

# conceito jurídico

ano IV | setembro de 2020 | nº 45



João Badari

Saiba os direitos previdenciários de quem contraiu o Covid-19 e de seus familiares **Pág. 7**



## Direito Animal e os Impactos da Lei Sansão



### CONJUNTURA

José Matias-Pereira

Desafios e cenários para a retomada da economia brasileira no pós-pandemia



### PORTAL JURÍDICO

Jessé Torres Pereira Júnior

Do diálogo à repressão nas contratações administrativas, em contexto de pandemia



### CONTEXTO

Emerson Soares Mendes

John Nash, a Pandemia e o Direito

# ASSINE

# conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

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

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

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

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

**ANÚNCIOS**

comercial@zkeditora.com.br

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

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



zakarewicz  
editora



# O Supremo deve deixar sob a responsabilidade dos pais a decisão de vacinar seus filhos?

■ POR EDMILSON DE ALMEIDA BARROS JÚNIOR

**“Ser vacinado é um direito inalienável e indisponível da criança e do adolescente. É dever do Estado, e isso deve se sobrepor a qualquer vontade individual dos pais, desejo esse que talvez nem fosse o mesmo do menor, se acaso ele conscientemente pudesse dar o seu próprio consentimento informado e esclarecido.”**

**S**ob relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, está nas mãos do Supremo Tribunal Federal decidir de se os pais, por sua exclusiva vontade, podem ou não escolher seguir o calendário de vacinação de seus filhos.

Eventual (e injustificada) resistência pode ser motivada pelos mais variados pretextos, inclusive escusas filosóficas, religiosas, morais, existenciais, de desconfiança – ou até mesmo sem motivos. A nosso sentir, a questão é de simples resolução e vai muito além da mera vontade dos “possuidores” do poder familiar. Do ponto de vista jurídico, em diversas passagens da Constituição Federal (arts. 5º, 6º, 196 e 227) existem expressas referências ao direito à saúde (e à vida) dos menores, inclusive como dever da família, da sociedade e do Estado, em benefício de crianças e adolescentes, a serem tratados com absoluta prioridade.

Por sua vez, no âmbito infraconstitucional, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) se complementam quanto ao poder dos pais sobre os filhos incapazes (crianças e adolescentes). Para Wilson Oliveira,

“o poder familiar é um instituto jurídico destinado a proteger os filhos menores”.

Trata-se de um poder-dever atribuído pelo poder público aos pais, visando que os filhos sejam zelados, o que passa necessariamente pela saúde dos mesmos. O desrespeito a esse dever até pode gerar a destituição dos pais desse encargo, já que o objetivo é sempre o bem-estar do menor.

O ECA considera criança os menores de até 12 anos incompletos; entre 12 e 18 anos são chamados adolescentes. Na mesma norma, existe a expressa determinação do art. 14, § 1º, de que a vacinação é obrigatória em casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

O Programa Nacional de Imunização (PNI) foi criado no ano de 1973, e é um dos mais completos do mundo. No calendário de vacinação, na sua imensa maioria, a previsão vacinal ocorre até a maioridade, e todas as vacinas são previamente testadas e aprovadas; portanto, bastante seguras e eficazes. Todas as doenças prevenidas pelas vacinas, se não forem alvo de ações prioritárias, podem voltar a se tornar cíclicas e a atingir grande número de pessoas – menores e adultos.

O ato de não vacinar, além de um risco ao negligenciado, representa uma ameaça extremamente nociva à saúde pública de todos, já que pais que optam por esse caminho estão pondo uma infundada vontade individual por sobre o coletivo e por sobre o interesse público, sem falar no prejuízo ao menor não vacinado, desconsiderando a consequência desse ato no nível macrossocial, já que estão expondo toda a sociedade a doenças de fácil prevenção.

Uma vez os pais decidam não vacinar um filho, e se acaso a criança vier a falecer, exatamente em virtude de uma dessas doenças cobertas pela vacinação obrigatória, gratuitamente fornecida e ministrada na rede pública de saúde, isso é passível de ser caracterizado como homicídio culposo – modalidade negligência ou até mesmo homicídio doloso (dolo eventual), já que os pais, conscientemente, assumiram o risco de levar o menor à morte pela sua opção deliberada de não vacinar.

Ser vacinado é um direito inalienável e indisponível da criança e do adolescente. É dever do Estado, e isso deve se sobrepor a qualquer vontade individual dos pais, desejo esse que talvez nem fosse o mesmo do menor, se acaso ele conscientemente pudesse dar o seu próprio consentimento informado e esclarecido. 

3

COM A  
PALAVRA

**O Supremo deve deixar sob a responsabilidade dos pais a decisão de vacinar seus filhos?**

Edmilson de Almeida Barros Júnior

7

ENTREVISTA

**Saiba os direitos previdenciários de quem contraiu o Covid-19 e de seus familiares**

João Badari

10

DIREITO E  
BIOÉTICA

**A pandemia e os transplantes**

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

12

PAINEL DO  
LEITOR

**Prevenção precária e contágio dos agentes penitenciários na pandemia**

Luana Marques Albuquerque

16

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**Entenda a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), proposta pelo governo federal no âmbito da Reforma Tributária**

Mariana Vale Darwich Apgáua e  
Barbara das Neves

19

PAINEL  
ECONÔMICO

**A visível falta de planejamento**

Thiago de Moraes Moreira

22

DESTAQUE

**Mãe gentil: Hiper desigualdade e falcaturia tributária**

Antônio Marcos Capobianco

24

CAPA

**Quando a realidade fática clama por reconhecimento jurídico: em foco as famílias multiespécie**

Acácia Gardênia Santos Lelis,  
Marcelo Santoro Pires de Carvalho  
Almeida e Edna Raquel Hogemann

39

CAPA

**A vulnerabilidade do animal abandonado, família e direito**

Tereza Rodrigues Vieira

55

CAPA

**Impactos da Lei Federal nº 14.064/2020 no ordenamento jurídico pátrio. A Lei Sansão e seus reflexos penais**

Joaquim Leitão Júnior

61

CAPA

**Crime de maus-tratos a animais qualificado (Lei nº 14.064/20) – Primeiros apontamentos**

Eduardo Luiz Santos Cabette e  
Bianca Cristine Pires dos  
Santos Cabette

79

GESTÃO  
EMPRESARIAL

**O Direito Provisório durante a pandemia**

Rose Giacomin

**82** | **A nova operação pente-fino do INSS e a inversão dos valores em meio a pandemia do coronavírus: paradoxo, dilema ou desleixo institucional**  
ENFOQUE | Sérgio Henrique Salvador

**85** | **Compliance, direito administrativo e LGPD – Aspectos gerais**  
CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO | Regis Fernandes de Oliveira

**98** | **Algumas ponderações sobre o ativismo judicial a partir das decisões do STF**  
OBSERVATÓRIO JURÍDICO | Rafael Laffitte Fernandes e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

**117** | **Do diálogo à repressão nas contratações administrativas, em contexto de pandemia**  
PORTAL JURÍDICO | Jessé Torres Pereira Júnior

**125** | **Negócios e investimentos de impacto**  
PLANEJAMENTO FINANCEIRO | Marcia Dessen

**127** | **Desafios e cenários para a retomada da economia brasileira no pós-pandemia**  
CONJUNTURA | José Matias-Pereira

**129** | **Efeitos danosos e incentivos fiscais inconstitucionais**  
VISÃO JURÍDICA | Kiyoshi Harada

**135** | **John Nash, a Pandemia e o Direito**  
CONTEXTO | Emerson Soares Mendes

**138** | **A força nacional, o autoritarismo e o pacto federativo**  
COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS | Rômulo de Andrade Moreira

**143** | **O novo Fundeb**  
TENDÊNCIAS | Flávio Corrêa de Toledo Júnior



*João Badari*

ARQUIVO PESSOAL

## Saiba os direitos previdenciários de quem contraiu o Covid-19 e de seus familiares

A pandemia refletiu em uma grave crise sanitária e econômica no Brasil e no mundo. E os trabalhadores dos diversos setores foram atingidos direta ou indiretamente pelo vírus. Aqueles que o contraíram, além de passar por problemas de saúde, também foram afetados financeiramente, pela impossibilidade de realizar sua atividade profissional no período de internação ou de quarentena. E para falar sobre os direitos previdenciários de quem contraiu o Covid-19 e seus familiares, convidamos o Especialista em Direito Previdenciário João Badari, para discorrer sobre o direito e alguns benefícios previdenciários, que podem auxiliar a atravessar este momento difícil. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *Na sua opinião os profissionais têm conhecimento dos seus direitos quando são acometidos pelo Covid-19?*

**JOÃO BADARI** – Nem sempre. Apenas para ilustrar, tenho como exemplo o meu pai, médico do serviço público, assim como os profissionais que estão na linha de frente do combate ao Covid que diariamente estão expostos ao risco de contágio. São inúmeros casos de médicos, enfermeiros e técnicos, fisioterapeutas, técnicos de laboratório, maqueiros, responsáveis pela limpeza, terapeutas ocupacionais, agentes de saúde, motoristas de ambulância, dentre outros profissionais que se contaminaram, e muitos desconhecem seus direitos para enfrentarem este difícil momento. No caso do meu pai, mensalmente ele contribui para o sistema previdenciário, portanto, deve neste momento ele e sua família terem a prestação securitária que lhe é devida.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Quais os direitos previdenciários que os profissionais que estão incapacitados pela doença dispõem?*

**JOÃO BADARI** – Auxílio-doença (ou auxílio por incapacidade temporária) e Aposentadoria por invalidez (ou aposentadoria por incapacidade permanente).

**CONCEITO JURÍDICO** – *O Sr. pode nos falar sobre o Auxílio-doença?*

**JOÃO BADARI** – Auxílio-doença ou auxílio por incapacidade temporária, é o benefício que é devido ao trabalhador que precisa se ausentar do trabalho por mais de 15 dias em razão da doença, onde deve ser constatado por perícia que a incapacidade para o trabalho é temporária. O benefício terá um redutor de 9% (91% do salário de benefício). Este benefício pode ser acidentário, quando é causado em razão do trabalho, como no caso dos profissionais da saúde. A Portaria 2.384, de 8 de setembro deste ano, relacionou novamente o Covid-19 como uma doença do trabalho.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E sobre Aposentadoria por invalidez?*

**JOÃO BADARI** – Aposentadoria por invalidez ou aposentadoria por incapacidade permanente é um benefício que é devido quando a incapacidade do trabalhador for permanente, ou seja, atestada por perícia que não existe um prazo certo para a recuperação, podendo durar até o seu final de vida. Este benefício também pode ser acidentário. Ou seja, caso o Covid-19 traga sequelas graves, que impeçam o trabalhador de retornar ao seu trabalho, o benefício devido será a aposentadoria por incapacidade permanente. Se o benefício for considerado como acidentário causado no trabalho o seu valor será diferente, pois ele será de 100% o valor do salário de benefício (diferente do comum, que será de 60%, mais 2% a cada ano contribuído a partir de 15 anos de trabalho para mulheres e 20 anos de trabalho para homens). Portanto, o valor na maioria dos casos será maior, por isso a importância de comprovar se foi decorrente do trabalho ou não. Este mesmo cálculo também se aplica no caso de pensão por morte em decorrência do vírus.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como o profissional solicita estes benefícios?*

**JOÃO BADARI** – Para solicitar estes benefícios, o segurado poderá agendar sua perícia presencial em uma das agências do INSS que estiverem prestando este serviço, pelo telefone 135 ou pelo site (<https://meu.inss.gov.br>). É bem simples, basta criar um cadastro e senha.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E quando o profissional está em isolamento, como proceder para receber?*

**JOÃO BADARI** – Neste momento de pandemia, caso o trabalhador esteja em isolamento, poderá receber de forma emergencial, onde lhe será pago um salário mínimo por mês e posteriormente o INSS vai pagar a diferença de valores (após perícia presencial). Para isso, ele deverá enviar pelo site do INSS um atestado médico que está com a doença, suas eventuais complicações, sem rasuras, com assinatura do médico e com o prazo de afastamento (mesmo que estimado). Basta uma foto do atestado e não precisa transformar o arquivo em pdf (pelo celular fica bem simples de cadastrar e enviar).

**CONCEITO JURÍDICO** – *E quando do falecimento do trabalhador, como proceder?*

**JOÃO BADARI** – Já os familiares que tiveram o dissabor de perder seu ente querido pelo Covid-19, que era segurado do INSS, terão direito a pensão por morte. Trata-se de um benefício pago pelo INSS (ou pelo Regime Próprio que o trabalhador está vinculado) para os dependentes do segurado. O pedido é realizado via internet ou pelo telefone 135, não sendo necessário o comparecimento presencial em uma agência do INSS, exceto quando necessária eventual comprovação.

**CONCEITO JURÍDICO** – *No caso de o profissional ter contraído o coronavírus em razão do trabalho, como será o cálculo para o benefício?*

**JOÃO BADARI** – Como dito acima, se o coronavírus foi causado em razão do trabalho, o cálculo será de 100% do salário de benefício e não existe número mínimo de contribuições para o seu pagamento. O cálculo, em caso de acidente no trabalho, terá mais um detalhe, pois ele será de 100% também sobre as cotas, pois com a reforma da Previdência passamos a ter um valor inicial de 50%, mais 10% para cada dependente, quando não decorrer de acidente.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Além desses benefícios, existe mais algum direito que é devido após o óbito do trabalhador?*

**JOÃO BADARI** – Muitos desconhecem um direito: mesmo que a esposa, por exemplo, receba aposentadoria, ela terá direito também a pensão por morte do seu marido que veio a óbito. Além dos benefícios previdenciários citados acima, o trabalhador com Covid-19 e seus dependentes também possuem direitos securitários e trabalhistas.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Quais são esses direitos securitários e trabalhistas?*

**JOÃO BADARI** – São eles: indenização por dano moral; indenização por danos materiais (ex: compra de remédios, fisioterapia e gastos hospitalares); estabilidade acidentária no caso de retorno ao trabalho (pelo período de 12 meses); recolhimento do fundo de garantia (FGTS) durante o afastamento; pensão mensal, paga pelo empregador, aos dependentes em caso de falecimento; recebimento de eventual seguro de vida profissional (caso a empresa oferecesse aos funcionários).

**CONCEITO JURÍDICO** – *O Covid-19 foi considerado doença ocupacional. Como se deu?*

**JOÃO BADARI** – Em abril deste ano o Covid-19 foi considerado pelo STF como doença ocupacional, quando suspendeu em decisão liminar a eficácia de dois artigos da Medida Provisória 927/2020, que autoriza empregadores a utilizar medidas excepcionais para tentar manter o vínculo trabalhista de seus funcionários durante a pandemia do novo coronavírus. Segundo a decisão, o artigo 29 ficou sem validade, pois ele não considerava doença ocupacional os casos de contaminação de trabalhadores por Covid-19. A decisão retira o ônus do trabalhador em comprovar que a infecção por coronavírus foi ocupacional, o que seria inviável na prática, visto que ninguém consegue comprovar o momento exato da infecção. O Supremo, ao reconhecer o Covid-19 como doença ocupacional, permite que trabalhadores de setores essenciais que forem contaminados possam ter acesso a benefícios previdenciários e trabalhistas. Uma justa vitória do cidadão.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E quando o Covid-19 não é considerado uma doença ocupacional?*

**JOÃO BADARI** – Para que o Covid-19 não seja considerado uma doença ocupacional, o encargo probatório passa a ser do empregador e este por sua vez, terá que demonstrar a inexistência do nexo causal, ou seja, que a enfermidade adquirida pelo empregado não tenha sido no ambiente de trabalho ou decorrente do exercício da atividade laboral. O empregador também terá que comprovar a adoção de todas as medidas de segurança, medicina e higiene do trabalho, além da entrega de equipamentos de proteção individual (EPI's), bem como orientar seus empregados quanto às ações necessárias a fim de conter a contaminação e propagação do vírus. 



# A pandemia e os transplantes

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“No dia 27 de setembro é comemorado o Dia Nacional de Doação de Órgãos e várias entidades e instituições ligadas ao tema mobilizam-se para retomar a campanha de conscientização da comunidade para aderir à mais solidária das ações humanas.”**

**A** Lei nº 9.434, que regula a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante *in vita* e *post mortem*, foi editada em 1997 e, até o presente, com algumas alterações necessárias, vem cumprindo satisfatoriamente sua função preconizada pelo permissivo constitucional disposto no artigo 199 § 4º. A projeção levada a efeito na Carta Magna ganhou corpo e em pouco tempo o serviço de transplantação no Brasil foi atingindo índices cada vez mais auspiciosos, inserindo o país na lista dos que mais realizam transplantes no mundo.

O corpo humano, um latifúndio de riqueza incontestável, pela legislação vigente, passou a ser considerado repositório de órgãos e a medicina, por sua vez, consegue realizar a substituição com considerável margem de sucesso, proporcionando ao homem, desta feita, o equacionamento de seu problema de saúde com a desejável qualidade de vida. A doação, em sua essência, pode-se dizer que é um ato que transcende a dignidade humana e, aliada à apurada tecnologia, possibilita a junção de aparelhos a órgãos e tecidos humanos, como, por exemplo, coração artificial, marcapasso, etc., atrelados ao corpo humano por circuitos eletrônicos.

Ocorre que a decretação da pandemia pelo coronavírus – causadora de inúmeros percalços em praticamente todas as áreas de atuação do ser humano – afetou drasticamente os altos índices atingidos de transplantes, reduzindo-os a um patamar de muita preocupação. A título de exemplo, familiares consultados após a

decretação da morte encefálica não demonstravam interesse na doação de órgãos do parente tendo em vista a recomendação do sepultamento com a necessária urgência, além da inevitável diminuição de leitos nos hospitais para acolher os transplantados.

No dia 27 de setembro é comemorado o Dia Nacional de Doação de Órgãos e várias entidades e instituições ligadas ao tema mobilizam-se para retomar a campanha de conscientização da comunidade para aderir à mais solidária das ações humanas. Vejamos, então, algumas peculiaridades da doação.

A regra é a proibição *in vita* da disposição do próprio corpo, conforme se deduz do *caput* do art. 13 do Código Civil, nos casos em que provocar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes. O parágrafo único do referido artigo, no entanto, quebra tal norma quando se tratar de transplante realizado de acordo com a Lei nº 9.434/1997.

Diante de tal configuração, qualquer pessoa capaz, em vida, poderá consentir na doação, ou seu representante legal, desde que se trate de órgãos duplos (rins, por exemplo) ou partes renováveis do corpo humano, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge, parentes consanguíneos até o quarto grau, ou qualquer outra pessoa, mas dependendo nesse caso de autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. Sempre a título gratuito, em razão do disposto no art. 199 § 4º da Constituição Federal e do art. 1º da lei especial de transplantes.

A doação de órgãos *post mortem*, por seu turno, só poderá ser realizada com a autorização do cônjuge ou parente capaz, na linha reta ou colateral até o segundo grau, exigindo a lei que a equipe médica responsável declare a morte encefálica do paciente, em razão da cessação das células responsáveis pelo sistema nervoso central. Quando se tratar, no entanto, de relacionamento homossexual, o companheiro ou a companheira estará legitimado a autorizar a doação, observando as mesmas regras estabelecidas para companheiros heterossexuais.<sup>1</sup>

Se, por um lado, há a abertura para favorecer a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, transformando o doador em vida como agente definidor, há também limitações impostas a essa faculdade. Assim, se em vida a pessoa pretendeu firmar documentos público ou privado antecipando sua vontade em doar seus órgãos *post mortem*, nenhuma validade terá tal manifestação de vontade, pois a legitimidade para tanto se desloca para os parentes e cônjuge. Tal circunstância, por si só, demonstra severa limitação ao princípio da autonomia da vontade da pessoa.

Frente a tal exigência, a campanha do Ministério da Saúde visa alcançar a comunicação, a conversa e o diálogo entre os familiares, fontes inequívocas e reveladoras da vontade de doar, facilitando a decisão por parte das pessoas legitimadas a autorizar a doação *post mortem*. 

## NOTA

1 <https://www.migalhas.com.br/depeso/212047/doacao-de-orgaos-por-companheiro-homossexual>.



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em Ciências da Saúde, Advogado sócio fundador do escritório Eudes Quintino Sociedade de Advogados.

# Prevenção precária e contágio dos agentes penitenciários na pandemia

■ POR LUANA MARQUES ALBUQUERQUE

**“No Brasil, que tem significativo número de mortes no comparativo global, tem ganhado notoriedade internacional pela ineficiência no controle da pandemia. O veto ao uso obrigatório das máscaras nas penitenciárias brasileiras evidencia muito mais que mera negligência com a população carcerária, mas verdadeiro abandono aos tutelados encarcerados e também aos já precarizados trabalhadores penitenciários.”**



**O** Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo. Além do perfil racial marcante, que demonstra uma política de encarceramento em massa mantenedora de uma estrutura social racista, chama atenção a precariedade das unidades prisionais e do sistema carcerário. A insalubridade e a superlotação das prisões brasileiras estão associadas à desvalorização, à falta de treinamento e à defasagem do quadro de pessoal da categoria de agentes penitenciários e demais trabalhadores dessas unidades. A situação, que já era alarmante, ganhou contornos mais graves com a chegada da pandemia do Covid-19 (coronavírus).

Em março, foi declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a pandemia do novo coronavírus. O Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 6/2020 para reconhecer o estado de calamidade pública. Desde então, os primeiros alertas de descontrole e prevenção inepta nas penitenciárias brasileiras começaram a surgir.

Conforme amplamente noticiado na mídia, as medidas sanitárias de contenção da pandemia no país têm se revelado tímidas e insuficientes. Nas unidades de saúde, faltam Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) básicos, como luvas, máscaras e capotes. No sistema penitenciário, as denúncias mostram que a situação é igualmente crítica.

A preocupação com os encarcerados, sob tutela do Estado, que tem dever constitucional de preservar sua integridade física (art. 5º, XLIX, da Carta Magna), é muito bem retratada no artigo “Covid-19 na prisão: Adoecimentos, mortes e a Responsabilidade civil do Estado” da advogada e especialista no tema Bruna Santos Costa.

Como é apontado pela autora, “a posição de garantidor do Estado com os que estão sob sua custódia deriva tanto de preceitos constitucionais e legais, como de tratados internacionais. Ainda que se pudesse admitir que em alguns casos houvesse adoecimento e morte por Covid-19 nas prisões, o Estado somente poderia se eximir de sua responsabilidade se demonstrasse que adotou todas as medidas necessárias para zelar pela integridade dos apenados e evitar a contaminação pelo vírus. Ou seja, a pandemia não pode ser considerada uma excludente de responsabilidade, por si só”.

Certo é que esse contexto guarda um potencial lesivo muito mais amplo, que envolve também os servidores e empregados que trabalham nas unidades prisionais e cuja saúde tem sido negligenciada pelo Estado como efeito colateral da política de abandono e de degradação do sistema prisional. Segundo monitoramento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atualizado em julho, foram registrados 65 óbitos de servidores por Covid-19 e 5.854 casos confirmados. Esse número, contudo, tende a ser muito superior na medida em que a testagem é limitada no sistema prisional.

Sobressai nesse cenário o número de contaminações de presos e agentes penitenciários no Distrito Federal, por exemplo. A capital do país, segundo relatório do Departamento Penitenciário, concentrava cerca de 67% dos casos no sistema prisional brasileiro em maio de 2020, quando publicado o último levantamento pela Agência Brasília. Nesta oportunidade, a Secretaria de Segurança do Distrito considerava exitoso seu “plano” de combate à pandemia por

não ter, até então, registro de mortes. Logo depois, em 17 de maio, o primeiro agente penitenciário faleceu em decorrência da doença.

Em São Paulo, o quadro não é menos preocupante. Conforme dados expostos pelo Fórum Penitenciário Permanente em audiência com o Ministério Público do Trabalho (MPT) em abril, o fornecimento de EPIs e de itens básicos de higiene era precário. Em relatório encaminhado pela Subcoordenação das Unidades Prisionais de Gericinó ao Gabinete de Crise do Estado do Rio de Janeiro no mesmo mês, os servidores penitenciários daquela localidade com sintomas da Covid-19 permaneciam em atividade até que fosse realizada perícia médica pela Secretaria de Saúde, o que podia levar até uma semana, colocando em risco a população custodiada e o quadro de servidores.

Esse descontrole nas unidades prisionais não pode ser considerado mera decorrência natural da gravidade da pandemia. Em julho, o presidente Jair Bolsonaro vetou o art. 3º-F da Lei nº 14.019/2020, que dispunha do uso obrigatório de máscaras nas prisões e nos estabelecimentos de cumprimento de medidas socioeducativas como medida de prevenção à Covid-19, conforme informativo do Senado Federal.

A mensagem de veto se revela pouco precisa em relação à competência federal integrada com a atuação conjunta e complementar dos governos federal, distrital, estadual e municipal na manutenção do Sistema Único de Saúde (SUS). Mais que isso, demonstra descompasso com a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre saúde, conforme prevê o art. 24, XII, da Constituição Federal. Sob o pretexto de autonomia dos entes federados para regulamentar a matéria do uso de equipamentos de proteção individual para prevenir a exposição ao novo coronavírus, suprimiu-se o comando que determinava o uso obrigatório de máscaras nos locais de cumprimento de medidas penais.

Tratava-se de norma geral, a ser regulamentada regionalmente pelos demais entes federativos. Não há, portanto, qualquer indício de invasão de competências ou de afronta à autonomia dos Estados e Municípios, que, ao contrário, teriam o poder e o dever de instrumentalizar os mecanismos de cumprimento das diligências necessárias.

Em agosto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) emitiu comunicado à imprensa para manifestar a preocupação com as pessoas apenadas e com o sistema carcerário como um todo no Brasil, “tendo em vista os altíssimos níveis de superlotação e as condições de detenção que prevalecem nas penitenciárias do país”.

Segundo o documento, a situação já conhecida do encarceramento no país “criariam um ambiente propício para a proliferação e avanço do vírus da Covid-19” face “às deploráveis condições de detenção nas prisões brasileiras, que se caracterizam por níveis alarmantes de superlotação, infraestrutura deficiente, atendimento médico negligente, completa falta de higiene, ausência de artigos de primeira necessidade e alimentação inadequada”.

Na oportunidade, o órgão relatou o recebimento de denúncias que evidenciam as altas taxas de contágio e de mortes nas penitenciárias brasileiras, além da manutenção das condições de precariedade já descritas, o

que torna inviável a adoção de medidas eficazes de contenção da pandemia nesses espaços.

Esses dados revelam o descumprimento do dever constitucional de proteção e de tutela das pessoas sob custódia e também o descaso com os trabalhadores do sistema prisional, que estão vulneráveis à doença em um ambiente de trabalho insalubre e precário, cujas condições inadequadas ficam potencializadas pela ausência de medidas efetivas de prevenção ao contágio.

A negligência com o sistema prisional em um contexto de pandemia revela a continuidade de um projeto estratégico de abandono da população carcerária em franca violação aos preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana e de proteção estatal aos tutelados encarcerados. Desvela, ainda mais, a desvalorização dos servidores que atuam no sistema e que marcaram o cenário da pandemia com recordes de contaminação.

O distanciamento social e o uso das máscaras são ainda as principais e mais básicas diretrizes de combate à pandemia, conforme prescreve a OMS. No Brasil, que tem significativo número de mortes no comparativo global, tem ganhado notoriedade internacional pela ineficiência no controle da pandemia. O veto ao uso obrigatório das máscaras nas penitenciárias brasileiras evidencia muito mais que mera negligência com a população carcerária, mas verdadeiro abandono aos tutelados encarcerados e também aos já precarizados trabalhadores penitenciários.

É certo que a Constituição assegura a todos os trabalhadores o direito ao meio ambiente seguro e saudável. Os arts. 6º, 196 e 197 da Constituição, estabelecem a saúde como um direito social fundamental de todos. Por sua vez, o art. 7º, XXII, c/c art. 39, § 3º, da Carta Política consagra o direito do trabalhador – também incluídos os servidores públicos - ao meio ambiente saudável.

É dever do Estado promover políticas públicas de natureza socioeconômica para assegurar a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Dado o contexto evidenciado, o Estado falha gravemente na proteção dos direitos constitucionais dos agentes penitenciários por meio de omissões e negligências que têm vitimado muitos servidores e apenados.

Vale lembrar que, além da possibilidade alarmante de contágio pelo novo coronavírus, o quadro de abandono das unidades prisionais pode causar, a médio e longo prazo, a potencialização do adoecimento psíquico dos servidores penitenciários, que lidam essencialmente com uma rotina de tensão e que agora vivenciam o medo constante do contágio.

É certo que a ineficiência no combate à pandemia em relação aos trabalhadores do sistema prisional revela importante violação de seus direitos por aquele tem que o dever de preservar a vida e a integridade física de seus servidores: o Estado. Há uma responsabilização que poderá ser submetida ao crivo do Poder Judiciário face à gravidade do cenário desenhado. **C**



## Entenda a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), proposta pelo governo federal no âmbito da Reforma Tributária



DIVULGAÇÃO

■ POR MARIANA VALE DARWICH APGÁUA E BARBARA DAS NEVES

**“De acordo com o PL, será possível a compensação dos saldos credores da CBS com outros tributos federais, inclusive, com contribuições previdenciárias, ou o ressarcimento em dinheiro ao contribuinte.”**

**C**omo amplamente noticiado, no dia 21 de julho o governo federal apresentou a primeira fase do seu projeto de reforma tributária. Trata-se do Projeto de Lei nº 3.887/2020, que institui a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS, em substituição às contribuições ao PIS e à COFINS.

Em regra, a nova contribuição incidirá à alíquota de 12% (doze por cento) sobre a receita bruta operacional, sendo possível concluir que o tributo não incidirá sobre outras receitas que não guardem relação com a atividade ou objeto principal do contribuinte, a exemplo do ganho de capital. No caso das importações, foi mantida a incidência sobre o valor aduaneiro.

Vale destacar que consta expressamente no art. 7º do PL nº 3.887/2020 a exclusão do ICMS, do ISS e da própria CBS de sua base de cálculo, além dos descontos incondicionais. Essa previsão provavelmente encerrará as discussões acerca da inclusão de tributos na base de cálculo da contribuição incidente sobre a receita.

A nova contribuição pressupõe a apuração na sistemática não-cumulativa, mas com mudanças significativas. Em síntese, o PL propõe a adoção do critério de crédito financeiro. Ou seja, será possível a apropriação de créditos da CBS sobre a totalidade das aquisições de bens e contratação de serviços, não havendo mais a necessidade de observância do enquadramento da despesa ao conceito de insumo e a relação de essencialidade com exercício da atividade econômica do contribuinte. Tal previsão também deve encerrar divergências atuais quanto ao direito à apropriação de créditos no conceito de insumos, porém, pressupõe a aquisição de determinados itens que se enquadrem nos conceitos de produtos ou serviços, podendo existir discussões sobre a cessão e licenciamento de direitos.

Apenas instituições financeiras e entidades equiparadas foram mantidas em uma sistemática semelhante à da cumulatividade do PIS e da COFINS, sujeitas a alíquota da CBS de 5,8%, sem a possibilidade de creditamento.

Nos termos do art. 9º do PL, a única exigência para o creditamento seria o destaque da CBS no documento fiscal relativo à aquisição do bem ou da contratação do serviço. Inclusive, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o ICMS e, com o objetivo de resguardar o adquirente ou tomador do serviço de boa-fé, o PL prevê a possibilidade de apropriação do crédito inclusive quando a documentação fiscal é considerada inidônea, desde que comprovada a ocorrência e validade da operação.

Em relação a algumas operações desoneradas (como a ZFM e áreas de livre comércio) e exportações, há tratamento especial, principalmente no que se refere à possibilidade de apropriação de créditos. No entanto, carece o PL de uma completa definição do que seriam as operações de importação e exportação de serviços.

Ainda, de acordo com o PL, será possível a compensação dos saldos credores da CBS com outros tributos federais, inclusive, com contribuições

previdenciárias, ou o ressarcimento em dinheiro ao contribuinte. Nesse ponto, o PL é omissivo quanto ao prazo para o ressarcimento dos créditos, o que se espera que seja suprido em eventual aprovação pelo Congresso Nacional com fixação de prazo máximo para a restituição, conforme proposição do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Indo adiante, a CBS inevitavelmente acarretará a majoração da carga tributária de determinados setores, em virtude da extinção dos benefícios fiscais, como o caso dos livros e entidades do terceiro setor, assim como o aumento de alíquotas do setor de serviços.

Atualmente, grande parte dos prestadores de serviços está sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS à alíquota de 3,65%. Com a entrada em vigor da CBS, o setor de serviços ficará sujeito à alíquota de 12%, sendo que seu principal custo (mão de obra e folha de salários) não possibilitará a apropriação de créditos, nos termos da sistemática da não cumulatividade.

Uma inovação no PL é o tratamento dado às plataformas digitais, tanto as localizadas em território nacional quanto aquelas localizadas no exterior, que ficarão responsáveis pelo recolhimento da CBS nos casos em que o vendedor ou o prestador não realizem a emissão do documento fiscal pertinente.

Assim, não há dúvidas de que o projeto possui aspectos positivos, como a redução do contencioso tributário (concessão de crédito de forma ampla e a exclusão de tributos de sua base de cálculo), além da simplificação da apuração e do cálculo do tributo. Contudo, devem ser destacados alguns pontos que exigem reflexão, como (i) o provável aumento da carga tributária para o setor de serviços (principalmente os serviços prestados para consumidores finais que não se apropriam de créditos da CBS); (ii) a precarização do trabalho, já que a mão de obra, principal custo do setor dos serviços, não ensejará a apropriação de créditos; (iii) a retirada drástica de diversos incentivos fiscais que fomentam setores essenciais à economia e ao desenvolvimento do país, como os setores de saúde e educação.

Por fim, mas não menos importante, deve ser destacado o fato de que, da forma como foi proposta a criação desta nova contribuição, no caso de aprovação da reforma tributária mais ampla, a CBS poderá ser somada ao ICMS e ao ISSQN para formação de um único tributo incidente sobre o consumo (IBS), nos moldes do IVA adotado por diversos países. Neste sentido, a alíquota final de um futuro IBS poderá resultar em uma das maiores tributações sobre o consumo do mundo, aumentando a desigualdade vivenciada pela sociedade brasileira. 



ARQUIVO PESSOAL

**MARIANA VALE DARWICH APGÁUA** é Advogada do Departamento Tributário da Andersen Ballão Advocacia.



ARQUIVO PESSOAL

**BARBARA DAS NEVES** é Advogada do Departamento Tributário da Andersen Ballão Advocacia.

# A visível falta de planejamento

■ POR THIAGO DE MORAES MOREIRA

**“Todos os pontos mencionados neste artigo requerem a elaboração de um planejamento estatal muito mais proativo, o que vai frontalmente de encontro ao extremismo liberal da atual equipe econômica.”**



**A**lém de escancarar as já conhecidas enormes desigualdades sociais existentes no Brasil, a pandemia revelou também algo até então desconhecido: os chamados invisíveis. Trata-se de um contingente de milhões de pessoas que as principais estatísticas do país não capturavam. A criação do auxílio emergencial possibilitou a visualização destas pessoas que até o início da pandemia não entravam nos números nem dos trabalhadores formais, nem informais, tampouco dos desempregados. Com base nas estatísticas oficiais do mercado de trabalho, esperava-se que o público alvo do auxílio fosse composto basicamente pelos trabalhadores informais e desempregados, o que resultava, no período imediatamente anterior ao início da pandemia, em aproximadamente 52 milhões de pessoas. No entanto, o número atualizado de beneficiários é de cerca de 66,9 milhões. Ainda que se considere o lamentável fato de que cerca de 1,3 milhão receberam o auxílio de forma indevida, a população dos invisíveis continua sendo maior que a da Bolívia e representa mais de 70% da chilena. Este fato por si só deveria despertar nos governantes a necessidade de aprofundamento do conhecimento sobre o nosso país e as distintas realidades sociais que coexistem.

Entretanto, muito pouco tem se discutido sobre os invisíveis ou sobre o necessário fortalecimento das ferramentas de planejamento socioeconômico. A regularização cadastral e a bancarização de muitos dos beneficiários do programa assistencial viabiliza uma enorme ampliação do acesso a dados, propiciando uma oportunidade histórica de aprofundamento do conhecimento, não apenas a respeito dos invisíveis, mas de todo o grupo de vulneráveis. No entanto, aqueles que seriam os responsáveis pelo planejamento parecem não enxergar esta oportunidade. O governo federal decidiu por adiar o Censo 2020 para possivelmente 2022, abrindo mão de um recurso indispensável de planejamento, que permitiria ao IBGE captar informações valiosas para o desenho das políticas públicas.

Uma política pública de cunho social bem planejada requer uma vasta quantidade de informações. Em um universo tão grande de pessoas como o exposto pelo programa de auxílio emergencial, é preciso entender as características principais dos diferentes subgrupos. Deve-se contemplar diversos aspectos da vida econômica e social das pessoas a serem assistidas, tais como alimentação, mobilidade, saúde e educação. Desenhar uma política pública não é apenas definir uma quantia em dinheiro a ser transferida. Requer-se muito mais trabalho de seus planejadores. No entanto, o que estamos assistindo atualmente em torno da discussão da criação do “Renda Brasil” é emblemático da baixa qualidade do planejamento de políticas sociais no país.

O debate está restrito a critérios meramente quantitativos. A equipe econômica do ministro Paulo Guedes está apenas buscando uma forma de rearranjo no orçamento público de modo a satisfazer os anseios de aumento de popularidade do presidente, o que requer a definição de um valor razoável para uma transferência permanente de renda (em torno de R\$ 300), ao mesmo

tempo em que se possa respeitar o limite de despesas públicas imposta pelo teto de gastos.

Aqui há outra grande lacuna na discussão atual que diz respeito aos benefícios econômicos da política social. Uma política de transferência de renda não pode ser vista apenas como um item de custo. Ela pode produzir efeitos positivos sobre a atividade econômica. É exatamente o que está acontecendo no caso do auxílio emergencial, que tem amenizado bastante o ritmo de queda da atividade econômica, e conseqüentemente da própria arrecadação tributária. Conforme já esperado, a massa de renda propiciada pelo auxílio tem se destinado principalmente à compra de bens de consumo não duráveis, tais como alimentos, bebidas, vestuário e calçados. As pesquisas de comércio varejista mostram realmente uma recuperação bastante consistente nas vendas destes itens. Não por acaso, quando os analistas se deram conta destes impactos positivos a partir da divulgação das pesquisas, as perspectivas de retração do PIB neste ano vêm melhorando continuamente, saindo de uma queda esperada de -6,5% para algo em torno de -5,3%.

Portanto, há de se levar em conta que cada tipo de despesa pública gera um determinado benefício econômico. É claro que os impactos positivos gerados pela ampliação do gasto público na forma de aumentos salariais de militares de alta patente, deputados, senadores ou juizes, por exemplo, são praticamente nulos. Uma parcela muito pequena da renda adicional deste grupo se traduz em aumento de consumo, gerando poucos estímulos ao crescimento. No entanto, a lei do teto de gastos também não faz nenhuma distinção entre as despesas (exceto o pagamento de juros), tratando-as todas da mesma forma.

Ademais, se a grande preocupação é com a solvência da dívida pública brasileira, a discussão deveria privilegiar mais o acompanhamento da relação Dívida Pública/PIB do que o próprio teto de gastos. O indicador Dívida Pública/PIB é inclusive o mais utilizado pelo mercado financeiro em suas análises de risco. A gestão de política macroeconômica deve realmente evitar a ampliação de despesas que não impulsionam o PIB e geram apenas aumento do endividamento. No entanto, gastos que estimulam o PIB e não provocam aumentos da relação Dívida Pública/PIB (podendo por vezes até induzir uma redução no indicador) não deveriam estar sob o mesmo teto das despesas “improdutivas”.

No entanto, todos os pontos mencionados neste artigo requerem a elaboração de um planejamento estatal muito mais proativo, o que vai frontalmente de encontro ao extremismo liberal da atual equipe econômica. Mesmo em um contexto extraordinário de pandemia, é notável o desconforto do ministro da Economia em reconhecer a necessidade de intervenções do Estado na economia. 



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

# Mãe gentil? Hiper desigualdade e falcatrua tributária

■ POR ANTÔNIO MARCOS CAPOBIANCO

**“Com a pandemia aumentará exponencialmente a legião dos deserdados. E também a riqueza: no Brasil, de março a junho, bilionários aumentaram sua riqueza em US\$ 34 bilhões. Que a Reforma Tributária rechace a indecência, instaure a progressividade e faça Justiça.”**

**C**om a pandemia cresce a urgência da Reforma Tributária. O Brasil é o país mais desigual do mundo, tomando a concentração no 1% mais rico, que fica com quase 30% do total da renda. Quando se considera os 10% mais ricos estes ficam com 55% e passamos a sétimo mais desigual. Seis bilionários têm mais riqueza que a metade da população. De 2018 a 2019 as famílias mais ricas, com ativos de US\$ 3,5 tri, tiveram um aumento de US\$ 312 bi. O número de brasileiros com mais de US\$ 1 bi aumentou de 42 para 58 e juntos acumulam US\$ 179,7 bi. O número atual de 259.000 milionários (em dólares) pode chegar a 350.000 em 2024. Estima-se que a reforma da Previdência gere R\$ 500 bi de riqueza em dez anos. Hoje são mais de 105 milhões de brasileiros sobrevivendo com cerca de R\$ 438,00 por mês e 21 milhões com cerca de R\$ 112,00 (pré-pandemia!). Dados da ONU dão conta que no final de 2020 terá dobrado o contingente da extrema pobreza no Brasil.

Segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) o Brasil é o país com o pior índice de retorno de bem-estar à sociedade em face da arrecadação. O sistema tributário brasileiro é regressivo, os mais pobres pagam mais impostos, proporcionalmente, que os mais ricos. Enquanto quem ganha R\$ 5 mil por mês paga 27,5% de Imposto de Renda (IR) os do topo pagam 6,51%, uma vez que 65,8% da renda destes é

isenta. O IR é progressivo, mas a partir de 40 SM torna-se regressivo. Até R\$ 41.800,00 a alíquota é 27,5%, mas acima de R\$ 334.400,00 é 6%. É a classe média, a faixa entre 20 e 40 SM, que paga mais. A isenção da tributação de dividendos é das mais infames jabuticabas de Mãe Gentil. Só em dois países há tal isenção. Pelos R\$ 52 bi de dividendos que receberam em 2019 os acionistas de bancos pagaram zero de IR. Bolsonaro (e Maia) quer taxar o bolso do dividendo, mas pondo nova isenção do IR no bolso do lucro da empresa. Para o Imposto sobre Grandes Fortunas suaves alíquotas propostas foram ainda amenizadas com um salama-leque que reduz o 1% original para fortunas acima de R\$ 133,2 milhões. Outra aberração é o fato de que o maior volume de imposto arrecadado é o da taxaçaõ indireta do consumo de produtos e serviços, mais de 50% (32% na OCDE) e também do trabalho, e não da renda e do patrimônio, incluindo as terras, como seria mais justo. Os mais pobres pagam cerca de 26,7% do que ganham em impostos sobre o consumo e os mais ricos apenas 10,1%. Já, a tributação da renda e do patrimônio é de apenas cerca de 22% da carga tributária (40%/OCDE). No conjunto dos impostos uma família com renda de 2 SM paga em torno de 50% de sua renda, enquanto uma família com renda superior a 30 SM paga 26% e o bilionário 3%, em frontal violação da Constituição, dos princípios da Capacidade Contributiva, da Isonomia e da Progressividade.

Filhos prediletos de Mãe Gentil contam também com a gentileza da impunidade ante a sonegação (25% do PIB) e a outros crimes contra a ordem tributária. Justiça tributária não haverá também sem o fim da isenção a iates e aviões (cerca de R\$ 5 bi não arrecadados) para os filhos pródigos e sem aumento das alíquotas do ITR-Imposto Territorial Rural, cuja arrecadação neste país-continente monta em ridículos 0,4% do PIB.

A TV reduz a discussão ao quase anódino em face da regressividade: a “simplificação”. A sociedade mira a parcela de parlamentares prepostos dos privilegiados. O argumento de que a maior taxaçaõ dos ricos provoca a fuga de capitais é falácia desmistificada em estudo do FMI. Especialmente em países com um mercado interno como o do Brasil. O FMI e cinco ganhadores do Prêmio Nobel reconhecem o aumento da renda das classes mais baixas, via política tributária justa e programas assistenciais, como indispensável ao crescimento econômico. A Emenda Substitutiva Global 178/2019 é via para a alforria. Com a pandemia aumentará exponencialmente a legião dos deserdados. E também a riqueza: no Brasil, de março a junho, bilionários aumentaram sua riqueza em US\$ 34 bilhões. Que a Reforma Tributária rechace a indecência, instaure a progressividade e faça Justiça. 

# Quando a realidade fática clama por reconhecimento jurídico: em foco as famílias multiespécie

■ ACÁCIA GARDÊNIA SANTOS LELIS, MARCELO SANTORO PIRES DE CARVALHO ALMEIDA E EDNA RAQUEL HOGEMANN

**“A família multiespécie surge como fenômeno pós-moderno de intensa proteção da fauna como extensão da dignidade da pessoa humana. Esse escopo de proteção se materializa pelo costume das famílias contemporâneas em acolher, por aquisição ou adoção, animais de estimação, integrando-os ao contexto familiar.”**



**É** sabido que a sociedade é dinâmica enquanto o direito posto é estático, razão pela qual é necessário que o direito em sua função social e humanística, busque acompanhar essa dinamicidade, na medida em que se revela como reflexo dos passos da própria sociedade. Em consequência desse dinamismo, novos horizontes vão sendo formatados, conceitos concebidos são questionados, reconstruídos ou desconstruídos e, desse modo, se desenvolve e se amplia ou se transforma o vernáculo jurídico e algumas certezas conceituais consideradas tradicionais são superadas.

Veja-se, por exemplo, o humanismo que subjaz de uma pretensa supremacia da espécie humana como singular parâmetro no universo como métrica de seus próprios feitos e como significação para coisas tendo em conta unicamente o ponto de vista antropocêntrico, se revela, por vezes, perigoso. Não se propõe qualquer característica objetivamente especial para conduzir o status moral à nossa espécie, tão-somente a vontade imperiosamente arbitrada de dizer que somos especiais por sermos o que somos. Tal argumento poderia, assim, servir para outras espécies, eis que, certamente, seja num nível de racionalidade incipiente, seja na hipótese de seres de racionalidade idêntica ou superior à da espécie humana, considerar-se-iam igualmente especiais e merecedores do status moral de primazia.

No que diz respeito à família, é inegável o quanto essa instituição vem passando por transformação ao longo dos tempos, fruto dos influxos dos fatores mais diversos a lhe modificar a forma, mas mantendo sempre sua função social. Hoje não se pode desconsiderar os novos contornos que a família tem tomado. A formação familiar vem sofrendo mudanças significativas. O Poder Judiciário pátrio tem se deparado com essas recentes mudanças da sociedade contemporânea que necessariamente levam a conflitos familiares, inclusive em relação a membros familiares não humanos nos casos de divórcio e consequente pleito de visitação. Consideram-se, os animais não humanos, nesse contexto, membros familiares devido à proporção afetiva que um animal tem ocupado dentro do contexto familiar. Exsurge a família multiespécie agora mais que uma realidade fática (na medida em que sempre houve, reconheça-se) – agora um acontecimento de cariz jurídico a clamar por regulamentação, em razão das consequências normativas dela decorrentes.

## **EM QUESTÃO A FAMÍLIA MULTIESPÉCIE**

Nem sempre o homem se distanciou dos animais, como simples objeto de estimação, fonte de subsistência ou problema de saúde pública. No Egito Antigo, a relação homem/animal era envolta por uma aura de religiosidade. A arte egípcia representava o politeísmo cultivado na sociedade milenar pela figura de deuses formada pela combinação do corpo humano com a cabeça de algum animal. O Deus Rá-Atum, e.g., primeiro do panteão, responsável pela criação do mundo, é identificado pelo Sol e por uma cabeça de ave de rapina sobre um corpo humano.

Além dessa representação artística, os vários cadáveres de animais mumificados indicam o desiderato de se conservar o corpo físico para o retorno do espírito. Os egípcios acreditavam na reencarnação, no retorno de uma alma que saíria de um corpo para habitar outro, e a prova inoxidável desse respeito do homem pelo animal também jaz nos cadáveres de felinos, aves e insetos mumificados.

Esta crença de reencarnação no Antigo Egito pode ter sido fonte de inspiração para os gregos que acreditavam no retorno da alma do animal ao corpo humano e vice-versa, e o principal exemplo possivelmente devoto da proteção ao animal como sede de um espírito que outrora reencarnou é Pitágoras.

Apesar da aparente divergência entre os poucos registros sobre o apreço ou não de Pitágoras pelos animais, esse possível contrassenso indica que já circulava também na Grécia Antiga uma relação de respeito e proximidade entre homens e animais. Essa relação, no entanto, modifica-se completamente durante a Idade Média, notadamente no período em que a Europa sofria com a peste bubônica, acreditando-se, mesmo sem prova inequívoca, de que cães e gatos de rua poderiam ser transmissores e causadores dos males sofridos pela população. Como observa Lima (2019, p. 2), a

[...] ideia de que cães e gatos são companhias agradáveis e adequadas à convivência íntima na família pode ser desnaturalizada se observarmos os documentos históricos da Idade Média ao início da Idade Moderna, nos quais são recorrentes as representações de cães e gatos como seres bestiais, perigosos, agressivos, ligados à feitiçaria e transmissores de doenças. A convivência humana com cães e gatos e o surgimento da categoria 'animal de estimação' são fruto de um processo histórico, marcado por ambiguidades.

Esse distanciamento é mitigado a partir do século XVII, quando o impulso civilizador impôs padrões de higiene, organização e distinção. Afirma Lima (2019, p. 3), “que mais que diferenciar as classes altas das baixas, as regras de etiqueta distinguiam humanos de animais, atribuindo aos pobres um estigma de animalidade”. Esses impulsos de civilização a partir da relação entre humanos e animais, a que se refere a socióloga Lima (2019), podem ser encontrados na Inglaterra do século XVIII, quando a domesticação de cães e gatos, por exemplo, passou a ser encarada pelo poder público como fato gerador para tributação.

Esse ligeiro escorço histórico demonstra sucintamente a relação entre homem e animal ao longo dos séculos, indicando-se, nesse contexto, a tentativa de se atribuir efeitos jurídicos a essa relação, a exemplo da tributação dos animais domésticos na Inglaterra. Com efeito, essa relação entre homem e animal ganhou novas conotações na pós-modernidade do século XXI, marcada por uma trajetória de intensa proteção à fauna e à flora que também atinge os animais no âmbito doméstico.

Hodiernamente, segundo Stone (2019), a ordem jurídica brasileira posta desde 1988 é propícia ao que estudiosos e ambientalistas denominam de

“ecocentrismo”, é dizer, perspectiva voltada aos interesses da natureza, não a vontade única e exclusiva de Deus, vigente na época do teocentrismo, nem aos desejos do homem, que define o antropocentrismo marcado, v.g., na Inglaterra dos Tudor e dos Stuart, quando predominava a visão, segundo Thomas (2010, p. 21) de que “o mundo fora criado para o bem do homem e as outras espécies deviam se subordinar a seus desejos e necessidades”.

Essa visão ecocêntrica, evidentemente semelhante à ética dos estoicos, de que a virtude humana se perfaz em viver em conformidade com a natureza, talvez seja plenamente implantada num futuro distante, pois ainda há dificuldades para tamanha ruptura de costumes, e mal se alcançou ainda o tão almejado desenvolvimento sustentável, isto é, a contínua realização de bens e serviços de consumo que não prejudiquem a fauna nem a flora.

Mas a passos largos na direção da harmônica convivência entre homens e animais, surge dos costumes das famílias brasileiras pós-modernas, o desejo de agregar formalmente ao núcleo familiar o animal de estimação.

No Brasil, o cuidado com os animais mudou radicalmente nos últimos dez anos. O advento das redes sociais, que interconectou milhões de pessoas e viabilizou o compartilhamento de interesses e a troca de experiências entre proprietários de animais, somado à força do mercado consumidor pet brasileiro, provocou postura mais humanizada na relação entre indivíduos e animais.

Segundo pesquisa realizada pelo IBGE (2019), em 2013, o Brasil, em comparação com outros países, é o 4º (quarto) lugar em número de animais de estimação (132 milhões); o 2º (segundo) em número de cães, gatos e aves canoras e ornamentais; 9º (nono) em número de répteis e pequenos mamíferos e 10º (décimo) em número de peixes ornamentais. Nesse cenário, 44,3% dos domicílios brasileiros acolhem pelo menos um cachorro, e 17,7%, abriga, ao menos, um gato.

Muitos fatores contribuíram para essa guinada, desde a modificação e pluralização das formas de relação familiar à conscientização e propagação, sobretudo nas metrópoles brasileiras, de novos hábitos alimentares dos seres humanos, com ascensão do vegetarianismo, que rejeita ingestão de carne, e do veganismo, que rechaça consumo de qualquer produto ou alimento de origem animal.

Todas essas modificações, suscitadas ou não por interesses da sociedade de consumo, revelam que os brasileiros adotaram o cuidado com os animais como princípio ético, consectário da dignidade da pessoa humana.

Naturalmente, essas mudanças de comportamento social provocam efeitos jurídicos, exigindo que o sistema de Direito acompanhe o ritmo da sociedade para se adaptar às constantes alterações.

Nesse ritmo, a família multiespécie se manifesta no interesse da pessoa natural de obter reconhecimento jurídico de seus semoventes como membros integrantes da entidade familiar. Esse reconhecimento pode se exteriorizar tanto na lavratura de registro público do animal de estimação como membro da família quanto nos atos jurídicos que envolvam a separação de um casal.

Apesar do louvável apego e afeto que se observa na sociedade ocidental contemporânea pelos animais, notadamente na sociedade brasileira, a família multiespécie não passa a existir pela simples integração de algum animal ao seio familiar. Razão assiste a Lima (2019), quando adverte que o emprego de termos “familistas” não é suficiente para que se configure a família multiespécie. Ou seja, não basta chamar o cachorro de filho ou o gato de neto para que se caracterize família multiespécie, sendo necessário, na visão dessa socióloga, a verificação de, pelo menos, três dentre cinco requisitos aferíveis nesses vínculos entre pessoas e animais.

O primeiro desses requisitos, para Lima (2019, p. 11) é o reconhecimento familiar, que se manifesta na referência ao animal como “bebê”, “filho”, ou mesmo “lindinho da mamãe”. Esta é a indicação mais evidente de relação familiar entre o animal e a pessoa, mas ainda não o bastante para se afirmar como família multiespécie, pois a simples menção do apelido não necessariamente exprime o afeto que a pessoa nutre pelo animal.

O segundo requisito é a consideração moral, que não se resume à mera convivência respeitosa, pois, conforme Lima (2019, p. 12), se perfaz na preocupação com as consequências das ações e omissões em relação ao animal: “um indicador importante de consideração moral numa relação é a capacidade de fazer sacrifícios em prol do animal, a começar pelo gasto de tempo e dinheiro quando adoecem”, renúncias essas que nem sempre os donos mais afetuosos de animais cultivam.

O terceiro requisito, para Lima (2019, p. 12), é o apego, que se exterioriza pela proximidade entre indivíduo e animal na relação familiar, evidenciada, por exemplo, por levar consigo fotos do bichinho, referindo-se a ele como parte importante da vida.

O quarto requisito, para Lima (2019, p. 12) é a convivência íntima na rotina familiar, elementar para se superar a tradicional visão do animal como “propriedade da família”, alçando-o à qualidade de efetivo membro familiar. Considerá-lo como parte da família significa integrá-lo à convivência com todos os membros, adaptá-lo à rotina familiar, que inclui a hora de acordar e a de dormir. A costumeira expressão “é como se fosse da família” não se adequa ao animal da família multiespécie, pois significaria exatamente o oposto do que se pretende, ou seja, que ele não integra o núcleo, figurando como simples acessório.

O quinto requisito, de acordo com Lima (2019, p. 14) é a inclusão em rituais, que consiste na participação dos animais das atividades que a família desfruta em conjunto, tais como festividades, viagens, fotos de família, troca de presentes.

Reunidos esses requisitos, resta aferir a classificação e os efeitos jurídicos dos atos relacionados à família multiespécie.

## A RELAÇÃO MULTIESPÉCIE SOB O STANDARD BASILAR DO AFETO

A palavra afeto está ligada ao sentimento e ao cuidado. Bobbio (1992) aponta que os direitos fundamentais não são estáticos, vez que “o que parece

fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. Afirma o autor que apenas com o advento da Declaração Universal é que se pode ter a fidúcia histórica de que a humanidade – toda a humanidade – compartilha de alguns valores comuns e, assim, se pode finalmente acreditar na universalidade dos valores.

Atualmente, as relações familiares e sociais privilegiam o amor em detrimento de um patrimonialismo desmedido, observado em outras épocas. A atitude altruísta clama ser referendada pelo ordenamento jurídico, como extensão e materialização da dignidade da pessoa humana.

É certo que, o ser humano constrói-se a partir de suas várias dimensões, quais sejam: família, vida social, patrimônio, dentre outras. Hodiernamente, tem-se entendido que todas essas dimensões são estruturadas por meio do valor jurídico afeto. Assim, o homem para ser digno necessita que o afeto seja reconhecido como valor inerente a sua condição humana e, desta forma, um verdadeiro direito fundamental, que uma vez desrespeitado ensejaria reparação.

Partindo da premissa exposta acima, é possível visualizar a presença do valor afeto nas muitas manifestações humanas. Na construção de uma família o afeto é imprescindível, em respeito à autonomia da vontade dos seres que a compõe. Dentro da presente concepção, indispensável transcrever as palavras de Dias (2011, p. 23):

O direito das famílias, ao receber o influxo do direito constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, venceu um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros.

É de se perceber a vinculação que a doutrinadora faz entre direito civil e direito constitucional, dentro da leitura civil-constitucional do ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da isonomia ganhou caráter normativo, fazendo com que uma nova ideologia acerca da família surgisse: a família constituída por meio do afeto. Tornou-se irrelevante questionar se a família foi formada por meio do casamento, da união estável entre pessoas de sexos opostos ou entre pessoas do mesmo sexo, de um simples namoro ou da adoção realizada por uma pessoa solteira, se envolve pessoas humanas ou se possui pessoas não humanas. Nesse sentido, o direito à afetividade ou ao afeto é um direito fundamental no tocante à estruturação da entidade familiar, é o amálgama que lhe dá coerência e estrutura.

Necessário estudar além do Direito para se entender o âmbito familiar doméstico dos dias atuais, considerando que valores foram ampliados e novos entes familiares passaram a integrar os lares modernos.

O valor jurídico ao afeto encontra-se presente em diversos ramos da sociedade, inclusive no âmbito familiar; embora não muito divulgado, razão pela qual o direito ao afeto é fundamental para se viver harmonicamente em sociedade.

As famílias atuais têm dispensado tratamentos a seus animais que ultrapassam a mera convivência de anos atrás. Equivocada seria a interpretação do direito ao afeto, na entidade familiar, direcionada única e exclusivamente aos seres humanos. Não se aborda aqui o conceito irrelevante que se tenha da palavra “animal”, fala-se, todavia, de animais como membros da família.

Não se pode negar que a afetividade nessas relações entre humanos e não humanos é similar ao caráter afetivo entre pais e filhos, inclusive há famílias que optam por não terem filhos, limitando-se a cuidar apenas de seus animais de estimação.

Relevante ressaltar que a Declaração dos Direitos dos Animais (ONU, 2015), editada pela Unesco em 27 de janeiro de 1978, embora não normativa e não cogente no direito interno, estabeleceu premissas para tutelar os direitos dos animais, ainda que muitas delas sejam de difícil concretização. Seu art. 6º prescreve que “todo o animal que o homem escolheu para seu companheiro tem direito a uma duração de vida conforme a sua longevidade natural”. Ademais, prescreve o art. 2º: “todo o animal tem o direito a ser respeitado”.

Há ainda muito a ser discutido em relação ao direito fundamental ao afeto no âmbito familiar em que um dos integrantes da família é o animal não humano, tendo em vista a discussão de questões quanto à igualdade do afeto entre humanos e não humanos. Entretanto, verifica-se que as muitas discussões judiciais ligadas ao direito de família abrangem animal não humano, a exemplo de litígios relacionados à guarda, quando há divórcio do casal. O Poder Judiciário tem se deparado com casos concretos que envolvem indenização por danos morais, em casos de agressões e morte ao animal não humano, quando o agressor é o homem.

## A FAMÍLIA MULTIESPÉCIE E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O conceito de família tem se modificado ao longo dos anos, na medida em que o contexto sociocultural se altera com o passar do tempo. Durante a vigência do Código Civil de 1916, o conceito de família não se dissociava rigidamente do de casamento, de arte que a Constituição de 1934 assentava: “[a] família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sobre a proteção especial do Estado”. A proteção estatal conferida à família era de índole normativa, consectária do casamento indissolúvel. Sem casamento, não havia família.

Esse cenário mudou radicalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que ampliou consideravelmente o conceito de família. T tamanha a ruptura com a estrutura normativa pretérita, que a Constituição chega a determinar

que se facilite o reconhecimento do relacionamento de união estável ao casamento. Família, desde 1988, não mais distingue filhos havidos fora do casamento nem se imiscui na relação entre genitores e a prole.

As mudanças socioculturais sobre a formação familiar foram tão eloquentes e intensas nas últimas décadas, que reconfigurou os elementos constitutivos da família. Normalmente, dir-se-ia que família é o agrupamento humano a que o Direito reconhece como tal, legitimando as relações e os efeitos entre certas pessoas unidas por critérios de sangue, afinidade, matrimônio e proximidade.

O núcleo familiar, unido sempre pelo afeto, manifesta-se de diversas formas (família monoparental, por exemplo), mas, na acepção hodierna, derivada dos novos costumes e vindicações populares, não mais se resume a mera união entre pessoas naturais. A família brasileira do século XXI é formada por casais de idêntico ou distinto sexo, com tendência à superação da monogamia, e crescente interesse pela adoção e registro de animais domésticos como integrantes desse núcleo familiar.

A Constituição de 1988 acolhe essa vertente de formação familiar pela afetividade à luz da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, a Carta Magna não apenas ampliou as formas de constituição de família pela eliminação de regras restritivas, como empregou o termo “família” sem traçar detalhada definição, silêncio que traduz, notadamente pela natureza aberta das normas constitucionais, a amplitude de proteção estatal à família, transmitindo ao intérprete a tarefa de declarar a existência e a configuração do núcleo familiar pela experiência.

Nesse sentido, pontua poucos limites à formação da família, estabelecendo três categorias distintas que abrangem, inclusive, uma forma monoparental e eudemonista de entidade familiar. Nesse cenário, embora o conceito de família comporte inúmeras definições admissíveis em Direito, Stolze e Pamplona Filho (2017, p. 1123) sugerem que se entenda como família “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes”.

Para se aquilatar a efetiva adequação do fenômeno da família multiespécie à proteção jurídica que a ordem jurídica confere à família lato sensu, é preciso avaliar os costumes na formação de núcleos de afeto entre pessoas e animais, porque representativos da realidade empírica exigível para a definição. Apontase, ao depois, o respaldo que a ordem jurídica positiva deve providenciar para não desproteger esses interesses legítimos, que nitidamente exteriorizam o valor da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é importante, em primeiro lugar, a verificação dos requisitos apontados por Lima (2019, p. 11-14) para configuração da família multiespécie, bastando a reunião de pelo menos três das cinco condições elencadas por essa socióloga em sua pesquisa acadêmica: reconhecimento familiar, consideração moral, apego, convivência íntima, inclusão em rituais.

À semelhança da aferição material da configuração de união estável, que não se esgota em mero relacionamento formalmente duradouro por determinado tempo e seja confirmado por terceiros, exigindo-se um convívio

efetivo, com participação de ambas as partes no cotidiano e na vida familiar do companheiro, a família multiespécie também não se cristaliza pelo simples registro do nome familiar nas notas fiscais de aquisição do animal, pois dependerá, sempre, da efetiva e verdadeira integração do animal ao convívio familiar, aferição esta que depende de prova e deve ser avaliada casuisticamente pelo julgador.

Em verdade, a aquisição do animal para mero divertimento dos filhos, ou mesmo a interação eventual da família com o animal em breves períodos de tempos, separando-o de todos os demais momentos dos familiares, deixando-o circular pelo quintal ou preso no canil, equivale a relegar o animal à condição de bem, em detrimento da necessária entronização com núcleo familiar na convivência íntima da rotina familiar que a configuração de família multiespécie exige.

A classificação da família multiespécie requer do exegeta, assim, uma visão holística da ordem jurídica. Apesar de ainda a Lei Civil não regular os efeitos das relações entre seres humanos e animais para fins de arranjo familiar, a solução para os conflitos familiares ainda se conduz, contrariamente aos pressupostos da família multiespécie, pela acepção do animal como propriedade, e não membro.

Na hipótese de duas pessoas casadas pelo regime de separação de bens que comprarem um gato com nota fiscal no nome da esposa, é possível, por esse vértice patrimonialista que não se coaduna com os pressupostos da família multiespécie, que, em caso de separação, essa esposa fique com a guarda do animal. Por outro lado, pela óptica multiespécie, se houvesse registro público, com eficácia real, de que os cônjuges são tutores do felino que eventualmente tenham adotado (i.e., adquirido gratuitamente), ambos poderiam postular a convivência ou compartilhamento da guarda-responsabilidade<sup>1</sup>.

Enquanto neste exemplo o instituto da família multiespécie permite que se identifique o animalzinho como filho do casal, poder-se-á, igualmente, na hipótese de alguém que adquira ou adote um cachorro para viver sozinho consigo, considerar-se formada a entidade familiar monoparental, nos termos do art. 226, § 4º, CFRB. Afinal, se a Constituição já admitia a formação de família a partir de apenas duas pessoas, por que não se iniciar pelo enlace afetivo entre um ser humano e um animal de estimação?

Firme nesta premissa, conclui-se que a relação entre homem e animal pode ser reconhecida como entidade familiar multiespécie pela ordem jurídica posta, à míngua de prévia reforma legislativa, pois, parafraseando Stolze e Pamplona Filho (2017), esse enlace afetivo, que preencha os requisitos sociológicos, é capaz de formar um núcleo existencial animado por vínculo socioafetivo com vocação para a realização de seus integrantes.

Mas o assunto é mais complexo do que aparenta. Porém, se o tema já parece suficientemente espinhoso no âmbito do Direito Privado, será ainda mais delicado de se lidar no Direito Público.

Imagine-se, a título de ilustração, que determinada pessoa idosa acolha, como se filho ou neto fosse, um pássaro da raça trinca-ferro (*saltator maximus*),

ave silvestre protegida pela Instrução Normativa nº 5/2001 do IBAMA, que subsidiaria a acusação da pessoa idosa pelo crime tipificado no art. 29 da Lei nº 9.605/1998: seria o afeto da pessoa idosa pela ave, caracterizador da relação jurídica familiar, suficiente para se obter licenciamento ambiental ou, em sua ausência, absolvição do crime contra a fauna?

Retornando ao Direito Privado e reunindo essas situações já lançadas de modo seminal, é possível perguntar, embora não seja ainda tão simples de se responder: os animais podem ser considerados sujeito de direito na ordem jurídica brasileira, ou permanecerão *ad eternum* restritos à condição de semoventes?

A simples formulação desta pergunta já denota que a tradicional classificação de coisa aquilo que é dotado de alma (anima) não satisfaz mais os anseios dos indivíduos nem da estrutura de sentido produzida por grandes defensores dos direitos animais e plasmada na Declaração Universal de Direitos dos Animais.

A resposta àquela questão, no entanto, ainda é peremptoriamente negativa, se fundamentada no direito positivo brasileiro (Código Civil, art. 82), cuja doutrina os mantém sob o rótulo de semoventes porque suscetíveis de movimento próprio, sem emprestar validade jurídica à expressão deles emanada, pois não expressa em linguagem humana cognoscível pelo Direito.

Essa resposta, porém, já despertava insatisfação em muitos amantes de animais, e, doravante, não se pode negar a tendência de que se modifique a lei, para reconhecer que os animais fazem jus à mesma proteção conferida às pessoas naturais. Seria juridicamente possível, a despeito do texto clarividente do Código Civil, conferir tratamento jurídico a um animal doméstico, por exemplo? Os defensores da denominada família multiespécie responderiam afirmativamente.

O Brasil já oferece proteção à integridade física e psíquica dos animais desde a década de 1930, quando editado o Decreto nº 24.645, de 10.07.1934, segundo o qual os animais existentes no país serão tutelados pelo Estado, prevendo-se multa e prisão simples de 2 (dois) a 15 (quinze) dias àquele que maltratá-los. Na mesma linha, a Lei de Contravenções Penais tipifica, no art. 64, a infração de submeter de tratar animais com crueldade ou submetê-los a trabalho excessivo. A Lei nº 9.605/1998 contempla crimes ambientais, dentre os quais os maus-tratos aos animais com a alteração no seu art. 32 trazida pela Lei 14.064 de 29 de setembro de 2020, com a inclusão do § 1º-A aumento de pena quando se tratar de cão ou gato.

Além desses diplomas jurídicos de proteção aos animais, tramitam no Congresso os Projetos de Lei nº 6.799/2013 e 3.835/2015. O PL 6.799/2013 acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil, para excluir da classificação doutrinária de semoventes os animais domésticos e silvestres, com vistas à superação da “coisificação” dos animais. Já o PL nº 3.835/2015 regulamenta a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da união estável hétero ou homoafetiva e do vínculo conjugal entre seus possuidores, fixando como critério determinante da guarda ou da posse responsável a demonstração de maior vínculo afetivo.

Na órbita internacional<sup>2</sup>, a Declaração Universal de Direitos dos Animais (ONU, 2015) reconhece que os animais nascem iguais perante à vida e têm os mesmos direitos à existência, em harmonia com a tradição brasileira de garantir a integridade física dos animais. No entanto, o Tratado de Lisboa (REPÚBLICA DE PORTUGAL, 2019), ou Tratado Reformador, de 13.12.2007, inseriu emenda no Tratado de Maastricht, que constitui a União Europeia, para assentar que a definição e aplicação das políticas europeias observarão o bem-estar dos animais enquanto seres sensíveis:

Artigo 13º: Na definição e aplicação das políticas da União nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União e os Estados-Membros terão plenamente em conta as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis, respeitando simultaneamente as disposições legislativas e administrativas e os costumes dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património regional.

Percebe-se, pela redação da regra agregada ao Tratado, que a União Europeia adotou a linha de pensamento do bem-estar dos animais, que se traduz no reconhecimento relativo da proteção dos animais, concedendo-lhes status moral inferior em relação aos seres humanos, na medida em que o uso dos animais para atender aos interesses humanos seria lícito, desde que evitado sofrimento desnecessário.

Por outro lado, Peter Singer, pensador australiano, segundo Gordilho e Coutinho (2017), defende a teoria da libertação animal, segundo a qual os animais deteriam o mesmo status moral das crianças e das pessoas com deficiência mental, visto que a ciência já demonstrara em certos animais o uso da racionalidade e da autoconsciência semelhantes ao de criança de dois anos de idade.

Sem dúvida, a proteção jurídica conferida pelo direito nacional e estrangeiro, condensadas pelo efeito cliquet, conduzem à conclusão de que os animais, como seres sensíveis e conscientes, portanto seres sencientes, são titulares de direitos fundamentais, a começar pela existência, o que implica dizer, inexoravelmente, que o Direito concede-lhes pretensão, ou seja, a possibilidade de “submeter o interesse alheio ao próprio”, na clássica definição de Carnelutti. Mas quais atos jurídicos seriam imputáveis a um animal?

## QUANDO OS ANIMAIS ESTÃO DIANTE DA LEI

Suponha-se que determinada pet shop anuncie produtos e serviços de tratamento e divertimento dos animais e os promova por mala direta, via Correios, em nome do animal, sinalizando “A/C” (aos cuidados de) com o nome e endereço da pessoa natural dona do animal, *exempli gratia*, “Destinatário: Totó A/C João da Silva. Remetente: Pet Shop. Endereço, CEP”.

Nesta situação, se a correspondência foi emitida em favor do animal, não é forçoso afirmar que os Correios reconheceram-no como destinatário legítimo

para receber a carta e aceitaram efetuar o transporte. Esta prestação de serviço implica, necessariamente, o reconhecimento tácito de que Totó exerceu domicílio, praticando, assim, ato jurídico lícito stricto sensu.

Ao mesmo tempo, a Pet Shop remetente, mesmo consciente de que o animal não é plenamente capaz para exercer totalmente à vontade com vistas à prática dos atos da vida civil, emitiu, em nome do bichinho, declaração receptícia de vontade, como se oblatos fosse, em evidente expectativa de contratar, ainda que entre ausentes.

Essa hipótese, ao tempo em que evidencia a possibilidade de reconhecimento dos animais como membros da família, revelam também a necessidade de se repensar a classificação dos semoventes à luz dos sujeitos e objetos das relações jurídicas, exigindo-se novas reflexões sobre a exteriorização da vontade para produção de efeitos jurídicos.

A família multiespécie, como nova modalidade de família formada pelo afeto, também denota que os animais, porque também manifestam interesse em pertencer àquele núcleo familiar de pessoas naturais, sejam considerados sujeitos de direito.

Afinal, embora ainda prevaleça a ideia de que os animais sejam, aos olhos do direito objetivo brasileiro, meros semoventes, ninguém ousa sustentar que um cachorro ou um gato pertencente a determinada família e tratado como propriedade, verdadeiro bem de família, corra o risco de sofrer penhora. Esta hipótese soa absurda a qualquer intérprete que a contrasta ao princípio da dignidade humana, afigurando-se como argumento válido à assertiva de que os animais não mais se resumem a simples semoventes, pois são aptos a praticar fatos jurídicos.

Diz-se fatos jurídicos porque a estrutura biológica do instinto e da linguagem do animal, mesmo que considerados seres sencientes, i.e., capazes de sentir e demonstrar sensações com pequena aptidão de compreensão, entendimento e significação de ações volitivas, ainda são insuficientes para serem considerados manifestação ou mesmo declaração de vontade para exercício de atos da vida civil. Por outro lado, não seria incorreto deduzir que os animais podem praticar aquilo que Pontes de Miranda considerou como atos que a ordem jurídica recebe como fatos: atos-fatos jurídicos.

Segundo Oliveira (2015, p. 595), “atos-fatos jurídicos são atos lícitos que por sua natureza dão vida a um resultado de fato, que não pertence à esfera jurídica, mas que determinam efeitos jurídicos”. Atos-fatos situam-se, na classificação dos fatos jurídicos lato sensu, entre atos lícitos e os negócios jurídicos.

Repousam neste limiar porque os efeitos que produzem repercutem na órbita do Direito, mas a causa independe da manifestação de vontade que o Direito exija para validar o ato. Ainda no magistério de Oliveira (2015, p. 595),

Os exemplos de atos-fatos jurídicos são, quase todos, os mesmos apresentados por Enneccerus: negócios existenciais praticados por pessoa incapaz (compra de objetos de pequeno valor para sua sobrevivência, utilização de transporte

público etc.); tomada de posse; abandono da posse; descoberta de tesouro; fixação de domicílio; casos de indenização sem ilicitude (responsabilidade objetiva), como, por exemplo, o dano ocasionado pelo incapaz; a criação artística por menor absolutamente incapaz.

Observe-se como os exemplos de atos-fatos jurídicos subsumem-se à hipótese de que os animais praticam fatos jurídicos. Exatamente por aquela ausência de razão suficiente, linguagem e compreensão necessária à prática de certos atos, a classificação de animais como sujeito de direito não inteiramente adequada nem completa. No entanto, isto não significa dizer que não possam exercer certos atos que a ordem jurídica chancele como fatos jurídicos válidos.

O gradativo reconhecimento que os Registros Cíveis vêm conferindo ao nome da família na certidão correspondente ao animal avança na superação de classificá-los como propriedades da família ao atribuírem-lhes direito da personalidade: nome. Ora, qual coisa, na sistemática dos bens, faria jus a direito da personalidade?

Assim, da mesma maneira que um agente incapaz poderá adquirir objetos mezinhas à sua sobrevivência sem que a ordem jurídica invalide ou negue efeitos ao ato, o animal doméstico poderá, sobretudo se imbuído de legitimidade conferida pelos familiares como seus representantes, exercer alguns fatos juridicamente válidos.

Atualmente, tem sido comum observar-se, sobretudo nas grandes capitais do país, que muitas pessoas viajam de transporte público carregando um animal de estimação. Desse ponto de vista, a cobrança de tarifa aos animais de grande porte ou sua isenção àqueles carregados no colo – à semelhança do que se confere às crianças de colo – seria negócio jurídico praticado pelo animal, mas classificado como ato-fato porque dispensada a declaração de vontade.

A tolerância da ordem jurídica com os atos praticados por animais é tão evidente, que já se exibiu, em programa jornalístico nacional de televisão, o caso do cachorro que vive em Curitiba/PR que tomou sozinho o ônibus para buscar seu dono. A Rodoviária Novo Rio e a Aviação 1001 já até publicaram regras mínimas para o transporte de animais de estimação (AUTOAVIAÇÃO 1001, 2019; RODOVIÁRIA, 2019). No mesmo diapasão, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento já publicou regras para elaboração de passaporte para o animal, com documento semelhante ao dos passageiros pessoas naturais que substituiu o Certificado Veterinário Internacional – CVI (PASSAPORTE, 2019)<sup>3</sup>.

Nada impede, assim, que sejam praticados atos-fatos por animais no Direito brasileiro. Todavia, para evitar certos embaraços e prejuízos às partes envolvidas nesses atos, prudente seria que os familiares do animal atuassem como representantes de seu bichinho, solução esta que já permite concluir que o animal, semovente ou não, só praticaria esses atos-fatos como agente absolutamente incapaz, de maneira que as regras pertinentes à curatela seriam plenamente aplicáveis. Por conseguinte, permanece plenamente vigente, para fins de responsabilidade civil, o disposto no art. 936 do Código Civil, que impõe

ao responsável pelo animal o dano por este praticado, salvo na hipótese de culpa exclusiva da vítima ou força maior.

Desse ponto de vista, poder-se-ia, ademais, considerar como termo inicial e fundamento para a prática de pequenos atos-fatos jurídicos o registro civil do animal doméstico, consignando-se, por exemplo, o domicílio necessário, ao lado do nome civil.

Nesse sentido, a prevalecer a tese ora defendida, de que os animais, como seres sencientes capazes de praticar atos-fatos jurídicos, estar-se-ia a abrir a possibilidade de se adotar juridicamente a teoria da libertação animal, de Peter Singer, de modo a conferir aos animais status moral, e doravante também jurídico, de crianças, para validar alguns dos atos que praticarem sem qualquer prejuízo da ampla malha de proteção que a ordem jurídica lhes confere.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família multiespécie surge como fenômeno pós-moderno de intensa proteção da fauna como extensão da dignidade da pessoa humana. Esse escopo de proteção se materializa pelo costume das famílias contemporâneas em acolher, por aquisição ou adoção, animais de estimação, integrando-os ao contexto familiar.

Mas abrigar um animal doméstico não é suficiente para se falar em família multiespécie. É necessário demonstrar apego e cultivar consciência moral pelo animal, inseri-lo no convívio e na rotina familiar, de modo que participe e integre rituais de família. O animal na família multiespécie é, sim, membro integrante, e não “como se fosse da família”, simbolizando mero acessório.

Essa integração de animais ao seio familiar pode se exteriorizar pelo registro civil de nome familiar ao animal, conferindo-lhe direito da personalidade ao nome, ou mesmo por decisão judicial que reconheça a existência dos vínculos e imponha guarda compartilhada, fixando responsabilidades aos parentes afetivos do animal.

Ademais, a participação do animal na família multiespécie implica no reconhecimento de que a classificação de semoventes tende a ser superada, conduzindo à conclusão de que os animais podem praticar atos-fatos jurídicos na qualidade de sujeitos de direito por ficção e absolutamente incapazes, elegendo seus parentes, ou um deles, como representante para defesa de outros interesses. 

## NOTAS

- 1 Entendemos que a palavra “guarda” não expressa adequadamente o significado que a Lei lhe imprime, motivo pelo qual preferimos o emprego do termo “responsabilidade”. Para maior aprofundamento sobre esta crítica, conforme Almeida (2018).
- 2 Sobre o tema, nesta obra, vide o artigo “Os animais na euro-família: uma abordagem da visão europeia dos direitos do animal”, de Jenifer Bacon e Assumpção.
- 3 Sobre o tema, nesta obra, vide o artigo “A livre circulação e o transporte de animais domésticos no Brasil”, de Camilo Henrique Silva e Tereza Rodrigues Vieira.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, M. S. P. C. O cuidado e o uso das palavras: assumindo compromissos pelos termos escolhidos. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G.; COLTRO, A. C. M. C. Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso. Rio de Janeiro: GZ, 2018.
- AUTOAVIAÇÃO 1001. Embarque com animal de estimação. Disponível em: <http://www.autoviacao1001.com.br/embarque-com-animal-de-estimacao/>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- BOBBIO, N. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Traduzido de L'Età dei Diritti. 19. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.
- DIAS, M. B. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GORDILHO, H. J. S.; COUTINHO, A. M. Direito animal e o fim da sociedade conjugal. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 257-281, mai./ago. 2017.
- INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). População de animais de estimação no Brasil em 2013. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- LIMA, M. H. C. C. A. Considerações sobre a família multiespécie. Disponível em: [http://eventos.liverra.com.br/trabalho/98-1020766\\_01\\_07\\_2015\\_11-07-22\\_5164.PDF](http://eventos.liverra.com.br/trabalho/98-1020766_01_07_2015_11-07-22_5164.PDF), p. 1-22. Acesso em: 08 fev. 2019.
- OLIVEIRA, J. M. L. L. Curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.apasfa.org/leis/declaracao.shtml>. Acesso em: 23 nov. 2015.
- PASSAPORTE para cães e gatos começa a ser emitido no país. G1, São Paulo, 24.02.2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/turismo-e-viagem/noticia/2014/02/passaporte-para-caes-e-gatos-comeca-ser-emitido-no-pais.html>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- REPÚBLICA DE PORTUGAL. Ministério dos Negócios Estrangeiros. Tratado de Lisboa: versão consolidada. Lisboa: Assembleia da República, 2008. Disponível em [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf). Acesso em: 20 fev. 2019.
- RODOVIÁRIA Novo Rio. Saiba como funciona o transporte de animais de estimação nos ônibus! Disponível em: <https://www.novorio.com.br/blog/transporte-de-animais-de-estimacao-nos-onibus/>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- RODRIGUES, D. Animais de estimação à espera de leis que os protejam. Disponível em: <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/animais-de-estimacao-a-espera-de-leis-que-os-protejam-1718094>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- STONE, C. Should trees have standing? Towards legal rights for objects. Southern California Law Review, n. 45, 1972, p. 450-501. Disponível em: <https://iseethics.files.wordpress.com/2013/02/stone-christopher-d-should-trees-have-standing.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- THOMAS, K. O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais. Tradução João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.



ARQUIVO PESSOAL

**ACÁCIA GARDÊNIA SANTOS LELIS** é Doutora em Direito pela Sociedade Superior Estácio de Sá (RJ). Mestre em Direito pela PUC-PR. Especialista em Direito Processual pela UFS. Conselheira Seccional da OAB/SE. Presidente da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/SE. Presidente Estadual do IBDFAM/SE. Docente do Curso de Direito da Universidade Tiradentes e da Faculdade Pio Décimo. Advogada em Sergipe.



ARQUIVO PESSOAL

**MARCELO SANTORO PIRES DE CARVALHO ALMEIDA** é Doutorando em Direitos Fundamentais e Novos Direitos – UNESA/RJ. Membro do IBDFAM. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social – GPDHTS. Advogado.



ARQUIVO PESSOAL

**EDNA RAQUEL HOGEMANN** é Pós-doutora em Direito UNESA/RJ. Decana do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da UNIRIO. Pesquisadora do GGINNS – Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability. Coordenadora do Grupo Direitos Humanos e Transformação Social. Membro da Law & Society Association (EUA).

