
- 4 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral, Volume I*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 181.
- 5 TUCCI, Rogério Lauria. *Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 124.
- 6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volume I*. Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, p. 464.
- 7 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal, Volume II*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 218.
- 8 LACERDA, Galeno. *O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 11 e nota introdutória ao livro.
- 9 OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Volume I, Nociones Fundamentales*. Buenos Aires: Ediar, 1960, p. 155 e 156.
- 10 CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y, LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Ediar, 1960, p. 154.
- 11 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 97 (os grifos e as aspas constam do original).
- 12 Observa-se que, “no processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem” (Súmula 710 do STF).
- 13 Neste sentido, o Recurso Especial nº 188.878 e Habeas Corpus nº 20.401 (STJ), ambos da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves. No STF, veja-se o HC nº 88.843, relator Ministro Marco Aurélio.



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do MP/BA e Professor de Direito Prtocessual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.

O quadro é de incertezas, marca registrada das últimas campanhas eleitorais

■ POR FERNANDA CAPRIO E ARARÉ CARVALHO

“Vem aí, em 2021, um festival de cassações de prefeitos e vereadores eleitos e, se este cenário se confirmar, um desfile incontável de eleições suplementares municipais. Estas são as cenas do próximo capítulo.”



O quadro é de incertezas, marca registrada das últimas campanhas eleitorais! E mais uma vez, às portas do período eleitoral, temos, novamente, um cenário de insegurança jurídica.

Em eleições anteriores, reformas eleitorais alteraram regras de propaganda eleitoral, reduziram o tamanho de placas e adesivos de propaganda eleitoral tanto em imóveis quanto em veículos, proibiram outdoor, retiraram os cavaletes das ruas, proibiram pintura em muros, limitaram o teto de gastos de campanha, proibiram doações empresariais, reduziram os valores permitidos de doações de pessoas físicas, retiraram candidatos a vereador do programa em bloco na TV e no Rádio e os relegaram a 40% das pílulas de 30 a 60 segundos, criaram nota de corte individual para contagem de votos de candidatos proporcionais (10% do quociente eleitoral). Instituíram a pré-campanha, mas limitaram as permissões para divulgação e debate, incluíram a possibilidade de arrecadação por Vaquinha Eleitoral, porém impuseram um rol exaustivo de documentos para cadastrar empresas arrecadoras e controles financeiros que por vezes inviabilizam o sentido democrático deste tipo de arrecadação, sem falar nas diversas modificações das já minuciosas regras de controle de arrecadação, aplicação e prestação de contas de recursos utilizados em campanhas.

É certo que estas mudanças foram paulatinas. Mas todas foram instituídas às pressas pelo legislador, regulamentadas nem sempre com clareza pelas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e reinterpretadas regionalmente pela jurisprudência eleitoral.

O conjunto da obra é um emaranhado de regras e interpretações que tornam a vida do candidato uma aventura de percalços jurídicos e contábeis, que por vezes só se resolvem com o apoio de profissionais.

A instabilidade eleitoral não foi diferente em 2020! Às portas do período de convenções partidárias ainda não se sabia se o calendário eleitoral seria normalmente cumprido.

As lamentáveis condições sanitárias impostas pela pandemia COVID-19 adiaram shows, eventos e competições esportivas mundiais. O crescente aumento de cidadãos contaminados e perdas humanas levou autoridades do poder legislativo, judiciário, governamental e da saúde pública a definirem pelo adiamento das eleições, não sem antes ouvirem do Supremo Tribunal Federal que, se não fosse pelas mãos do legislativo federal, as eleições seriam adiadas por proteção à saúde pública pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, com aplicação analógica do art. 187, do Código Eleitoral (que permite à justiça eleitoral fixar datas para eleições suplementares).

A decisão, após controvérsias, várias PECs (Propostas de Emenda à Constituição), reuniões e altos e baixos, veio pela Emenda Constitucional 107/2020,

promulgada em 02/07/2020, 18 dias antes do início do período de convenções partidárias no calendário eleitoral regular.

Não é preciso descrever a insegurança e instabilidade que o atraso nesta decisão provocou. Partidos, candidatos, eleitores: todos tinham decisões a tomar para o preparo de atos pré-eleitorais sem saberem se as datas das convenções seriam ou não mantidas e se os prazos seriam observados.