# A vulnerabilidade do animal abandonado, família e direito

■ POR TEREZA RODRIGUES VIEIRA

**“É benéfica a aplicação de multas elevadas e penas mais severas para aqueles que perpetram maus-tratos e abandono dos animais. Reitere-se aqui a primordial importância da educação na construção da consciência e do respeito aos animais. Tratar bem um animal significa garantir sua saúde sem negligenciar seu bem-estar. Nenhum motivo justifica o abandono de um animal de companhia, a não ser a falta de consciência e de ética.”**

**A** domesticação do animal foi um processo que transformou os lares e as famílias. Em decorrência desse afeto recíproco, a causa animal vem ganhando fôlego, encontrando adeptos e militantes em toda a sociedade e conquistando direitos, muitos deles graças aos tribunais, apesar da ausência de explícita formulação legal.



Não se pretende aqui comparar o animal de companhia a uma criança, pois entendemos que a diversidade deve existir entre os seres vivos, cabendo aos humanos a responsabilidade pelo seu bem-estar e consideração. Ao animal de companhia devemos respeito por si próprio, ademais, é um dos seres mais vulneráveis com os quais coabitamos, merecendo, portanto, tutela especial, como família multiespécie. A desigualdade de direitos não impede de cuidarmos do animal de estimação como cuidamos dos nossos filhos, levarmos a um bom médico (veterinário) quando doentes ou para vacinar. Após sua morte guardamos sua coleira, seus brinquedos, suas fotos e deles nos lembramos por toda a nossa vida.

Alas mais radicais dos antropocentristas ignoram a consideração moral do animal e não lhe reconhecem alguns básicos direitos, bastando-lhes a simples punição com penas alternativas ou multas aos transgressores de algumas condutas consideradas cruéis.

Encontrar animais, como gatos e cães, perambulando sem rumo pelas ruas em busca de comida e abrigo é uma constante em muitas cidades de quase todos os países, diferenciando apenas na quantidade. Assim, o abandono animal é uma realidade ignorada politicamente, haja vista as poucas campanhas realizadas pelas prefeituras em canais de televisão com o objetivo de fomentar a adoção responsável dos milhares de cães e gatos. Exemplos bem sucedidos deveriam ser compartilhados, demonstrando que os animais de companhia não são objetos que saem de moda quando deixam de ser atrativos.

Boa parte dos animais que vagam pelos espaços públicos não são castrados, nem identificados com chip e não acabam acolhidos pelos já superlotados abrigos. Sobra-lhes os perigos das ruas, as doenças, a morte.

Aqueles que possuem apenas uma visão utilitarista do animal doméstico, seja para seu uso como proteção, pastoreio, assistência, salvamento, resgate, alimento, companhia, olvidam que a ele devemos a comida, o abrigo e o bem estar. Mas, o que fazer quando o animal é abandonado por aqueles que deveriam dar-lhe essa proteção e abrigo? Cães conseguem perceber que foram abandonados pelo seu dono?

A atualidade do tema e a justificativa para o seu estudo estão demonstradas pela grande quantidade de animais abandonados nas ruas, a superlotação nos abrigos a espera de um lar e a constante ameaça de eutanásia imotivada. Por meio do conhecimento das consequências do abandono do animal, deve-se combater suas causas e investir na responsabilização e educação dos novos tutores.

Destarte, é nosso objetivo neste ensaio lançar luzes sobre o abandono do animal de estimação, citando inclusive a França como um bom modelo a ser seguido, sem ser o ideal, e efetuar considerações e reflexões acerca das principais circunstâncias, causas e consequências que envolvem o desabrigo do animal pela família.

## **A VULNERABILIDADE DO ANIMAL DE COMPANHIA ABANDONADO**

A luta em prol de melhor qualidade de vida para os vulneráveis sociais lança também um olhar sobre os animais de companhia abandonados, uma

vez que ficam mais suscetíveis a desnutrição, intempéries, ferimentos, ofensas e ataques.

Animais em situação de rua vivem em contexto de desigualdade, pois pouquíssimas são as políticas públicas em seu favor. A causa animal atravessou o espírito de apenas uma pequena parcela das pessoas influentes nos meios administrativos e políticos.

Nas palavras de Traïni (2014, p. 480), militante pelos direitos dos animais:

Se os especialistas jurídicos sabem melhor como ser ouvidos nas instituições estatais, certamente não é porque estão menos apegados do que outros às sensibilidades que resultam de sua história social. Em vez disso, as técnicas da lei os ensinaram a transcrever seus impulsos emocionais em formas legais que modificam seu significado e escopo. Longe de exigir corações surdos e frios, a prática da lei implica uma combinação controlada de implicação emocional e distanciamento dos estados afetivos suscetíveis a dificultar a prova específica do direito.

Lembra Gimenez-Candela (2019), sobre a reforma do Código Civil espanhol, que abarcou o reconhecimento da sensibilidade de todos os animais (e não somente dos animais de estimação), que é difícil torná-la compreensível para a maioria dos juristas, que tratar os animais de maneira diferente – por terem uma natureza própria que os torna merecedores de um tratamento legal diferenciado – não representa uma ameaça à lei, mas um enriquecimento.

Na França, entende-se por animal de companhia qualquer animal mantido ou destinado a ser mantido pelo homem para seu deleite, consoante estabelece o art. L214-6, do Code Rural et de la Pêche Maritime (CRPM).

A maioria das pessoas que convive com animais de estimação, não os considera apenas como “algo para o lazer ou divertimento” da família. O animal de estimação ocupa um lugar de destaque ao lado dos demais membros da família, por isso deve receber tratamento jurídico-legal compatível com seu *status*.

Mas afinal, quem são os animais considerados de companhia?

O Brasil não adota uma lista de espécies que podem ser mantidas como animais de companhia. Cães, gatos, furões, coelhos, pássaros, peixes de aquário, pequenos roedores, cobras, tartarugas, lagartos etc., são os mais comuns.

De conformidade com levantamento realizado em 2019, Brasil possui 3,9 milhões de animais em situação de vulnerabilidade, sendo a maioria cães e gatos.

A população pet no Brasil é de cerca de 140 milhões de animais, entre cães, gatos, peixes, aves e répteis e pequenos mamíferos. A maioria é de cachorros (54,2 milhões) e felinos (23,9 milhões), num total de 78,1 milhões de animais. Desses, 5% são Animais em Condição de Vulnerabilidade (ACV), o que representa 3,9 milhões de pets. (IPB, 2019).

De acordo com dados do Instituto Pet Brasil (IPB, 2019), cães representam 69% (2,69 milhões), enquanto os gatos equivalem a 31% (1,21 milhões). São

considerados Animais em Condição de Vulnerabilidade aqueles sob a proteção das famílias que vivem abaixo da linha de pobreza, ou que perambulam nas ruas, porém obtêm cuidados humanos. No montante mencionado acima, não estão incluídos os animais abandonados, ou seja, aqueles que vivem por um certo tempo sem um tutor determinado.

Segundo informou o Instituto Pet Brasil, 370 ONGs atuam na proteção de 172 mil animais, 165.200 (96%) cães e 6.883 (4%) gatos. Consoante os dados, 0,0002% da população total de cães, de 54,2 milhões, e de gatos, de 23,9 milhões, caminha para a situação de abandono (IPB, 2019).

Como bem observam Albuquerque e Ciari (2016, p. 18):

É responsabilidade nossa, como seres humanos e como coespecíficos, respeitar esses animais e garantir seu bem-estar. Entender o comportamento e investigar as habilidades cognitivas dos cães, além de estudar que mecanismos estão envolvidos nas interações entre nós e eles são ferramentas essenciais para tornar essa relação interespecífica cada dia mais positiva.

Para a Lei chilena n. 21.020, animal de estimação ou animais de companhia são aqueles animais domésticos, qualquer que seja a espécie, que sejam mantidos por pessoas para fins de companhia ou segurança. Se excluem aqueles cuja posse se encontre regulada por leis especiais. Animal abandonado, segundo esta mesma lei, é:

[...] qualquer animal de estimação ou animal de companhia encontrado sem a supervisão da pessoa responsável por ele ou que vagueia pelas vias públicas. O animal abandonado também será considerado como qualquer animal deixado em situação de abandono em propriedade privada, sem cumprir as obrigações relacionadas à posse responsável adequada. (CHILE, 2017).

As definições de “animal abandonado”, “perro callejero” (cão de rua) e “animal perdido” trazidas pela Lei nº 21.020/2017 são confusas, pois o mesmo animal pode ser encontrado nas três categorias. Além disso, “las consecuencias de aplicar una u otra categoría son además muy diversas. No se entiende por qué, además, en una se considera sólo a la especie canina y en las otras dos no (animal/perro)” (LEIVA ILABACA, 2018, p. 57).

O Código Rural e de Pesca Marítima francês estabelece as condições pelas quais os cães e os gatos são considerados em estado de divagações. Assim, para cães, de acordo com o art. L. 211-23:

Qualquer cão que, além de caçar ou vigiar, é considerado em estado de dispersão, ou a proteção do rebanho, não está mais sob a supervisão efetiva de seu guardião, está fora do alcance da voz deste ou de qualquer instrumento sonoro que permita sua revocação, ou que esteja distante do guardião ou da pessoa responsável por uma distância superior a cem metros.

No que diz respeito aos gatos,

[...] é considerado como um estado de divagação qualquer gato não identificado encontrado a mais de duzentos metros das habitações ou qualquer gato encontrado a mais de mil metros da casa do proprietário e que não esteja sob a supervisão imediata deste, assim como qualquer gato cujo dono não seja conhecido e apreendido na via pública ou na propriedade de terceiros.

Por fim, não abandonar o animal significa dar-lhe água fresca limpa, alimentos suficientes e de qualidade adequada para sustentá-lo, mantê-lo em local apropriado, seguro e protegido, conceder-lhe cuidados adequados quando feridos ou doentes, afinal, são seres vulneráveis dotados de sensibilidade. Assim, basicamente, abandonar um animal de estimação é deixá-lo sem cuidados, sem a possibilidade de se alimentar ou beber.

## **CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO ANIMAL**

Incontáveis são os motivos para se adotar um animal de companhia. Contudo, diversas são as causas alegadas por aqueles que abandonam os animais. Cendón Panadés e Holm (2012, p. 5) elencam as mais comuns:

Falta tempo para cuidar dele; Dá muito trabalho e pode causar danos; Problemas de agressividade ou adaptação devido a educação inadequada; Períodos de férias; Cães de guarda temporários nas obras; Irrita a vizinhança; O filhote ficou grande demais; Animais velhos e doentes; Compra não responsável e compulsiva; O animal foi um presente; Cria irresponsável, que força a adoções não refletidas; Problemas familiares; Mudança de casa; Desconhecimento de suas necessidades.

A chegada das férias longas é apontada como uma das causas para o abandono de animais de companhia. Destaca-se que:

[...] o índice de animais abandonados aumenta proporcionalmente, principalmente no fim do ano, segundo veterinários. Na época de Natal é comum que pessoas sejam presenteadas com animais de estimação. Mas para que seja um ato de amor é necessário que o tutor tenha consciência dos cuidados e despesas que vêm agregados à criação de pets, para que o animal não faça parte da porcentagem de abandono no país. Além disso, o fim do ano é época de férias para muitas famílias, o que contribui para o aumento do abandono de mascotes. Por vezes, o tutor nota que os gastos familiares aumentaram com o pet ou não tem com quem deixar o animal durante uma viagem, por isso, entende o abandono como uma forma de solucionar o problema. (BAQUI, 2019).

Outra causa citada para “justificar” o abandono de animais é a proibição de permanência de animais em condomínio. Contudo, no Brasil, este assunto já foi solucionado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2019), o qual decidiu que condomínios não poderão coibir que moradores criem animais em seus apartamentos.

Segundo esse tribunal, “obrigar os guardiães a doarem seus animais em decorrência de proibições poderá gerar ansiedade em decorrência da separação, estresse, agressividade e obstáculos na adaptação em novos lares” (STJ, 2019). Assim, valerá o veto somente se o animal apresentar riscos à saúde, higiene, segurança e sossego de outros condôminos e frequentadores do local.

As cláusulas contratuais na locação que proibiam animais de estimação favoreciam os proprietários e autorizavam estes a penalizar inquilinos que vivem em paz com seus animais, sem causar problemas de segurança aos demais condôminos.

Rejeitar a fêmea com seus filhotes devido a ninhada extensa é um pretexto para o abandono do animal. Sucede que a castração do animal é responsabilidade do tutor, o qual poderá pagar pela esterilização em um veterinário ou cobrá-la da municipalidade. Sucede que, justamente na época do nascimento, os filhotes precisam de nutrição para sobrevivência, uma vez que, além de não terem forças, desconhecem outras formas de buscar alimento, que não seja junto à mãe.

Segundo uma equipe de pesquisadores em Psicologia da Universidade da Flórida, cães domésticos param de cuidar de seus filhotes por volta das oito semanas, após o que os filhotes ficam muito vulneráveis porque ainda não conseguem se alimentar sozinhos. Assim, sem mãe, a taxa de mortalidade é de cerca de 90%. Contudo, conforme conclusão desses investigadores americanos, os instintos de sobrevivência dos filhotes estarão no início da sua beleza: “quanto mais fofos eles são, maior a probabilidade de serem adotados pelos seres humanos e, portanto, de sobreviver” (RODRIGUES, 2018).

Paso Nuñez e Roqueta i Vilà (2012, p. 6) em seus estudos na Espanha, complementam algumas causas às já assinaladas. Ei-las:

a) Falta de concienciación (19,3%), b) Cambio de domicilio (17,4%), c) Falta de capacidad adquisitiva (13%), d) Compra compulsiva (11,1%), e) Aparición de alergias (8,3%), f) Fin de la temporada de caza (8,3%), g) Incompatibilidad con la vida familiar (8%), h) Vuelta de inmigrantes a sus países de origen (7%), i) Camadas indeseadas (4,2%), j) Problemas de comportamiento (3%).

Conforme analisam estas pesquisadoras, as principais causas poderiam ter sido evitadas se a população tivesse mais consciência sobre a responsabilidade que implica na guarda dos animais de companhia. A propósito, a triste estatística de superpopulação de animais abandonados é um problema apontado por diversos pesquisadores e ativistas.

À propósito, expressam Paso Nuñez y Roqueta i Vilà (2012, p. 7):

Entendemos por superpoblación la condición en que la densidad de una población se amplía hasta tal límite que provoca un empeoramiento del entorno, una disminución en la calidad de vida o un desplome de la población. Es decir, que esta población se vuelve insostenible. En el caso de los animales de compañía, al darse esta insostenibilidad, muchos propietarios optan por abandonar a

sus mascotas. De manera que podemos afirmar que la superpoblación está íntimamente ligada al abandono y a la saturación de perreras y protectoras.

Algumas pessoas reconhecem que deixaram de lado seu mascote porque perderam o interesse por ele em decorrência da conduta do animal, contudo, isto não é problema suficiente para abandoná-lo, uma vez que existem muitos especialistas com conhecimentos sobre comportamento animal para ajudá-los.

As consequências do abandono são devastadoras e envolvem questões psicológicas e sociais graves, que atingem os animais e a sociedade. O trauma psicológico pode ser representado pela perda de confiança, agressão, depressão, desorientação. Ao trauma físico e psicológico sofrido por cada um desses animais deve ser adicionado o custo econômico para os municípios, para os voluntários que contribuem com trabalho não-remunerado, para os abrigos e os doadores sensíveis à causa animal que com seus esforços tentam aliviar o problema causado pela irresponsabilidade de uma parcela da sociedade.

Além das consequências acima citadas, o abandono causa desnutrição e estresse no animal; acidentes e mortes de muitos animais; sujeira nas vias públicas devido à alimentação de resíduos; risco de agressão a pessoas e outros animais; e, custo econômico alto (CENDÓN PANADÉS; HOLM, 2012).

Evidentemente, existem outras consequências advindas das normas legais e administrativas, as quais veremos em outro tópico adiante.

## **ABANDONO VOLUNTÁRIO E ABANDONO LEGAL DE ANIMAL DOMÉSTICO NA FRANÇA**

Na França, anualmente, cerca de 40.000 cães e gatos são abandonados na época das férias. Em vez de procurar um canil, um amigo como babá ou até contratar alguém para atendimento domiciliar, muitos preferem abandonar o animal.

O abandono animal é considerado um ato de maus-tratos e que afeta milhares de animais. Na França, só em 2018 havia aproximadamente 50.000 animais vagando, segundo o ICAD (Identificação de Carnívoros Domésticos), o qual considera apenas os animais identificados por tatuagem ou microchip (SPA, 2020).

O abandono é um ato punível com 2 anos de prisão e multa de €30.000 euros. O art. L214-3 do Código Rural e de Pesca Marítima estipula que: “*É proibido praticar maus tratos aos animais domésticos e animais selvagens domesticados ou mantidos em cativeiro*”. Além de proibidos, qualquer abuso de animais é punido. As mesmas sanções também são impostas ao abandono de um animal doméstico, domesticado ou mantido em cativeiro, com exceção dos animais destinados ao repovoamento.

O Código Penal francês considera o abandono um ato de crueldade, assim como o abuso de animais. Vejamos o que estabelece o art. 521-1:

[...] praticar maus tratos graves, ou de natureza sexual, ou cometer um ato de crueldade contra um animal doméstico, ou domado ou mantido em cativeiro, é

punido com dois anos de prisão, e multa de 30.000 euros. Em caso de condenação do proprietário do animal ou se o proprietário for desconhecido, o tribunal decide sobre o destino do animal, se ele foi ou não inserido durante o processo legal. O tribunal pode ordenar o confisco do animal e prever que ele seja entregue a uma fundação ou associação de proteção animal reconhecida como de utilidade pública ou assim declarada, que possa livremente dispor. (Ordonnance n° 2006-1224 du 5 octobre 2006 – art. 6 JORF 6 octobre 2006).

Cite-se aqui uma sentença proferida em 16 de junho de 2015 pelo Tribunal de Cassação francês n. 14-86.387 (2016, p. 183), o qual considerou que “a ofensa é constituída pelo simples fato de deixar animais em um pasto sem comida ou água, mesmo na ausência de abuso ou atos de crueldade cometidos voluntariamente, com o objetivo de causar sofrimento ou morte”.

Em casos como este, conforme vimos acima, o magistrado poderá estabelecer o confisco do animal doméstico e ordenar sua colocação em uma fundação ou associação para a proteção de animais.

Quanto aos animais que vagam na via pública, estabelece o art. L. 211-27 do CRPM (FRANCE, 2020):

O prefeito pode, por decreto, por sua iniciativa ou a pedido de uma associação de proteção animal, ter cães e gatos não identificados, sem dono, morando sozinhos ou em grupo, capturados em locais públicos do município, para serem esterilizados e identificados de acordo com o art. 276-2, antes de soltá-los nos mesmos lugares. Essa identificação deve ser realizada em nome do município ou da referida associação.

A gestão, o monitoramento da saúde e as condições de atendimento, na acepção do art. 211 dessas populações, são de responsabilidade do representante do município e da associação de proteção animal mencionada no parágrafo anterior.

Como se percebe com a leitura do disposto supra, qualquer cão abandonado é considerado em estado de divagação. Em assim estando, estes animais poderão ser capturados e levados para um abrigo do município. O dono de um animal identificado será contatado rapidamente pelo abrigo e será avisado que tem oito dias para recuperar seu animal. Após este lapso de tempo, caso não sejam reivindicados por seus proprietários, os refúgios do SPA – Societé Protectrice des Animaux – se encarregarão do processo de adoção. No entanto, a não identificação do animal inviabiliza o contato com o guardião do animal.

O abandono legal do animal na França está previsto, contudo deve observar os seguintes trâmites, para ser justificado. O primeiro passo a seguir é buscar o abrigo animal mais próximo. Deve-se agendar um horário para ser atendido, uma vez que o guardião do gato ou cão deverá informar à equipe do abrigo o passado do animal, seu comportamento e a razão de seu abandono (SPA, 2020).

Estes dados são importantes para o futuro do animal e para a eventual nova adoção do *pet*.

## Refúgios ou abrigos

Conforme estabelece a lei francesa, refúgio é um estabelecimento sem fins lucrativos administrado por uma fundação ou associação de proteção animal designada para esse fim pelo prefeito, acolhendo e cuidando de animais. Por sua vez, “criação de cães ou gatos” significa a atividade de manter pelo menos uma fêmea reprodutora da qual pelo menos um cão ou gato é vendido mediante taxa.

De acordo com o art. L. 214-6-1 (2015), a administração do refúgio, bem como o exercício comercial das atividades de trânsito ou guarda, educação, treinamento e apresentação ao público de cães e gatos:

1) são objeto de uma declaração ao prefeito; 2) Estão sujeitos ao estabelecimento e uso de instalações que cumpram as regras de saúde e proteção para esses animais; 3) Só pode ser exercido se pelo menos uma pessoa, em contato direto com animais, puder justificar: – possuir uma certificação profissional cuja lista é estabelecida pelo ministro responsável pela agricultura;- foram submetidos a treinamento em um estabelecimento autorizado pelo Ministro responsável pela agricultura, a fim de adquirir conhecimentos relacionados às necessidades biológicas, fisiológicas, comportamentais e de manutenção de animais de estimação e possuir um certificado de conhecimento estabelecido por autoridade administrativa; – possuir um certificado de capacidade emitido pela autoridade administrativa em aplicação do disposto no IV do art. L. 214-6 em sua redação em vigor antes da publicação da portaria nº 2015-1243, de 7 de outubro de 2015, relativa a comércio e proteção de animais de estimação.

Ressalte-se aqui que, não é qualquer indivíduo que poderá administrar certas instituições que cuidam dos animais. Somente associações de proteção animal reconhecidas como de utilidade pública ou fundações cujo objetivo seja a proteção de animais poderão administrar estabelecimentos nos quais os procedimentos veterinários são fornecidos gratuitamente a animais de pessoas com recursos insuficientes.

A administração desses estabelecimentos está sujeita a uma declaração ao prefeito do local em que estão instalados. As condições sanitárias e os métodos de controle correspondentes são fixados por decreto.

A atividade de limpeza de cães e gatos deve ser realizada em instalações que cumpram as regras de saúde e proteção animal aplicáveis a esses animais, segundo o Code Rural et de la Pêche Maritime (CRPM).

Como se percebe, o estado francês estabelece regras rígidas para instituições ou associações que objetivam cuidar dos animais, destinados ou não para adoção.

## **DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO E ESTERILIZAÇÃO EM LUGAR DA EUTANÁSIA IMOTIVADA**

A adoção<sup>1</sup> é uma ação louvável, porém não deve ser um ato de impulso ou apenas uma recomendação de terceiros. Os animais têm personalidade e, em

geral, são muito ativos quando novos. A adoção implica em gastos com vacinas, alimentação, trabalho extra para alimentar, passear e não deixar o *pet* sozinho por muito tempo. Adotar sem a aprovação dos demais membros da família pode se tornar um problema, podendo gerar conflitos dispensáveis, uma vez que eles serão co-responsáveis pelo *pet*, pois conviverão com o mesmo.

Ao adotar, é possível que o animal antigo não se adapte ao novo e vice-versa. A adaptação pode levar tempo. O dano a objetos ou móveis é normal. Reitere-se aqui que, os candidatos a adoção devem refletir bem antes da escolha, uma vez que esta representa um sério compromisso para muitos anos.

Quanto a desistir da adoção, há quem afirme que:

Não é feio desistir da adoção. Feio é abandonar o animal na rua a sua própria sorte para uma morte lenta e dolorida. Eu sei que estou indo na contramão, mas é verdade. Se você adotou, o animal passou a ser de sua responsabilidade. Portanto é também da sua responsabilidade conseguir um novo lar para ele. O que também não acho certo é devolver para o protetor. Veja: ele resgatou, cuidou, protegeu e te entregou. Passou o bastão e fim. Você provavelmente foi até ele, pegou o animal. Insisto, agora é sua responsabilidade conseguir um novo lar para ele. (ADOTEI, 2020).

Quando os animais são recolhidos, propõe-se, em vez do extermínio dos animais abandonados, a sua esterilização. Campanhas de conscientização sobre esterilização, entre municípios e indivíduos devem ser fomentadas pelo Poder Público. Tal medida, além da adoção, poderá conter o problema de superlotação e abandono de animais. Sem isto, seu destino é o extermínio.

A proposta de esterilização gratuita de gatos e cães para pessoas de baixa renda e pessoas em situação de rua é medida importante, uma vez que estes animais permanecem em via pública e seus cuidadores não possuem renda sequer para seus cuidados pessoais. A eutanásia imotivada, ou seja, para casos que não sejam problemas graves e irreversíveis de saúde do animal, não deve ser praticada.

Destarte, a esterilização é uma das formas de se evitar a proliferação de animais abandonados, contudo, a educação do guardião responsável é essencial nesse processo. Cabe ao Estado<sup>2</sup>, como tutor desses animais, implantar medidas educacionais objetivando a relação responsável das pessoas e animais.

A esterilização dos animais apresenta alguns benefícios para a comunidade, tais como, diminuição dos gastos com a manutenção dos canis e gatis públicos dos abrigos e a diminuição dos animais abandonados ou perdidos que amarguram pelas ruas sem proteção e sujeitos à própria sorte. Destes, alguns são esterilizados e outros eutanasiados.

Ao perambular pelas ruas, os animais se arriscam a ficar doentes, passar fome, sofrer maus-tratos físicos, procurar alimentos no lixo, morrer atropelados etc.

A adoção por lares dignos seria o ideal, contudo, considerando a progressão da escala do abandono, a esterilização destes animais é a solução para a redução de mortes e zoonoses.

Sobre a política de extermínio aplicada nos Centros de Controle de Zoonoses, explicam Buquera e Costeira (2013, p. 1):

[...] a mesma é ineficaz, pois, muitos animais são sacrificados todos os anos e ainda assim a população de cães e gatos continua crescendo. Vários dados epidemiológicos vêm mostrando que essa 'política de saúde pública' é extremamente ineficiente, cara e desastrosa. A castração se apresenta como uma alternativa eficaz no controle populacional de cães e gatos, pois colabora com a redução da natalidade sem agredir os direitos e bem estar animal.

Na França, após recolhidos pelas equipes, os animais são identificados, esterilizados, vacinados, cuidados, educados e socializados antes de serem oferecidos para adoção. Segundo a SPA (2020), um animal não esterilizado é um animal que pode gerar um grande número de descendentes que se encontrarão em condições de vida difíceis. Um casal de gatos, por exemplo, pode ter 20.000 descendentes em 4 anos. A esterilização é a melhor maneira de limitar maus-tratos, miséria e abandono de animais.

Destarte, o extermínio de animais abandonados não se apresenta como método eficiente para o controle da população de cães e gatos. A esterilização cirúrgica e a educação para a guarda responsável se apresentam como os métodos mais eficazes para evitar o abandono.

## **COMBATE E PUNIÇÃO AO ABANDONO DE ANIMAIS**

De acordo com o disposto no art. 6º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais: “o abandono de animais é um ato cruel e degradante” (DECLARAÇÃO, 2018). Assim, o abandono pode configurar maus-tratos e estes são punidos criminalmente por muitas nações.

A propósito, a lei chilena n. 21.020, expressamente declara: “Art. 12. É proibido o abandono de animais e este será considerado maus-tratos e crueldade contra animais, sancionado de acordo com o estabelecido no art. 291 bis do Código Penal” (CHILE, 2017).

É o caso da legislação brasileira, Lei nº 9.605/98, a qual dispõe:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se ocorre morte do animal.

No tocante a esse tema, o deputado federal Fred Costa (Patriota-MG), objetivando aumentar o rigor legal com o intuito de punir e coibir a prática desses delitos, propôs, por meio do Projeto de Lei nº 1.095/2019, a alteração do artigo acima. Assim, no dia 29 de setembro de 2020, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, sancionou, a Lei Nº 14.064/2020, que alterou a Lei nº 9.605/1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos

animais quando se tratar de cão ou gato. O art. 32 da Lei Ambiental passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A:

“Art. 32. ...

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.” (BRASIL, 2020)

Considerando que cães e gatos são os animais domésticos mais comuns, eles estão agora abarcados, especificamente, pela referida lei. De igual modo, assim expressam os incisos VI e VII do art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 2020):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em decorrência do abandono, o magistrado poderá, inclusive, proibir o guardião de manter temporária ou permanentemente um animal de estimação.

É da responsabilidade da prefeitura a captura e retirada dos animais das vias públicas, alojá-los e tratá-los, com alimentação e vacinas contra raiva, leptospirose e outras doenças controláveis, castração e vermifugação dos animais. Portanto, é importante que o Estado forneça os recursos necessários para que os municípios possam realizar essas ações sozinhos ou confiar sua execução a terceiros por meio de contratos.

Diversas prefeituras municipais têm sancionado normas de proteção animal com o objetivo de combater o abandono de animais domésticos em vias públicas, abandono de animais em locais inabitados ou fechados, e inclusive, multas para o abandono animal. A maioria das prefeituras recolhe os animais abandonados, castra e promove ações de proteção aos animais em condição de rua, fomentando a adoção responsável.

Por meio de parceria com ONGs e protetores independentes, as prefeituras reforçam a conscientização da população no que concerne à guarda responsável de animais resgatados em vias públicas, por meio das feiras de adoção.

Cite-se aqui que, em 28 de novembro de 2019, a Polícia Ambiental do Estado de São Paulo, prendeu um casal que havia abandonado seu cachorro em Jarinu,

no interior do estado. O casal e mais duas pessoas, ignorando a existência de câmeras de segurança, abandonaram o cachorro na estrada Benvenuto Parise, no bairro do Breu. Felizmente, o cão foi resgatado e acolhido por uma ONG de proteção animal (CASAL, 2019). Lembre-se aqui que, além de multa, o crime é passível de detenção.

Mencione-se, a título de ilustração, algumas ações propostas pelo Ministério Público Federal concernentes ao abandono animal:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO GARANTIR CONTROLE POPULACIONAL DE ANIMAIS E VIAS PÚBLICAS DE PONTAL DO PARANÁ.** A Promotoria de Justiça de Pontal do Paraná, no litoral do Estado, ajuizou em março de 2018, ação civil pública contra o município com objetivos e assegurar que a administração adote as providências necessárias para reduzir o número expressivo de animais domésticos abandonados nas ruas da cidade, requerendo a captura e retirada de animais das vias públicas, providenciando local adequado para abrigá-los e tratá-los de diversas doenças que vêm acarretando uma série de riscos à saúde pública. (PARANÁ, 2018).

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO GARANTIR, RESOLVER A SITUAÇÃO DE ANIMAIS ABANDONADOS EM UBERLÂNDIA:** O Ministério Público Federal (MPF) em conjunto com o Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG), ajuizou ação civil pública contra o Município de Uberlândia e a Universidade Federal de Uberlândia (UFU), para garantir a implementação urgente de medidas que controlem e resolvam a situação dos animais abandonados na cidade, além dos maus tratos, a maioria deles está acometida por doenças e infecções por parasitas e sujeitos a atropelamentos. (MINAS GERAIS, Ação Civil Pública nº 1001968-27.2017.4.01.3803/MG).

**OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER.** Trata-se de ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DO PARANÁ – CRMV/PR objetivando a obrigação de não fazer, consistente na abstenção da exigência de registro e de anotação de responsabilidade técnica de entidades filantrópicas que tenham como atividade-fim a concessão de proteção a animais domésticos sem dono e a realização de eventos de adoção em favor deles, bem como a nulidade de todos os autos de infração aplicados em desfavor de tais entidades beneficentes em decorrência das exigências de registro e de anotação de responsabilidade técnica, a repetição dos valores das concernentes multas já recolhidas. Ação Civil Pública nº 5002338-64.2016.4.04.7011/PR. (PARANÁ, 2019).

Os infratores, dependendo da gravidade do crime e do local em que é praticado, podem receber diversas modalidades de punição, tais como, multa, penas restritivas de liberdade, penas restritivas de direitos, perda definitiva do animal para que este seja protegido de atrocidades, prestação de serviços à entidades que cuidam de animais, como uma maneira de reduzir o abandono e o descaso.

## **NÃO ABANDONO DO CORPO MORTO DO ANIMAL DE COMPANHIA NO LIXO**

Além de prometerem bem-estar cotidiano, os guardiões também desejam estar ao lado do seu animalzinho dando-lhe conforto e paz no momento da partida, da despedida final.

Um estudo liderado pelo Departamento de Psicologia da Universidade Central de Lancashire, no Reino Unido, demonstrou que, para a maioria dos guardiões, perder um cão pode ser tão difícil de superar quanto perder um ente querido, chegando a ser insuportável para alguns (RODRIGUES, 2018).

Contudo, como analisa Quartz (apud RODRIGUES, 2018), “não há rituais de luto, obituários nos jornais ou serviços religiosos para nossos animais de estimação – o que não ajuda a lamentar ou superar a dor da perda de nossos companheiros”.

Perder o animal de companhia é perder mais que um animalzinho de estimação, é perder o amor incondicional de um amigo, de um companheiro inseparável de momentos tristes ou felizes.

Assim, é de bom alvitre lembrar que as obrigações do guardião do animal de companhia vão até a sua morte e sepultamento. Na França, quando o animal falece, seu proprietário não poderá abandoná-lo e jogar seus restos mortais em uma lata de lixo ou nos esgotos, sob pena de ser multado em 150 euros, conforme dispõe o art. R632-1 do Código Rural e de Pesca Marítima.

Quando o animal de companhia pesa menos de 40 kg, é possível enterrá-lo em seu jardim, desde que sejam respeitadas certas condições, em particular a terra deve pertencer ao guardião do animal, a distância mínima entre o túmulo e a primeira habitação ou ponto de água deve ter pelo menos 35 metros, e a profundidade deve ter pelo menos um metro. Também é possível enterrá-lo em um cemitério de animais ou incinerá-lo em uma clínica veterinária.

Caso o animal pese mais de 40 kg, o guardião deve então recorrer a um serviço responsável pela remoção do corpo, sob pena de incorrer em uma multa de 150 euros (arts. R632-1 e L.226-1 e segs. do CRPM). Os veterinários são responsáveis pelo cumprimento desta obrigação de saúde pública.

Dar um destino adequado para o corpo de um ente amado é o mínimo que se espera para um animal leal à família.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Labutar com o direito implica não apenas lutar pelos direitos daqueles que nos procuram, mas também, assumir a obrigação moral de defender aqueles que não têm voz e são negligenciados.

O abandono de um animal é punível por lei, mas as sanções geralmente não parecem dissuasivas. Compreende-se assim, que ainda existem muitas barreiras a serem ultrapassadas, nos campos cultural, sociológico, político e até religioso, embora a maioria das pessoas reconheça que o animal, de certa maneira, integra a família pluriespécie.

Entende-se que todos os animais sencientes devem ser protegidos, não apenas cães e gatos, uma vez que várias são as espécies capazes de sentir dor e sofrimento.

Propõe-se mais esforços para a adoção do animal e a sua esterilização. Tais medidas poderão conter o problema da superlotação e abandono de animais. Sem isto, o destino do animal é o extermínio.

No momento da adoção, é importante que se indague ao pretendo adotante se ele está pronto para assumir as responsabilidades de um animal de estimação, tais como, alimentação, segurança, bem-estar e monitoramento.

A adoção parece ser o melhor caminho, inclusive para os animais doentes ou idosos, os quais poderão ainda usufruir de alguma proteção nos seus últimos anos. A superlotação dos abrigos infectados pode conduzir à eutanásia, caso não se providencie um tutor responsável.

É importante que o abrigo monitore o animal adotado. Um contrato de adoção deve ser assinado e o adotante deve receber por escrito as normas e obrigações que deve assumir, com o objetivo de proporcionar o bem-estar do animal.

Como ocorre com as crianças e adolescentes, no que concerne às denúncias de maus-tratos, seria importante uma lei, *mutatis mutandis*, que compelsse os veterinários, zootecnistas e agrônomos a denunciarem qualquer caso de abuso ou negligência de animais que presenciassem.

É benéfica a aplicação de multas elevadas e penas mais severas para aqueles que perpetraram maus-tratos e abandono dos animais.

Reitere-se aqui a primordial importância da educação na construção da consciência e do respeito aos animais.

Tratar bem um animal significa garantir sua saúde sem negligenciar seu bem-estar. Nenhum motivo justifica o abandono de um animal de companhia, a não ser a falta de consciência e de ética.

## NOTAS

- 1 Sobre o tema, nesta obra, vide o artigo "Adoção de animais de companhia e estimação na família multiespécie", de Gilberto Ferreira Marchetti Filho e Tereza Rodrigues Vieira.
- 2 Sobre o tema, nesta obra, vide o artigo "Uma introdução às políticas públicas em defesa dos animais domésticos", de Marcelo Pereira da Costa e Fernanda Guacira Araujo Campista.

## REFERÊNCIAS

- ADOTEI um animal e me arrependi. O que fazer? Amigo não se compra, 31 de maio de 2017. Disponível em: <http://site.amigonaosecompra.com.br/adotei-animal-arrependi-o-que-fazer/>. Acesso em: 10 fev. 2020.
- ALBUQUERQUE, N. de S.; CIARI, M. B. Cães e seres humanos: uma relação forte, complexa, duradoura e vantajosa. In: Chelini, M. O. M.; Otta, E. (Coord.). *Terapia assistida por animais*. Barueri, SP: Manole, 2016.
- BAQUI, M. Número de pets abandonados cresce no natal. *Correio Braziliense*, edição de 24 dez. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Congresso Nacional, Brasília, 1998.

- BRASIL. Lei Nº 14.064, de 29 de setembro de 2020, altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 09 out. 2020.
- BUQUERA, L. E. C.; COSTEIRA, J. *Cães e gatos: controle populacional por meio de esterilização cirúrgica e educação para posse responsável*. Universidade Federal da Paraíba. Departamento de Ciências Veterinárias, Centro de Ciências Agrárias, PROBEX. 2013.
- CASAL que abandonou cachorro no interior de São Paulo é preso. *Uol*, Universo online. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/11/28/casal-que-abandonou-cachorro-no-interior-de-sao-paulo-e-preso.htm?cmpid=copiaecola&cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- CENDÓN PANADÉS, M.; HOLM, A. *Abandono de animales de compañía*. Deontología y Veterinaria legal. Tutorado por Jaume Balague Estrems. Universidad Autónoma de Barcelona, 2012.
- CHILE. *Ley núm. 21.020*. Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, de 02 ago. 2017.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos dos Animais. *Assembleia da UNESCO*, Bruxelas, 27 jan. 1978. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/bichos/leiseprotecao/direitos.jhtm>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- FRANCE. *Code Rural et de la Pêche Maritime*. 2010. Dernière modification le 29 mars 2020 – Document généré le 30 mars 2020.
- GIMENEZ-CANDELA, T. *Animais no Código Civil Espanhol: uma reforma interrompida*. Lei de Emenda ao Código Civil, da Lei de Hipoteca e da Lei de Alterações publicada no Diário Oficial das Cortes Gerais. Edição de 24 jul. 2019.
- IPB – Instituto Pet Brasil. Brasil possui 3,9 milhões de animais em condição de vulnerabilidade. *JCNET*, Edição de 20 Ago. 2019 Disponível em: <https://www.jcnet.com.br/>. Acesso em: 01 dez. 2019.
- LEIVA ILABACA C. *Ley de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, Nº 21.020-2017. ¿Constituye realmente un avance?. Análisis crítico de sus puntos más oscuros, da. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 9/4 (2018)* Disponível em: <https://doi.org/10.5565/rev/da.352>.
- PARANÁ. MPPR. Meio Ambiente. Ação civil pública busca garantir controle populacional de animais abandonados em vias públicas de Pontal do Paraná. Publicado em: 15 mar. 2018.
- \_\_\_\_\_. Ação Civil Pública nº 5002338-64.2016.4.04.7011/PR. Apelação Cível nº 5002338-64.2016.4.04.7011/PR.TRF4, 3ª Turma. Relatora: Des. Vânia Hack de Almeida. Apelante: Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado do Paraná – CRMV/PR (Réu) Julgamento: 29 jan. 2019.
- PASO NUÑEZ, V.; ROQUETA I VILÀ, E. *Abandono y adopción de Animales de compañía*. Tutorado por Jaume Balagué. Universitat Autònoma de Barcelona. Deontología Veterinaria, 2011-2012.
- RODRIGUES, A. Perdre son chien peut être plus douloureux que perdre un proche. *Slate.fr*. Edição de 27 Abr. 2018.
- \_\_\_\_\_. UNIVERSA. Les chiots deviennent plus mignons pour se faire adopter. *Slate.fr*, Edição de 7 juin 2018.
- SPA – Societé Protectrice des Animaux. *Ce que dit la loi sur l'abandon d'animaux*. Disponível em: <https://www.la-spa.fr/ce-que-dit-la-loi-sur-labandon-danimaux>. Acesso em: 27 mar. 2020.
- STJ. *Supremo Tribunal de Justiça*. Para Terceira Turma, convenção de condomínio não pode proibir genericamente a presença de animais. 14 maio 2019.
- TRAÏNI, C. Les protecteurs des animaux et le droit. Refoulement ou formalisation des émotions? *Droit et société*, 2014/2 (nº 87), p. 465-482.



**TEREZA RODRIGUES VIEIRA** é Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá. Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP. Professora do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e, da graduação em Medicina e Direito, na UNIPAR, Universidade Paranaense. Advogada em São Paulo.

# Impactos da Lei Federal nº 14.064/2020 no ordenamento jurídico pátrio. A Lei Sansão e seus reflexos penais

■ POR JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR

**“A lei não deixa de ser um avanço civilizatório que tenderá inibir práticas humanas absurdas e cruéis dirigidas em face de cão e gato.”**



O Projeto de Lei nº 1.095/2019 que se transformou na Lei Federal nº 14.064/2020 (Lei Sansão) recentemente sancionada e publicada no Diário Oficial da União trouxe uma novidade que impactou positivamente o art. 32, da Lei nº 9.605/1998 (Lei do Meio Ambiente) – ainda que remanesça margens para as críticas de alguns pontos.

Deste modo, o art. 32, da Lei nº 9.605/1998 (Lei do Meio Ambiente) passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

A nova Lei Federal nº 14.064/2020, denominada de “Lei Sansão”, surge em virtude de um cachorro da raça pitbull que teve as patas traseiras decepadas no município de Confins-MG que causou comoção em todo o Brasil.

Tecidas estas singelas introduções, por questão de ordem e melhor didática, vamos primeiramente enfrentar os verbos nucleares do injusto penal que são *praticar*, *ferir* ou *mutilar*. *Praticar* corresponde (a levar a efeito; realizar; executar; cometer; exercer; fazer atos de ataque ou violência, com abuso ou de maus tratos em face de animal). Ato de abuso é ação injusta; mau uso ou uso errado; submeter ao animal a trabalhos excessivos. Maus-tratos é causar prejuízo de qualquer natureza ao animal; transportar o animal de maneira inadequada. *Ferir* significa (causar ferimento; lesionar a integridade física; causar sofrimento; magoar, causar machucado; machucar). *Mutilar* significa (cortar alguma parte do corpo; privar algum membro do corpo).