Por fim, eis a Emenda Constitucional 107/2020. Por seu texto, as eleições ocorrerão em 1º turno na data cívica de 15/11/2020 e em 2º turno em 29/11/2020. Porém, há uma ressalva: em Municípios ou Estados com quadro sanitário agravado pela pandemia COVID-19, a eleição poderá ser prorrogada por Decreto Legislativo do Congresso Nacional e definição pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), não podendo ultrapassar o dia 27/12/2020. Ou seja, pode não ocorrer eleição em todos os municípios brasileiros no dia 15/11/2020, o que vai gerar um quadro *sui generis* de candidatos eleitos em algumas localidades e não eleitos em outras.

Enfim. Adiadas as eleições, o afastamento de comentaristas, jornalistas, apresentadores de programas de TV e Rádio ganhou prazo para afastamento até 11/08/2020. A desincompatibilização para cargos que se afastam 90 dias antes da eleição foi adiada para 15/08/2020. As convenções partidárias foram fixadas de 31/08/2020 a 16/09/2020. O registro de candidatura deverá ser feito até 26/09/2020 e a campanha eleitoral, propriamente dita, com permissão para divulgação de propaganda eleitoral, começa em 27/09/2020. A propaganda na TV e no Rádio tem início em 09/10/2020. A prestação de contas parcial deverá ser enviada por candidatos e partidos até 27/10/2020 e a final até 15/12/2020. A diplomação dos eleitos deve ocorrer até 18/12/2020 e, com toda essa correria, pretende-se concluir o processo eleitoral dar posse aos eleitos em 01/01/2021.

Porém, as prestações de contas eleitorais não precisarão estar julgadas para a diplomação dos eleitos, regra de ouro vigente nas eleições passadas e alterada neste cenário de pandemia para permitir a realização do processo eleitoral dentro do exercício de 2020. Com isso, pela previsão da Emenda Constitucional 107/2020, as prestações de contas deverão ser julgadas até 12/02/2021 e as representações eleitorais que discutem abuso de poder econômico na campanha poderão ser apresentadas contra os candidatos eleitos até 01/03/2021.

Vem aí, em 2021, um festival de cassações de prefeitos e vereadores eleitos e, se este cenário se confirmar, um desfile incontável de eleições suplementares municipais. Estas são as cenas do próximo capítulo. 📌



ARQUIVO PESSOAL

FERNANDA CAPRIO é Advogada eleitoralista, mestra em políticas públicas pela UNESP/Franca-SP e membro da ABRADEP.



ARQUIVO PESSOAL

ARARÉ CARVALHO é Doutor em Ciências Sociais, articulista do Blog Legis-ativo e Professor da FACERES/São José do Rio Preto/SP.

Dever alimentar. Paternidade responsável (dever de sustento) – retratividade à concepção – novos, possíveis, caminhos

■ POR FERNANDO AUGUSTO CHACHA DE REZENDE E IGOR GOUVEIA DE ANDRADE

“O dever jurídico (alimentar) compassa-se com o mundo fático, doutrina e recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça: concepção como marco inicial de aquisição dos direitos da personalidade (sobretudo, em sua vitalidade: alimentos).”

Muitas vezes melhor que, imediatamente, seguir adiante é revisar, revisar, corrigir, para, em seguida, continuar caminhando¹. Por tal razão, três premissas são cruciais para o substrato e deslinde do presente: teoria concepcionista; eficácia declaratória da sentença que reconhece a paternidade e seus deveres que daí exsurtem, como os alimentos em sentido amplo e a adequação do marco (termo) inicial da verba alimentar, sobretudo, interpretado a partir da Constituição Federal e da lei de alimentos gravídicos (sem descurar, é claro, da superação, para os casos apontados no presente, da Lei nº 5.478/68).

Pois bem.



Sabe-se que a doutrina divide o início dos direitos da personalidade civil em três: natalista, personalidade condicional e concepcionista.

Sem delongas, curvando-se a terceira, com a concepção²⁻³⁻⁴⁻⁵ agrupa-se o termo inicial do dever alimentar.

Dessarte, para aclarar o tema, ainda que tratando de matéria diversa, em seu r. julgamento, lúcida e didaticamente, bem explanou o r. Ministro Luis Felipe Salomão do E. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA .ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, *caput*, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); [...] 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei nº 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido. (REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014).