Facilmente, podemos perceber que estamos diante de um tipo misto alternativo; plurinuclear ou crime de ação múltipla ou ação/tipo/crime/delito de conteúdo variado, sendo que a ocorrência de mais de uma dessas condutas no mesmo contexto fático não ensejará novo crime, caracterizando tão somente crime único – embora essas ações podem servir para dosimetria do art. 6º, da Lei do Meio Ambiente e art. 59, do CPB.

Após o enfrentamento dos verbos e destas nuances, é preciso também conceituar os animais descritos na cabeça do artigo para melhor compreensão da celeuma, senão vejamos um a um:

**Animais silvestres ou selvagens** consistem naqueles animais pertencentes às espécies nativas ou naturais, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou

terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida dentro dos limites do território brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras. Este conceito é extraído do § 3º, do art. 29, da Lei 9.605/1998. Podemos citar como exemplos de animais silvestres ou selvagens: a onça, tamanduá, papagaio, morcego, jibóia, jabuti, jacaré-do-papo-amarelo.

**Animais domésticos ou domesticados** são aqueles animais que vivem ou são criados em casa, e que sofreram um processo contínuo e sistemático de domesticação. Como exemplos, podemos citar os cães, gatos, cavalos, galinha, pato entre outros.

**Animais nativos** são aqueles animais oriundos de uma localidade determinada (nacional), em que esses animais podem ser silvestres (selvagens) ou domésticos.

**Animais exóticos** são aqueles animais que são pertencentes a países estrangeiros (fauna estrangeira), ou seja, são aqueles em que o ciclo de vida natural ocorre em território distinto daquele que é empregado como referência e até mesmo do local em que o animal se encontra no momento de referência. Devemos sublinhar também que, as espécies ou subespécies inclusive domésticas eventualmente introduzidas pelo homem em estado selvagem, também são consideradas exóticas. Exemplo de animal exótico ao Brasil é o leão, porque é originário do continente africano.

Neste aspecto das modalidades dos animais, registramos à anotação valiosa da crítica de parcela da doutrina que sustenta não existir 05 (cinco) modalidades de animais, pois um animal dentro de determinada modalidade poderá variar, visto que a adjetivação “silvestre” dá a possibilidade de ser qualquer das possibilidades (doméstico, domesticados, nativos ou exóticos)<sup>1</sup>.

Em avanço, o objeto jurídico do tipo protege-se a integridade física dos animais. Para Guilherme de Souza Nucci se tutela o meio ambiente com incentivo à honestidade pública<sup>2</sup>.

Tem-se de outro lado como objeto material, o animal silvestre (selvagem), embora este pode ser doméstico, domesticado, nativo ou exótico.

Dando prosseguimento, em nossa perspectiva, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois estamos diante de crime comum. Já o sujeito passivo é o Estado; A Sociedade; A Coletividade (principal/primário). Tem doutrina que acrescenta como sujeito passivo ainda, o proprietário do animal, caso a conduta tenha sido realizada por terceiro.

Por sua vez, o elemento subjetivo é o dolo com a vontade livre e consciente de dirigir a conduta para o fim do tipo penal. Não se exige elemento subjetivo específico, em que a consumação se dá com a efetiva prática dos verbos. No caso de abuso e maus-tratos não é exigido o resultado, enquanto nas modalidades de ferir e mutilar é necessário o resultado para consumação, admitindo-se a tentativa.

## A LEI SANSÃO ACABA POR IMPEDIR REFLEXAMENTE O CABIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Outro reflexo nítido de implicação de ordem prática da Lei Sansão é suspensão condicional do processo, porquanto não é possível a suspensão condicional do processo nesta hipótese, já que a pena mínima do novel § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998 ultrapassa 01 (um) ano.

O mesmo efeito impeditivo se dá relativamente ao **Acordo de Não Persecução Penal**, porquanto sua pena máxima desborda a previsão legal, fazendo com que não tenha cabimento.

No que toca à ação penal do novel § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998, calha pontuar que a ação penal é pública incondicionada.

## REFLEXO DA LEI SANSÃO QUANTO AO PROCEDIMENTO POLICIAL A SER LAVRADO EM SEDE DA DELEGACIA DE POLÍCIA E IMPEDITIVO DE ARBITRAMENTO DE FIANÇA NA ESFERA POLICIAL

O procedimento policial em caso de flagrante será o auto de prisão em flagrante delito (APFD), ou não sendo prisão flagrancial, teremos a Portaria, para em ambos os casos gerarem à instauração do Inquérito Policial.

De mais a mais, em razão do *quantum* da pena, considerando que a pena máxima privativa de liberdade ultrapassa 4 anos, é defeso ao Delegado de Polícia o arbitramento de fiança, à luz do art. 322 do CPP.

Ademais, se a conduta de mutilar, maltratar, abusar, ferir ou matar recair sobre animais que não cães e gatos, cujo preceito secundário atrai à aplicação da Lei n. 9.099/95, teremos a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (art. 69 da referida lei do Juizado Especial Criminal), com a imediata soltura do infrator em caso de firmar compromisso.

Retomando à análise da nova lei denominada de “Lei Sansão” não vamos adentrar ao fato de ser a lei mais um fruto do populismo penal ou da inflação legislativa penal, porém, de qualquer forma, a lei acaba por recrudescer o tratamento penal a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais que sejam cães ou gatos.

Temos nitidamente no § 1º-A, art. 32, da Lei nº 9.605/1998, uma nova qualificadora (crime qualificado) e por ser lei penal que vem agravar ainda mais, não pode retroagir para abarcar fatos pretéritos.

O legislador ordinário não quis abranger animais silvestres, nativos ou exótico, onde pode ter perdido uma grande oportunidade de ampliar a tutela penal, pois em que pese o cão e gato serem animais mais comuns culturalmente falando em nossa sociedade, isso não quer dizer que outros animais não pudessem receber a mesma tutela penal para tanto. Afinal, uma pessoa pode ter um coelho, um suíno ou outro animal que nutra a mesma intensidade

sentimental daquele que cria cão e gato. Qual a diferença disto? Apenas o animal de criação.

No Brasil, por exemplo, a carne suína está inclusa no consumo alimentar de maneira mais popularizada e há notícias de parcela da população de forma menos habitual também consumir carne de coelho.

De outro vértice, há culturas por exemplo como a China, que o cão é um prato habitual a ser consumido pela população.

Com isto, diante desta análise empírica, talvez a única explicação plausível e racional, seja o legislador ter optado politicamente sob a ótica criminal pela expressão cão e gato para evitar polêmicas e facilitar à aprovação da lei, pois outros Projetos similares se arrastavam por anos no Congresso Nacional sem o mesmo êxito.

Isso é confirmado também, quando se analisa a ementa inicial do Projeto de Lei nº 1.095/2019 e depois da tramitação do Projeto de Lei teve uma redução, cuja ementa originária previa animais silvestres, nativos ou exótico, além do cão e gato.

A propósito, vejamos a ementa originária:

**Ementa:** Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime.

Agora comparemos a ementa depois dos avanços do Projeto de Lei 1.095/2019 que se transformou na Lei Federal nº 14.064/2020, denominada de “Lei Sansão”:

#### **Nova Ementa da Redação**

**NOVA EMENTA:** Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

Comparemos no quadro abaixo:

<b>EMENTA ORIGINÁRIA</b>	<b>NOVA EMENTA</b>
<b>Ementa:</b> Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime.	<b>Nova Ementa da Redação:</b> Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

A interpretação histórica do processo legislativo que motivou o legislador com a *mens legis* e a *mens legislatoris*, assim como o contexto político de produção de lei não devem ser desprezados pelo intérprete.

## RESULTADO MORTE DE CÃO E GATO, EM DECORRÊNCIA DE ATO DE ABUSO, MAUS-TRATOS, FERIMENTO OU MUTILAÇÃO

Entendemos que havendo o resultado morte de cão e gato, advindas da prática do art. 32, da Lei do Meio Ambiente, ainda se terá a pena aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Lembremos que, o novel § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998 é um tipo penal qualificado (crime qualificado), em que a pena inicialmente prevista é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Assim, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo, quais sejam, de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar o cão e gato e que venha a ter o resultado morte, o agente criminoso além de responder pela conduta qualificada (novel § 1º-A, do art. 32, da Lei nº 9.605/1998), estará sujeito a causa de aumento de pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) (§ 3º, do art. 32, da mesma lei) – que convivem perfeitamente entre si.

De outra banda, caso desde o início o agente tenha vontade livre e consciente de abater animal silvestre, nativo ou em rota migratória com o resultado morte almejado, o crime será do art. 29, da Lei nº 9.605/1998 – em que a pena é menor do que a pena prevista do art. 32, §1º-A, da mesma lei.

## DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, apesar de possíveis espaços para as críticas quanto a Lei Federal nº 14.064/2020, denominada de “Lei Sansão”, ser mais um fruto de populismo penal ou inflação penal legislativa e a não abrangência de tutela penal a outros animais, fato é que a lei não deixa de ser um avanço civilizatório que tenderá inibir práticas humanas absurdas e cruéis dirigidas em face de cão e gato.

Portanto, estas são as primeiras impressões extraídas sobre a nova lei. 

## NOTAS

- 1 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 916.
- 2 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 916.



**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR** é Delegado de Polícia em Mato Grosso desde 2012, atualmente no cargo de Diretor Adjunto da Academia da Polícia Civil de Mato Grosso. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas, autor de artigos jurídicos, palestrante e professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

# Crime de maus-tratos a animais qualificado (Lei nº 14.064/20) – Primeiros apontamentos

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E BIANCA CRISTINE PIRES DOS SANTOS CABETTE

**“O avanço é limitado porque reduz o alcance da norma apenas ao que se poderia chamar de uma “casta privilegiada” de animais, quais sejam, os cães e os gatos. A revisão dessa limitação se apresenta como necessária a bem da igualdade e da satisfação, em sua inteireza, da eliminação da insuficiência protetiva que anteriormente imperava de forma absoluta, mas que agora ainda subsiste em parte.”**



O crime de maus-tratos a animais, previsto no art. 32 da Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98) vinha sendo objeto de muitas críticas devido à brandura das penas ali previstas, que o classificavam, em qualquer caso, como infração de menor potencial ofensivo.

Em atendimento a essa reação crítica da sociedade diante da subestimação de certos atos crudelíssimos perpetrados contra animais por pessoas aparentemente despidas de qualquer sentimento de empatia ou piedade, o Congresso Nacional aprovou e o Presidente da República sancionou a Lei nº 14.064/20 para criar uma forma qualificada dessa infração penal, com previsão de pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda de animais.

Como de costume, um caso rumoroso foi o estopim para a aprovação do texto. Conforme expõe Leitão Júnior, a Lei nº 14.064/20 ganhou a denominação de “Lei Sansão”, tendo em vista o episódio ocorrido em Confins – MG, no qual um cachorro da raça pitbull “teve as patas traseiras decepadas”, gerando enorme “comoção em todo o Brasil”.<sup>1</sup>

Neste trabalho proceder-se-á, mediante pesquisa bibliográfica, a uma análise inicial crítica do novo dispositivo, começando por uma breve exposição histórica, cultural e conceitual do tema e partindo para alguns comentários relevantes acerca da inovação legislativa. A pesquisa bibliográfica será, obviamente, limitada, pois não se dispõe, neste momento inicial, de grande material específico, mas tão somente dos estudos já levados a termo pela doutrina a respeito da redação original do art. 32 da Lei Ambiental.

## BREVE EXPOSIÇÃO HISTÓRICA, CULTURAL E CONCEITUAL

A prática de atos cruéis contra animais tem sido considerada repugnante, mas em geral com sustento em um conceito antropocêntrico das relações entre humanos e animais, sem levar em consideração a característica da sensibilidade desses seres vivos. Não obstante, no desenvolver histórico da visão do tema, tem sido, aos poucos, inserido um pensamento que também leva em conta a realidade de que os animais são seres capazes de sofrimento e prazer, o que impõe certa consideração especial, embora sem a pretensão exagerada de algumas correntes (v.g. “Ecologia Profunda”) de equiparar, sem distinção, seres humanos e animais. Certamente é preciso promover um equilíbrio entre os extremos da zoologização do homem e da reificação próxima à natureza inanimada dos animais.

Para a esmagadora maioria da doutrina o Direito protege os animais somente para proteger o homem. É francamente minoritária a corrente que defende a tutela dos animais sob um enfoque ecológico profundo, considerando-os como “seres vivos com personalidade autônoma ‘sui generis’”, devendo ser “protegidos como sujeitos de direito, dotados de percepções e sensações”.<sup>2</sup>

Mas, talvez haja um tipo penal específico que tutele diversamente os interesses próprios dos animais, independente de sua eventual função ecológica. Trata-se da antiga contravenção (art. 64, LCP) e atual crime (art. 32 da Lei nº 9.605/98) de “Crueldade contra animais”.

Neste caso é evidente que a conduta incriminada não tem por característica a necessidade de avaliação de dano à função ecológica do ser vivo. Aliás, o tipo penal em questão abrange não somente os animais silvestres, como também os domésticos e domesticados, nativos ou exóticos. São tutelados os animais de maneira geral, independentemente de sua inserção na função de equilíbrio ambiental.

A tipificação penal destacada é dotada de todo o potencial para oportunizar uma inovada abordagem da tutela dos Direitos dos Animais, inclusive no bojo de uma interpretação sistemática com o antigo Decreto 24.645, de 10.07.1934, que arrola pormenorizadamente condutas de maus-tratos a animais, as quais podem servir de subsídio legal à interpretação da norma criminal.

Sob o pálio dessa normatização protetiva, passariam os animais a serem tutelados, tendo em vista sua capacidade de sentimento, de experienciar prazer e dor. Tais atributos dizem respeito a valores e interesses próprios e independentes dos animais, não necessitando, para sua legitimação, de eventual inserção em interesses humanos para uma espécie de tutela mediata ou secundária. Ampliando a interpretação sistemática acima mencionada, de modo a transcender à legislação ordinária, subindo na escala hierárquico-normativa até a Constituição Federal, encontrar-se-á fundamento para essa tutela em dispositivo expresso no art. 225, § 1º, VII, “in fine”. A Lei Maior determina que o Poder Público deva proteger a fauna (sentido amplo), vedando práticas que “submetam os animais a crueldade”.

Como se percebe, tudo indicaria para uma devida interpretação não-antropocêntrica das normas sobreditas. No entanto, a força da perspectiva antropocêntrica no Direito é gigantesca, levando a doutrina a seguir uma linha exegetica que privilegia, mesmo nesses dispositivos, algum fator humano.

Seguindo uma ordem cronológica, pode-se analisar inicialmente a antiga contravenção penal de Crueldade contra animais. Como já dito, vinha ela prevista no art. 64 da LCP. Tal dispositivo abrigava-se no Capítulo VII da legislação sob comento, cujo título é “Das contravenções relativas à polícia de costumes”.

Numa breve passada de olhos pelos tipos contravençionais que acompanham aquele sob comento, constata-se que sua previsão certamente não se realizou considerando a defesa dos Direitos dos Animais, mas sim, tendo em mira a regulação da conduta humana no seio da sociedade, visando especialmente certa atuação moralizante do Direito Penal. Os tipos contravençionais ali expostos repudiam condutas que atingem o sentimento moral, o decoro social (v.g. jogos de azar, embriaguez escandalosa, mendicância (ora revogada pela Lei nº 11.983/09), vadiagem, importunação ofensiva ao pudor, perturbação da tranquilidade). Nada indica, pela posição topográfica do art. 64, LCP, a existência de uma preocupação com o bem-estar dos animais em si. A tutela penal refere-se, na verdade, como nos outros tipos ali abrigados, ao sentimento humano de repúdio a atos cruéis, os quais causam suscetibilidades nas pessoas sensíveis e podem, talvez, fomentar a crueldade intra-humana.

Ao comentar o objetivo do Capítulo VII da Lei das Contravenções Penais, Valdir Sznick afirma que ele visa “a proteção aos bons costumes e à moralidade

da sociedade”, conceituando “bons costumes” como “a virtude, a moral pública, a decência e o pudor público”.<sup>3</sup> Na análise da motivação do dispositivo do art. 64, LCP, faz menção à defesa da sensibilidade humana para com os seres irracionais, a qual seria atingida por condutas cruéis também reveladoras de crueldade dos homens cujos sentimentos morais estariam deturpados.<sup>4</sup>

Na doutrina internacional a interpretação dada a dispositivos similares não é dissonante.

Garraud aduz que “o fim desta lei não é conferir direitos aos animais, (...), ela deseja somente punir os atos de crueldade que, em razão de sua gravidade e de sua publicidade, são de natureza e exercem influência penosa sobre os costumes”.<sup>5</sup>

Por sua vez, Sabatini advoga o mesmo entendimento ao asseverar que:

a razão da punibilidade de tais fatos, consiste na ofensa ao sentimento de piedade inato ao homem. Ainda que os atos de crueldade se dirijam contra os animais, eles provocam repulsa e horror. A crueldade, de qualquer espécie, de qualquer modo que se deseja justificar, contrasta com a delicadeza dos costumes e com o de outros sofrimentos que passam dos seres inferiores ao próprio semelhante.<sup>6</sup>

Voltando ao Brasil, também Damásio concorda que o sujeito passivo da então contravenção penal seria a coletividade humana, sendo os animais os objetos materiais da infração, jamais seus sujeitos passivos.<sup>7</sup>

Em obra coletiva, Wilson Ninno comenta a Lei das Contravenções Penais, externando o posicionamento jurisprudencial que sempre imperou acerca da identificação da “mens legis” do dispositivo do art. 64, LCP e de seu sujeito passivo, de acordo com o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, onde eram encontráveis reiteradas decisões, apontando que aquilo “que a lei tutela, no dispositivo em apreço, é o sentimento ético – social de humanidade para com os animais”<sup>8</sup>, de maneira que o sujeito passivo da conduta é o Estado.<sup>9</sup>

Anote-se ainda que essa preocupação voltada somente para o sentimento humano torna-se patente quando a legislação restringe-se a vetar como ilícitas as experiências científicas ou atividades didáticas dolorosas ou cruéis em animais vivos, apenas se forem realizadas em local “público ou exposto ao público” (§ 1º do art. 64, LCP). Isso escancara ainda mais o fato de que a preocupação do legislador na época voltava-se tão somente ao sentimento de pudor humano ante os atos de crueldade, pois desde que realizado longe dos olhares incomodados ou suscetíveis de homens e mulheres, os atos de crueldade eram moral e legalmente tolerados, sem nenhuma consideração quanto aos sentimentos dos outros seres vivos.

Mas, houve uma importante reforma legal acerca do tema em discussão. A Lei nº 9.605/98 erigiu a outrora contravenção em crime de crueldade contra animais em seu art. 32. Será que isso teve o condão de mudar a perspectiva com que o novo ditame legal seria interpretado e aplicado?

Infelizmente a resposta é negativa.

Malgrado alguns avanços obtidos, a base antropocêntrica do Direito restou praticamente intocada.

A manutenção da ideia segundo a qual os animais são apenas objetos e não sujeitos passivos do crime é praticamente pacífica na doutrina.

Para Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, os crimes ambientais em geral têm como sujeito passivo a “coletividade”, entendida como o conjunto “de todos os cidadãos considerados ‘uti singuli’”, ou seja, as pessoas, no sentido de seres humanos prejudicados coletivamente pela degradação ambiental.<sup>10</sup> No que tange ao crime de crueldade contra animais, os autores não destoam desta orientação, afirmando que o sujeito passivo é a coletividade e os animais são meros objetos materiais do ilícito.<sup>11</sup>

Luís Paulo Sirvinskas pouco difere. Apenas procura individualizar o sujeito passivo, indicando não a ideia vaga, difusa da coletividade, mas apontando o Estado e mais especificamente a União Federal, trazendo à baila o disposto no art. 1º da Lei nº 5.197/67. Quanto às espécies da fauna, segue tomando-as como objetos materiais das condutas incriminadas.<sup>12</sup>

Ainda na mesma linha de pensamento e de certa forma revivendo a tutela dos costumes preconizada pela legislação contravençional revogada, manifesta-se Luciana Caetano da Silva:

Quanto ao ‘sujeito passivo’ dos delitos faunísticos, ao contrário do que se poderia deduzir num primeiro momento, não são os animais, muito embora sejam eles que suportam a violência física ou psíquica. Os animais jamais serão sujeitos de delitos. Figuraram sempre no âmbito do Direito Penal como objeto material da conduta criminosa. Mesmo nas infrações de maus – tratos a animais (art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais), estes ‘não têm significação alguma no processo individualizador da norma penal, porque a sanção cominada se refere a um delito praticado’ contra a coletividade ‘ferida ela em seus princípios morais’, nos seus ‘bons costumes, sentimentos comuns de humanidade no que se refere a animais’.

Portanto, o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão nos delitos faunísticos, (...), será a coletividade, posto que ofendem o interesse ‘que pertence a todos os cidadãos, considerados *uti singuli*’, ou seja, há um prejuízo para a coletividade”.<sup>13</sup>

Nada de substancial mudou na interpretação do novo tipo penal de maus-tratos a animais. Embora o rigor da lei tenha se intensificado, nota-se que essa intensificação não resulta de uma suposta tomada de consciência quanto aos Direitos dos Animais.

Certamente a alteração mais importante operada pela nova legislação ambiental sobre o tema foi a normatização mais abrangente quanto às restrições a experiências dolorosas ou cruéis com animais (art. 32, § 1º, da Lei nº 9.605/98). Agora a vedação de práticas que não se reduz àquelas perpetradas em público ou em local exposto ao público, como na antiga contravenção penal (art. 64, § 1º, LCP). Essas condutas são proibidas e apenadas sempre que praticadas, seja em público, seja reservadamente. Parece que neste aspecto o legislador não desconsiderou totalmente os sentimentos dos animais, especialmente seu

sofrimento físico e psíquico, para dar atenção somente aos pudores, moralidades e suscetibilidades humanos.

Não obstante há quem indague se a lei não teria sido um tanto exagerada ao punir cientistas, professores e estudiosos.<sup>14</sup>

Ademais, a preocupação com o bem-estar dos animais, ínsita ao dispositivo, não foi o bastante para alterar a tradicional interpretação dos fins e objetos das normas protetivas faunísticas. Veja-se, por exemplo, o posicionamento de Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas que, ao comentarem o dispositivo do § 1º, do art. 32, da Lei Ambiental, continuam apontando a coletividade como sujeito passivo da conduta incriminada e os animais como seu objeto material.<sup>15</sup>

Nesse campo das experiências científicas faz-se muito nítido o conflito entre o interesse humano pelo desenvolvimento, especialmente de técnicas terapêuticas e medicamentos, e o bem-estar dos animais frequentemente utilizados como cobaias nessas atividades.

São inúmeros os avanços da ciência médica creditados a experimentos com animais, muitas vezes dolorosos ou letais (v.g. vacinas, insulina sintética etc.). Dessa forma, o sacrifício de seres vivos não-humanos tem proporcionado a salvação de inúmeras vidas humanas, bem como a melhoria da qualidade de vida e a cura de várias pessoas. Não se devem olvidar também os avanços na área veterinária, que beneficiam diretamente os próprios animais.

Quer se lance mão de uma perspectiva utilitarista ou de uma abordagem ética de qualquer outra orientação, o tema é de intrincada solução.

A legislação brasileira busca certa ponderação de valores na medida em que não proíbe de forma absoluta essas experiências, mas as condiciona à circunstância de não existirem “recursos alternativos”. Trata-se de elemento normativo do tipo, ou seja, um daqueles que para sua “compreensão o intérprete não pode se limitar a desenvolver uma atividade meramente cognitiva, subsumindo em conceitos o dado natural, mas deve proceder a uma interpretação valorativa”.<sup>16</sup>

Esses elementos normativos podem ser classificados em duas espécies, a saber: jurídicos e culturais. Os primeiros “são os que trazem conceitos próprios do Direito”, enquanto os culturais “envolvem conceitos próprios de outras disciplinas do conhecimento, científicas, artísticas, literárias ou técnicas”.<sup>17</sup>

Resta nítido que a expressão usada na lei, “recursos alternativos”, constitui um elemento normativo cultural, cuja devida interpretação ficará na dependência de conceitos e conhecimentos técnico-científicos.

Certamente os operadores do Direito, para a correta aplicação da lei, necessitarão lançar mão de perícias e pareceres de técnicos especializados que poderão analisar com conhecimento de causa os casos concretos submetidos à apreciação da Justiça.

Luciana Caetano da Silva expressa sua preocupação com a vagueza da expressão, o que, em seu entender, pode constituir uma ofensa ao Princípio da Taxatividade que deve orientar a elaboração dos tipos penais. Em seu

entendimento, mesmo a possibilidade da apreciação dos casos concretos por peritos habilitados pode gerar uma deletéria “inibição” da atividade de pesquisa científica, com evidentes prejuízos ao ser humano.<sup>18</sup>

A autora chega a propor uma drástica delimitação da norma proibitiva, reduzindo a conduta incriminada à prática da vivisseção sem anestesia e à experiência cruel em animal vivo em local público. Praticamente propõe um retrocesso à antiga contravenção penal do art. 64, LCP, diferindo apenas pela proibição generalizada da prática específica da vivisseção sem anestesia, a qual não seria proibida somente em público, mas também reservadamente. Aliás, a autora deixa claro que considera exagerada a punição dessas condutas como crimes, sugerindo que permanecessem tratadas como meras contravenções penais.<sup>19</sup>

Em conclusão tem-se que a penetração no meio jurídico de qualquer espécie de norma ou interpretação de uma norma, que fuja, um mínimo que seja, da matriz antropocêntrica, enfrenta barreiras praticamente insuperáveis. Barreiras estas que chegam a distorcer até mesmo disposições muito claras e a relegar certas normatizações a um verdadeiro ostracismo.

Seria mesmo algo que beira a insanidade pretender escolher o bem-estar de um camundongo em detrimento da saúde e da vida de seres humanos. Mesmo defensores ferrenhos dos Direitos dos Animais, como Peter Singer, admitem que numa situação-limite de escolha, os seres humanos, em regra, são dotados de características que lhes dariam certa preferência.<sup>20</sup> Mas isso não significa que os demais seres vivos devam ser sumariamente alijados da consideração moral e jurídica, destituídos de direitos e desprezados em sua sensibilidade.

É possível sim, na maioria das vezes, contrabalançar os interesses humanos e a consideração dos sentimentos dos animais, inclusive concretizando essa orientação solidária e ética em normas legais plenamente aplicáveis. Um bom exemplo é o dispositivo do art. 32, § 1º, da Lei Ambiental Brasileira, pois que, sem submeter os seres humanos a qualquer degradação, não deixa de considerar e repudiar o sofrimento desnecessário imposto aos animais. O rigor do dispositivo, ao inverso de consistir em fator de inibição da pesquisa científica, vem a estimular a descoberta de métodos menos cruéis para o desenvolvimento científico. Sem essa vedação rigorosa jamais haveria interesse, por uma questão de comodismo e insensibilidade moral, na descoberta de novos métodos que evitem o uso indiscriminado de animais nas pesquisas. Mais que isso, mesmo nos casos em que tais “recursos alternativos” já existem, seu uso somente estaria condicionado a fatores financeiros e de conveniência dos pesquisadores, jamais se levando em conta o sofrimento infligido desnecessariamente aos animais.

Dessa análise histórico-cultural e conceitual, se conclui que a proteção jurídica aos animais, no que tange aos maus-tratos, foi objeto de ampliação e aperfeiçoamento em nosso ordenamento. Neste contexto, o advento da Lei nº 14.064/20 se insere como mais uma *tentativa* de melhoria da tutela dos animais quanto ao respeito à sua condição de seres sensíveis.

**AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 14.064/20**

A Lei nº 14.064/20 incluiu um § 1º-A, no art. 32 da Lei nº 9.605/98, criando uma figura qualificada de maus-tratos a animais. A pena prevista para o art. 32, “caput” e para a conduta equiparada de seu § 1º, é de “detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”. Já para os casos agora previstos no novel § 1º-A, a reprimenda é de “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda”.

A conduta a ser perpetrada pelo infrator contra os animais não se altera, já que o § 1º-A faz referência àquelas descritas no “caput” do dispositivo em destaque. O que muda é a espécie de animal objeto das referidas condutas já anteriormente incriminadas e a pena maior agora prevista.

A Lei nº 14.064/20 cria uma proteção diferenciada para “cães e gatos”, em detrimento de todos os demais animais. Tanto a pena mais gravosa como a proibição de guarda são aplicáveis somente quando forem maltratados “cães ou gatos”. Para outros animais nada mudou.

Essa escolha arbitrária de duas espécies parece ser uma continuação de certa “mania” (que já tem foros patológicos) do legislador brasileiro em atomizar, distinguir e inaugurar tratamentos diversos para situações para as quais caberia uma abordagem universalizante. O tribalismo e o identitarismo divisores, depois de contaminarem o pensamento com relação aos humanos, agora chegam aos animais.<sup>21</sup> Esse tipo de “lógica ilógica” tem o condão de fazer com que mais e mais leis tenham de ser editadas ao sabor dos grupos que se pretenda defender ou satisfazer em dado momento, devido a fatores circunstanciais políticos, econômicos, sociais, midiáticos etc. No caso específico, daqui a algum tempo, poderá ser criado então um novo parágrafo para tratar de cavalos, outro para girafas e rinocerontes, mais um para lacraias, outro para onças e por aí vai “ad infinitum”.

Entretanto, o equívoco mais grave sob o prisma jurídico dessa eleição de certos animais para um tratamento diferenciado não é o tribalismo ou identitarismo animal, mas algo que, juridicamente, deriva dessas posturas “intelectuais”. O pior erro se dá por infração ao Princípio Constitucional da Igualdade ou da Isonomia. Não há motivo plausível para um tratamento diferenciado para os atos de maus-tratos, envolvendo cães e gatos, deixando os restantes animais numa vala comum de indiferença.

A suposta alegação que, segundo consta, justificaria esse tratamento diversificado seria a de que os cães e os gatos são mais comumente vítimas desses atos de barbárie. Ora, essa tese não se sustenta de forma alguma, pois conforme aduz Argachoff “basta uma rápida busca através da internet e serão encontrados diversos casos de maus-tratos e mutilações contra cavalos, aves ou diversos outros animais silvestres, domésticos ou domesticados”.<sup>22</sup>

Para que um tratamento diferenciado seja dado a uma categoria qualquer, tendo em vista até mesmo a concretização do Princípio da Igualdade por meio do que se convencionou chamar de “discriminação positiva”, são necessários fundamentos sustentáveis a justificarem tal diversificação.

Conforme escoreito escólio de Mello:

As discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição* (grifos no original).<sup>23</sup>

Por mais que se procure algum fundamento para tratar diversamente cães e gatos, os únicos motivos são de índole discriminatória injustificável, marcados por subjetivismos e sentimentalismos. A proteção conferida a um ou outro animal não se pode basear no fato de que consideramos alguns mais bonitos, “fofos”, amigáveis. Essa proteção contra maus-ratos está ligada, não a qualquer subjetivismo ou sentimentalismo, mas ao fato concreto e indiscutível de que os animais, universalmente falando, são passíveis de sofrimento e dor, razão pela qual merecem a consideração de não serem tratados como coisas inanimadas ou mecanismos meramente reativos, conforme já os considerou Descartes e, ainda mais radicalmente, La Mettrie, que expandiu tal conceito mirabolante para abranger também os homens.<sup>24</sup>

O exemplo exposto por Argachoff é extremamente oportuno e esclarecedor:

A título de exemplo tratemos de uma situação hipotética de dosimetria de pena, onde um cachorro e um cavalo sofram mutilação. O autor do crime contra o cão estará sujeito, devido à alteração legislativa, a pena variando entre dois a cinco anos de reclusão, multa e perda da guarda do animal, se a tiver. Já com relação ao agressor do cavalo a legislação é bem mais benevolente, sujeitando-o a uma pena de detenção de três meses a um ano e multa.<sup>25</sup>

E o autor em destaque, com absoluta agudez, ainda arrola outras consequências de natureza processual penal mais gravosas para o agressor de cães e gatos, tais como o afastamento das benesses da Lei nº 9.099/95, a possibilidade de Prisão em Flagrante e a impossibilidade de arbitramento de fiança criminal pelo Delegado de Polícia, sendo que nenhuma dessas consequências mais gravosas se aplica ao violentador de outros animais que não cães e gatos (a infração do art. 32, “caput”, da Lei nº 9.605/98 é de menor potencial ofensivo; afiançável pelo Delegado de Polícia e sequer, em regra, se lavrará auto de prisão em flagrante e sim mero Termo Circunstanciado, com liberação do infrator, independentemente de fiança).<sup>26</sup> Também com idêntica perspicácia Leitão Júnior faz menção a essas limitações impostas ao infrator do novo § 1º-A, acrescentando oportunamente a vedação do Acordo de Não Persecução Penal, atualmente regulado no art. 28-A, CPP com redação dada pela Lei nº 13.964/19 (Lei Anticrime), isso tendo em vista que a pena máxima de 5 anos ora prevista desborda a pena de 4 anos exigida como máxima para que se faça jus ao acordo.<sup>27</sup>

Nem se cogite o emprego de analogia para equiparar as penalidades, ainda que em casos mais gravosos que envolvam animais diversos de cães e gatos. A redação do § 1º-A, em estudo é taxativa (“*numerus clausus*”), aliás, como é de boa técnica na redação de normas de caráter penal. Qualquer intento de

analogia seria “in mallam partem” e, portanto, absolutamente vedada para a seara criminal.

Note-se que a pena mais gravosa para os maus-tratos de cães e gatos somente é aplicável para as condutas previstas no “caput” do art. 32 da Lei Ambiental. Isso é expressa e indubitavelmente estabelecido na redação do § 1º-A. Portanto, não são alcançadas as situações de imposição de experiência dolorosas, ainda que a cães ou gatos, quando existirem recursos alternativos, conforme consta da conduta equiparada prevista no § 1º, do art. 32 da Lei nº 9.605/98. Nesse caso a pena aplicada é a do “caput” e não a nova pena do § 1º-A. Aqui também não se vê razão plausível para discriminação. Mesmo o fato de que tal conduta eventualmente se dê para fins didáticos ou científicos não justifica bioeticamente e, conseqüentemente, no campo do Biodireito, tratamento diversificado. É irrelevante se a crueldade perpetrada contra um cão ou um gato se dá em uma experiência ou em outras circunstâncias, tanto é fato que a conduta sempre foi equiparada ao “caput”. Dessa forma, se o § 1º-A, prevê nova pena para os casos envolvendo cães ou gatos para o “caput”, isso deveria valer normalmente para o § 1º, até por uma questão de coerência com o histórico legislativo. Infelizmente, não foi assim, pois a redação do § 1º-A é restritiva e indica sua aplicação somente ao “caput”, de modo que o Princípio da Legalidade exclui a possibilidade de aplicação da pena mais gravosa aos casos abrangidos pelo § 1º. Portanto, além da impropriedade de restrição da reprimenda mais grave apenas para os “eleitos” cães e gatos, exsurge mais uma incoerência, que é a subproteção, mesmo de cães e gatos, no que se refere a experiências dolorosas desnecessárias.

Doutra banda, não se pretende também apregoar aqui o reconhecimento da inconstitucionalidade para invalidar a pena mais gravosa erigida pela Lei nº 14.064/20. Na verdade, havia uma inconstitucionalidade por insuficiência protetiva quanto à pena prevista no “caput” do dispositivo em comento, a qual foi parcialmente consertada com a previsão de pena mais adequada no § 1º-A pela Lei nº 14.064/20. A proposta é de “lege ferenda” para que se possa pensar em ampliar a pena mais gravosa e a proibição de guarda para todos os casos, realmente reparando de vez de forma completa a insuficiência protetiva. Declarar a inconstitucionalidade do § 1º-A para retornar ao “status quo ante”, seria equivalente a reprimenda por insuficiência protetiva que agora está, ao menos em parte, solvida. Tal opção seria um desatino. Por isso a única proposta coerente é a de ampliação do tratamento dado pela Lei nº 14.064/20 para cães e gatos a todos os demais animais, pela via legislativa, já que a analogia “in mallam partem” é inviável, resolvendo de uma vez por todas a questão da insuficiência protetiva e ajustando a legislação de acordo com o Princípio da Igualdade ou Isonomia.

Segundo consta, a Presidência da República teria ficado reticente em sancionar a legislação, considerando que a nova pena prevista seria muito alta.<sup>28</sup> Ao final, a nosso ver acertadamente, a legislação foi sancionada. Ocorre, porém, que certa razão assistia à Presidência da República em suas reservas. Comparando a reprimenda de reclusão, de dois a cinco anos prevista para a violência contra animais como por exemplo, a pena para a lesão corporal

de natureza grave praticada contra humanos, se verifica que uma lesão leve, ainda que cruel, perpetrada contra um animal terá penalidade maior que a lesão grave em um humano, cujo preceito secundário prevê pena de reclusão, de um a cinco anos somente. Isso sem falar nas penas para lesões leves em humanos que não passam do máximo de um ano de detenção e, mesmo no caso de violência doméstica, não ultrapassam o máximo abstrato de três anos (vide art. 129, “caput”, § 1º, I a IV e § 9º, CP). E a coisa pode ainda piorar. Há crimes contra a vida de seres humanos que são apenados de forma muito mais branda do que a violência contra cães e gatos. Os casos de autoaborto e aborto consentido, previstos no art. 124, CP têm a ridícula pena de detenção, de um a três anos. Mesmo o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126, CP), apresenta pena menor que a do art. 32, § 1º-A da Lei Ambiental (reclusão, de um a quatro anos). O Infanticídio (art. 123, CP) tem pena mínima igual à crueldade contra animais (2 anos) e pena máxima apenas um ano maior (seis anos). Tudo isso sem levar em conta toda a movimentação existente em nossa sociedade para a descriminalização do aborto a nos lembrar do “amor” dos nazistas, inclusive do próprio Hitler, aos animais, enquanto liberava abortos e toda espécie de genocídio e crueldades contra humanos. Essas lembranças deveriam chocar todos aqueles que se sentem gravemente ofendidos e estarecidos com a destruição de um feto de tartaruga marinha, mas não alimentam qualquer empatia por um embrião, feto ou até mesmo um bebê humano já em vias de nascimento ou mesmo nascido, defendendo a legitimidade absurda até mesmo do eufemisticamente chamado “aborto tardio”, que, na verdade, não passa de homicídio cruento.<sup>29</sup> E ainda têm a capacidade incrível de atribuir o epíteto de “nazista” e “genocida” a outros, o que somente se pode explicar por uma esquizofrênica briga em frente ao espelho, naquilo que a psicologia chamaria de “projeção”.<sup>30</sup> Isso é um resultado da falta da mais mínima noção ou mesmo pretensão de um exame das origens das ideias defendidas, conformando-se o indivíduo, normalmente, com sua mera simpatia por determinada convicção, substituindo totalmente a racionalidade pelo sentimentalismo raso, sem jamais perscrutar para saber de onde aquilo surgiu, quais suas conexões com ideologias, filosofias, sistemas éticos, políticos etc. É a ignorância gerando seus frutos malsãos. Mas, a cereja do bolo da desproporção ainda está por vir. O art. 32, § 1º-A da Lei nº 9.605/98, com nova redação dada pela Lei nº 14.064/20 coíbe, mediante pena de reclusão, de dois a cinco anos, multa e proibição de guarda, os “maus-tratos contra animais”, mais especificamente ainda, contra cães e gatos. Por seu turno, o art. 136, “caput”, CP prevê a punição dos “maus-tratos contra seres humanos”, sendo a pena do delito simples somente de “detenção, de dois meses a um ano, ou multa” (note-se que há multa alternativa, ou seja, a pena pode ser somente pecuniária de acordo com a individualização judicial). Ainda que resulte dos maus-tratos a humanos lesões graves ou mesmo gravíssimas, a pena prevista no art. 136, § 1º, é só de “reclusão, de um a quatro anos”, sem nem mesmo previsão de multa!

Assim sendo, a Presidência da República deu mostras de sensibilidade para essa realidade incoerente da nossa legislação, a qual retrata uma cultura

decadente na qual se opera uma desumanização silenciosa sob o manto forjado de supostas sensibilizações humanitárias, ecológicas etc. Mas, então por que se afirma neste texto que a opção pela sanção foi correta no final das contas? É simples. Porque, na verdade, não é a pena prevista para os maus-tratos contra animais que é, em si e por si, alta demais. Não, ela é adequada. O problema se apresenta na sua *relação* com outros tipos penais, tais como os elencados em exemplos acima. Então, não é a crueldade contra animais que tem pena muito alta com a Lei nº 14.064/20 e sim muitos crimes contra a pessoa humana que apresentam penas por demais irrisórias comparativamente falando. Se há uma revisão a ser feita, é neste sentido. Os animais merecem consideração como seres sencientes que indubitavelmente são. Mas, os humanos merecem ainda maior consideração não somente como seres sencientes que também são, mas como seres “espirituais”, quer se interprete a *espiritualidade* em termos religiosos, metafísicos ou mesmo estritamente científicos.

Considerando que a Lei nº 14.064/20 cria uma qualificadora para os casos de maus-tratos de cães e gatos, propiciando um aumento considerável da pena “in abstracto”, somente poderá ter aplicação a partir de seu vigor, sem possibilidade de retroatividade.

O legislador, dentre as reprimendas previstas para a crueldade contra animais, manteve para os casos do § 1º-A, envolvendo cães ou gatos, a pena de multa. Certamente perdeu uma grande oportunidade de dar um destino mais adequado aos valores recolhidos com pagamentos dessas multas, destinando-os a um fundo especial para auxiliar programas e entidades protetoras. Tendo em vista a falta de uma previsão expressa, a pena de multa se destinará à vala comum do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), nos termos do art. 49, CP.

Inovação prevista no novo §1º-A é a “proibição da guarda” de cães e gatos. Novamente, infelizmente, tal penalidade se reduz aos cães e gatos, não havendo previsão similar no que tange aos demais animais. Por força do Princípio da Legalidade, enquanto limitador do poder punitivo estatal, não é viável a aplicação dessa sanção em casos de maus-tratos infligidos a animais que não sejam cães ou gatos. Cabem aqui as mesmas críticas erigidas quanto à limitação da pena privativa de liberdade somente a duas espécies “privilegiadas” de animais.

Quanto à penalidade de “proibição da guarda” de cães e gatos, uma dúvida pode surgir. Seria tal proibição referente somente àquele cão ou gato maltratado pelo infrator especificamente ou essa proibição seria abrangente da guarda de qualquer outro cão ou gato. Poderão surgir na doutrina e jurisprudência incipientes sobre o tema ambas as interpretações expostas. Contudo, entende-se que não tem sentido que tal proibição venha a ser específica para um determinado animal. O indivíduo capaz de infligir maus-tratos ou agir cruelmente contra certo animal, quase que invariavelmente atuará da mesma forma com outro espécime, de forma que autorizar tal pessoa a ter a guarda de outro cão ou gato é o mesmo que tão somente alterar a vítima, mantendo o algoz. E não se confunda essa situação com medidas protetivas conferidas para a preservação de seres humanos (v.g. Lei nº 11.340/06 e art. 319, CPP). Acontece que os

seres humanos são extremamente individualizáveis, enquanto que os animais se manifestam de forma determinada pela espécie e pela sua condição natural. Um indivíduo que age de forma agressiva com uma pessoa determinada, não necessariamente atuará da mesma maneira com outra, embora isso não seja descartável. Já um violentador de animais certamente não muda sua conduta de um espécime para outro. Além disso, as pessoas potencialmente vitimizáveis por um agressor são dotadas de poder de escolha em dele se aproximar e conviver, enquanto que os animais não têm essa opção existencial. Afora essa fundamentação com fulcro na razoabilidade, também a própria interpretação gramatical da lei está a indicar uma proibição genérica e não particular. A lei usa a expressão “proibição da guarda” e não “perda da guarda” ou “retirada da guarda”. A expressão usada na lei é claramente abrangente e genérica. As outras duas, que poderiam ter sido usadas pelo legislador e não o foram, teriam um sentido mais restritivo, implicando, inclusive na existência de guarda anterior a ser “perdida” ou “retirada”. Mas a lei se refere a “proibição”.

Essa proibição da guarda por ordem judicial deverá ser cumprida pelo infrator condenado e se descumprida configurará crime contra a administração da justiça de “Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito”, nos termos do art. 359, CP.

É de ressaltar que a proibição de guarda deveria ser também prevista como uma cautelar urgente e preventiva, para além de sua aplicação definitiva quando da condenação transitada em julgado, conforme consta do § 1º-A. Fato é que tal cautelar não é prevista expressamente no Código de Processo Penal (art. 319), nem na própria Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98). Quanto ao animal (e neste caso não somente cães e gatos) especificamente vitimizado, é certamente suficiente a medida cautelar geral de apreensão e encaminhamento a locais adequados, conforme art. 25, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.605/98. Além disso, há a possibilidade de aplicação da medida administrativa de apreensão de animais, conforme estabelecido no art. 72, IV do mesmo diploma ambiental. A lacuna que fica e sempre esteve presente, é aquela com relação à guarda de outros animais, o que leva ao reforço do entendimento de que a ordem de proibição de guarda agora prevista é geral e não particular, conforme anteriormente exposto. Acontece que tal ordem restritiva de direitos somente se dará ao fim do processo e será cumprida com o trânsito em julgado. Seria salutar que tal interdição já pudesse ser aplicada em certos casos concretos que a justificassem, de imediato, como providência cautelar, o que, infelizmente, não é legalmente previsto. A única saída neste caso seria que o magistrado apelasse para o chamado “poder geral de cautela”, o qual, porém, é bastante discutível quanto à sua aplicação na seara processual penal, de modo que a previsão expressa dessa cautelar teria sido muito bem vinda.

Outra questão importante sobre a “proibição da guarda” é que a lei não prevê um tempo mínimo e máximo para tal proibição. Não é possível entender que essa restrição de direito seja aplicável de forma indefinida no tempo, pois isso equivaleria à previsão de pena de caráter perpétuo, o que é vedado pela Constituição Federal (inteligência do art. 5º, XLVII, “b”, CF).

No silêncio da lei, algumas soluções podem ser propostas:

a) A interdição teria a mesma duração do tempo de pena privativa de liberdade aplicada no caso concreto, por analogia às penas restritivas de direito quando substitutivas das privativas de liberdade (art. 44, CP);

b) A interdição teria a duração do tempo da pena privativa de liberdade aplicada “in concreto”, acrescido, após sua extinção, de mais 2 (dois) anos, tendo em vista a necessidade de o condenado requerer sua “reabilitação”, nos termos dos arts. 93 a 95, CP.

c) O prazo seria variável, aplicando-se por analogia o sistema de “Medidas de Segurança”, de modo que ao juiz sentenciante caberia estabelecer um prazo mínimo de interdição entre 1 (um) e 3 (três) anos, submetendo o interessado a um exame multidisciplinar (psiquiátrico, psicológico e social) para verificar se tem condições de ter novamente a guarda de animais. Em caso positivo, seria liberado. Em caso negativo, a interdição seria renovada por mais 1 (um) a 3 (três) anos e assim sucessivamente, nos termos do art. 97, § 1º, CP.

De todas essas hipóteses, a mais plausível, segundo se entende seria a do item “b”, ou seja, usando o critério da reabilitação.

A hipótese menos aceitável seria a do item “c”, pois que desde a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 (Lei nº 7.209/84), foi extinto o sistema “duplo binário”, adotando-se o sistema chamado “vicariante”, não sendo possível a concomitância, sucessão ou a confusão entre pena e medida de segurança (inteligência do art. 96, Parágrafo Único, CP).<sup>31</sup>

Contudo, tendo em vista as características dos maus-tratos a animais, parece que o ideal seria ter a legislação inovado para estabelecer um prazo mínimo para a “proibição da guarda”, devendo o implicado, se tivesse interesse, requerer ao juízo uma avaliação, após tal prazo, a qual seria multidisciplinar (psiquiátrica, psicológica e social). Não havendo deferimento, a interdição seria renovada por igual período, dependendo sempre de pedido de reavaliação para sua extinção. Esse procedimento, se estabelecido na lei ambiental, seria muito semelhante ao mecanismo da medida de segurança, mas com ela não se confundiria. Não obstante, essa previsão inexistente, sendo, portanto, inaplicável, pois no cenário jurídico disponível se confundiria com uma medida de segurança aplicada em duplo-binário, o que é hoje inviável.

Por fim, cabe observar que o aumento de pena da ordem de um sexto a um terço previsto no art. 32, § 2º, da Lei Ambiental, quando ocorre a morte do animal, é aplicável não somente aos casos do art. 32, “caput” da Lei nº 9.605/98, mas também aos casos abrangidos pelo novo § 1º-A do art. 32 do mesmo diploma. Não há razão alguma para limitação desse aumento apenas à figura simples, mesmo porque o § 2º, por obviedade, se acha abaixo do § 1º-A e, conforme regra de técnica legislativa, os parágrafos se aplicam naturalmente a tudo que está acima deles na disposição topográfica da lei. Assim também pensa Leitão Júnior, ao asseverar que o aumento e a qualificadora “convivem perfeitamente entre si”.<sup>32</sup> Mesmo antes da Lei nº 14.064/20 já ensinavam Gomes e Maciel que o aumento de pena do § 2º, era aplicável tanto ao “caput” como ao § 1º, de forma que a inclusão de um § 1º-A em nada altera o quadro. Ademais, importa lembrar que os mesmos autores esclarecem que o aumento pela morte do animal será aplicável se o animal for “doméstico, domesticado

ou exótico”, seja decorrente de dolo ou preterdolo. Já se o animal for silvestre, somente se aplicará o aumento se a morte for preterdolosa, pois em caso de dolo, se caracteriza “o delito do art. 29, “caput” com a agravante do art. 15, II, “m” (emprego de método cruel)”.<sup>33</sup> Para o art. 32, § 1º-A, da Lei Ambiental, invariavelmente, seja a morte decorrente de dolo ou preterdolo, será possível aplicar o aumento do § 2º, pois que o dispositivo se refere específica e exclusivamente a “cães e gatos”, que são animais domésticos.

## CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foram analisadas, sob um prisma crítico, as alterações promovidas pela Lei nº 14.064/20 na Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98), mediante a criação de uma nova qualificadora para os casos de maus-tratos contra cães e gatos.

Iniciou-se o estudo por uma descrição da evolução histórica do tratamento penal da conduta de crueldade contra animais, a qual passou de simples contravenção para transmutar-se em crime com o advento da Lei nº 9.605/98 e agora ganhar uma nova qualificadora. Observou-se que, inobstante os avanços na punição de atos cruéis perpetrados contra animais, jamais foi superado o paradigma antropocêntrico, inclusive para designação do sujeito passivo do crime e do bem jurídico tutelado. Por outro lado, há uma evolução no pensamento, reconhecendo que os animais não podem ser tratados de acordo com um modelo que os considere como meros mecanismos ou natureza inanimada, tendo em vista sua característica de seres sencientes. O reconhecimento dessa condição dos animais, mais que um juízo de valor, é um juízo de fato e não precisa, nem deve implicar em uma zoologização do homem ou numa indevida equiparação da humanidade à animalidade, nem mesmo no reconhecimento de uma simples diferença quantitativa e não qualitativa entre essas realidades.

A criação de um grupo privilegiado de animais, no caso cães e gatos, a contarem com uma proteção diferenciada da lei penal foi apontada como infratora da igualdade ou isonomia, sendo a solução não a eliminação da proteção penal mais rigorosa ora adotada, mas sua ampliação para todos os demais animais.

Reconheceu-se a existência de uma insuficiência protetiva com relação às condutas de maus – tratos contra animais devido às penas muito brandas do art. 32 da Lei Ambiental. Entretanto, isso não inibe a conclusão de que a atual penalidade confronta desproporcionalmente com muitos preceitos secundários de crimes similares ou muito mais gravosos praticados contra humanos. Novamente, a solução preconizada não é desprover os animais da proteção adequada e proporcional, mas ajustar o sistema como um todo, promovendo a uma revisão de pena que muitas vezes até mesmo ridículas em relação à gravidade das infrações a que estão atreladas.

Sugeriu-se, de “lege ferenda”, a criação de um mecanismo de direcionamento das multas aplicadas em casos de maus-tratos a animais a instituições e programas protetivos, evitando sua destinação natural ao Funpen, conforme dispõe o Código Penal em seu art. 49.

A penalidade de “proibição da guarda” foi analisada, concluindo-se que se refere não somente à guarda do animal especificamente maltratado, mas à de qualquer outro animal.

Tendo em vista a lacuna legal em estabelecer um tempo específico para a proibição da guarda, vislumbrou-se possível infração à vedação de penas perpétuas, sugerindo-se como solução mais adequada, também de “lege ferenda”, o estabelecimento de um prazo mínimo de interdição com reavaliações periódicas, acaso requeridas pelo interditado. Enquanto isso não ocorre, a melhor solução encontrada foi a aplicação analógica do prazo para reabilitação penal.

Foi observado que a previsão somente como pena da proibição da guarda é insatisfatória, devendo se pensar de “lege ferenda” na criação de uma cautelar respectiva, pois o “periculum in mora” é evidente. No atual quadro, a única opção do magistrado é apelar para o chamado “Poder Geral de Cautela”, que é muito discutível quanto à sua aplicabilidade na seara Processual Penal.

O descumprimento da ordem judicial de proibição da guarda configurará novo ilícito a que responderá necessariamente o infrator, qual seja, aquele previsto no art. 359, CP, obviamente sem prejuízo de eventual nova responsabilização por crime de maus-tratos se isso se operar em reiteração.

A pena mais gravosa ora prevista no § 1º-A somente se aplica aos casos descritos no “caput” do art. 32 da Lei nº 9.605/98, por expressa disposição legal. Não alcança, portanto, a conduta equiparada prevista no art. 32, § 1º, da Lei Ambiental, por força do Princípio da Legalidade.

A causa de aumento de pena do § 2º, é aplicável ao “caput”, § 1º e § 1º-A do art. 32 do diploma respectivo.

Não é viável a retroação da figura qualificada ora prevista no § 1º-A para casos pretéritos, eis que se constitui em “lex gravior”.

Pode-se afirmar, por derradeiro, que a Lei nº 14.064/20 soluciona parcialmente uma insuficiência protetiva que existia com relação aos maus-tratos a animais, devido à previsão de penas extremamente leves. Não obstante, o avanço é limitado porque reduz o alcance da norma apenas ao que se poderia chamar de uma “casta privilegiada” de animais, quais sejam, os cães e os gatos. A revisão dessa limitação se apresenta como necessária a bem da igualdade e da satisfação, em sua inteireza, da eliminação da insuficiência protetiva que anteriormente imperava de forma absoluta, mas que agora ainda subsiste em parte. Essa subsistência viola a Constituição em seus aspectos de Justiça, Proporcionalidade, Razoabilidade e Igualdade ou Isonomia.

## NOTAS

- 1 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. Impactos da Lei Federal nº 14.064/2020 (Lei Sansão) no Ordenamento Jurídico Pátrio. Disponível em <https://juspol.com.br/impactos-da-lei-federal-no-14-064-2020-lei-sansao-no-ordenamento-juridico-patrio/>, acesso em 04.10.2020.
- 2 RODRIGUES, Danielle Tetù. *O Direito e os Animais*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 76.
- 3 SZNICK, Valdir. *Contravenções Penais*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1991, p. 234.
- 4 Op. cit., p. 312.
- 5 Apud, Op. cit., p. 312.
- 6 Apud, Op. cit., p. 312.

- 7 JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das contravenções penais anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 213.
- 8 FRANCO, Alberto Silva, “et al.”. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1995, p. 283.
- 9 Op. cit., p. 284.
- 10 FREITAS, Valdimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 44.
- 11 Op. cit., p. 93-94.
- 12 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 54.
- 13 SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna Terrestre no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 132 – 133. Ver ainda no mesmo sentido (sujeito passivo: coletividade / objeto material: animais): PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. São Paulo: RT, 1998, p. 38. CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos Ecológicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 122.
- 14 SIRVINSKAS, Luís Paulo, Op. cit., p. 54-55.
- 15 FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de, Op. cit., p. 96.
- 16 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 312-313.
- 17 Op. cit., p. 313.
- 18 SILVA, Luciana Caetano da, Op. cit., p. 150-151.
- 19 Op. cit., p. 154.
- 20 SINGER, Peter. *Vida Ética*. 2. ed. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 66-67. Destaque-se que inclusive há normas positivas que regulam a pesquisa científica com seres humanos, procurando adotar critérios bioéticos aceitáveis. Um desses critérios estabelecido pelo Código de Nuremberg, em seu item 3, é o condicionamento da pesquisa com seres humanos à prévia experimentação com animais. Eis o texto: “O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação com animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento”. No âmbito interno existe a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde que regulamenta a “Pesquisa envolvendo seres humanos”. Seu item III.3 é assim redigido naquilo que interessa ao tema ora desenvolvido: “A pesquisa em qualquer área do conhecimento, envolvendo seres humanos, deverá observar as seguintes exigências: (...) b) estar fundamentada na experimentação prévia realizada em laboratórios, animais e em outros fatos científicos”.
- 21 Para uma boa noção da atuação deletéria do identitarismo vide: RISÉRIO, Antonio. *Relativismo Pós-Moderno e a Fantasia Fascista da Esquerda Identitária*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2019, “passim”.
- 22 ARGACHOFF, Mauro. Os Maus – Tratos Contra Animais e a Timidez do Legislador Pátrio. Disponível em <https://delegados.com.br/noticia/os-maus-tratos-contra-animais-e-a-timidez-do-legislador-patrio>, acesso em 03.10.2020.
- 23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.
- 24 Cf. ROUANET, Sergio Paulo. O Homem – Máquina Hoje. In: NOVAES, Adauto (org.). *O Homem – Máquina – a ciência manipula o corpo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 38.
- 25 ARGACHOFF, Mauro, Op. cit.
- 26 Op. cit.
- 27 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. cit.
- 28 ARGACHOFF, Mauro, Op. cit.
- 29 Luc Ferry nos conta sobre a frase “simpática” de Adolf Hitler em um de seus discursos, afirmando que “no novo Reich não haverá mais lugar para a crueldade contra animais”, a qual inspiraria a Lei de Proteção Animal alemã de 24.11.1933 e o livro jurídico publicado em 1939 sob o título “O Direito Alemão da Proteção dos Animais”. É, a crueldade contra animais certamente não foi admitida no novo Reich, mas a desumanidade e a crueldade infernais contra humanos foi normalizada e normatizada à vontade. Cf. FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica*. Trad. Luís de Barros. Lisboa: ASA, 1993, p. 140. Vide também sobre a “doutrina penal nazista” e seus desmandos absurdos: ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina Penal Nazista*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, “passim”.

- 30 “Em psicologia, projeção é um mecanismo de defesa no qual os atributos pessoais de determinado indivíduo, sejam pensamentos inaceitáveis ou indesejados, sejam emoções de qualquer espécie, são atribuídos a outra(s) pessoa(s)” (grifo no original). ABDO, Camila. Projeção na Psicanálise. Disponível em <https://politicaedireito.org/br/2017/06/04/projecao-na-psicanalise/>, acesso em 04.10.2020.
- 31 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. Volume 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 601.
- 32 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. cit.
- 33 GOMES, Luiz Flávio, MACIEL, Sílvio. *Lei de Crimes Ambientais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 152.

## REFERÊNCIAS

- ABDO, Camila. Projeção na Psicanálise. Disponível em <https://politicaedireito.org/br/2017/06/04/projecao-na-psicanalise/>, acesso em 04.10.2020.
- ARGACHOFF, Mauro. Os Maus – Tratos Contra Animais e a Timidez do Legislador Pátrio. Disponível em <https://delegados.com.br/noticia/os-maus-tratos-contra-animais-e-a-timidez-do-legislador-patrio>, acesso em 03.10.2020.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos Ecológicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica*. Trad. Luís de Barros. Lisboa: ASA, 1993.
- FRANCO, Alberto Silva, “et al.”. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1995.
- FREITAS, Valdimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio, MACIEL, Sílvio. *Lei de Crimes Ambientais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das contravenções penais anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. Impactos da Lei Federal n. 14.064/2020 (Lei Sansão) no Ordenamento Jurídico Pátrio. Disponível em <https://juspol.com.br/impactos-da-lei-federal-no-14-064-2020-lei-sansao-no-ordenamento-juridico-patrio/>, acesso em 04.10.2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. São Paulo: RT, 1998.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. Volume 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- RISÉRIO, Antonio. *Relativismo Pós-Moderno e a Fantasia Fascista da Esquerda Identitária*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2019.
- RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito e os Animais*. Curitiba: Juruá, 2003.
- ROUANET, Sergio Paulo. O Homem – Máquina Hoje. In: NOVAES, Adauto (org.). *O Homem – Máquina – a ciência manipula o corpo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna Terrestre no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- SINGER, Peter. *Vida Ética*. 2. ed. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SZNICK, Valdir. *Contravenções Penais*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina Penal Nazista*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

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

ARQUIVO PESSOAL

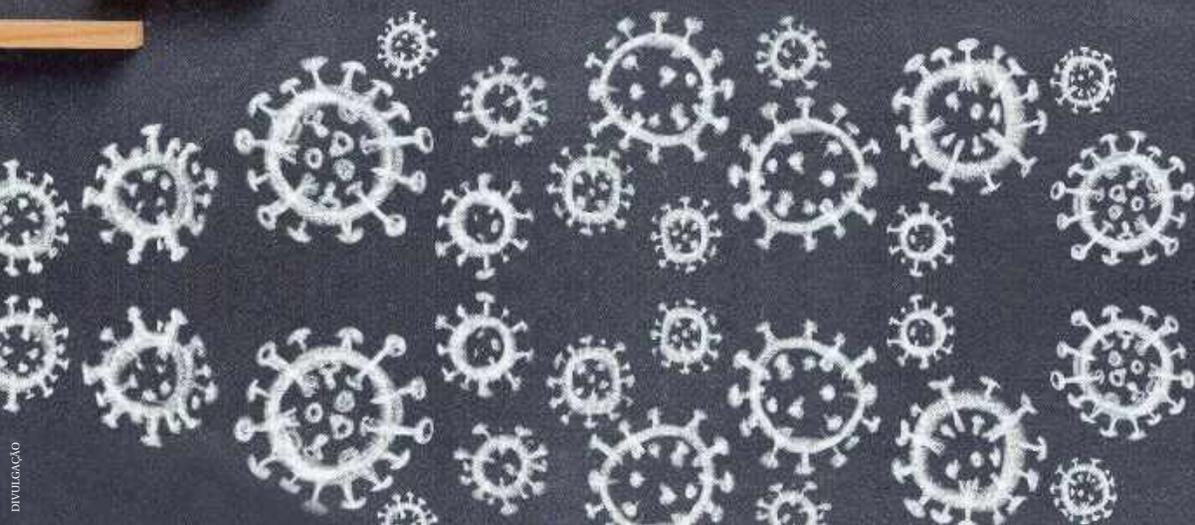


**BIANCA CRISTINE PIRES DOS SANTOS CABETTE** é Advogada, Pós-graduada em Direito Público e Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil.

# O Direito Provisório durante a pandemia

■ POR ROSE GIACOMIN

“A pandemia antecipa e potencializa transformações que já estavam começando a acontecer, principalmente no que diz respeito às formas de trabalho, às formas de aprendizagem e alteração das formas de consumo. Para os pesquisadores teremos o mesmo perfil de pós-guerra e será inevitável neste momento de incertezas, adotarmos medidas de contenção, gerando oportunidades para perpetuarem o seu negócio jurídico.”



## SISTEMA JURÍDICO PARA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS – “A LUZ DURANTE A CRISE”

**I**nicialmente, considero importante destacar que neste momento de pandemia, é importante o monitoramento constante das medidas emergenciais, na área em que atuam. Para os que desejarem aprofundar no sistema jurídico da prática empresarial, o Ministério da Economia impulsionou uma plataforma com medidas de apoio ao setor produtivo, disponível em: [gov.br/vamoscencer.com](http://gov.br/vamoscencer.com). Para os que buscam aprendizado, recomendo um módulo incrível que participei ao lado do Rodolfo Pamplona, Marlon Tomazzette, Julio Baía e Filipe Ferreira, ofertado de forma graciosa para a sociedade na plataforma da Aliança Brasileira pela Educação ([ava.aliancapelaeducacao.com.br](http://ava.aliancapelaeducacao.com.br)), além deste módulo na área empresarial encontrará mais de 50 cursos gratuitos para impulsionar sua carreira.

O período de pandemia teve início no dia 11 de março e, com o Decreto Legislativo nº 6 do dia 20 de março, foi decretado até o dia 31 de dezembro do corrente ano o período de calamidade pública no Brasil. Neste período, tivemos várias medidas emergenciais. A Medida Provisória (MP) é um instrumento com força de lei, adotado pelo governo federal, em casos de relevância e de urgência. O agente econômico conta no nosso ordenamento jurídico com MP's Trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública e durante o período de pandemia várias empresas aderiram.

Foi um pontapé inicial importante, mas ainda não foi essencial para proteger este agente econômico (empresa). Outro ponto de atenção são as linhas de crédito emergenciais, os que dela necessitam e encontram várias barreiras, e muitos não conseguiram avançar na contratação para salvarem o seu caixa e honrar com os compromissos firmados.

Outro instituto bastante utilizado durante a crise causada pelo COVID-19 é a Recuperação judicial e/ou recuperação extrajudicial. Empreender em tempos de crise e independentemente do atual cenário, já estava em trâmite no Congresso Nacional por exemplo, Projetos de Lei com objeto de revisar a regulamentação da Lei nº 11.101/05 (Recuperação e Falência), têm sido tema de discussão constante mesmo antes da pandemia, tais como PL nº 10.220/18 e PL nº 6.229/05.

Os bons ventos foi com relação a aprovação na Câmara do Projeto de Lei nº 1.397/2020, que encontra-se em análise no Senado; esperado por muitos que atuam na área empresarial e em 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 falência”.

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, 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.

Atualmente, contamos com a Recomendação nº 63 aprovado pelo CNJ<sup>1</sup>, para o sistema jurídico de recuperação de empresas impulsionado na pandemia; ato normativo incrível para orientar os 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.

O Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020 (decretou a calamidade pública no Brasil) impactou e impacta a todos. Se o agente econômico deixar de existir, teremos reflexo negativo em várias áreas, aumento de desempregados, menos tributação e conseqüentemente mais dificuldade de atuação do Estado, além da ausência de circulação de riqueza, tão importantes para o setores produtivo e de serviços.

Cumprе salientar que uma crise na empresa poderá ser causada por uma crise de gestão, crise de operação, crise financeira, crise econômica ou até mesmo uma crise patrimonial. Apesar dos processos de Recuperação Judicial possuírem trâmite de urgência, antes de avançarmos nestas tratativas no caso concreto, devemos realizar análise da possibilidade de negociação com os credores. O consultivo através dos meios de pacificação de conflitos de interesses na negociação, conciliação ou mediação extrajudicial; tem se tornado um grande alívio para a manutenção da atividade empresarial.

Cientistas de dados e futuristas consideram o COVID-19 como um “acelerador de futuros”. Compartilho esse entendimento tendo em vista que a advocacia empresarial já é fascinante e ficará ainda mais fascinante. Isso porque a pandemia antecipa e potencializa transformações que já estavam começando a acontecer, principalmente no que diz respeito às formas de trabalho, às formas de aprendizagem e alteração das formas de consumo. Para os pesquisadores teremos o mesmo perfil de pós-guerra e será inevitável neste momento de incertezas, adotarmos medidas de contenção, gerando oportunidades para perpetuarem o seu negócio jurídico.

Com o coração cheio de esperanças ficarei na torcida para encontrarem a luz não somente no fim, mas, durante a crise. 

#### NOTA

1 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 avaliatiivo 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.



## A nova operação pente-fino do INSS e a inversão dos valores em meio a pandemia do coronavírus: paradoxo, dilema ou desleixo institucional?

■ POR SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

**“Está mais do que evidente que o cenário não é dos melhores e nem era antes do início da pandemia global. Logo, o momento demanda uma maior sensibilidade, de toda a sociedade, já que o tempo atual é de destacada excepcionalidade, desejando sacrifício coletivo em busca por dias melhores.”**

**O** presente e modesto artigo, em formato de opinião, poderia ter um outro aspecto, vale dizer, trazer para reflexão de todos notícias melhores ou, quando muito, de reduzido impacto aos interesses jurídicos dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

Percebe-se que mesmo em cenário pandêmico, de triste contexto nacional e mundial, de forma voraz, preferiu o gestor previdenciário arquitetar outro momento da operação conhecida como “pente-fino”, alicerçada nas Leis nºs 8.212/1991 e 13.846/2019.

Dentro da perspectiva da permissibilidade normativa nada há para se comentar, sobretudo pela legalidade estrita e constitucional que deve se inspirar todo ato natural da administração pública.

Do mesmo modo, quanto ao esperado efeito pedagógico que visa a neutralizar atos fraudulentos na concessão de prestações, bem como na manutenção, motivo esse digno de aplausos.

Inobstante os fatores que bem apoiam essa nova fase de apuração administrativa, é bem verdade que sob outras óticas, a operação pente-fino merece debate.

Oportuno o registro do momento pandêmico a que tudo e todos estão submetidos, sem escolhas, vítimas de uma viralização global e sem precedentes na história da humanidade, tendo superado e muito a famosa gripe espanhola de 1918.<sup>1</sup>

Assim, o contexto mundial demanda cuidados, prevenção, meios e modos de acautelamento de todos, promover a saúde, educar a sociedade, minimizar o contato e os efeitos, enfim, traços esquecidos pelo gestor previdenciário em mais uma etapa da operação pente-fino previdenciária.

Anunciou-se há poucas semanas essa nova fase, que visa atingir cerca de 1,7 milhão de brasileiros beneficiados, que deverão exibir documentos comprobatórios que legitimem a manutenção do benefício, sob pena de sua suspensão e cessação<sup>2</sup>.

Como se não bastasse, em meio a tudo isso, se discute o início da atividade médico-pericial do INSS, o que não aconteceu ainda, cujo retorno ao atendimento e plena funcionalidade está longe de ocorrer como se espera.<sup>3</sup>

Registre-se também que as filas de casos represados, a ausência de concursos públicos, a aposentadoria e o afastamento de vários servidores sem a reposição imediata ou sequencial, além do contexto pandêmico, sem esquecer das recentes novidades oriundas da reforma previdenciária, de 13 de novembro de 2019, através da Emenda Constitucional n.103, as visíveis crises econômica e política que assolam o País, acabam por inserir o trabalhador brasileiro em um caos institucional completo, de pouca funcionalidade do sistema previdenciário, mas que ainda assim, arquiteta nova fase fiscalizadora.

Em recente estudo do CNJ, em seu relatório periódico que analisa as atividades do Judiciário Nacional, apurou-se que a judicialização das questões previdenciárias aumentou e muito nos últimos anos, corroborando o notório atraso funcional da autarquia e seus deletérios efeitos a seus filiados.

Apurou-se, neste sentido que: “A Justiça Federal registrou aumento de 52% no número de novas ações que envolvem direito previdenciário, como o reconhecimento de aposentadorias e benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em um período de três anos. Só na Justiça Federal, estão 6,7 milhões de processos em tramitação, com destaque para Rio Grande do Sul, São Paulo e Paraná, que concentram 38,6% do total. Em Brasília (DF), tramitam atualmente 74,2 mil (1,1%) processos de direito previdenciário, todos na Justiça Federal, visto que não há comarca estadual. Especialistas apontam ainda que a judicialização contra o INSS deve aumentar com a reforma da Previdência, promulgada em novembro de 2019”.<sup>4</sup>

Está mais do que evidente que o cenário não é dos melhores e nem era antes do início da pandemia global.

Logo, o momento demanda uma maior sensibilidade, de toda a sociedade, já que o tempo atual é de destacada excepcionalidade, desejando sacrifício coletivo em busca por dias melhores.

Nesta toada, de igual forma o aspecto funcional da Previdência, expressão constitucional também da dignidade humana, por diversos fatores, notadamente pelo seu papel subsistencial, em outras palavras, de nítido caráter alimentar.

Se mostra desproporcional, desarrazoado e inoportuno uma nova etapa da operação pente-fino em tempos de crise, além das demais situações aqui anteriormente descritas, não podendo inserir o sofrido trabalhador brasileiro em um planejamento que inverte valores e o coloca em posição de investigação, na contramão do que se espera de qualquer sistema previdenciário, de modelo constitucional e apoiado nas premissas do bem-estar, algo que o liberalismo econômico ainda não apagou ou conseguiu apagar do vigente modelo jurídico.

Nesta direção, Jorge Luiz Souto Maior acentua que:

“É inegável que a Constituição brasileira preservou as bases do modelo capitalista, no entanto, não o fez a partir de uma ordem jurídica liberal. O sistema jurídico constitucional fixou como parâmetro a efetivação de valores que considera essenciais para a formação de um desenvolvimento sustentável, vale dizer, um capitalismo socialmente responsável a partir dos postulados do Direito Social”<sup>5</sup>

Com espanto, se viu um notório discurso paradoxal, entre bônus e ônus, associado a um evidente e indesejado desleixo dos órgãos institucionais, responsáveis máximos em gerir o sistema de forma a promover, inserir e proteger, sobretudo os mais necessitados e em tempos de crise, alocados em uma inversão de valores, sujeitos ao ímpeto fiscalizatório enraizado unicamente em premissas econômicas, distantes, há muito, da inspiração social a que se elegeu no horizonte de 1988, capaz de frear a operação, ou, quando muito sobrestá-la, no aguardo de que o gestor cumpra seu papel, sem maiores dilemas. 

## NOTAS

- 1 <https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/ao-superar-35-mil-mortes-covid-19-se-torna-mais-letal-que-gripe-espanhola-no-brasil/#cover>
- 2 <https://economia.ig.com.br/2020-09-04/pente-fino-do-inss-pode-suspender-beneficios-veja-se-voce-foi-convocado.html>
- 3 <https://noticias.r7.com/jr-24h/boletim-jr-24h/videos/governo-federal-determina-a-volta-imediata-dos-medicos-peritos-do-inss-21092020>
- 4 <https://www.metropoles.com/brasil/justica/inss-processos-sobre-previdencia-crescem-52-em-quatros-anos>
- 5 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p.58.



**SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR** é Mestre em Direito Constitucional (FDSM). Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor Universitário. Escritor. Conselheiro da OAB/MG (23ª Subseção). Advogado em Minas Gerais. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica.

# Compliance, direito administrativo e LGPD – Aspectos gerais

■ POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

“O eficiente exercício do controle administrativo resulta em idoneidade do Estado em sua relação com terceiros, bem como a moralidade que deve imperar no trato da coisa pública. O importante é fazer com que toda a estrutura administrativa funcione, não apenas em nome da ética, mas também na eficiência do controle dos gastos públicos.”

**P**RECEDENTES: A *compliance* outra coisa não significa senão obedecer às regras. Estar em conformidade com o que dispõem os preceitos legais e éticos. Não é nenhuma novidade no mundo jurídico. Corresponde à parêmia *honeste vivere*. É seguir as normas, obedecê-las, cumprir o que determinam a Constituição e as leis.

Modernamente, a expressão tem sido empregada para determinar o comportamento adequado de uma empresa. Mas, serve para o constrangimento de pessoas físicas que se devem comportar adequadamente, bem como ao Estado que deve pautar suas ações de acordo com o que está determinado em lei e agir sempre de forma a cumprir seus deveres constitucionais e legais.

Qualquer desvio do cumprimento do modal deôntico contido nas normas é suficiente para que o mesmo ordenamento jurídico se revolte e busque afastar a conduta ilícita, ao mesmo tempo em que o sanciona.

O problema, ao lado do jurídico, é ético.

**ÉTICA:** O centro das indagações e análises recai sobre a ética. Como disse Aristóteles “a excelência é, portanto, uma disposição do caráter escolhida antecipadamente. Ela está situada no meio e é definida relativamente a nós pelo sentido orientador, princípio segundo o qual também o sensato a definirá para si próprio. A situação do meio existe entre duas perversões: a do excesso e a do defeito” (“Ética a Nicômaco”, ed. Atlas, 2009, pág.49, livro II, item 5).

É o agir sem excesso e sem defeito. Como a lei não pode prever tudo (por impossibilidade física ou material e jurídica) o ser humano deve agir com a necessária e imprescindível prudência. É como opera a régua de Lesbos (cf. Aristóteles, ob. Cit., pág.125, livro V, item 30).

Claro está que o sentimento ético se refere a valores. Como diz Marilena Chauí “os juízos éticos de valor são também normativos, isto é, enunciam normas que determinam o dever ser de nossos sentimentos, nossos atos, nossos comportamentos. São juízos que enunciam obrigações e avaliam intenções e ações segundo o critério do correto e incorreto” (“Convite à filosofia”, ed. Ática, 2002, pág. 337).

*Compliance* significa seguir o comportamento ético adequado à situação de fato em que nos encontramos.

**ORIGEM:** O cumprimento das normas jurídicas ou dos costumes da época sempre existiu. Não há se apontar uma origem. Alguns afirmam que teria surgido por criação do Banco Central dos Estados Unidos na década de 70.

Ora, a exigência ética do comportamento sempre existiu. Desde gregos e romanos, de acordo com as regras de comportamento da época, até no interior dos mosteiros da Idade Média. Prosseguiu com o advento da modernidade. Existe no meio indígena de todas as épocas e em qualquer país. As regras de comportamento não são invenção da modernidade, mas são fluidas, dependendo da época em que foram instituídas. Tempo e espaço são requisitos importantes para compreensão da ética existente.

**ÉTICA INDIVIDUAL:** No campo da individualidade, cada qual responde por seus atos frente aos preceitos legais que exigem comportamento legal. As leis preveem e punem atos em desacordo com as normas jurídicas. Os desvios de comportamento, como falsificação, inadimplemento contratual, agressões, apenas para exemplificar, são sancionados no âmbito do relacionamento privado. O Direito Civil pune as más práticas ou os desvios de conduta.

**ÉTICA EMPRESARIAL:** A repulsa de condutas empresariais em desacordo com as leis do mercado leva as empresas a se submeterem às sanções previstas (a parte comercial do Código Civil, bem como leis esparsas estabelecem as repressões). Mais recentemente, diante dos inúmeros casos de corrupção que

ocorreram por parte de grandes empresas junto aos órgãos públicos, o legislador editou normas mais rígidas em relação ao relacionamento mencionado.

O desrespeito ético no relacionamento que deve imperar entre Estado e empresas levou o Poder Legislativo a editar uma série de normas sancionadoras de condutas criminosas. Faremos análise da legislação mais adiante.

**ÉTICA ESTATAL:** Pior do que as anteriores, uma vez que os homens agem movidos por paixões, seja no campo de sua individualidade seja no campo da cobiça empresarial, pior quando tal comportamento atinge o Poder Público. Este que deveria manter uma burocracia profissional, deixa-se levar por engodos e pela sedução do ganho fácil e passa a comprometer toda a estrutura estatal. O Estado vira bandido, por força do desvio de conduta de seus agentes. Aqueles que deveriam titularizar os mais nobres interesses coletivos passam a ter conduta criminosa.

**REAÇÃO DO MUNDO JURÍDICO:** Os desmandos agigantam-se e passam a prejudicar toda a vida da coletividade. Corrupção ativa e passiva, peculato, extorsão e diversos outros tipos penais passam a fazer parte do dia a dia da população que a tudo assiste ansiosa, preocupada e revoltada.

Há uma angústia que cresce no meio dos arranha-céus. Há uma inconformidade que grassa por toda a sociedade. A gritaria chega ao Parlamento e este dá resposta através de um plexo de leis que busca não apenas prevenir, mas reprimir os comportamentos desviantes.

**COMO UTILIZAR OS MECANISMOS DE COMPLIANCE?** As empresas particulares estatuem regras de comportamento interno para seus dirigentes e demais empregados. Após tantos problemas vividos pelo Brasil e pelo mundo, as empresas passaram a instituir mecanismos de controle mais rígidos.

Empresas familiares são mais difíceis de delimitação, porque as decisões são tomadas pelo chefe da família ou pelos familiares que apenas levam em conta os interesses pessoais da companhia, ainda que isso vá contra todos os preceitos éticos. O que prevalece é o lucro da empresa e, pois, todo e qualquer comportamento, ainda que ilegal é validado antecipadamente. Para vencer uma licitação, podem ser utilizados todos os meios legais e ilegais (fornecimento de propina para o agente público). O que vale é o sucesso da empresa. Pouco importam os meios.

O lucro anestesia a conduta ética. Pouco importam as regras legais. O que vale é a obtenção do contrato, o lucro, o pagamento de propina, o bem estar pessoal da diretoria. Às favas com regramentos “mesquinhos” que impedem a empresa de crescer. É quase a adoção weberiana da tese da “ética do capitalismo”. Evidente que Weber não convoca ao descumprimento das regras. Ao contrário. O que quer dizer é que a busca do lucro, a glória do sucesso da empresa, neutraliza qualquer sentimento mais nobre.

Depois do desabamento ético da empresa, depois que o nome foi ridicularizado no meio empresarial, depois de ofensas lançadas aos presidentes e diretores das companhias, depois de esgarçada a moral, depois de revelados

os bastidores das falcatruas, as empresas, agora, reposicionam suas condutas para adequá-las às leis e aos princípios éticos que deveriam tê-las norteado de antemão.

Então, o *compliance* não nasce modernamente. Sempre existiu. Quando as entranhas da corrupção foram reveladas é que o assunto tomou assento nos meios empresariais e jurídicos.

**MECANISMOS INTERNOS DE CONTROLE NAS EMPRESAS. PAIXÕES INTERNAS:** Normalmente as empresas possuem equipes de auditoria. Verificação de contabilidade, de reabastecimento de material, de distribuição de produtos. Isso é uma coisa. Outra, bem diversa, é saber ou aprimorar o funcionamento da empresa. É cuidar para que os empregados e diretores não se corrompam nem se deixe corromper. O mecanismo de controle é diferente.

Assim, as empresas constituem um ramo de controle sobre possível corrupção praticada por seus subordinados. Desde o presidente, os diretores dos diversos setores e os empregados devem se submeter a determinados vetores de conduta.

Em primeiro lugar, instituir um *órgão de controle* dos comportamentos éticos. Insista-se: não se cuida de controlar o funcionamento da empresa, mas de como ela age em face das condutas ilegais ou imorais.

Todos são seres humanos e vêm-se seduzidos pelos mais diversos interesses. A um apetece o lucro fácil; a outro, a ascensão nos quadros da empresa; terceiro quer prestígio junto à diretoria; últimos podem desejar a formação de patrimônio. Todas as vaidades devem ser consideradas pelos órgãos de controle.

Freud nos ensinou que no interior de cada ser humano há um id indevassável. Em contato com a vida está o ego, centro de confronto e por fim o superego que é a sociedade repressora. Os seres humanos balançam entre tais limites. Diante de cada situação, o ser humano vê-se tentado a agir negativamente (esperança que nada aconteça) ou positivamente (temor da repressão). Se tem esperança que nada irá acontecer, o ser humano avança e ultrapassa os limites da ética e invade o da corrupção (acha que não há gravação ou testemunhas); se acredita que poderá ser pego, pensa em sua situação familiar e se detém nos limites do lícito. É a inolvidável lição de Spinoza (“Ética”).

As empresas têm, então, que monitorar, por órgãos que institui, toda tramitação de sua produção, do contato com outras empresas e com os diversos entes federativos. Tem que estar atenta para que as coisas se desenvolvam por preços justos e adequados às tratativas que enceta.

Os diretores devem exigir dossiês dos órgãos de controle. Gráficos, indicação de situações sensíveis e conter informações financeiras, jurídicas e criminais sobre todo o andamento da empresa. Grande ou pequena, pouco importa. As tentações estão em todas as portas.

A diretoria deve estar atenta porque a tentação à fraude, à manipulação de números, de resultados tudo pode estar sendo alterado para mistificar a conduta e dar transparência de seriedade quando em verdade, empregados mal acostumados buscam vantagens indevidas.

**POR QUE É IMPORTANTE O COMPLIANCE?** Hoje, as empresas e o Estado devem apresentar-se de maneira hígida no mundo econômico. Devem demonstrar, qual mulher de César, não só serem bem intencionadas e puras, mas serem-no, efetivamente.