E, além do bem explicado no citado julgado, arremata Nelson Rosenvald⁶:

“De fato, é indubitável o reconhecimento do nascituro dos direitos necessários para que venha a nascer vivo (direito da personalidade), enfim dos direitos ligados à sua condição essencial para adquirir personalidade, tais como o direito a reclamar alimentos, à assistência pré-natal e à indenização por eventuais danos causados pela violação da sua imagem [...]”

Aqui uma ressalva, não se está a estabelecer ou revisitar as divergências doutrinárias quanto à legitimidade de quem deverá cobrá-los (alimentos), mas sim, tão somente, sob a ótica do devedor: genitor.

E, neste passo, a Constituição Federal é clarividente ao apontar para o princípio valor da paternidade (em sentido amplo) responsável.

A propósito, cite-se o art. 226 da norma fundamental em seu sétimo parágrafo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Sublinha-se, portanto, que o fio de condução da paternidade é, dentre outros, guiado pela estrita e necessária responsabilidade.

E mais, como trata-se de conceito (responsabilidade) de curial relevância, e, analisado sob a vertente de um dos direitos basilares à dignidade da pessoa humana, qual seja, alimento, torna-se, ainda, muito mais sensível e cogente sua, escoreita, aplicação.

Tanto é assim que o Código Civil, nutrindo-se da paternidade responsável, elencou diversos deveres cabíveis aos genitores sendo que, para fins deste estudo, destaca-se o mencionado no inciso IV⁷ do art. 1566: dever de sustento.

Na mesma esteira, vem há muito, apontando em tal trilha a doutrinadora Maria Berenice Dias⁸, a saber:

“Os encargos do poder familiar surgem quando da concepção do filho, eis que a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (CC, art. 4º). Ora, com o nascimento, mesmo antes de o pai proceder ao registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres inerentes ao dever familiar, entre os quais o de assegurar-lhe o sustento e a educação. [...] Em se tratando de obrigação decorrente do poder familiar, é inequívoca a ciência do réu do direito reclamado pelo autor. Portanto, não há por que constituir o devedor em mora pelo ato citatório para lhe impor o adimplemento da obrigação alimentar (CPC, art. 219). A mora constituiu-se quando deixa o pai de prover o sustento do filho. Assim, na ação mister que reste provado o parentesco, os ganhos do genitor bem como o momento em que ele deixou de adimplir a obrigação de prover o sustento do filho. Por ocasião da sentença, o juiz fixará os alimentos indicando o termo inicial de sua vigência: aquém da data da citação e aquém da data da propositura da ação. O *dies a quo* será o momento em que houve a cessação do adimplemento do dever de sustento que decorre do poder familiar. Este é o marco inicial da obrigação alimentar”.

Ocorre que, noutra ponta, consolidou-se na r. doutrina e jurisprudência⁹ pátria a retroatividade da verba (dever) alimentar a partir da citação – muito baseando-se em lei, cronologicamente, muito anterior a Constituição Federal – Lei de 1968 (nº 5.478) – mais precisamente, no § 2ª do art. 13¹¹:

Art. 13. O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções. [...] § 2º. Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação.

Não obstante, com o advento da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/08), erigiu-se coro ao apontado neste excerto, e, alinhando-se, assim, ao comando constitucional, a legislação pátria passou a admitir, expressamente, a possibilidade da retroatividade dos alimentos à concepção.

Na mesma trilha apontam os doutrinadores Nelson Rosenvald¹² e Ana Cecília Rosário Ribeiro¹³.

Aliás, tal vertente¹⁴ é estabelecida no *caput* art. 2º da Lei nº 11.804/08 ao dispor:

“Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, *da concepção ao parto*, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. (grifado)”

Se não bastasse, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁵, em recente julgado, entendeu como termo inicial correto da pensão por morte (por ser verba alimentar e, assim, de propriedade vital ao ser humano), como sendo o nascimento – REsp 1779441/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 20/08/2019).

Ou seja, sendo o alimento essencial/vital ao sadio desenvolvimento do ser humano, outro norte não há que sua retroatividade nas ações alimentares, sobretudo na declaratória¹⁶ de paternidade, à concepção ou, subsidiariamente, ao nascimento.