Por tal razão é que devem instituir mecanismos internos de controle para se apresentarem perante os que com elas vão contratar ou manter qualquer relacionamento, que são idôneas e assim se apresentam.

É o que o mundo todo exige tal prática. Se, num exame interno, permitido pela empresa ou pelo Estado ficar demonstrado que se mantém rigoroso controle de práticas e condutas, a entidade se apresenta absolutamente proba perante terceiros. Isso tem valor de mercado.

**PRÁTICAS REGULATÓRIAS. PREVENÇÃO DE RISCO:** As práticas regulatórias são *internas* ou *externas*. Prevenir sempre foi melhor que remediar. A existência de mecanismos internos de controle é essencial na sobrevivência de uma empresa. Deve instituir, por qualquer meio formal, a presença de órgão de controle. Alguma autoridade há de fiscalizar, controlar e determinar retificações de comportamentos. A só presença de tal órgão será bastante indicativa de que determinada empresa cuida da seriedade da prática de seus atos, de sua produção e de suas vendas.

De outro lado, a seriedade na expedição de ordens de serviço, de documentos fiscais, de certificado de mercadoria será indicativa da seriedade externa da empresa. Dentro dela, os *stakeholders*, ou grupos de interesse que afetam o planejamento, dão seriedade ao comportamento empresarial.

Podem surgir pontos de conflito entre diversas áreas. Deve existir alguém na instância intermediária para corrigir os rumos e apurar as diferenças. Confrontos surgem em qualquer hipótese. O importante é não deixar que os desentendimentos se alastrem de forma a macular o funcionamento da estrutura. Daí a importância de órgãos de solução rápida dos conflitos que surjam.

Toda estrutura se destina a prevenir riscos, ou seja, a vida empresarial há de ser a mais correta possível. O risco pode causar danos à empresa. Não o risco comum dos negócios, a álea existente em todos os relacionamentos humanos, e especialmente os contratuais. A gestão de prevenção do risco se destina a evitar possíveis perdas materiais ou humanas. Os sistemas devem estar interligados para serem acionados a qualquer risco. Se uma peça não funciona impõe-se sua troca. Para a empresa o que interessa é a eficiência econômica com o mínimo de risco. Sua prosperidade financeira depende de que tudo funcione a contento. Há que existir prevenção de risco e mecanismos que o detectem tão logo possam surgir e que sejam evitados ou consertados.

**O DIREITO ADMINISTRATIVO. FORMAS DE CONTROLE:** A existência de normas de controle de todas as atividades empresariais se aplica ao direito administrativo. Nem mais nem menos. A diferença é que as primeiras incidem sobre a atividade empresarial e servem para qualquer empresa, enquanto que as demais dizem respeito ao Estado.

As portas da Administração Pública foram arrombadas diante do quadro calamitoso constatado nas gestões Lula e Dilma. Nenhuma indicação de ideologia política, mesmo porque a corrupção sempre grassou no interior da Administração Pública. Tenho afirmado que basta uma investigação detalhada sobre qualquer Ministério ou Secretaria da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, para que se constate o estado lastimável do interior da Administração Pública. Aparecerá, então, uma situação cancerosa, pútrida e corroída pela corrupção.

A colusão foi quase perfeita. Agentes públicos e privados se uniram para literalmente roubar (em sua expressão mais significativa e popular) o erário público. Forjavam-se contratos, superfaturavam valores, emitiam notas fiscais frias e realizavam todo tipo de procedimento para fraudar os costumes e os recursos públicos. Procedem, como dizia o Padre Vieira em um de seus sermões dirigidos ao rei, em que afirmava que os exploradores vinham ao Brasil não para querer “nosso bem, mas nossos bens”.

O conluio que se operava entre meliantes do lado empresarial e bandidos do lado do Estado resultava em odioso conúbio para o assalto aos cofres públicos.

Todo esse período foi esgarçado durante a denominada Operação Lava-Jato que se desnudou perante a população brasileira a ladroagem escancarada da classe política e da estrutura empresarial.

O mundo jurídico brasileiro possui os mecanismos necessários para impedir e obstar a realização de práticas nocivas ao erário. Nem por outro motivo é que o art. 70 da Constituição Federal estabelece: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e, pelo sistema de controle interno de cada poder”.

O dispositivo é completo. A fiscalização opera-se em todos os setores onde esteja envolvido qualquer dispêndio de dinheiro.

O parágrafo único do art. 70 da Constituição dispõe sobre a prestação de contas que cabe a toda e qualquer “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

O que mais é necessário para que o Estado exerça controle adequado e preciso sobre todas as contas públicas?

Há, pois, o controle externo exercido pelo Congresso Nacional e o interno por cada poder. O primeiro é exercido “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71 da Constituição Federal).

Em complemento a tais determinações sobreveio a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) que outorgou ao Estado instrumentos hábeis de controle de todas as despesas públicas e respectivos controles.

O que se diz é que de normas estamos satisfeitos. Resta executá-las e pô-las em prática (Norberto Bobbio, “A era dos direitos”, ed. Campus, 1992, pág. 25).

O que ocorre, no entanto, a ponto de termos que debruçar sobre desvios de comportamento de toda ordem, por parte dos agentes públicos e pelas empresas que buscam exaurir o erário público?

Tudo deveria funcionar adequadamente. Os servidores públicos deveriam dignificar as funções e cargos que ocupam e, pois, impedir que pudesse existir qualquer desvio de recursos. De seu lado, os empresários igualmente deveriam comparecer perante o Poder Público para disputar seus contratos com dignidade e lisura.

Vê-se, no entanto, que não é o que sucede. Desvios de comportamentos existem de parte a parte. Como fazer para controlá-los? Através do *compliance*.

**COMPLIANCE:** Outra coisa não significa senão controle em decorrência de um código de conduta sob um plexo de normas que objetiva impedir desvios. É a sujeição à lei. Não há qualquer novidade. O que se passa é que se aproveita uma palavra inglesa e, mesmo sem tradução, busca aplicação em nosso direito. Significa que não devemos nos corromper, nos prostituir em relação ao erário público, nos aproveitar de momentos para apropriar-nos do que não é nosso. É respeitar a coisa pública. É agir com civilidade.

Cuidei do assunto no “Curso de Direito Financeiro”, ed. Malheiros, 2018, capítulo 14.18.6. Ali deixei claro: “As empresas desenvolvem tal política em quatro vertentes: a) treinamento de empregados em todos os níveis sobre a política anticorrupção; b) desenvolvimento de um código interno de condutas que verse sobre tratamento com clientes, com prestados de serviço, entre funcionários, etc.; c) criação de canais internos e externos que facilitem a comunicação sobre atos suspeitos; e d) controle de atos que se desviem de objetivos do *compliance* dentro da empresa” (ob. Cit., pág. 397).

Acrescente: “Não há uma estrutura-padrão para a política de cumprimento de lei; em regra, ela se guiará pela complexidade da atividade da empresa e pelas normas regulatórias do setor, com o objetivo final não só de cumprir com as normas regulatórias, mas também de evitar a incidência de tipos penais” (idem, ibidem).

Ocorre que a palavra tomou conotação de combate à corrupção que se instaurou no país. Buscam mecanismos para impedir que o dinheiro público escoe pelos ralos da corrupção.

Temos, então, os órgãos de controle (interno e externo) que não funcionam. É imperioso fazê-los agir.

O que ocorre em empresa privada? Seus próprios donos (Odebrecht é caso típico) no afã de lucrarem o mais possível à custa do Estado cooptam servidores e com eles celebram pactos indecorosos e corruptos.

Há aliança entre os desejos particulares com a ganância de agentes públicos. Tudo se consuma. O importante é relacionar os mecanismos de controle com os diversos tipos penais que existem.

Em que áreas se pode aplicar o *compliance*? Em todas aquelas que demandam fluência de dinheiro. O bom comportamento que desenvolve práticas de controle incide sobre a área empresarial, por exemplo. Mas, não só. Aplica-se às relações de trabalho para definir direitos e obrigações de todos os

servidores, desde diretores de empresa, servidores da alta administração até os empregados. Sem se deter em qualquer das escalas.

Ademais, propicia que o empregado tenha um instrumento de denúncia e que possua comunicação fácil com as estruturas de controle da empresa. Durante todo o período de trabalho, o empregado está ciente que tem que se comportar dentro de padrões éticos traçados pela empresa e que qualquer desvio dele ou dos demais empregados pode redundar em prejuízo de todos. O resultado dá a ele segurança e proporciona resultados produtivos.

Do ângulo *tributário* há também a responsabilidade de cumprir normas de cunho ético. O recolhimento do tributo a tempo é dever do contribuinte. De outro lado, a concessão de benefícios tributários e financeiros, tais como isenções, subsídios pode ensejar desvios indesejáveis para pessoas físicas e jurídicas.

Da mesma forma, no cumprimento de *obrigações acessórias* o *compliance* funciona de forma a propiciar o armazenamento de documentação fiscal, adequada emissão de notas fiscais e acompanhamento do cumprimento de todas as obrigações.

Os exemplos se multiplicam e são aplicáveis no direito esportivo, no penal, carcerário e todos os demais ramos do direito.

O controle de tudo busca refrear o ânimo das pessoas na prática de crimes e infrações administrativa. Vejamos como elas funcionam.

*LAVAGEM DE DINHEIRO E TERRORISMO: Os desvios* de recursos públicos podem servir para bancar atividades terroristas. Os ataques de 11 de setembro nos Estados Unidos serviram para despertar o mundo para o problema da lavagem de dinheiro que estaria propiciando recursos para financiar o terrorismo. A sequência de atentados em todo o mundo fez que com os Estados despertassem para a gravidade do problema e instituíssem mecanismos de controle sobre a internacionalização de ativos financeiros.

Através da Lei nº 13.260/2016 o Brasil incorporou diretrizes internacionais. Transferências bancárias, empréstimos pessoais, auxílios sociais viraram práticas passíveis de controle. O COAF é o órgão a quem cabe detectar tais problemas e acusar lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo.

*CORRUPÇÃO: Esse tem sido um dos mais sérios problemas* por que o Brasil tem passado. A Lei nº 12.846, de 1º/08/2013 é o diploma legal que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, tal como consta da sua epígrafe.

O art. 5º define o que são *atos lesivos* à Administração Pública e o art. 6º prevê a responsabilidade administrativa. Em juízo pode haver a apuração de tais infrações com aplicação das respectivas sanções.

Tratei longamente da corrupção no “Curso de Direito Financeiro”, 8. ed., Malheiros, capítulo 14.

No âmbito criminal o problema vem tratado na Lei nº 10.467/11-6-2002 que criou o COAF e define crimes financeiros.

Há diversas definições do que seja corrupção (ver “Curso de Direito Financeiro”, citado, capítulo 14, item 14.1, p. 372). Envolve toda e qualquer forma de descumprimento das leis para atender a interesses particulares e escusos. Há o polo ativo (exigência de alguma coisa) e o passivo (recebimento de algo).

**ACORDO DE LENIÊNCIA:** A Lei nº 12.846/2013 instituiu, no Brasil, o acordo de leniência.

**ORIGEM:** O pacto de leniência surge no direito norte americano, sendo que o programa para corporações data de 1993 e para indivíduos de 1994. A gênese do programa data de 1978 e atribuiu-se competência ao Departamento de Justiça (Divisão antitruste) para apurar os fatos e operar o acordo.

O pressuposto é que a empresa tenha praticado infração à ordem econômica. Inspecionada ou apurada a prática da infração, ela passa a colaborar com as investigações. Se de tal colaboração lograr a identificação de outros coautores (inciso I do art. 35-B) e resultar na “obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação” (inciso II) lavra-se o pacto.

Há, pois, requisitos imprescindíveis para a identificação da lavratura do acordo.

**REQUISITOS:** A empresa deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração objeto da investigação (inciso I do § 2º do art. 35-B da Lei nº 10.149/2000), deve cessar seu envolvimento (inciso II) na prática infracional e se a Secretaria de Desenvolvimento Econômico já não dispuser de elementos que identifiquem a prática abusiva (inciso III) e, por fim, que haja confissão de sua participação no ilícito e coopere com a apuração (inciso IV), ela poderá obter o acordo.

De teor semelhante o art. 16 da Lei nº 12.846/2013 tendo “a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública” a atribuição de celebrar o acordo de leniência.

As exigências podem ser cumulativas e não exclusivas, ou seja, a empresa que busca o benefício do pacto deve atender a todos os requisitos previstos na lei.

**O ACORDO:** No interior do processo administrativo é que cabe o denominado *acordo de leniência*, isto é, a confissão do ato infracional pela empresa (ou indivíduo) e sua disposição de ajudar na identificação de outras empresas que igualmente praticaram atos contra a ordem econômica e apontar quais atos foram praticados. Não basta a intenção da colaboração. Hão que ser identificadas empresas e atos infracionais.

O decisivo para a celebração do pacto é o atendimento às exigências constantes do art. 16, I e II da Lei nº 12.846/2013, ou seja, a identificação de outros (ou outro) envolvidos na infração ou documentos que comprovem, acima de qualquer dúvida, o ato corruptivo.

A partir daí é que se efetua o pacto. As regras informadoras de tal acordo são as mesmas que identificam a denominada delação premiada no campo

penal. O importante é que do comportamento da empresa resulte avanço nas investigações e se logre, de forma efetiva, a identificação de outras empresas envolvidas em desvios econômicos ou descumprimento das leis a respeito e haja identificação de atos praticados por elas.

O acordo deverá ser sigiloso. O sigilo se dá às informações fornecidas pela pessoa jurídica e a investigação com base nas informações recebidas. Não se pode confundir com a aceitação de realizar o acordo de leniência, pois a informação que determinada que a empresa realizou o acordo de leniência é pública com base no disposto no art. 6º da Lei nº 12.846/2013.

**AS MULTAS:** Embora o acordo busque a suavização da punibilidade do infrator que teve participação na atividade ilícita contra a administração pública em troca da colaboração com as investigações, há a necessidade de pagamento da multa e implementação de política interna de *compliance*. A palavra outra coisa não significa senão o procedimento para o cumprimento das leis e demais normas.

As multas são sanções. Não têm natureza tributária. Punem o descumprimento dos deveres jurídicos.

Para o direito penal a multa é caracterizada como pena de cunho pecuniário. Como já afirmamos, a multa “é sanção de tipo pecuniário que atinge o patrimônio do transgressor de uma norma administrativa, a título de dano presumido da infração, ou de cunho meramente punitivo” (Regis Fernandes de Oliveira, “Infrações e sanções administrativas”, 3. ed., 2012, RT, p. 142).

O acordo dá-se antes do início do processo penal. A condenação na pena *multa* não seguirá exatamente a mesma natureza jurídica com a mesma destinação das penas de multa provenientes da condenação em processo penal.

**A PENA PECUNIÁRIA DE CARÁTER PENAL E A DECORRENTE DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA:** A sanção nada mais é do que a consequência pelo descumprimento da norma. O objetivo é intimidação.

Para o estudo do acordo de leniência, cabe mencionar que se trata de pena pecuniária decorrente de infração administrativa, o que não quer dizer que a empresa colaboradora não poderá responder por conduta criminosa e, consequentemente, ficar sujeita à pena pecuniária de caráter penal criminal.

Impõe-se saber, agora, ante o pagamento da sanção pecuniária, como entra para os cofres públicos do ângulo financeiro.

**A MULTA COMO RECEITA FINANCEIRA:** As multas aplicadas em decorrência de acordos de leniência não são meras entradas (ingressos destinados à devolução). Constituem receitas, isto é, entradas definitivas aos cofres públicos. Enquadram-se no conceito de receitas derivadas, ou seja, decorrem de relação de direito público. Na precisa classificação de Aliomar Baleeiro as “multas, penalidades e confisco” estão previstas como receitas derivadas (“Uma introdução à ciência das finanças”, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, pág. 131). Assim também tratamos a matéria (Regis Fernandes de Oliveira, “Curso de direito financeiro”, ed. RT, 2015, 7. ed., p. 262).

Não se trata, é bom frisar, de reparação de dano. Se assim fosse, a hipótese se encartaria em mero movimento de caixa, e não identificaria receita pública.

A aplicação da multa é a reação do ordenamento jurídico ao ilícito. É a sanção pecuniária. Tem conteúdo recuperatório.

Os recursos que dela advêm ingressam nos cofres públicos no caixa geral. Não têm destinação específica. Ingressam como receitas para compor o bolo das receitas derivadas e cabe ao Executivo, através da proposta orçamentária, dar o destino que quiser, dentro da discricionariedade que lhe cabe na predisposição das políticas públicas.

Ressalte-se que não se pode confundir o tributo com o ingresso financeiro. Na hipótese, a entrada resulta de *acordo* e, pois, não age o Estado com sua imperiosidade a tornar exigível e executório o comportamento de entregar dinheiro aos cofres públicos.

Em síntese, eis como o pacto se resolve em ingresso financeiro.

Do assentimento do Estado e da concordância do infrator que colabore efetivamente (e mediante produção de resultados) com a indicação de outros infratores, daí resultando benefício à moralidade administrativa e diminuição de prejuízos econômicos ao erário, procede a celebração do pacto.

Ocorre que nem tudo são flores.

**AS PAIXÕES NO ÂMBITO DO COMPLIANCE:** Tenho dedicado boa parte de meu tempo em estudar a influência das paixões no direito e em todos os comportamentos humanos. Afirmando que “o homem é o que é” (Regis Fernandes de Oliveira, “Interpretação, paixões e direito – o sentimento trágico do direito e seu ignorado aspecto fenomenológico”, ed. Novo Século, 2019, p. 74). Só que ele não vive sozinho e tem toda influência do meio, do mundo e do Outro (aquí compreendidas todas as pessoas).

Assim, o homem é sujeito à disposição dos sentimentos. Não “tem o controle de seus sentimentos” (ob. cit., p. 83). Como já me referi antes a lição de Spinoza é notável. “Ele balança entre a *esperança* e o *medo*. A saber, a esperança é o sentimento futuro de que nada de mal ocorrerá. O medo pode se desdobrar em medo do futuro e do passado. O medo do passado assombra pela possível repetição do mal. O do futuro busca impedir que algo de ruim aconteça” (ob. cit., p. 83). “Entre os dois o ser humano oscila. A ação dependerá de que afeto prevalecer no seu conflito interno” (idem, *ibidem*).

Daí decorre que o ser humano se vê tentado pela prática de algum ato desonesto (oferta pecuniária ou alguma posição) e oscila entre aceitá-la (com o que recebe algum benefício pessoal ou funcional) ou não. Os dois sentimentos, medo e esperança estão em jogo. O primeiro diz que não deve entrar em qualquer falcatura; o segundo instiga-o a aceitar a proposta.

Ele dará uma solução, aceitando ou não a proposta. Depende de que sentimento prevaleceu na tomada de solução. Estou afirmando que não é o argumento racional que funcionou. Mas, o sentimento. É ele que está movendo o sujeito.

Por maiores mecanismos de controle que a instituição estatua e por maior controle hierárquico que exista, sempre surge a possibilidade de desvios funcionais.

Esse é a função do *compliance* no âmbito do direito administrativo, qual seja, de impedir que tais desvios ocorram. Daí a instrumentalização de um plexo de mecanismos de controle. Não só o hierárquico, mas o revisional, a cumulação de assinatura de servidores, isto é, dois deverão subscrever o documento. Tudo no sentido de dificultar o comportamento desviante.

**O COMPLIANCE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS:** A Lei nº 13.709/2018 veio disciplinar forte aspecto da vida das pessoas que ficava sem proteção. As informações pessoais do indivíduo integram sua privacidade e sua intimidade. Todos devem estar protegidos contra indevida ingerência na vida pessoal.

A lei impõe a responsabilidade do violador. Mas, os dados estarão depositados em algum banco, junto à Receita Federal, em financiadoras de veículos e de imóveis, junto a informações (públicas, mas eventualmente a pessoa busca mantê-las guardadas), o Serasa também. Eventualmente pessoas possuem contas legais no exterior. As que buscam mantê-las ilegais não divulgam seus endereços ou acertam divulgação codificada.

É importantíssimo que empresas possuam mecanismos de controle para que informações importantes e privativas não vazem para quem quer que seja. Não só sob responsabilidade de um empregado, mas de um comitê gestor.

Vê-se que estreita relação entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a responsabilidade da empresa em face do controle que deve existir.

**ASPECTOS IMPORTANTES NO DIREITO ADMINISTRATIVO:** No Direito Administrativo a aplicação do *compliance* ocorre em todas as áreas. Tanto quanto tem aplicação no campo de todos os ramos do direito, o Direito Administrativo não foge à regra. Uma das determinações constitucionais, como já se viu, é que os órgãos administrativos exerçam atividade de controle sobre suas atividades. O controle externo que é exercido pelo Tribunal de Contas e o interno por mecanismos que cabe à Administração Pública estabelecer.

A determinação alcança não apenas a Administração Direta, mas também a todos, as pessoas jurídicas e órgãos da Administrativa Indireta e da Descentralizada. Todos os sujeitos que, de alguma forma, exerçam atribuições próprias do Estado são alcançados pela determinação de controle. Nada escapa ao art. 74 da Constituição Federal.

O primeiro passo para aplicação é a instituição de órgãos próprios de controle. Não se pensa no Tribunal de Contas, mas nas competências internas do Poder Público. Há que se designar um órgão competente para tanto. Em segundo lugar, impõe-se a instituição de controle hierárquico. Controle de forma e de mérito.

Os três poderes do Estado deverão manter “de forma integrada, sistema de controle interno” (art. 74 da Constituição Federal). Vê-se que a determinação alcança toda e qualquer ação do Poder Público. Independentemente de se cuidar de despesa pública, o que se cingiria ao âmbito do Direito Financeiro. A finalidade prevista no art. 74 não é apenas relativa a gastos, mas alcança todo e qualquer comportamento do Estado. É que, fatalmente, quando age, despende.

Quando se fala em licitação e contrato administrativo tais atos importarão em despesa pública. Impõe-se, então, a comprovação da legalidade (inciso II do art. 74) e avaliação dos resultados “quanto à eficácia e eficiência” (dois requisitos importantes na demonstração de ter agido o servidor com prudência).

O Poder Público traça os mecanismos de controle que deve ser exercido por todos os servidores. Todos são responsáveis pela boa exaçaõ das atividades estatais. Qualquer desvio pode ser punido. Daí se impõem as sanções administrativas estudadas por grandes especialistas.

A cada ação correspondente um comportamento adequado. O desvio caracteriza o ilícito e, pois, enseja a aplicação das sanções.

Não há qualquer campo que fique fora do *compliance*, entendido como a obediência aos processos e procedimentos legais.

Fala-se também no sistema de controle que incide sobre as entidades da Administração Indireta.

Em suma, nada escapa do controle. Como a atividade administrativa cuida dos interesses públicos, tudo há de ser submetido ao controle rigoroso do Estado, através dos mecanismos que instituiu.

A angústia do estudo agigantou-se por força da Operação Lava-Jato e, na sequência, outras tantas operações levaram à prisão ou afastamento de inúmeros agentes públicos e empresários. A maioria condenada.

É, pois, essencial que o Estado estruture agentes administrativos para exercer diversos tipos de controle. Detectada qualquer falta ou infração, o ordenamento normativo tem mecanismos de reação através das sanções. Estas são aplicadas pelos próprios agentes públicos, sem prejuízo de sanções criminais e indenizações civis a serem aplicadas pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma o Parlamento tem instrumentos para exercer sua atividade específica, podendo sustar atos administrativos e indicar contratos para a mesma providência, bem como instaurar Comissões Parlamentares de Inquérito para apurar fato determinado.

Ao lado de tudo, existe o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas como órgão auxiliar (há muita discussão sobre o assunto, mas entendemos que o Tribunal tem *status* constitucional e suas competências são indelegáveis) do Congresso Nacional.

Em suma, há toda uma parafernália legislativa e administrativa a fornecer ao Estado um plexo de atribuições para que cuide da higidez de seu procedimento. Fiscaliza não apenas o comportamento de seus servidores, mas também no relacionamento com particulares em relação com a Administração Pública.

O eficiente exercício do controle administrativo resulta em idoneidade do Estado em sua relação com terceiros, bem como a moralidade que deve imperar no trato da coisa pública.

O importante é fazer com que toda a estrutura administrativa funcione, não apenas em nome da ética, mas também na eficiência do controle dos gastos públicos. 





DIVULGAÇÃO

## Algumas ponderações sobre o ativismo judicial a partir das decisões do STF<sup>1</sup>

■ POR RAFAEL LAFFITTE FERNANDES E ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON

**“Uma posição ativista do Poder Judiciário deve ser feita com parcimônia, devendo haver certa deferência do Poder Judiciário com as escolhas feitas pelo Parlamento e pelo Poder Executivo, na medida em que não se pode presumir que somente o Poder Judiciário tem a sapiência necessária para interpretar e aplicar a Constituição.”**

**E**m 5 de outubro de 1988, surgia a nova Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Fruto do trabalho de 559 parlamentares, a nova Carta Magna teve como objetivo redemocratizar o País após longo período de ditadura militar.

O então Deputado pelo PMDB/SP, Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, ao discursar quando da promulgação da nova Constituição, chamou-a de “Constituição Cidadã”, “documento da liberdade, da democracia e da justiça social do Brasil”<sup>2</sup>, tendo em vista que a Constituição de 1988 foi elaborada com o intuito de documentar e assegurar direitos que garantiriam uma cidadania eficaz e ativa.

O texto constitucional, consagrando a Teoria da Tripartição dos Poderes, aduz, em seu art. 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ao longo do seu corpo, a Carta Magna deixa claro que não adotou uma divisão rígida na função de cada Poder, permitindo que um determinado Poder exerça, além da função típica, as chamadas funções atípicas.

Assim, o Poder Legislativo, além de exercer sua função típica (legislar e fiscalizar o Poder Executivo), tem atribuições executivas (realiza licitações e concursos públicos, por exemplo) e judiciais (o Senado julga diversas autoridades acusadas de crime de responsabilidade); o Poder Executivo, cuja função típica é administrar, pode editar Medidas Provisórias que têm força de lei (ato de caráter legislativo, portanto), bem como emite decisões em processos administrativos (ato de natureza judicial); o Poder Judiciário, por sua vez, além de julgar (sua função típica), tem funções atípicas legislativas (na elaboração dos Regimentos Internos dos Tribunais) e executivas (realiza licitações e concursos públicos, etc.).

Percebe-se, portanto, que cada Poder, através de funções típicas e atípicas, tem a responsabilidade de promover a solidificação dos direitos fundamentais.

A noção clássica do papel do Poder Judiciário assevera que a função do juiz é aplicar a lei ao fato concreto, lei está fruto do trabalho do Poder Legislativo.

Os magistrados seriam a “boca da lei”<sup>3</sup>, como disse Montesquieu. Posteriormente, aos juízes foi reconhecido o direito de interpretar as leis, mas dentro da lógica jurídica estabelecida pelo Parlamento. Com o passar do tempo e o surgimento do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário, em diversos países, recebeu autorização constitucional para funcionar como “legislador negativo”, podendo invalidar leis e atos dos demais Poderes que contrariassem a Constituição.<sup>4</sup>

O próprio Supremo Tribunal Federal (daqui para frente chamado pela sigla STF) inclusive é explícito ao dizer que a ele não cabe o papel de legislador, como se depreende da Súmula 339/STF: “Não cabe ao poder judiciário, que *não tem função legislativa*, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (Grifos nossos). No julgamento do mandado de segurança nº 22.690, o ministro Celso de Mello explicita:

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48

– RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.” (STF. Pleno. MS/CE nº 22.690. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-97, DJ de 7-12-06, p. 36)

Entretanto, tem sido observado no sistema constitucional comparado que o Poder Judiciário tem rompido esse conceito clássico e se manifestado pró-ativamente em questões de alta relevância e impacto, como lembra Barroso:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo.<sup>5</sup>

No Brasil não tem sido diferente. O STF tem, nos últimos anos, se pronunciado sobre diversos temas de grande relevância: afirmou ser constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas (ADI nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004); julgou inconstitucional a chamada “cláusula de barreira”, que restringia direitos aos partidos políticos sem expressão (ADI nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7/12/2006); autorizou a greve no serviço público (MI n] 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007); declarou constitucional lei que dava passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI nº 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8/5/2008); vedou o nepotismo nos três Poderes (Súmula vinculante nº 13, aprovada na Sessão Plenária de 21/08/2008); determinou a fidelidade partidária (ADI nº 3.999 e ADI nº 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12/11/2008,); autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29/5/2008); decidiu pela demarcação contínua

da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, a ser ocupada apenas por grupos indígenas (Pet nº 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009); sentenciou pela inexigibilidade de diploma para o acesso e exercício da profissão de jornalista (RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17/6/2009); reconheceu a união estável de casais homossexuais (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5/5/2011); liberou a chamada “Marcha” pela legalização do uso da maconha (ADI nº 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011.); declarou constitucional a “Lei da Ficha Limpa” (ADC nº 29; ADC nº 30 e ADI nº 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16/2/2012); autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012); considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais (ADPF nº 186, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/04/2012) e sociais (RE nº 597285 com repercussão geral, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/05/2012) para seleção de estudantes em Universidades.

## O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

### Em busca de um conceito de ativismo judicial

A atuação recente do STF reacendeu o debate, no Brasil, em torno do chamado “ativismo judicial”.

Definir ativismo judicial é uma missão difícil, na medida em que existem diversas acepções para o termo, muitas vezes empregado em sentido pejorativo pelos seus críticos.<sup>6</sup>

O ativismo judicial, em um sentido amplo, implica em um progressivo deslocamento, para o Poder Judiciário, de decisões que, *a priori*, não seriam de sua alçada.<sup>7</sup> Há, assim, uma mudança do papel do Poder Judiciário no arranjo político-institucional, que passa a ter uma posição proativa na efetivação de direitos fundamentais e concretização de políticas públicas.

O ativismo seria, portanto, um “ir além” do Poder Judiciário em relação as suas funções típicas, o que ganhou força diante das exigências da democracia moderna, que exige do Poder Judiciário uma jurisprudência que rompa com a concepção rígida da separação dos poderes.

Apesar da citada dificuldade, utilizar-se-á o conceito empregado por Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;

(iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>8</sup>

Deve-se frisar que ativismo judicial (gênero) não se confunde com judicialização da política e com a criação judicial do Direito (espécies).<sup>9</sup>

A judicialização da política consiste em sentenças judiciais que substituem os atores políticos (Legislativo e Executivo) na tomada de decisões que seriam, *a priori*, naturais e exclusivas dos mencionados atores.<sup>10</sup> A criação judicial do Direito, por sua vez, ocorre quando o Poder Judiciário, ao interpretar a norma, amplia seu sentido para abarcar situações que aparentemente não foram previstas pelo Parlamento.

Para efeitos deste artigo, vamos considerar o processo de judicialização da política bem como da criação judicial do Direito como modalidades do ativismo judicial, onde o Poder Judiciário realiza funções típicas de natureza política demais Poderes (judicialização da política) ou inova criativamente no ordenamento jurídico (criação judicial do Direito). Ademais, não queremos neste trabalho entrar em uma discussão que pode acabar no campo da semântica.<sup>11</sup>

## Em defesa do ativismo judicial

O principal argumento a favor do ativismo judicial é que, diante da retração dos demais Poderes, que falham na efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário, dentro da sua missão de guardião da Constituição, interpretar o texto constitucional de forma a extrair o máximo de sua efetividade, criando situações não previstas explicitamente na norma, mas que decorrem de valores implícitos no corpo constitucional.

Pensamos que a atuação do Poder Judiciário em esferas atípicas decorre da somatória de vários fatores.

Em primeiro lugar cumpre lembrar que a Constituição Federal de 1988 determinou ao Estado a obrigação de satisfazer diversos direitos fundamentais, sendo missão do Poder Público, como aduz o preâmbulo da Carta Magna, “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Ao longo do texto constitucional encontra-se diversos dispositivos que reforçam o enunciado preambular: a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República (art. 1º); a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República (art. 3º); todos têm direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º); são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º); é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23,

inc. X); a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170); o sistema financeiro nacional de ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (art. 192); a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193); a seguridade social deve ter universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, inc. I); a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196); a previdência social tem como objetivo resguardar o trabalhador (art. 201); a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (art. 203); a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205); o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215); é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (art. 217); o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218); todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225); a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226).

Em segundo lugar, o nosso modelo de controle de constitucionalidade ganhou relevante amplitude com a Constituição Federal de 1988. O STF, através da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a*), bem como como através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), possui legitimidade tanto para anular atos inconstitucionais de todos os Poderes, bem como pode determinar a ação destes quando a omissão violar direito constitucional. As decisões, nesses casos, “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, § 2º).

Em terceiro lugar, o movimento neoconstitucionalista ganhou força no Brasil, em parte impulsionado justamente pela descrença populacional nos Poderes Executivo e Legislativo. O citado movimento prega uma maior valorização dos princípios constitucionais, através de uma leitura constitucional do Direito positivo que, para ser aplicado, deve antes passar por uma filtragem valorativa constitucional.<sup>12</sup> Há uma aproximação do Direito com a Moral.<sup>13-14</sup>

Em quarto lugar, a Constituição Federal fortaleceu determinados órgãos que colaboram para que as omissões do Estado sejam levadas ao Poder Judiciário. O Ministério Público tem independência funcional, administrativa e financeira para proteger (através de ação civil pública, por exemplo) os interesses difusos e coletivos, além dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127 a 130). A Defensoria Pública, que também goza de independência funcional, administrativa e financeira, presta assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 134). As duas instituições constantemente têm levado ao Poder Judiciário demandas envolvendo a efetivação de direitos fundamentais e/ou correções dos atos dos gestores públicos.

Em quinto lugar, pode-se destacar que a Carta Política de 1988 prevê mecanismos de controle popular dos atos do Poder Público: garantiu a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. 5º, LXXIII); tornou plena a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII), podendo tais associações fiscalizar a Administração Pública e, desde que regularmente criadas, têm legitimidade para interpor ações judiciais contra atos do Poder Público (inclusive, ações civis públicas, conforme a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007); assegura o direito de impetrar mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI).

Em sexto lugar, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Além disso, o inciso XXXV do art. 5º aduz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Constata-se, portanto, que o nosso modelo constitucional obriga o Poder Judiciário à, sempre que provocado, agir no sentido de efetivar os direitos fundamentais quando estes sofrerem uma violação.

Em sétimo lugar, certos temas envolvem questões polêmicas e, por terem um custo político muito alto para quem toma determinada posição sobre a matéria, não são decididas pelos Poderes Executivo e Legislativo de forma proposital, já que estes têm receio da reação da opinião pública. Isto posto, essa inércia deliberada acaba, muitas vezes, levando ao Poder Judiciário, que não depende da vontade dos eleitores, a missão de solucionar tais questões.

Em oitavo lugar, a Carta Magna utiliza conceitos jurídicos indeterminados e polissêmicos (como por exemplo dignidade, função social, moralidade, ordem pública dentre outros), bem como a figura das cláusulas gerais,<sup>15-16</sup> que podem ter significados diferentes diante de cada caso concreto, o que estimula a atuação concretizadora do intérprete.

Por fim, as minorias políticas, derrotadas no Parlamento, têm ajuizado ações no Poder Judiciário para que este assegure sua participação no processo político.<sup>17</sup>

## Manifestação do ativismo no casuísmo jurisprudencial

Todo esse cenário fortaleceu a atuação do Poder Judiciário, que tornou-se extremamente atuante na concretização dos direitos fundamentais, deixando de ser apenas legislador negativo, tendo a jurisprudência um papel criativo e não e mera subsunção dos fatos à norma escrita. No julgamento da ADI nº 3.510 (células-tronco embrionárias), assim se manifestou o Min. Gilmar Mendes em seu voto:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. [...] Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.<sup>18</sup>

No julgamento do Mandado de Injunção nº 721/DF (rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/08/2007) o STF disse ser dever do Judiciário, tendo em vista o art. 5º, LXXI e seu § 1º, da Constituição Federal, “não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, cabendo ao Poder Judiciário “viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador.”<sup>19</sup>

Percebe-se, assim, que o STF não mais se contenta com o chamado “apelo ao Legislador”, onde o Poder Judiciário, apenas, declara a mora do Parlamento, recomendando que este faça a legislação cuja ausência impede o exercício pleno de determinado direito fundamental.

A ideia de “apelo ao Legislador” é uma decorrência natural da teoria da separação dos poderes, na medida em que o Poder Judiciário não pode, em tese, obrigar o Poder Legislativo à legislar, determinando o trancamento da pauta do mesmo até que a legislação seja elaborada. Todavia, o Poder Judiciário, diante da omissão do Parlamento, tem solucionado as lacunas legislativas através de decisões que preenchem o vácuo legislativo.

Destaca-se dois exemplos.

O primeiro é o caso da greve no Serviço Público. A Constituição Federal, em seu art.37, inciso VII, aduz que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Trata-se de norma de eficácia limitada, ou seja, enquanto não sobrevier a lei de que trata o inciso, os servidores públicos teoricamente ficam impedidos de exercer o direito de greve. Tendo em vista que o Poder Legislativo nunca editou a citada lei, o STF, ao julgar o Mandado de Injunção nº 708, decidiu que a omissão do Parlamento em regulamentar a matéria era tal que cabia ao Poder Judiciário agir no caso, tendo o STF decidido pela aplicação da Lei Geral de Greve (Lei nº 7.783/89) aos servidores públicos enquanto não surgir a lei específica do art. 37, inciso VII:

Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). (...) Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). (Grifos nossos).

O segundo exemplo foi o caso discutido na ADPF nº 54, que tratava da autorização para a interrupção da gravidez de feto anencefálico, claro exemplo que envolveu o debate acerca do neoconstitucionalismo e da legitimidade do Poder Judiciário para atuar como legislador positivo.

O art. 128 do Código Penal apenas autoriza o aborto em duas hipóteses: se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) e se a gravidez resulta de estupro. O STF autorizou o aborto no caso objeto da ADPF. O relator, Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, afirmou:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode

ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. [...]Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.<sup>20</sup>

A citada decisão foi vista como uma decisão ativista, no sentido de que criou uma terceira hipótese de aborto autorizado, o que deveria ter sido feito pelo Parlamento, como ressaltaram, inclusive, os votos vencidos dos demais Ministros.

O Ministro Ricardo Lewandowski disse que “Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”<sup>21</sup>. O outro Ministro vencido, Cezar Peluso, aduziu:

Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão. [...] Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional. [...] É o Congresso Nacional que não quer assumir essa responsabilidade, e tem motivos para fazê-lo.

A Ministra Ellen Gracie, que em questão de ordem,<sup>22</sup> votou pelo não conhecimento da ação. Explanou em seu voto:

O que vem ao crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos que, ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi recepcionada, como todo o Código Penal. Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criadas foram duas exceções em que tal prática não será penalizada. O que a ação pretende é fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal. A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete desses projetos encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21.10.04 e outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer. [...] Enten-

do, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que, inobstante o brilho com que deduzidos os argumentos na inicial e na sustentação oral pelo eminente Professor Luiz Roberto Barroso, acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal de servir como “atalho fácil” para a obtenção de resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar.<sup>23</sup>

Percebe-se, assim, que para o STF, a questão central não é se o Poder Judiciário pode ou não inovar o ordenamento jurídico, criando judicialmente o Direito, mas de definir os casos em que isso seja realmente necessário.

No caso em questão, os votos vencidos deixaram claro que a questão analisada deveria ser debatida primeiramente no âmbito do Parlamento local, que teria legitimidade democrática para resolver o tema. Os votos vencedores afirmaram que o Parlamento teve tempo para fazê-lo, mas não o fez, autorizando o Poder Judiciário a intervir.

## O desenvolver de um pensamento crítico sobre o ativismo judicial

O ativismo tem sido alvo de críticas, dentre as quais, se o ativismo judicial é aplicado sem critérios definidos, temos o risco de substituímos os agentes políticos – que são eleitos pelo povo – pelos magistrados, que não exercem mandato com representatividade popular e, por isso, não teriam legitimidade para praticar atos que seriam, em tese, dos demais Poderes. Destacam o fato dos juízes não responderem politicamente pelas suas decisões.<sup>24</sup>

Em caso de judicialização excessiva, os onze homens que compõem o STF se sobreporiam ao Presidente da República e os membros do Congresso Nacional, eleitos por milhões de brasileiros como seus representantes. Gargarella resume bem a questão:

Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?<sup>25</sup>

Ademais, enquanto a Política trabalha com os binários governo/oposição e maioria/minoria, o Direito trabalha com lícito/ilícito e legal/ilegal, como ressalta Campilongo.<sup>26</sup>

Alega-se, também, que o movimento neoconstitucionalista, quando radicalizado, tem levado a um “oba-oba” constitucional, em que toda e qualquer lei pode ser relativizada pela interpretação do Poder Judiciário, transformando-o em um Poder Constituinte permanente e usurpando do Poder Legislativo a função constitucional de legislar.

O tema é extremamente complexo e atual e gira em torno da discussão sobre se tem o Poder Judiciário autorização constitucional para determinar políticas públicas e criar judicialmente o Direito.

Contra tais críticas lembra Barroso que “a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial”<sup>27</sup>.

Sendo a obrigação de edificar a cidadania uma função essencial do Estado, essa missão também é de responsabilidade do Poder Judiciário, principalmente quando há indolência dos demais Poderes. Caso o Poder Judiciário repetisse os ditames do Parlamento, a população continuaria refém das omissões estatais.

Ademais, o fato dos magistrados não serem eleitos não os isentaria de *accountability* (responsabilidade política), já que “se todo o poder emana do povo”, como determina a Carta Magna, em seu art. 1º, parágrafo único.

O Poder Judiciário, sendo um Poder, também deve satisfação à coletividade dos motivos de suas decisões. Considerando que as decisões judiciais sempre devem ser fundamentadas (art. 93, IX, CF/88), a carência de legitimidade representativa do Poder Judiciário seria então compensada pela natureza argumentativa das como lembra Alexy:

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do ho-

mem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.<sup>28</sup>

Dworkin, por sua vez, assevera que a “fiscalização judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político”.<sup>29</sup>

Rawls ressalta que os ministros das Cortes Constitucionais devem usar da “razão pública” para explicar e justificar suas decisões, diferentemente do Poder Executivo e Legislativo.<sup>30</sup>

Interessante mencionar, ainda, que no âmbito do STF, este tribunal tem se valido dos institutos dos amigos da corte e das audiências públicas para reduzir esse déficit de representatividade.

O próprio STF tem se mostrado atento aos questionamentos que fazem sobre sua atuação, conforme notícia divulgada em seu sítio eletrônico:

Ativismo judicial ou cumprimento da Constituição? Mais que uma indagação, esta é uma reflexão do decano da Suprema Corte brasileira, ministro Celso de Mello, sobre o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal e as eventuais opiniões de que o Tribunal extrapola suas atribuições ao promover ativismo judicial. O ministro define ativismo judicial como “uma necessidade transitória de o Poder Judiciário suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que são lesivas aos direitos das pessoas em geral ou da comunidade como um todo”. [...] Na avaliação do decano, o Supremo Tribunal Federal é chamado a exercer suas atribuições constitucionais de maneira moderada, responsável e prudente. “Isso é ativismo? Não vislumbro, mas se vislumbrar a prática de ativismo, vejo um ativismo judicial moderado, mas tornado necessário pela injustificável omissão do Congresso Nacional. É para isso que existe o Poder Judiciário”, frisou. [...] Ao citar discurso proferido pelo então senador Rui Barbosa, na tribuna parlamentar, em 29 de dezembro de 1914, o ministro afirmou que o STF não é infalível e que pode errar, “mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade”.<sup>31</sup>

## DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal aduz, em seu art. 102, *caput*, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

O advérbio “precipuamente” pode ser interpretado, no contexto da citada frase de duas maneiras. A primeira possibilidade é que a função principal do STF é proteger a Constituição Federal, interpretando-a adequadamente, mas não seria o único Poder autorizado a fazê-lo. A segunda possibilidade é a de que, dentre todos os Poderes, o intérprete principal e preponderante da Constituição Federal seria o Poder Judiciário, em especial o STF, que teria a última palavra na matéria.

Apesar da discussão, o fato é que nosso sistema de revisão judicial não prevê mecanismos imediatos que possam cancelar decisões do STF que sejam tidas como antidemocráticas.

Conforme mencionado, anteriormente, as decisões definitivas de mérito do STF, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Isto posto, o Parlamento brasileiro, apesar da decisão do STF, não se encontra vinculado à mesma, podendo legislar contrariamente ao que foi decidido. Contudo, a nova legislação (inclusive emendas constitucionais) poderá ser questionada perante o STF, que dará a última palavra sobre a constitucionalidade da mesma, ficando o Poder Legislativo refém da decisão.

Cumprido destacar que o próprio STF se define como “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis” (RE nº 433.101-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6/12/2005). No julgamento do Habeas Corpus nº 87.585-8/TO, o Ministro Celso de Melo foi direto ao dizer que o STF estaria autorizado a funcionar como Poder Constituinte, reformulando a Constituição:

... a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Daí precisa observação de Francisco Campos (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Importante lembrar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”.<sup>32</sup>

Na visão do STF, a feitura Constituição não se esgota com a atuação do Legislador, tendo em vista que a Carta Magna é um documento aberto a uma interpretação pluralista que tem como objetivo atingir os valores fundamentais da sociedade, dentro do que ensina Haberle.<sup>33</sup>

Desta feita, uma posição ativista do Poder Judiciário deve ser feita com parcimônia, devendo haver certa deferência do Poder Judiciário com as escolhas feitas pelo Parlamento e pelo Poder Executivo, na medida em que não se pode presumir que somente o Poder Judiciário tem a sapiência necessária para interpretar e aplicar a Constituição.

Da mesma maneira não podemos aceitar que somente o Parlamento tenha a sabedoria para formular uma legislação perfeita e acabada que supra todas as necessidades de uma sociedade dinâmica como a atual. Isto posto, a criação judicial do Direito pode ser um mecanismo eficaz na concretização dos valores explícitos e implícitos da Constituição. 

## 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 CHAGAS, Marcos; LOURENÇO, Iolando. 5 de outubro de 1988: Ulysses promulga “Constituição Cidadã”. *Agência Brasil*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-10-01/5-de-outubro-de-1988-ulysses-promulga-constituicao-cidada>>. Acesso em: 30 de maio de 2019.
- 3 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 172.
- 4 “(...) é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se como o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão, passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 52.
- 5 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 30 mai. 2019.
- 6 “Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras”. (TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012, p. 22)
- 7 Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. (TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012, p. 25)
- 8 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 30 de maio de 2019.
- 9 “(...) há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; (...)”. (TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012, p. 26)

- 10 Em sentido diverso do adotado nesse artigo: "(...) judicialização da política é um *'fenômeno contingencial'*; isto é, que surge de determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais". (TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012, p. 26)
- 11 "No âmbito da doutrina brasileira, há certa dificuldade de, ao menos, fixar-se um acordo semântico do que seja o ativismo judicial, de modo que tal postura acaba revelando-se basicamente como uma exagerada interferência do judiciário na sociedade (protagonismo judicial) ou, então, termina sendo aleatoriamente invocada na tomada de decisões, através de critérios de conveniência. Por este motivo, muitas vezes resta impossibilitada a apresentação de uma necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização da política". (TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012, p. 128)
- 12 "(...) A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos". (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. *THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, nº 2, julho/dezembro, 2006, ps. 37-38). "Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional". (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. *THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, nº 2, julho/dezembro, 2006, ps. 38-39).
- 13 "Com o Segundo Pós-Guerra, tornou-se evidente a insuficiência do positivismo. No plano epistemológico, caiu por terra a separação absoluta entre o sujeito e o objeto do conhecimento que embasava a defesa de uma descrição acrítrica e asséptica do direito. Percebeu-se que a pré-compreensão do sujeito influi e ajuda a determinar o resultado de sua investigação, No plano filosófico, as experiências totalitárias do século XX tornaram evidente que o direito apto a assumir qualquer conteúdo pode ser o instrumento do arbítrio. O resultado disso foi a retomada do compromisso com a validade substantiva do direito – esquecido desde o declínio do pensamento jusnaturalistas". PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 32.
- Em razão disso, surgiram e desenvolveram-se diversas escolas de pensamento que defendiam a reaproximação entre Direito e moral, em um movimento conhecido como *'virada kantiana'*."
- 14 "(...) A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadão – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça (...)" (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 02). "A constitucionalidade moderna promove, assim, uma volta aos valores, uma re-

aproximação entre ética e Direito (...)" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328).

- 15 "Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz". (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: RT, 2008, p. 212).
- 16 "Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluida" ou "vaga", caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico". (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 139, jul-set, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30 de maio de 2019, p. 08). "Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária". (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 139, jul-set, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30 de maio de 2019, p. 09).
- 17 "No mérito, salientando ter havido, na espécie, o preenchimento dos requisitos do § 3º do art. 58 da CF, concluiu pela afronta ao direito público subjetivo, nesse dispositivo assegurado, às minorias legislativas, de ver instaurado o inquérito parlamentar, com apoio no direito de oposição, legítimo consectário do princípio democrático. Ressaltou, ademais, que a ocorrência da lacuna normativa no texto do regimento interno do Senado Federal não seria óbice a que o Supremo, valendo-se dos meios de integração, sobretudo por força do disposto no art. 412, VI e VII, daquele diploma legal – o qual estabelece a competência da Mesa para decidir, nos casos omissos, de acordo com a analogia, bem como preserva os direitos das minorias -, suprisse essa omissão por aplicação analógica de prescrições existentes no âmbito do próprio legislativo da União, quais sejam, o art. 28, § 1º e art. 9º, § 1º, dos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional, respectivamente, que prevêem solução normativa para situações em que os líderes partidários deixem de indicar representantes de suas próprias agremiações para compor comissões (...)" Informativo nº 386 do STF, Brasília, 2

- a 6 de maio de 2005. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo386.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2019.
- 18 STF. Pleno. ADI nº 3.510/DF. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-05-2008, DJ de 28-05-2010.
- 19 STF. Pleno. MI nº 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 27-10-2007, DJ de 31-10-2008.
- 20 Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2019.
- 21 Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2019.
- 22 Na questão de ordem foi discutido se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) deveria ser conhecida pelo Tribunal, não sendo julgado o mérito da ação. O julgamento da questão de ordem ocorreu em 27 de abril de 2005. O mérito da ação foi julgado apenas em 11 de abril de 2012.
- 23 Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2019.
- 24 “h) A recepção de um ativismo judicial à brasileira, portanto, acabou gerando uma série de problemas ao constitucionalismo no Brasil, como: h.1) a fragilização de uma teoria do direito voltada para as peculiaridades do contexto jurídico brasileiro (a partir da utilização de uma mixagem de teorias advindas de tradições jurídicas distintas); h.2) a perda da autonomia do direito em face do que Lenio Streck chama de ‘predadores externos’ do Direito, que consistem em decisões judiciais fundamentadas em critérios não jurídicos; h.3) e a defesa da discricionariedade, que elimina o compromisso democrático e a responsabilidade judicial na decisão das comendas jurídicas, o que se toma ainda mais preocupante em razão da caracterização de um cenário marcado por um imensa procura pelo Judiciário”. TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012, p. 131)
- 25 GARGARELLA, Roberto. *A Justiça frente ao governo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 11.
- 26 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100.
- 27 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 30 de maio de 2019.
- 28 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 55.
- 29 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 69
- 30 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes. 2011. p. 212.
- 31 Notícias STF, Segunda-feira, 15 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>>. Acesso em 30 de maio de 2019.
- 32 STF. Pleno. HC nº 87.585-8/TO. Rel. Min. Marcos Aurélio, julgamento em 12-03-08, DJ de 7-12-06.
- 33 HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 27.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tra-

- dução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 30 de maio de 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, nº 2, julho/dezembro, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2, ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHAGAS, Marcos; LOURENÇO, Iolando. 5 de outubro de 1988: Ulysses promulga "Constituição Cidadã". *Agência Brasil*. Disponível em: <[http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-10-01/5-de-outubro-de-1988-ulysses-promulga-constituicao-cidada\\_](http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-10-01/5-de-outubro-de-1988-ulysses-promulga-constituicao-cidada_)>. Acesso em: 30 de maio de 2019.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GARGARELLA, Roberto. *A Justiça frente ao governo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 139, jul-set, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30 de maio de 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A Constituição brasileira e seus vinte anos*. Disponível em Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Vinte\\_anos\\_da\\_Constituicao\\_v\\_Port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Vinte_anos_da_Constituicao_v_Port.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2019.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: RT, 2008.
- PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hemenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

ARQUIVO PESSOAL



**RAFAEL LAFFITTE FERNANDES** é Professor Efetivo de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN) – Campus Natal (Central). Professor-Instrutor do Curso de Gestão e Apuração da Ética Pública, promovido pela Comissão de Ética Pública da Presidência da República em parceria com a Escola de Administração Fazendária (Esaf). Pesquisador na área de Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Ética pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Graduado em Direito pela Universidade Potiguar.

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 (1. ed., Curitiba: Juruá, 2016); Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena – Vol. II (1º ed., Curitiba: Juruá, 2017).

# Do diálogo à repressão nas contratações administrativas, em contexto de pandemia

■ POR JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

**“A experiência de mais de século das práticas licitatórias na administração brasileira, desde o Império, caminha no sentido de resposta negativa, se não se investir, fortemente, instantaneamente, plenamente, na educação apta à formação de uma cultura da boa-fé objetiva nos contratos em geral, o que, a seu turno, pressupõe o mesmo nível de investimento na educação da sociedade brasileira, de onde são egressos os gestores públicos e privados, seus assessores, consultores e controladores.”**

O quarto de século ultrapassado de vigência da Lei Federal nº 8.666/93 continua a suscitar manifestações que vão do repúdio à sua permanência na ordem jurídica positiva brasileira ao aplauso por sua existência, embora com ressalvas quanto à necessidade de seu aperfeiçoamento conceitual e operacional. Contribui para a controvérsia a tramitação, na Câmara dos Deputados, de texto nascido do Projeto de Lei nº 1.292-F/95, iniciado no Senado Federal, que pretende a revogação de todas as leis que regem a atividade licitatória e contratual do estado, a partir da Lei federal nº 8.666/93, substituindo-as por lei que integre, sistemicamente, as normas que o direito brasileiro tem produzido sobre a matéria.

Sobre tal projeto veiculam-se opiniões que lhe propõem inúmeras e discrepantes alterações, tais como: inserir regras sobre sustentabilidade ambiental, a serem observadas em editais e cláusulas contratuais, determinantes da desclassificação, sem prejuízo à competitividade, de propostas de empresas que

as descumpram de modo a causar danos sociais, econômicos e ambientais que se conjugam; restringir a modalidade licitatória do pregão a compras e serviços comuns (os que são encontrados no mercado com características que satisfazem às necessidades administrativas), ou ampliar a sua aplicação para abranger obras e serviços de engenharia; extinguir as modalidades de tomada de preços e convite; instituir a técnica de compras compartilhadas entre órgãos e entidades com objetivos institucionais convergentes; admitir, nas licitações, orçamentos sigilosos como meio para evitar a cartelização, ou proscrevê-los com o fim de precatar vazamentos que alimentem informações privilegiadas; exigir que empresas contratadas pelo estado adotem regras de integridade (*compliance*) como política compulsória de prevenção da corrupção, vinculada, ou não, ao valor do contrato e ao prazo de sua duração; impor, como requisito de habilitação para participar de licitações e para contratar com o estado, o da inexistência de antecedentes de sanções aplicadas à empresa (“ficha-limpa”); conferir maior autonomia a estados e municípios na formulação de normas próprias de licitações e contratações, independentemente das normas gerais da legislação federal, com o fim de ajustar a atividade contratual desses entes federativos às circunstâncias, peculiaridades e disponibilidade de seus recursos organizacionais, materiais, financeiros e humanos.

Percebem-se elos entre essas e outras proposições que vão e vem no cenário brasileiro da atividade contratual estatal, aparentemente díspares do ponto de vista técnico e administrativo, e já agora a incorporar alternativas destinadas a conferir maior presteza e eficiência na contratação de bens e serviços necessários ao enfrentamento da pandemia trazida pelo novo coronavírus: o primeiro, o da insatisfação com o elevado grau de insegurança jurídica gerada por legislação extensa e fragmentada, sujeita a conflitos de interpretação entre os agentes de sua aplicação e os agentes de controle interno e externo dessa aplicação (CF/88, art. 74), a provocar incertezas quanto à qualidade dos resultados obtidos a cada contratação, bem como à configuração e à extensão de responsabilidades administrativas, civis e penais daqueles agentes; o segundo, o da suspeita de que a etiologia dessa insegurança jurídica advenha de uma cultura de gestão pública que não logra avanços expressivos, nem mudanças significativas, quaisquer que sejam as normas reguladoras que se adotem, ou seja, ou se promove a educação para o desempenho de uma fundamental ética de boa-fé objetiva na gestão dos contratos públicos ou estes sempre estarão expostos a desvios, qualquer que seja o seu quadro regulatório. Educação permanente essa que conta com o expresse apoio do art. 39, § 2º, da Constituição da República, segundo o qual a União, os Estados e o Distrito Federal devem manter “escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira...”.

O projeto de nova lei de licitações e contratos em gestação há de primar por soluções que viabilizem segurança jurídica e flexibilidade de gestão de modo ético e inclusivo, viabilizando permanente diálogo entre estado e sociedade, agentes executores e controladores, públicos e privados, partícipes todos os poderes do estado. Os pontos mais sensíveis seriam:

I – licitações e contratos administrativos devem resultar de sede jurídica formal que cumpra o devido processo legal, não apenas quanto a ritos, se não que, também, quanto à transparência, o que pressupõe protagonistas solidamente preparados, tanto técnica quanto eticamente, preparo esse exigente de treinamento prévio e permanente de todos os agentes públicos designados para atuar nesse segmento administrativo, qualquer que seja a modalidade de licitação ou no desempenho nas funções de fiscalização e gestão de contratos, que se devem segregar e especializar;

II – a fase interna desse processo administrativo (aqui entendido em sua acepção universal de conjunto coordenado de atos que se praticam com observância de projeto, cronologia, prazos e competência funcional predeterminados, com o fim de produzir resultado de interesse público) deve retratar o atento cumprimento de todo o ciclo virtuoso da gestão (planejamento, execução, controle e avaliação), mediante o entranhamento, nos autos de cada processo – físico ou digitalizado -, de todas as peças respectivamente pertinentes e necessárias à tomada de decisões (estudos, projetos, levantamentos, pesquisas, pareceres), a atrair a responsabilidade subjetiva de seus signatários;

III – mecanismos eficientes para a prevenção de desvios e fraudes na definição do objeto a ser contratado e na estimativa de seu valor de mercado – que se há de fundar em ampla pesquisa em várias fontes -, de sorte a evitar direcionamentos e conluios comprometedores da competitividade e da identificação da melhor proposta, que nem sempre será a de menor preço em face das peculiaridades do objeto, dos prazos e métodos de sua execução, com repercussão sobre os riscos e a duração do contrato;

IV – na elaboração do ato convocatório do certame, atenção deve ser concentrada na escolha do modo de proceder-se à licitação e aos critérios e fatores de julgamento objetivo de propostas, com teores equilibrados de vinculação e discricionariedade, a preservar a competitividade e respeitar as características do objeto, capazes de garantir que o contrato decorrente venha a cumprir as funções e as finalidades planejadas, bem assim a conter-se dentro do custo estimado;

V – critérios e fatores de julgamento de propostas, objetivos e contribuintes para evitar fracionamentos indevidos do objeto – inspirados pelo falseamento de hipóteses de contratação sem licitação – ou parcelamentos de objeto que comprometam a economia de escala;

VI – metodologia que sustente o exercício isonômico, por pregoeiro ou comissão de licitação, do juízo de admissibilidade de propostas de preço ou técnicas, de modo a que o órgão julgador distinga, fazendo reagir cada proposta em face das exigências do edital, as hipóteses de sua classificação ou desclassificação, sempre dependentes de expressa motivação (revelação das razões de fato e de direito que justifiquem a decisão, que se torna vinculante da administração), a cada caso;

VII – reservar, para momento posterior à fase de julgamento de propostas, a verificação do atendimento aos requisitos de habilitação que propiciem a contratação do proponente classificado em primeiro lugar ou impliquem sua inabilitação para contratar;

VIII – explicitação dos recursos administrativos cabíveis contra as decisões proferidas na fase de julgamento de propostas e de requisitos de habilitação,

indicando os níveis hierárquicos que participam de sua recepção e julgamento, em prazo razoável e sem eficácia suspensiva;

IX – informatização de todos os procedimentos competitivos, com acesso universal garantido a todos os segmentos do mercado interessados no objeto da contratação e ao particular que pretenda exercer o direito constitucional de representação aos poderes públicos;

X – regramento específico para a instrução dos processos de contratação que se possam aperfeiçoar sem licitação, em caráter excepcional, para o que de grande valia será a elaboração de manuais operacionais que correspondam às peculiaridades da estrutura organizacional de cada departamento administrativo provido de autonomia de gestão;

XI – deixar expresso, em ato convocatório e em cláusula contratual, que a pandemia constitui, no plano conceitual, álea extraordinária universal, a autorizar a revisão do contrato para restaurar-lhe o equilíbrio econômico-financeiro rompido, desde que tal rompimento resulte demonstrado a cada contrato, não bastando, destarte, a só invocação de álea extraordinária para autorizar a modificação de cláusulas econômico-financeiras e de serviços.

Os lamentáveis desvios ocorridos na contratação de bens e serviços destinados ao atendimento de pacientes infectados pelo covid-19, amplamente noticiados pela imprensa, acentuam dois pontos aparentemente antagônicos do projeto em curso, mas que, vistos em cenário pedagógico, teriam pontos de tangência entre si: diálogo e repressão.

A inovação maior do Projeto em tema de modalidades de licitação está na criação da modalidade do diálogo competitivo, figura desconhecida da legislação brasileira anterior, porém praticada no direito alienígena com reconhecido êxito, na conformidade do que se tem convencionado chamar de “administração consensual”, que acompanha o desenvolvimento da gestão pública no estado democrático de direito.

Andou bem o Projeto ao incluir as modalidades de licitação nas definições arroladas em seu art. 6º, que, a exemplo do que ocorria com a Lei nº 8.666/93, em artigo do mesmo número, também consolida conceitos operacionais, ou seja, os que valem para fins de aplicação da lei. Em seu inciso XLII, define o diálogo competitivo: “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”.

O art. 32, *caput*, do Projeto adverte que a novel modalidade é de uso restrito a contratações de objeto a que corresponda o cenário factual descrito no inciso I: “a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração”.

O “e” que precede o terceiro requisito significa que se trata de exigências cumulativas, ou seja, para que seja cabível a modalidade do diálogo competitivo se impõe a presença concomitante dos três requisitos enumerados no inciso I,

do art. 32, devidamente comprovados nos autos do respectivo processo administrativo. Comprovados, não apenas alegados. Tenha-se em mente que o uso dessa modalidade implica que a Administração leve em conta a contribuição dos particulares interessados na definição das características que deverá ter o objeto a ser contratado, bem como a estimativa de seu custo específico, vale dizer que esse diálogo influenciará, previamente, a definição da equação econômico-financeira do futuro contrato. Isto porque os futuros licitantes somente poderão compor suas propostas de preço e/ou técnicas, para apresentá-las à Administração, depois de definido o objeto a ser licitado através desse diálogo, e tal definição gerará consequências para a satisfação do direito subjetivo ao equilíbrio daquela equação, presente nas entrelinhas do art. 37, XXI, da Constituição da República – “[...] processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei [...]”. Em outras palavras, o uso impróprio do diálogo competitivo manchará o caso concreto de vícios de inconstitucionalidade e/ou de ilegalidade, a provocar a nulidade da licitação e do contrato que se lhe seguirá, com a responsabilização dos agentes públicos e privados que dele hajam participado.

A mesma linha de raciocínio preside a interpretação e a aplicação do inciso II, do art. 32, do Projeto, que restringe a modalidade do diálogo competitivo à pertinente identificação dos meios e das alternativas capazes de satisfazer às necessidades administrativas, destacando, em suas alíneas: “a solução técnica mais adequada; os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; a estrutura jurídica ou financeira do contrato”.

Basta tal perfil normativo para se deduzir que a modalidade do diálogo competitivo é absolutamente incompatível com qualquer traço de aproximação das modalidades da concorrência e do pregão, constituindo modalidade efetivamente distinta e inovadora no direito brasileiro, a exigir instrução processual e rito procedimental peculiares. Daí o § 1º, do art. 32, do Projeto desenhar, em doze incisos, o perfil de como a modalidade deve ser manejada, enunciando prazos, vedações, cautelas e deveres, dos quais convém destacar o disposto nos incisos XI (será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos três servidores efetivos, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão) e XII (órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de quarenta dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato).

O art. 179 do Projeto dá nova redação a incisos do art. 2º da Lei nº 8.987/95, estendendo às concessões de serviço público, bem como às precedidas da execução de obra pública, a modalidade do diálogo competitivo para a contratação de pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Assim também determina o art. 180 do Projeto em relação à contratação de parcerias público-privadas de que trata a Lei nº 11.079/2004. É de se prever que, especialmente quanto à contratação de concessões de serviço públicos, tais disposições incrementariam de modo significativo o emprego do diálogo competitivo.

Por isto mesmo importa que se traga à colação síntese de comentário do insigne professor Thiago Marrara, da Universidade de São Paulo, publicado na revista *Consultor Jurídico*, edição de 6 de janeiro de 2017:

“Das inúmeras modalidades licitatórias previstas na Diretiva Europeia 2014/24 para aquisição estatal de obras, serviços e bens, merece redobrada atenção o ‘diálogo concorrencial’, nome constante da versão oficial portuguesa da normativa, mas que, no Brasil, transformou-se em ‘diálogo competitivo’... Por trás desta opção legislativa figura inicialmente a constatação de que procedimentos marcados pelo diálogo lograram mais sucesso na promoção do comércio transfronteiriço, ou seja, mostraram-se mais aptos a promover a competição efetiva entre agentes econômicos dos mais diversos países membros da União... a grande vantagem do diálogo concorrencial reside na possibilidade de se abrir a licitação ao mercado antes mesmo da definição da minuta contratual, fugindo-se da tradição de contratação por adesão que marca o direito administrativo. Embora eficiente em alguns casos, a presunção de que o Estado seja capaz de elaborar as minutas de modo unilateral e isolado antes da fase externa da licitação, na prática, muitas vezes dá vida a contratos deficientes ou que não guardam aderência ao que o mercado oferece. Em piores cenários, a lógica da adesão resultante do isolamento dos órgãos contratantes e da impermeabilidade da fase interna, origina minutas defeituosas, irreais, demasiadamente obscuras ou completamente inviáveis, fazendo fracassar a licitação... Mais que romper com o dogma da contratação por adesão, o diálogo concorrencial afasta por definitivo a presunção de que o Estado é infalível, capaz de avaliar os incontáveis segmentos de mercado em todos os contextos, capaz de elaborar isoladamente as soluções de que necessita dentro dos mais diferentes e complexos ramos de atividade em que atua e, muitas vezes, sem os recursos humanos necessários para tanto. A modalidade em questão, em última instância, atribui à licitação muito mais que uma mera função de seleção do agente econômico que será contratado. Nela, a licitação assume uma função de aprendizado, de desenvolvimento e de inovação. Pelo diálogo, a licitação passa a gerar conhecimento, novos produtos e serviços em benefício do Estado, da efetividade de suas tarefas e do atendimento das necessidades coletivas. Todavia, a produção dos efeitos esperados – é indubitável – dependerá de agentes públicos devidamente preparados e pessoalmente engajados para atuar com respeito incondicional às normas da boa-fé, de isonomia e promoção da competição real, justa e ampla. Ausentes essas condições, o diálogo concorrencial correrá o risco de se transformar facilmente em um nicho de corrupção e de benefícios indevidos”.

Entra em cena a repressão a condutas comprometedoras dos esforços da boa e regular contratação de obras, bens e serviços pela Administração pública.

O Projeto de Lei de que nos ocupamos propõe normas que alteram a legislação codificada.

Em seu art. 177, propõe introduzir inciso III ao art. 1.048, do Código de Processo Civil, de modo a garantir prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, aos procedimentos judiciais “em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do *caput* do art. 22 da Constituição Federal”. Seria a mesma prioridade

que os incisos I e II daquele preceptivo processual já asseguram aos sexagenários portadores de doença grave (Lei nº 7.713/88, art. 6º, XIV) e aos jovens sob a tutela do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Destaque-se que o § 4º, do aludido art. 1.048, do código de ritos, preceitua que “A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário”. Segue-se que a concessão do benefício “deixa de depender de deferimento do juiz, devendo o próprio servidor da Justiça, diante da comprovação de beneficiário, identificar o feito como sendo de tramitação prioritária” (Novo CPC, Anotado e Comparado, Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro, e Pinho, Humberto Dalla Bernardino de. Rio de Janeiro, Ed.Forense, 2ª edição, 2016, p. 646). É de presumir-se que tal regra se estenderia aos procedimentos que sediassem lide sobre a aplicação das normas gerais de licitação e contratação referidas na Carta da República. Mas pondere-se que deixar a definição da preferência de tramitação para o cartório processante poderia trazer dificuldades porque a regra proposta se refere à aplicação das normas gerais de licitações e contratos, ao passo que do próprio texto constitucional se extrai a existência de normas não gerais, ou seja, aquelas editadas pelos demais entes da federação que não a União, inexistindo uniformidade de critérios para distinguir as normas gerais das não gerais, daí aconselhar-se que a preferência de tramitação decorra de decisão do juiz que presidirá a condução do processo.

Em seu art. 178, o Projeto acrescentaria Capítulo II-B ao Título XI, da Parte Especial do Código Penal (Lei nº 2.848/1940), de modo a para ele fazer migrar todos os tipos penais definidos na Lei nº 8.666/93, tornando-lhes mais severas as respectivas penas. A ordem jurídica passaria a contar com onze tipos penais na matéria, sendo nove apenados com reclusão e dois com detenção, ao passo que a Lei nº 8.666/93 define dez tipos, todos apenados com detenção. Aqueles onze tipos teriam por objeto, respectivamente: contratação direta ilegal (4 a 8 anos de reclusão); frustração do caráter competitivo da licitação (4 a 8 anos de reclusão); patrocínio de contratação indevida (6 meses a 3 anos de reclusão); modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo (4 a 8 anos de reclusão); perturbação de processo licitatório (6 meses a 3 anos de detenção); violação de sigilo em licitação (2 a 3 anos de detenção); afastamento de licitação por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem (3 a 5 anos de reclusão); fraude em licitação ou contrato (4 a 8 anos de reclusão); contratação com empresa ou profissional inidôneo (1 a 3 anos de reclusão); impedimento indevido para a inscrição em registros cadastrais (6 meses a 2 anos de reclusão); omissão grave de dado ou de informação por projetista (6 meses a 3 anos de reclusão). Este último o tipo desconhecido na legislação atual. E todas as penas privativas acrescidas de multa.

Por evidente que se poderia debater sobre a adequada gradação das penas em face da maior ou menor gravidade de cada tipo e suas repercussões sobre a gestão pública brasileira, além das circunstâncias variáveis em cada caso. E descaberia dúvida sobre a necessidade da imposição de sanções penais para condutas tão ofensivas ao interesse da administração e da sociedade, tanto que o art. 190, I, do Projeto revoga os artigos penais da Lei nº 8.666/93 desde a data

de publicação da nova Lei, enquanto o inciso II do mesmo art. 190 revoga as demais disposições da legislação anterior “após decorridos dois anos da publicação” da nova Lei. Em outras palavras, o regime penal desta tem eficácia imediata com a publicação, ao passo que as demais regras da legislação revogada permanecerão eficazes ainda por dois anos, podendo a Administração “optar por licitar de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso”, tal como posto no § 2º, do indigitado art. 190. O Projeto faz, destarte, distinção, como devido, entre eficácia e vigência da nova Lei: para os tipos penais, eficácia plena e imediata com a só vigência decorrente da publicação; para as demais disposições, a vigência não impõe eficácia plena e imediata, podendo a administração, durante dois anos, optar, nos respectivos editais, entre adotar um ou outro regime em suas licitações e contratações.

Mas as perguntas embaraçosas são outras e se apresentam nos níveis estratégico (planejamento e definição de prioridades e políticas públicas), gerencial (distribuição de competências e respectivas áreas de ação e cooperação) e operacional (alocação de recursos humanos, financeiros, materiais e organizacionais suficientes à obtenção de resultados) dos governos.

Há pelo menos duas. A primeira é se os acréscimos de tipos penais e de agravamento das penas constituirão fator suficientemente dissuasório da prática de delitos nas licitações e contratações administrativas. A segunda é se a persecução penal já existente na Lei nº 8.666/93, bem como em outras normas de responsabilização não penal, tais como as da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92, artigos 9º, 10 e 11), além das sanções administrativas decorrentes de procedimentos de controles interno e externo do poder público, tem sido deflagradas, instruídas, processadas e decididas com eficiência e eficácia, em prazo razoável, de modo a criar, pela certeza da punição, asseguradas as garantias do contraditório e observado o devido processo legal, barreiras a condutas inaceitáveis e a reprimir aquelas que as hajam contornado. A experiência de mais de século das práticas licitatórias na administração brasileira, desde o Império, caminha no sentido de resposta negativa, se não se investir, fortemente, instantaneamente, plenamente, na educação apta à formação de uma cultura da boa-fé objetiva nos contratos em geral, o que, a seu turno, pressupõe o mesmo nível de investimento na educação da sociedade brasileira, de onde são egressos os gestores públicos e privados, seus assessores, consultores e controladores. A mesma boa-fé objetiva e cuja observância exortam, reiteradamente, os artigos 113, 187 e 422 do Código Civil em vigor desde 2002, enfrentando, nas relações privadas, as mesmas resistências e os mesmos expedientes com que esgrimam aqueles que almejam contorná-la, em obséquio a seus interesses egoísticos, estes constituindo o maior e permanente desafio da humanidade. 



# Negócios e investimentos de impacto

■ POR MÁRCIA DESSEN



**“Antes de consumir ou de investir, pense em onde alocar os seus recursos, contribuindo para forjar o mundo em que gostaria de viver.”**

## CONHEÇA UMA NOVA FORMA DE EMPREENDER, INVESTIR, LUCRAR E RESOLVER PROBLEMAS SOCIOAMBIENTAIS

O sistema econômico em que vivemos produziu benefícios para a humanidade, como riqueza e bens de consumo, cultura, conhecimento, tecnologia e aumento no bem-estar e na expectativa de vida. Mas ainda não foi capaz de lidar com a desigualdade de oportunidades, injustiça social e prejuízos ao ambiente.

O consumidor se tornou mais consciente e quer conhecer a cadeia produtiva, não compra um produto que usa mão de obra escrava ou infantil, quer saber como foram extraídos os insumos necessários para a produção e avaliar o impacto do descarte na natureza.

No campo dos negócios e dos investimentos, não basta olhar apenas para o acionista e o lucro, é preciso adicionar uma nova perspectiva, a do impacto, que considera os resultados sociais e ambientais das atividades econômicas.

O empreendimento de impacto é criado para resolver problemas e difere de empresas puramente comerciais e de organizações sem estratégias de geração de receita, visando atender quatro princípios:

1) propósito de gerar impacto socioambiental positivo; 2) conhece, mensura e avalia seu impacto periodicamente; 3) tem receita própria, oriunda da venda de seus produtos e serviços, não depende de assistencialismo; 4) o modelo de governança considera investidores, clientes e a comunidade.

Para conhecer as iniciativas de investimento de impacto no Brasil, indico a leitura de “Produtos Financeiros e Impacto Social Ambiental”, da Aliança pelos Investimentos e Negócios de Impacto, disponível em ([bit.ly/3kel7gr](https://bit.ly/3kel7gr)).

A publicação apresenta o conceito, as diversas organizações brasileiras engajadas com esse propósito e as alternativas de investimento de impacto, tais como fundos de impacto, investimento direto via redes e plataformas e títulos de renda fixa.

Para exemplificar na prática, o conceito de negócios de impacto, apresento as características do Programa Vivenda. A oferta de valor criada pelo programa provoca impacto em vários participantes e baseia-se em uma solução completa de reforma da moradia que entrega quatro elementos essenciais: planejamento, material, mão de obra e crédito.

**Impacto no cliente:** o morador da comunidade contrata o serviço do Programa Vivenda para a reforma da sua própria moradia. O negócio trabalha com custos mais baixos via parceria com fabricantes de materiais de construção e parcelamento em até 30 vezes.

**Impacto na operação:** o programa inclui profissionais da própria comunidade que atuam na construção civil, além de promover iniciativas de capacitação técnica, normalmente em parceria com as indústrias.

**Impacto como serviços:** o programa tem clientes que compram um pacote de reformas e doam para o público beneficiário levando em consideração critérios de renda e vulnerabilidade.

**Impacto no fornecedor:** o negócio compra materiais de construção exclusivamente do comércio local, fomentando a economia na comunidade. O desconto conseguido com os fabricantes é repassado para o comércio local, tanto para a revenda (no seu balcão) quanto na compra pelo Programa Vivenda, que paga mais.

Como em qualquer investimento, os investidores devem avaliar os riscos, verificar a adequação do seu perfil aos produtos existentes e alinhar entendimento e expectativas em relação ao impacto e ao retorno esperados.

Antes de consumir ou de investir, pense em onde alocar os seus recursos, contribuindo para forjar o mundo em que gostaria de viver. Adicione impacto às suas decisões de consumo e de investimento! 



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



# Desafios e cenários para a retomada da economia brasileira no pós-pandemia

■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

**“O país que já vinha buscando se recuperar de um período recessivo da economia, terá que superar os desafios do desemprego, aumento da pobreza, elevado número de falências e a necessidade de um mercado de crédito mais eficiente.”**

**A** enorme dimensão do choque econômico no mundo, provocado pela pandemia da Covid-19, estão evidenciados nas quedas acentuadas dos PIB na maioria dos países, no primeiro semestre de 2020. As projeções feitas pelas instituições internacionais para os próximos anos também não são animadoras. Essa crise econômica e social que abalou o planeta pode ser comparada as vivenciadas na Grande Depressão, da década de 1930, e na crise financeira mundial, ocorrida em 2008.

A economia mundial, conforme previsão do Banco Mundial, terá uma contração de 5,2% em 2020. Essa queda deve ser mais acentuada entre as economias avançadas, onde a previsão é que o PIB encolha 7%. A contração nos

países emergentes e em desenvolvimento deverá ser 2,5%, e uma queda de 3,6% na renda per capita em 2020. Em todo o mundo, a recessão deve registrar a maior proporção de economias com queda no PIB per capita desde 1870.

Em relação ao Brasil, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) prevê uma queda do PIB de 6,5% em 2020. Essa previsão pessimista é devido às medidas de contenção da Covid-19, que causou uma queda acentuada nos investimentos e redução nos preços globais das commodities. Assinala na sua previsão que, o crescimento da economia brasileira em 2021 deverá ser 3,6%. Por sua vez, a previsão do mercado financeiro é de uma queda de 5% do PIB em 2020.

Assim, decorridos os nove primeiros meses, desde o início da divulgação pela China da notícia do surgimento do novo coronavírus, no final do mês de dezembro de 2019 – que se espalhou rapidamente por todo o planeta –, constata-se que, além da letalidade da doença, ela também é responsável por provocar um cenário de incertezas em relação as políticas e ações que cada país terá que implementar para enfrentar os problemas econômicos e sociais advindos da recessão econômica no pós-pandemia.

Mesmo nesse ambiente de incertezas, é relevante considerar, no esforço de desenhar cenários do pós-pandemia do Covid-19, os seguintes fatores: a China, apesar da preocupação com uma segunda onda da doença, está saindo do confinamento e reabrindo as fábricas; o apoio dos bancos centrais, notadamente nos EUA e União Europeia, estão sendo implementadas de maneira consistente; a agilidade para dar liquidez ao mercado se mostra efetiva; as curvas de contágio do novo coronavírus estão ficando mais planas; e as intervenções governamentais estão produzindo efeitos positivos na estabilização da volatilidade do mercado financeiro.

Registre-se, conforme evidenciado nos dados analisados (IBGE, 02,09.20), que a retomada da economia brasileira no pós-pandemia da Covid-19 não será fácil, visto que o país – que já vinha buscando se recuperar de um período recessivo da economia –, terá que superar os desafios do desemprego, aumento da pobreza, elevado número de falências e a necessidade de um mercado de crédito mais eficiente.

É preciso alertar que, a recuperação da economia brasileira não poderá ser feita apenas com a participação do Estado, por meio de aumento dos investimentos públicos. Essa retomada vai necessitar da participação do setor privado nacional e de investidores externos. Para que isso ocorra é necessário que o governo federal, com a participação efetiva do Congresso Nacional, continue avançando com as reformas estruturais que o país necessita, em especial a tributária e administrativa. É importante, também, retomar a agenda de consolidação fiscal, notadamente, a manutenção do teto de gastos, e realizar um amplo elenco de reformas pró-mercado, para aumentar a confiança no país e a segurança jurídica. **C**



ARQUIVO PESSOAL

**JOSÉ MATIAS-PEREIRA** é Economista, advogado, doutor em ciência política pela Universidade Complutense de Madri (UCM-Espanha), e pós-doutor em administração pela Universidade de São Paulo (FEA/USP). É professor-pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Universidade de Brasília. Autor, entre outros livros, de 'Finanças Públicas', 7. ed. GEN-Atlas, 2018.

# Efeitos danosos de incentivos fiscais inconstitucionais

■ POR KIYOSHI HARADA

“A Lei Complementar nº 160/17, por meio de seu art. 9º, vetado pelo Chefe do Executivo, mas rejeitado pelo Congresso Nacional, deu a vestimenta jurídica adequada para resolver um dos maiores problemas decorrentes de incentivos fiscais irregulares que se prolongaram por anos, por omissão do Judiciário.”



**E**mbora não lembrado pela doutrina especializada é muito importante recordar que ao lado de princípios expressos na Constituição, existem os princípios tributários implícitos, como o da generalidade e o da universalidade da tributação.

Segundo esses princípios, todas as pessoas devem pagar impostos, e todos os bens, serviços e patrimônios devem ser onerados por tributos. Daí a inserção nas Constituições de países democráticos de um preceito considerando um dever de todo o cidadão pagar impostos. Onde todos pagam, todos pagam menos. Onde alguns nada pagam, ou pouco pagam, outros pagam mais.

Na nossa Constituição não há um preceito semelhante. Aliás, a palavra *dever* aparece apenas quatro vezes no texto constitucional, enquanto a palavra *direitos* aparece setenta e seis vezes, e a palavra *garantias*, quarenta e quatro vezes. Direitos e deveres são palavras conexas e inseparáveis, são o verso e o reverso de uma mesma moeda. Daí a estranheza de nossa Carta Magna, que parece alimentar uma sociedade pouco responsável e pouco afeita ao trabalho.

Contudo, o dever de todos de contribuir com os tributos está implícito na Constituição.

Note-se que em relação aos incentivos fiscais há na Constituição o preceito esclarecedor do art. 151, *in verbis*:



“Art. 151. É vedado à União:

I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócioeconômico entre as diferentes regiões do País;

II – tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;

III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”

Constata-se, portanto, que todo tributo federal e, por conseguinte, qualquer imposto federal, há de ser uniforme em todo o território nacional, ressalvados apenas os incentivos fiscais para promover o equilíbrio do desenvolvimento sócioeconômico entre as diferentes regiões do País. O dispositivo em questão harmoniza-se, perfeitamente, com o princípio constitucional da isonomia que norteia o princípio da capacidade contributiva.

Incompreensível, e nem faz sentido promover incentivos fiscais setoriais, independentemente das localizações das empresas favorecidas nas diferentes regiões do País (Norte, Nordeste, Centro Oeste, Sul e Sudeste). Incentivar por meio de supressão parcial ou total de impostos, as unidades federadas localizadas nas regiões Sul e Sudeste, por exemplo, significa agir na contramão do preceito constitucional sob exame, aprofundando as diferenças sócioeconômicas entre as diversas regiões do País.

Qualquer País só será forte quando atingir a igualdade de condições socioeconômicas em todo o território nacional. Enquanto persistir a desigualdade socioeconômica não haverá unidade nacional, que é um dos objetivos permanentes do Estado Federal Brasileiro, na concepção da Escola Superior de Guerra. E essa unidade nacional pressupõe uma integração sócioeconômica das cinco regiões do País.