Não é, respeitosamente, crível, portanto, diante dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça que o dever alimentar alcance o devedor (em franco prejuízo ao credor que dela sempre necessitou – inclusive presumidamente) na data da citação na ação judicial eis que o dever alimentar, como delineado antes, surge, desde sempre (no mundo dos fatos e, assim, muito anteriormente à propositura da demanda), mais precisamente, desde a concepção (nesta hipótese, iniciando-se com os alimentos gravídicos).

Em suma, há que consolidar a realidade dos fatos ao mundo jurídico.

Deste modo, *v.g.* declarando-se em juízo a paternidade que, por seu turno, inicia-se desde a concepção, não sendo possível, com isso, perpassar qualquer período de “suspensão” do dever alimentar, inclusive, à citação que pode ocorrer anos depois.

Desfechando, o dever jurídico (alimentar) compassa-se com o mundo fático, doutrina e recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça: concepção como marco inicial de aquisição dos direitos da personalidade (sobretudo, em sua vitalidade: alimentos). ■

NOTAS

1 Pois o § 2º do art. 927 do CPC de 2015 expressamente prevê a possibilidade de “alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula”. E não poderia mesmo ser diferente. O fato de se ter identificado uma linha de jurisprudência constante não pode ser um empecilho à evolução do Direito, sendo perfeitamente possível que a tese jurídica consolidada em um enun-

ciado de súmula venha a ser posteriormente superada. A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no Código de Processo Civil/2015 – Ed. 2017. Autor: Vários Autores. Editor: Revista dos Tribunais. 3. 3 Superação da Jurisprudência Sumulada e Modulação de Efeitos no Novo Código de Processo Civil. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/124341020/v1/document/126627871/anchor/a-126627871>

- 2 Código Civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
- 3 “Vale Ressaltar que algumas legislações adotam regras diferenciadas, exigindo requisitos outros para a aquisição da personalidade. Na França e na Holanda, exige-se que o nascido seja viável. [...] Já na Espanha, além de ser necessária a forma humana, estabelece o art. 30 do Código Civil Espanhol que deve permanecer vivo ao menos, 24 horas. Como se pode notar, a legislação brasileira, ao conferir qualidade da pessoa ao ser humano nascido com vida, independentemente de outras exigências, respeita, com mais amplitude, a sua essencial dignidade.” FARIAS, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal. *Curso de Direito Civil*, v. 1. 14. ed. São Paulo. Jus Podivm, p. 307.
- 4 Almeida, Silmara Juny A. Chinelato e Tutela civil do Nascituro, p. 175. São Paulo. Saraíva. 2000.
- 5 “O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum (STJ – Resp. 399.028/SP, Rel. Min, Sálvio de Figueiredo, j. 26.02.02)
- 6 Op. cit. p. 311.
- 7 Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV – sustento, guarda e educação dos filhos.
- 8 Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/33102/termo-inicial-da-obrigacao-alimentar-na-acao-de-alimentos-e-investigatoria-de-paternidade>. Acessado em 20 de julho de 2020.
- 9 (REsp 160.152/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2000, DJ 02/05/2000, p. 144).
- 10 (levando-se, mormente, em consideração para tal desiderato o como sendo este o momento em que o genitor começaria a ter ciência da, pretensa, paternidade e a definitividade da verba em sentença).
- 11 Um dos supedâneos, inclusive, da r. Súmula nº 277 do STJ “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.”
- 12 Op. cit. p. 312.
- 13 RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. Alimentos para o nascituro: tutela do direito à vida. Curitiba. Juruá, p. 171.
- 14 Do mesmo modo encontram-se julgados no mesmo toar no Superior Tribunal de Justiça nos julgados REsp 1.170.239 e Ag n. 1268980/PR.
- 15 No mesmo sentido no Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.588.448, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.5.2016; REsp 1.769.353, Rel. Min. Mauro Campbell Marques DJe 29.10.2018, REsp 1.354.689/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 11.3.2014 REsp 1.346.781, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.10.2016; REsp 1.571.403, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 9.9.2016; REsp 1.447.137, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 23.8.2016
- 16 “Assim, a ação denominada “investigação de paternidade/maternidade”, por vínculo biológico ou por afetividade, por exemplo, tem natureza jurídica de ação declaratória de filiação, pois declara a existência de relação de parentesco em linha reta (de pai/mãe e filho), ainda que ajuizada contra os herdeiros do(a) indigitado(a) pai ou mãe, declarando a existência de filiação e, portanto, o estado familiar das partes, de filho, de pai ou de mãe. Igualmente, a ação negatória de paternidade/maternidade tem natureza jurídica de ação declaratória negativa, para ver cessada filiação atribuída a alguém, sem causa que a justifique. Alimentos – Ed. 2020.” Autor: Rosa Maria de Andrade Nery. Editor: Revista dos Tribunais. 16. DIREITO DE ALIMENTOS E PROCESSO CIVIL. Página RB-16.1. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/167016823/v2/page/RB-16.1>



ARQUIVO PESSOAL

FERNANDO AUGUSTO CHACHA DE REZENDE é Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Goiás. Aprovado nos concursos da magistratura da Paraíba e Espírito Santo. Trabalhou no Ministério Público de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pelo IBET e em Direito Público e das Relações Sociais pela UCDB. Autor de inúmeros artigos jurídicos.



ARQUIVO PESSOAL

IGOR GOUVEIA DE ANDRADE é assessor de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

A progressividade do imposto sobre dividendos

■ POR MATHEUS TEIXEIRA DA SILVA

Publicação da Oxfam, instituição global dedicada ao combate às desigualdades, destacou que os 5 brasileiros mais ricos possuem o mesmo patrimônio que a metade mais pobre da população brasileira, ou seja, mais de cem milhões de brasileiros.

Tal nível de desigualdade, evidentemente, assume um caráter patológico, não se podendo aceitá-lo com naturalidade. O sistema tributário brasileiro, perverso por natureza, possui uma intrincada configuração em razão da qual os ricos pagam proporcionalmente menos tributos do que os pobres, dado o caráter regressivo da tributação via impostos indiretos sobre o consumo.

A tributação que incide sobre o patrimônio, da mesma forma, onera a camada de baixo: há tributo sobre a moradia, mas não há sobre jatinhos e iates, tampouco sobre capital financeiro. Se o patrimônio não é tributado na sua plenitude, o enriquecimento cíclico dos ultra ricos torna-se automático, pois a remuneração do capital é maior do que a capacidade do uso de seu rendimento.


Ademais, a principal fonte de renda das camadas de maior renda é a distribuição de lucros e dividendos, a qual é total e inexplicavelmente isenta de imposto, o que obviamente não ocorre com a renda do trabalho, generosamente tributada pelo Fisco.

Nesse contexto surge na cena política proposta de tributação dos dividendos, tendo como medida conjunta a redução da tributação das empresas, com o escopo de manter o nível de carga tributária total sem modificação, isto é, compensar a perda da arrecadação sobre a empresa com a arrecadação sobre os dividendos.

A medida vem em boa hora e se mostra adequada, fazendo com que o Brasil não seja um dos únicos países do mundo que concede isenção à renda advinda dos dividendos. Entretanto, cumpre melhor analisar-se a forma pela qual deve ser cobrado o tributo.

É sabido que a Constituição (art. 153, § 2º, inciso I) determina que o imposto incidente sobre renda e proventos de qualquer natureza deve ser informado pelo critério da progressividade, o que importa dizer que há um mandamento para que a progressividade tributária se faça presente.

Portanto, deve-se alertar desde logo que tal espécie tributária somente se amolda à juridicidade constitucional se obedecer seus requisitos: é imperativo que a cobrança incidente sobre os dividendos obedeça à progressividade, não podendo se admitir que se valha de uma bem-vinda inovação legal para se instituir a regressividade tributária mediante alíquota única, porquanto a instituição de imposto sobre a renda com caráter regressivo é materialmente inconstitucional.

Deste modo, andariam bem Legislativo e Executivo se, no escopo de simplificar o complexo arcabouço tributário, simplesmente suprimissem a isenção hoje existente sobre os dividendos, tornando-os sujeitos à tabela progressiva de imposto de renda, com suas alíquotas e isenções próprias à capacidade contributiva de cada cidadão, como manda a Constituição, abandonando a ideia de uma alíquota única para todos. 



MATHEUS TEIXEIRA DA SILVA é Advogado. Mestre em Filosofia pela PUCRS, doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.



DISQUE
DIRETOS
HUMANOS
100

#NÃOSECALE

**DENUNCIE A EXPLORAÇÃO
SEXUAL INFANTIL. DISQUE 100.
MESMO DE MÁSCARA SUA VOZ PODE SER OUVIDA**

ACESSE:

LIBERTA.ORG.BR

  INSTITUTOLIBERTA


LIBERTA