## **OS EFEITOS DANOSOS DE INCENTIVOS FISCAIS INCONSTITUCIONAIS**

Os incentivos fiscais constituem o gênero de que são espécie as imunidades, as isenções, as não incidências legalmente qualificadas, e os benefícios fiscais variados, como redução da base de cálculo, diminuição de alíquotas, alíquota zero, concessão de crédito fiscal etc.

Não raras vezes, os legisladores que batalham pela inclusão social, e ao mesmo tempo outorgam incentivos fiscais fora dos limites e condições impostas pelo art. 151, I da CF, na verdade, agem contra a política de inclusão social.

Realmente, os mais de R\$300 bilhões que o Tesouro deixa de arrecadar anualmente por conta desses incentivos fiscais representam exatamente os recursos que faltam para colocar em prática a política de inclusão social, propiciando o bem-estar social a milhares de pessoas que vivem abaixo da linha da miséria, enquanto alguns poucos vivem como nababos à custa dos que trabalham. São

os parasitas da sociedade. Mais do que isso, geralmente são aqueles que ameaçaram fortunas por meios ilícitos, para dizer o mínimo, como bem demonstram as operações da Lava Jato em curso ao longo desses últimos anos.

Aumentar a carga tributária com a mão direita e promover desoneração tributária com a mão esquerda, um fenômeno que vem se repetindo ao longo das últimas décadas, representa um verdadeiro contrassenso, não encontrando guarida no princípio da razoabilidade, que é um limite imposto pela Constituição à ação do próprio legislador.

Frequentes aumentos da carga tributária, que de 26% na década de 90 passou para os atuais 36% do PIB, não vêm se refletindo na melhoria da prestação de serviços públicos essenciais.

Isso porque, de um lado, ante a perspectiva de maior arrecadação patrocinada pelo Ministério da Economia, o governo vai aumentando as despesas de custeio, que em última análise lhe dá sustentação por meio do chamado sistema presidencialista de coalizão. De outro lado, os incentivos fiscais generalizados vêm esvaziando o efeito do aumento de arrecadação tributária.

Dessa política contraditória e insana resulta que o contribuinte apenas, e tão somente, tem a sua carga tributária aumentada, sem qualquer contrapartida em termos de melhoria dos serviços públicos essenciais, que caminha de mal para o pior. As filas no SUS para consultas aumentaram, os remédios básicos desapareceram, a segurança pública não dá mais conta da ação dos bandidos etc.

## **EXAME DO SUBSÍDIO PARA INVESTIMENTO OUTORGADO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 160/17**

Importante lembrar que estamos criticando os incentivos fiscais generalizados que atentam contra os princípios expressos no art. 151 da Constituição. Não estamos nos referindo à derrubada do veto apostado pelo Executivo ao dispositivo da Lei Complementar nº 160/17 que autoriza o CONFAZ, por meio de Convênio, a proceder à remissão de créditos tributários decorrentes de incentivos fiscais outorgados em desacordo com a alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da CF.

Deve-se recordar que a mídia veiculou com intensidade a impactação da arrecadação tributária da ordem de R\$ 9 bilhões para o exercício de 2018 por conta da derrubada do citado veto presidencial, sem a menor preocupação em demonstrar a razão dessa rejeição pelo Parlamento Nacional que agiu com coerência e sabedoria.

Efetivamente, a manutenção do veto reconduziria os contribuintes beneficiados pela ação unilateral dos diversos entes da Federação a uma situação de total insegurança jurídica, por conta dos efeitos contrários aos visados pelos governantes, transformando o incentivo ao investimento em um autêntico presente de grego.

Realmente, decorridos mais de uma década da concessão desses incentivos fiscais irregulares, o STF, em 14 de junho de 2011, julgou em bloco, nada menos que 14 ADIs considerando inconstitucionais os incentivos fiscais unilateralmente

concedidos por diferentes Estados, sem a costumeira modulação de efeitos. Os beneficiários desses incentivos repentinamente foram colhidos pelos efeitos dessas decisões com efeito retroativo. Pergunta-se, se esses incentivos fiscais unilateralmente concedidos por diferentes Estados componentes da Federação, sem a intermediação do Confaz, na forma da Lei Complementar nº 24/75 recepcionada pela Constituição vigente, porque não foram suspensos liminarmente? Por que levar lustros para descobrir que incentivos do ICMS depende de convênios? É como diagnosticar o início de um câncer no organismo humano e ir simplesmente observando a sua evolução até transformar-se em uma metástase!

Após marchas e contramarchas no plano legislativo, inclusive, do Confaz que, atropelando normas legais e constitucionais, regularizou os créditos indevidos por meio do Convênio nº 70/2014<sup>1</sup>, o Parlamento Nacional, finalmente, conseguiu aprovar uma das propostas legislativas em tramitação resultando na Lei Complementar nº 160/17.

A referida Lei Complementar incumbiu o Confaz de proceder, por meio de Convênio, “a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF por legislação estadual publicado até a data do início de produção de efeitos desta Lei Complementar”, conforme prescrição de seu art. 1º. Esse mesmo artigo possibilitou a restituição das isenções, dos incentivos, e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais que ainda se encontram em vigor.

O mencionado Convênio só poderá ser aprovado e ratificado com o voto favorável de no mínimo 2/3 das unidades federadas e 1/3 das unidades federadas integrantes de cada uma das cinco regiões do País (Norte, Nordeste, Sudeste, Sul e Centro-Oeste).

Com base nessa Lei Complementar de nº 160/17, em 15 de dezembro de 2017, foi firmado o Convênio ICMS nº 190/17 regularizando os créditos tributários do ICMS apropriados irregularmente. De conformidade com o § 3º da cláusula deste convênio, ficam excluídos da remissão os benefícios instituídos pela Legislação Estadual nos termos do art. 15 da Lei Complementar nº 24/75 e pelo art. 4º do Decreto-lei nº 288/67, ambos com fundamento no art. 40 do ADCT (Zona Franca de Manaus).

O § 4º desta cláusula 1º, por sua vez, enumera em seus incisos I à XVII os incentivos fiscais objetos de remissão tributária.

Compete às unidades federadas publicar, nos respectivos diários oficiais, a relação com a identificação de todos os atos normativos relativos a benefícios fiscais instituídos unilateralmente e efetuar o registro e o depósito na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, da documentação comprobatória correspondente a atos concessivos dos benefícios fiscais remetidos, inclusive os correspondentes atos normativos, que devem ser publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária disponibilizado no sítio eletrônico do Confaz.

Assim, decorridos mais de seis anos de insegurança jurídica, chega ao fim o drama dos contribuintes favorecidos pela política tributária adotada unilateralmente pelos Estados da Federação.

A forma inteligente encontrada pelos legisladores foi a de alterar, por meio de seu art. 9º, a redação do art. 30 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014 para acrescentar os parágrafos 4º e 5º nos seguintes termos:

“§ 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiros-fiscais relativos ao imposto previsto no inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo”.

“§ 5º O disposto no § 4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos ainda não definitivamente julgados”.

Nota-se que os créditos tributários resultantes de apropriação de créditos decorrentes de incentivos fiscais tardiamente declarados inconstitucionais pelo STF foram convolados em subvenções para investimentos, harmonizando-se perfeitamente com os objetivos dos governos estaduais que concederam os benefícios fiscais de forma unilateral, sem a devida intermediação do Confaz, como determina a Lei Complementar nº 24/75 e a Constituição Federal (alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155).

As subvenções para investimento têm previsão no inciso II, do § 3º, do art. 12 da Lei nº 4.320/64 que se constitui em um valioso instrumento de política governamental para o desenvolvimento da capacidade produtiva das empresas nos moldes utilizados pelos países desenvolvidos e implementados de acordo com as diretrizes da Organização Mundial do Comércio – OMC.

## CONCLUSÃO

O Congresso Nacional agiu bem em rejeitar o veto que não se harmonizava com o objetivo da Lei Complementar nº 160/17 de restabelecer a segurança jurídica das empresas beneficiadas por ação dos governantes e “punidas” repentinamente após o decurso de tão longo tempo, causando-lhes efeitos opostos àqueles visados pelos Estados federados que concederam incentivos fiscais unilaterais exatamente com o fito de promover o aumento da capacidade produtiva das empresas beneficiadas, e não para desorganizá-las do ponto de vista econômico.

A mencionada Lei Complementar nº 160/17, por meio de seu art. 9º, vetado pelo Chefe do Executivo, mas rejeitado pelo Congresso Nacional, deu a vestimenta jurídica adequada para resolver um dos maiores problemas decorrentes de incentivos fiscais irregulares que se prolongaram por anos, por omissão do Judiciário. 

## NOTA

- 1 Patente a nulidade do ato editado por um órgão que sequer tem existência jurídica. O Confaz foi criado pelo Convênio nº8/75 de 14 de abril de 1975, isto é, o órgão destinado a editar convênios nasceu de um convênio. É o caso de se perguntar: quem nasceu primeiro? O ovo ou a galinha?



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



# John Nash, a Pandemia e o Direito

■ POR EMERSON SOARES MENDES

**“Não nos parece acertada a decisão legislativa de permitir moratória generalizada por determinado período de tempo, o que, aliás, poderá aprofundar ainda mais a ruptura do ciclo econômico, o que não é desejado por ninguém neste momento de crise sanitária, econômica e política.”**

**N**ão é novidade a ninguém que a pandemia que vivenciamos atualmente interrompeu o ciclo da economia mundial, levando ao estancamento da circulação de riquezas, seja em razão da cessação da atividade econômica em diversas áreas, seja diante da perda de renda pelas pessoas, que, por isso, ficam impedidas de gastar e investir e, ainda, de contribuir para a continuidade do ciclo da economia.



Também se verifica recorrentemente, desde o início das medidas de isolamento social e fechamento dos estabelecimentos comerciais e industriais, cessação de pagamentos unilateralmente, contribuindo ainda mais para a cessação do ciclo da economia, diante da interrupção do fluxo de riqueza no exercício das atividades econômicas.

Esta cessação do ciclo da economia levou à discussão no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 1.397/2020, que dispõe sobre medidas de caráter emergencial para a prevenção da crise econômico-financeira de agentes econômicos, bem como altera temporariamente o regime jurídico das recuperações judicial e extrajudicial e da falência. Contudo, seria este Projeto de Lei indispensável diante dos princípios basilares do Código Civil? Ou seria mais uma manifestação dos brasileiros que acreditam que a mera edição de uma lei é suficiente para solucionar todos os problemas?

O Código Civil de 2002 foi elaborado fundamentalmente sob três pilares: a socialidade, a eticidade e a operabilidade. O pilar da socialidade impõe a prevalência dos valores coletivos sobre o individualismo, conferindo um sentido social às normas jurídicas. O pilar da eticidade, por sua vez, permite a utilização de critérios éticos e jurídicos para permitir a obtenção de solução mais justa. E, por fim, o pilar da operabilidade permite que as normas jurídicas sejam executadas, realizadas diante dos casos concretos, conferindo-lhe o que Miguel Reale denominou de “concretude”.

Diante daqueles pilares do Código Civil 2002, inquestionável é a necessidade dos agentes econômicos, consumidores e demais agentes participantes do ciclo econômico, ao tentarem solucionar a redução ou interrupção do fluxo de riqueza, terem eticidade e, ainda, não se esquecerem da prevalência do aspecto coletivo sobre o individual, inclusive como forma de permitir a realização do Direito em concreto com soluções jurídicas coletivamente viáveis e não alheias à realidade econômica e social.

A melhor solução não advirá do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, mas, sim, da composição entre as partes que devem agir em conformidade com os pilares da eticidade e da socialidade, não se esquecendo de que uma relação entre agentes está conectada com um encadeamento de relações entre outros agentes, de modo que uma simples cessação de pagamento poderá causar um efeito em cascata em toda a cadeia da atividade econômica, atingindo aquelas relações entre os diversos agentes, isto porque não se pode esquecer que o patrimônio de uma pessoa física e de uma pessoa jurídica é composto por posições ativas e passivas, ou seja, créditos e débitos.

É verdade que, como bem afirmou Luiz Gonzaga Belluzzo<sup>1</sup>, uma peça fundamental nesta ruptura do ciclo econômico está centrada na atuação do Estado para fomentar a recriação do ciclo econômico abruptamente interrompido, de maneira ordenada e planejada.

Contudo, à esfera privada incumbe a busca pelas soluções mais eficientes dentro deste quadro de cessação do ciclo econômico, pelo qual passamos.

Neste momento, vem à tona o estudo de John Nash<sup>2</sup> acerca dos jogos cooperativos, com a devida ressalva de que tal estudo teve por objeto situações econômicas cooperativas envolvendo dois agentes, mas que permite extrair diretrizes que deveriam ser seguidas neste momento da pandemia pelo qual o mundo passa.

De acordo com o estudo de John Nash, a cooperação nada mais é que a habilidade de discutir um plano de ação exequível pelas partes e que preveja uma ação conjunta viável.

Mas mesmo nas relações não cooperativas, que são aquelas em que as partes agem de maneira independente e sem qualquer colaboração entre elas, segundo outro estudo de John Nash sobre os jogos não cooperativos<sup>3</sup>, ainda assim é possível chegar a um ponto de equilíbrio, que, em apertada síntese, é o conjunto formado pelas melhores estratégias das partes.

Portanto, não nos parece acertada a decisão legislativa de permitir moratória generalizada por determinado período de tempo, o que, aliás, poderá aprofundar ainda mais a ruptura do ciclo econômico, o que não é desejado por ninguém neste momento de crise sanitária, econômica e política. 

## NOTAS

- 1 BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Pandemia Econômica. Valor Econômico, ano 20, número 4976, edição de 07.04.2020, p. A13.
- 2 NASH, John. Two-Person Cooperative Games. Econometrica, v. 21, issue 1 (Jan. 1953), p. 128-140.
- 3 NASH, John. Non-Cooperative Games. The Annals of Mathematics. New Jersey: Princeton University, Second Series, vol. 54, issue 2, Set. 1951, pp. 286-295.



**EMERSON SOARES MENDES** é Doutor e Mestre em Direito Comercial pela USP, Especialista em Direito Público e Regulação Econômica e Advogado em São Paulo.



## A força nacional, o autoritarismo e o pacto federativo

■ RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

**“Evidentemente, e apesar do entendimento de um dos ministros da Suprema Corte, não se compatibiliza com os princípios de uma república federativa uma intervenção federal como a que foi levada a cabo neste caso. Aqui, sem dúvidas, reflete-se um caráter autoritário de um governo que, de mais a mais, parece ignorar os laços democráticos e republicanos que devem unir as relações entre a União e os Estados.”**

**N**o início do mês de setembro, a União, por meio da Portaria nº 493/2020, editada pelo Ministério da Justiça e de Segurança Pública, autorizou unilateralmente o emprego da Força Nacional de Segurança Pública em dois municípios baianos: Prado e Mucuri. O Estado da Bahia, evidentemente, inclusive por não ter sido solicitada alguma ajuda federal, interpôs junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Cível Originária nº 3427, distribuída ao ministro Edson Fachin, que determinou, em decisão liminar, a retirada, no prazo de 48 horas, de todo o contingente da Força Nacional enviado ao local.

A “intervenção” federal dar-se-ia no período de 3 de setembro a 2 de outubro e seria feita, supostamente, para dar apoio ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento no cumprimento de mandado de reintegração de posse em dois assentamentos do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

Segundo constou na ação interposta pela procuradoria-geral do Estado da Bahia, “apesar da operação ter sido autorizada para a preservação da ordem pública e da incolumidade de pessoas e patrimônios, não há qualquer indício de conflitos sociais, desestabilização institucional ou riscos de outra natureza que justificassem a medida”, razão pela qual “a Força Nacional teria sido mobilizada para intervir na segurança pública do estado de forma desarrazoada e violadora de sua autonomia federativa.”

Na sua decisão de natureza liminar, o relator afirmou que o art. 4º do Decreto nº 5.289/2004, quando dispensa a anuência do governador no emprego da Força Nacional, viola o princípio da autonomia estadual. Este dispositivo prevê que a Força Nacional pode ser empregada mediante solicitação expressa do governador ou de ministro de Estado. Nada obstante este dispositivo normativo, e conforme observado pelo ministro Fachin, a jurisprudência da Suprema Corte consolidou-se no sentido da autonomia dos Estados, desautorizando o disposto no referido decreto.

Segundo consta da decisão monocrática, “a definição dos contornos de um federalismo cooperativo pressupõe que os entes federados sejam permanentemente protegidos contra eventuais tendências expansivas dos demais.” Ademais, conforme também ressaltado pelo relator, a Lei nº 11.473/2007 estabelece a necessidade de um convênio entre as partes sempre que houver a necessidade de uma operação dessa natureza. Assim, nos termos da decisão preliminar, seria “necessária uma concorrência de vontades para que não se exceda o limite constitucional de proteção do ente federado.”

Por fim, justificando ainda a liminar, o relator referiu-se aos “enormes riscos para a estabilidade do pacto federativo, acrescidos ainda das circunstâncias materiais da ação, isto é, o exercício dos poderes inerentes à segurança pública e o possível uso da violência”, lembrando também que o “quadro geral de pandemia da Covid-19 exige que a mobilização de contingentes de segurança seja sensivelmente restrita e sempre acompanhada de protocolos sanitários.”<sup>1</sup>

Após a concessão da liminar, já na sessão realizada no último dia 24 de setembro, e por maioria de votos, o plenário do Supremo Tribunal Federal

referendou a decisão do ministro relator, confirmando a necessidade da retirada de todo o contingente da Força Nacional enviado aos dois municípios baianos, firmando-se, doravante, o entendimento que “a utilização da Força Nacional sem a autorização do governador viola o princípio constitucional da autonomia dos estados.”<sup>2</sup>

Pois bem.

Como se sabe, e segundo se depreende do art. 18 da Constituição Federal, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, entidades autônomas que formam a estrutura federativa brasileira. Estes entes federados detêm autonomia, seja em razão da existência de um governo local (com órgãos governamentais independentes da União), seja porque possui competências exclusivas, com plena capacidade normativa a respeito de determinadas matérias (neste sentido, veja-se, dentre outros, os arts. 17, 23, 24, 25, 29, 42 e 32, da Constituição Federal).

Apenas se admite a quebra do equilíbrio federativo, muito excepcionalmente, no caso de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, e dos Estados nos Municípios, nas situações expressamente previstas nos arts. 34 a 36 da Constituição. Esta medida extrema – que, de toda maneira, fere a autonomia federativa, mas está prevista na própria Constituição -, afastando temporariamente a atuação das entidades federadas, “só há de ocorrer nos casos nela taxativamente estabelecidos e indicados como exceção ao princípio da não intervenção.”<sup>3</sup>

Esta autonomia dos entes federativos, como é evidente, decorre da própria concepção de federalismo que, em razão de “sua envergadura histórica e sociológica, é uma tendência natural da organização social, sendo, por isso, mais amplo do que qualquer ordem jurídica ou mesmo política.”<sup>4</sup>

Neste modelo, como diz também Afonso Arinos, são mais valorizadas “as relações de coordenação do que as relações de subordinação”, afinal “toda centralização tende à subordinação, e, conseqüentemente, à hierarquia e à disciplina rígidas.” Para ele, neste aspecto específico, o federalismo é um verdadeiro “processo de garantia da liberdade, desde que levada a efeito dentro da ordem jurídica e dentro de um esquema geral intangível.”<sup>5</sup>

Também abordando o mesmo tema, ainda que sob a ótica da ordem jurídico-constitucional inaugurada pela Constituição de 1946, anota Pinto Ferreira que “a verdadeira doutrina a explicar o regime de relações entre a União e os Estados-membros é a teoria da descentralização política, consistente na repartição de competências entre os órgãos centrais e os órgãos locais.”<sup>6</sup>

Também comentando a Constituição de 1946, certamente (até então) a mais democrática da República, Pontes de Miranda afirmava que “no Estado federal a união é permanente, ou baseada no que quiseram os Estados-membros, ou no que o povo dele, Estado federal, que antes não o era, quis. E a verdade histórica e doutrinária, a respeito do Brasil, é a última.” Para ele, nada obstante, a federação não ser uma mera medida técnica de descentralização,

nela “cada parte tem (ainda imaginariamente) o seu *status* e perde algo dele em proveito comum”, conferindo-se aos Estados-membros um pouco do que era central.”<sup>7</sup>

Na doutrina estrangeira, destaca-se Häberle, para quem o Estado federal “é uma estrutura constitucional que frequentemente é entendida como mero princípio da organização estatal”, mas que hoje constitui um princípio material essencial da Constituição da cultura.” Para ele, “a estrutura do Estado federal é parte integrante do Estado constitucional.”<sup>8</sup>

Ainda analisando o princípio federativo, e desde o ponto de vista da Alemanha unificada, Häberle destaca com um dos seus pilares exatamente “a distribuição de competências entre a Federação e os *Länder*, como uma importante manifestação do princípio federativo... e ao mesmo tempo como elemento de uma divisão funcional adicional dos poderes. Esta manifestação distribui o poder político e estabelece um marco jurídico-constitucional para seu exercício.”<sup>9</sup>

Ora, evidentemente, e apesar do entendimento de um dos ministros da Suprema Corte, não se compatibiliza com os princípios de uma república federativa uma intervenção federal como a que foi levada a cabo neste caso. Aqui, sem dúvidas, reflete-se um caráter autoritário de um governo que, de mais a mais, parece ignorar os laços democráticos e republicanos que devem unir as relações entre a União e os Estados.

Deve ser veementemente afastada qualquer tentativa – ainda que eventualmente respaldada por um dispositivo normativo inconstitucional – de intromissão federal nas coisas pertinentes à competência dos Estados, ainda mais quando o próprio ente federativo dispensa tal ajuda, tratando-se, sem dúvidas, de um traço autoritário na condução do governo.

Aqui, por óbvio, utiliza-se o substantivo autoritarismo (respaldando-se na lição de Bobbio, Matteucci e Pasquino) em dois dos seus possíveis contextos: como uma disposição psicológica a respeito do poder e como uma manifestação de uma ideologia política.<sup>10</sup> No sentido psicológico, e num certo aspecto, pode ser identificada uma personalidade autoritária quando há uma “disposição em tratar com arrogância e desprezo os inferiores hierárquicos e em geral todos aqueles que não têm poder e autoridade.”<sup>11</sup>

Por fim, e muito a propósito do caso brasileiro, é necessário ter em conta que o autoritarismo, muitas vezes, “conquistou adeptos pelo que fez e não apenas pela imagem que apresentou a si mesmo. Ainda mais que muitas dessas grandes ‘conquistas’ tivessem um alto preço a ser pago mais tarde, no curto prazo elas possibilitaram que a ditadura se estabelecesse, prosperasse e ficasse mais ambiciosa.”<sup>12</sup>

É preciso, portanto, atenção! ❏

## NOTAS

1 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451948&ori=1>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

- 2 Apenas o ministro Luís Roberto Barroso considerou legítimo que a Polícia Federal solicite o auxílio para proteger o patrimônio da União, em razão do disposto no art. 4º. do Decreto nº. 5.289/2004, que autoriza a atuação da Força Nacional por solicitação de governador ou de ministro de Estado, não havendo, segundo ele, violação da autonomia dos entes federados.
- 3 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 460.
- 4 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 156.
- 5 Idem.
- 6 PINTO, Ferreira. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 645.
- 7 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 299. Nada obstante a afirmação feita sobre o caráter democrático da Constituição de 1946, dois dos seus artigos (132 e 138) impediam o alistamento e, consequentemente, a elegibilidade das “praças de pré, salvo os aspirantes a oficial, os suboficiais, os subtenentes, os sargentos e os alunos das escolas militares de ensino superior.” (o art. 140 dispunha, igualmente, sobre casos de inelegibilidade). Também merece referência (negativa) o art. 141, § 13, que vedava “a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”, cláusula que permitiu colocar na ilegalidade o Partido Comunista, fato político que, efetivamente, ocorreu em maio de 1947, oito meses após a promulgação da Constituição, quando o Tribunal Superior Eleitoral cassou o seu registro. Apesar de tais dispositivos nada democráticos, por outro lado, previu-se, por exemplo (art. 147), que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”, podendo a lei, “com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.” Segundo este § 16, estava “garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.” Nesta Constituição, outrossim, o art. 157 estabelecia diversos direitos trabalhistas.
- 8 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial, 2003, pp. 263-264.
- 9 Obra citada, p. 264. *Länder* é o nome que se dá aos Estados federados na República da Alemanha. Evidentemente, não importa o nome que se lhe dê, mas a autonomia que se lhe concede. Na Argentina, por exemplo, são províncias, na Suíça são os Cantões, etc.
- 10 Numa terceira acepção, segundo os autores, autoritarismo serviria para designar a própria estrutura do sistema político. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Volume 1. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 94).
- 11 Idem.
- 12 GELLATELY, Robert. *Apoiando Hitler – Consentimento e coerção na Alemanha nazista*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011, p. 392.



**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é Procurador de Justiça do MP/BA e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.



## O novo Fundeb

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR

**“A Emenda 108 objetiva que o novo Fundeb promova a igualdade nacional do gasto por aluno da educação básica; não só entre os estados como um todo, mas também entre os municípios brasileiros.”**

### A REDISTRIBUIÇÃO TRIBUTÁRIA DOS FUNDOS EDUCACIONAIS

**C**oncebido pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996, o antigo Fundo do Ensino Fundamental, o Fundef, criou mecanismo absolutamente inédito no custeio da educação pública: o de repartir, em favor daquele nível de aprendizado, 15% de certos impostos, transferidos a Estados e Municípios. Assim, o Fundef ensejou uma pequena reforma tributária entre aqueles dois entes federados.

No início do Fundef, os vários municípios que só se dedicavam à educação infantil (creches e pré-escolas) passaram a perder 15% de repasses com elevadíssima importância na arrecadação (ICMS e FPM), o que motivou a municipalização do ensino fundamental e, portanto, uma melhor gestão dessa vital etapa de instrução. De fato, por estar mais próxima de professores e alunos, a Prefeitura tem melhores condições de gerenciar o ensino público.

Depois disso, a Emenda Constitucional nº 53, de 2006, instituiu o Fundo da Educação Básica, o Fundeb, não limitado ao ensino fundamental, posto que também abrange a educação infantil e o ensino médio. De mais a mais o Fundeb ampliou a amarração tributária (de 15 para 20%), além de incluir outros tributos à cesta de financiamento (IPVA, ITCMD e quota-municipal do ITR).

Mesmo sem ensino fundamental próprio, as prefeituras deixaram de amargar perda total das receitas retidas; isso porque o Fundeb vai da creche ao ensino médio. Todavia, ainda sofrem redução arrecadatória os Estados e Municípios com rede educacional abaixo da média estadual, só que a privação é parcial, limitada, nunca total. O Governo do Estado de São Paulo, por exemplo, perde, anualmente, R\$ 7 bilhões com o Fundeb.



Por movimentar, em regra, impostos vinculados a Estados e seus municípios, o Fundef e o Fundeb, um e outro não são fundos federais, constituindo, na verdade, 27 fundos de âmbito estadual<sup>1</sup>.

Face ao término, em 31.2.2020, do Fundeb, a Emenda Constitucional 108, de 26.08.2020, veio criar o novo Fundeb, agora permanente (art. 212-A, I, da CF), também objetivando outros comandos de exclusivo interesse da Educação.

Assim, o infundável novo Fundeb entra em vigor no dia 1º de janeiro de 2021.

E tal qual fez a Lei nº 11.494/2007 com o Fundeb ora em extinção, haverá um diploma regulamentador do novo Fundeb, disciplinando a forma de apurar o complemento federal para Estados pobres e, inovadoramente, também para municípios pobres de estados ricos, além de estabelecer critérios de ponderação entre as várias etapas e modalidades da educação básica; a transparência, bem como a fiscalização exercida pelos conselhos de acompanhamento e controle social; é bem isso o que quer o inciso X, do artigo 212-A, da Constituição.

## O FUNDEB E O PISO CONSTITUCIONAL DE 25%

Em função do número de alunos atendidos pela rede própria de Estados e Municípios, o Fundeb integra, em maior ou menor grau, o agregado dos 25% de impostos que, todo ano, financia a educação básica (art. 212, da CF). Tanto é assim que o agora introduzido art. 212-A evidencia esse entrelaçamento:

Art. 212-A – Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 desta Constituição à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais, respeitadas as seguintes disposições:

I – a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a instituição, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de natureza contábil;

No Município, os 25% são bancados pelo Fundeb retido (20% do ICMS, FPM, IPVA etc.), além da quarta parte dos impostos diretamente arrecadados pela Prefeitura (IPTU, ISS, ITBI, IR) e, também, por 25% do FPM suplementar recebido em julho e dezembro e, claro, dos residuais 5% de transferências fora do Fundo da Educação Básica (ICMS, FPM, IPVA etc.).

Nos municípios que ao Fundo contribuem mais do que dele recebem, neste caso de perda financeira, a despesa Fundeb está toda dentro do gasto

obrigatório de 25%; vai daí que, apurada a falta de gasto total do Fundo (100%), resta claro que a Administração descumpriu o piso constitucional de 25%.

De outro lado, os municípios que do Fundeb arrecadam mais do que a ele contribuem, nesta hipótese de vantagem financeira, a Administração recebe todos os impostos retidos por aquele fundo (20%), além de um ganho monetário, o chamado “*plus*”. Nesse contexto, pode-se não utilizar, no ano, 100% do Fundeb, e, ainda assim, atender, fielmente, ao mínimo constitucional de 25%.

Apesar do entrelaçamento do Fundeb com os 25%, e de ambas as parcelas financiarem o mesmo tipo de despesa, alguns tribunais de contas não aceitam a tese de que um excesso de despesa à conta dos 25% possa compensar a falta de uso integral do Fundeb (100%).

## A CESTA DE FINANCIAMENTO DO NOVO FUNDEB

O novo e permanente Fundo da Educação Básica, o Fundeb, continua formado por 20% (vinte por cento) do seguinte elenco de impostos ou fundo de impostos:

- Fundo de Participação dos Estados (FPE);
- Fundo de Participação dos Municípios (FPM), sem os adicionais de julho e dezembro (1%);
- Imposto sobre Produtos Industrializados proporcional às exportações (IPIexp);
- Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS);
- Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA);
- Imposto de Transmissão Causa *Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD);
- Quota-parte municipal do Imposto Territorial Rural (ITR);
- Receita da Dívida Ativa alusiva aos sobreditos impostos ou fundo de impostos.

Todavia, os recursos da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) não mais ingressam naquela base de financiamento. Tais dinheiros referem-se à compensação federal, a Estados e Municípios, pela extinção de impostos sobre mercadorias exportadas. Há algum tempo, esses dois entes nada recebiam àquele título, se bem que, para 2020, espera-se que a União retome a transferência.

E os impostos próprios do Município continuam todos afastados do Fundo (IPTU, ISS, ITBI, IRRF), mas a quarta parte deles (25%) será necessariamente despendida nas etapas de aprendizado atribuídas ao governo local: a educação infantil e o ensino fundamental (art. 211, § 2º da CF).

Vale destacar que, a termo da Emenda Constitucional 108, os Estados-membros devem, até agosto de 2022, editar lei dispondo que 10% da quota -municipal do ICMS serão distribuídos conforme a qualidade verificada na educação de cada município. Eis aí forte atrativo para o aprimoramento do ensino local, visto que o ICMS é item fundamental na receita de muitas localidades (*art. 158, parágrafo único, II, da CF*).

E a qualidade da educação municipal se referenciará no indicador Custo Aluno Qualidade (CAQ), a ser definido em lei complementar, após acordo entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

## A REPARTIÇÃO DO NOVO FUNDEB E DO COMPLEMENTO DA UNIÃO

Entre Estados e seus municípios, a distribuição do Fundeb persiste, claro, baseada no número de alunos de cada rede própria presencial da educação básica, obedecidas as ponderações de custo por etapa e modalidade de aprendizado.

Vital aquela ponderação, pois uma criança em tempo integral numa creche custa mais que se lá permanecesse por período parcial; um aluno do ensino médio demanda mais dinheiro público que o matriculado no ensino fundamental.

Na quota do Estado, só se incluem estudantes dos ensinos fundamental e médio; nunca as vagas oferecidas à educação infantil. Na quota do Município, apenas se computam alunos do ensino fundamental e da educação infantil e, não, as matrículas ofertadas ao ensino médio.

Nos termos da Emenda 108, os Estados, como um todo (com seus municípios), que não alcançam o mínimo nacional por aluno (VAAF – Valor Anual por Aluno)<sup>2</sup>, prosseguem obtendo reforço financeiro da União, equivalente a 10% do Fundeb retido em todos os Estados da Federação. Aqui nada muda frente à sistemática atual, para a qual o atual valor mínimo é de R\$ 3.643,16 por aluno/ano.

A novidade é que os Municípios pobres de Estados ricos podem também receber, diretamente, o complemento federal; isso, toda vez que outro indicador da Emenda 108, o VAAT (Valor Anual Total por Aluno) apresentar-se inferior ao mínimo nacional. É assim porque, diferente do tradicional VAAF, o VAAT também incorpora outras receitas educacionais: os 25% dos impostos municipais próprios, a eventual quota-municipal no complemento da União, o Salário-Educação, os 5% de transferências fora do Fundeb (art. 212-A, § 1º, da CF). Nesse rumo e talvez por ser beneficiado pelo atual complemento da União, o município de Salvador - Bahia, pode registrar valor/aluno (VAAT) superior ao de Anta Gorda, comuna do Rio Grande do Sul que, atualmente, não recebe o complemento federal e, desde que Anta Gorda se situe abaixo do mínimo nacional per capita, fará jus à inovadora suplementação monetária da União.

Enfim, a Emenda 108 objetiva que o novo Fundeb promova a igualdade nacional do gasto por aluno da educação básica; não só entre os estados como um todo, mas também entre os municípios brasileiros.

E, dos atuais 10%, o complemento total da União (VAAF e VAAT) saltará, até 2026, para 23%<sup>3</sup>, aumentando gradualmente ano a ano, sendo que, em 2021, primeiro ano do novo Fundeb, cravará 12%. Nos moldes da Emenda 108, aqueles 23% serão assim divididos:

- 10% no âmbito de cada Estado, quando o Fundeb retido estiver abaixo do mínimo nacional por aluno, ou seja, abaixo do VAAF (*valor anual por aluno*); eis a continuidade da sistemática atual;
- 10,5% no âmbito de cada Estado e Município, quando o Fundeb retido e as outras receitas do ensino somarem valor abaixo do mínimo nacional por aluno, ou seja, abaixo do VAAT (*valor anual total por aluno*).
- 2,5% para as redes públicas, estaduais ou municipais, que apresentarem melhores indicadores educacionais.

Municípios contemplados com o VAAT (*valor anual total por aluno*) aplicarão metade na educação infantil, sendo que ao menos 15% financiarão investimentos na rede pública de ensino, quer a construção e reforma de prédios escolares, quer a aquisição de equipamentos pedagógicos<sup>4</sup>.

E, tal qual antes dito, a lei regulamentadora do novo Fundeb disciplinará o modo de calcular o VAAF (valor anual por aluno) e o VAAT (valor anual total por aluno).

No que diz respeito à hoje fundamental transparência dos registros de receitas e despesas, a Emenda 108 bem confirma o papel normatizador da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), constitucionalizando o que já está dito na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 50, § 2º). É bem isso o que determina o art. 163-A, da Constituição:

“Art. 163-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizarão suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público.”

De ilustrar que, de acordo com o a Constituição (art. 212), a União destina, todo ano, 18% de seus impostos à educação. Pois bem, a modo da comentada Emenda 108, no máximo 30% daquele piso financiarão o Complemento Fundeb, quer dizer, o Governo Federal despenderá, ao menos, 12,6% no ensino superior e em outros programas educacionais, que não o Complemento Fundeb.

Além disso, a União não poderá se servir do Salário-Educação para realizar o Complemento a Estados e Municípios (art. 212-A, XIII, da CF).

## **A VINCULAÇÃO QUE BENEFICIA O PROFISSIONAL DA EDUCAÇÃO**

Editada no ano de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) tem como um dos objetivos centrais oferecer remuneração condigna aos profissionais do ensino.

Nesse rumo, as Emendas Constitucionais 14/1996 e 53/2007 direcionaram 60% do Fundef e Fundeb para os profissionais do magistério, categoria integrada pelos professores e especialistas que oferecem suporte direto à docência: os diretores, administradores escolares, orientadores pedagógicos, inspetores de ensino, supervisores, entre outros (art. 22, parágrafo único, II, da Lei 11.494, de 2007).

Diferente, a Emenda 108, de 2020, amplia a vinculação remuneratória, de 60% para 70%, mas, de outra parte, aumenta a espécie de profissional beneficiado, agora não só o professor e os do suporte pedagógico, mas, de igual modo, os demais servidores lotados na área educacional, sejam as merendeiras, os vigilantes ou os funcionários administrativos.

Esses 70% são para as espécies remuneratórias, os salários e os encargos patronais, não atingindo as verbas indenizatórias como o vale-refeição e o vale-transporte, que devem ser pagos pela outra parcela do Fundeb (de até 30%).

Nessa trilha, são três as vinculações trazidas pelo novo Fundeb:

- 70% para os profissionais da Educação;
- 15% do Complemento Federal VAAT para investimentos na rede escolar;
- 50% do Complemento Federal VAAT para a educação infantil (*creches e pré-escolas*).

Tal qual já era pacífico no Supremo Tribunal Federal (STF), a Emenda 108 proíbe que, oriundos da Educação, os aposentados e pensionistas sejam pagos com qualquer recurso vinculado ao ensino, quer os constitucionais 25%, quer o Fundeb ou o Salário-Educação. Eis o atual § 7º, do art. 212, da Constituição:

Art. 212 (...)

(...)

§ 7º É vedado o uso dos recursos referidos no caput e nos §§ 5º e 6º deste artigo para pagamento de aposentadorias e de pensões.

De lembrar que alguns tribunais de contas aceitam os inativos da Educação no gasto obrigatório, nisso considerando que a Lei de Diretrizes e Bases – LDB, de forma expressa, não os exclui (art. 71), e o diploma anterior, a Lei 7.348, de 1985, admite, de forma objetiva, os aposentados naquele piso constitucional:

Art. 6º – (...)

§ 1º Consideram-se despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino (...)

g) decorram da manutenção de pessoal inativo, estatutário, originário das instituições de ensino, em razão de aposentadoria.

Para que o Município cumpra a vinculação do profissional do magistério, os órgãos de controle têm admitido, ao final do ano, a concessão de abonos salariais. Autorizado por lei local, o abono deve amparar-se em objetivos e transparentes critérios (ex: assiduidade do profissional, nota da escola no IDEB, participação em cursos de aperfeiçoamento, desempenho dos respectivos alunos).

A educação é atividade que solicita, majoritariamente, recursos humanos; então, natural que o custo salarial predomine na despesa total. Nesse sentido e para evitar desvios e fraudes, alguns tribunais de contas exigem que os conselheiros de acompanhamento do Fundeb assinem as folhas de pagamento da educação, o que pode evitar a inclusão de funcionários que, atualmente, militam em outros setores da Administração.

E, diante das modificações promovidas pela Emenda 108, ganha maior importância aquele aval do controle social, posto que, diante da generalidade de seus afazeres, os funcionários administrativos e operacionais podem atuar em qualquer outro setor da Administração.

Ainda, de lembrar que alguns tribunais de contas glosam, impugnam, os seguintes gastos na vinculação Fundeb para pessoal:

- Despesas com precatórios judiciais e decisões administrativas relativas à remuneração do pessoal da Educação; isso, porque são consideradas de exercícios anteriores;

- Proporção salarial dos dirigentes da Educação que também atendem aos ensinos médio e superior (secretários, diretores, coordenadores);
- Contribuição ao Pasep- Programa de Formação do Patrimônio do Servidor e Despesas com pessoal em desvio de função (*ex.: professores que atuam na Assistência Social*);

## O USO RESTANTE DO FUNDEB (DE ATÉ 30%)

Enquanto, ao menos, 70% do Fundeb financiam a remuneração do servidor educacional, até 30% serão despendidos nas outras despesas de manutenção e desenvolvimento de ensino, desde que admitidas no art. 70, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Todavia, aquele artigo 70, por óbvio, não poderia prever todos os casos possíveis, devendo então os gestores atentar para a jurisprudência predominante nos respectivos tribunais de contas, até porque, diferente da parcela constitucional dos 25%, o Fundeb não conta com margem cautelar de aplicação adicional e, à vista das glosas do Controle Externo, poderá o prefeito sofrer rejeição em suas contas anuais ante a não utilização integral daquele fundo.

Nesse contexto, o orçamento municipal de até 30% do Fundeb deveria, por prudência, afastar os gastos costumeiramente impugnados pelos tribunais de contas, tais quais os que seguem:

- Despesas com ensino à distância;
- Despesa com transporte de alunos dos ensinos médio e superior;
- Proventos de aposentados que, em atividade, militaram na Educação;
- Despesas com festas cívicas;
- Aquisição de instrumentos musicais para fanfarras ou bandas escolares;
- Construção e manutenção de bibliotecas, museus e ginásios esportivos, de uso coletivo, não restrito apenas aos alunos da rede municipal;
- Despesas com uniformes escolares e alimentação infantil;
- Aquisição de gêneros alimentícios e equipamento para a merenda escolar;
- Subvenção a instituições assistenciais, desportivas ou culturais; 

## NOTAS

- 1 Embora não se constitua um fundo federal e não tenha personalidade jurídica, a União exige que o Fundeb disponha de CNPJ próprio e seja movimentado de forma eletrônica (Internebanking).
- 2 Atualmente, são 9 (nove): Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco e Piauí.
- 3 A previsão é de que saltará de R\$ 15 para R\$ 36 bilhões.
- 4 De acordo com a Câmara dos Deputados Federais: “segundo dados do Censo Escolar 2018, 12% das escolas da rede pública não têm banheiro no prédio; 33% não têm internet; 31% não têm abastecimento de água potável; 58% não têm coleta e tratamento de esgoto; 68% não têm bibliotecas; e 67% não possuem quadra de esportes”.



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

# FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

## ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO E DIREITO



“Muita coisa ainda precisa ser feita para que os animais tenham os seus interesses assegurados e garantidos pelo direito, especialmente quando se trata de seus interesses básicos como a vida, a liberdade e a integridade física, e os juristas brasileiros vêm contribuindo decisivamente com estes avanços através de ações e decisões judiciais.”

R\$ **60,00**  
FRETE INCLUSO

**VENDAS**

(61) 3263-1362

zkeditora.com

 zakarewicz  
editora