

# conceito jurídico

ano V | março de 2021 | nº 51



Beatriz Machnick

Da adaptação à produtividade em home office: um ano depois, sistema de trabalho veio para ficar **Pág. 7**



## Modificações recentes na Lei de Responsabilidade Fiscal



### TENDÊNCIAS

**Sandra Franco**

A transformação forjada da saúde em meio a pandemia



### OBSERVATÓRIO JURÍDICO

**Líbero Penello de  
Carvalho Filho**

Lockdown e capacidade contributiva do devedor tributário



### DOCTRINA

**Flávio Corrêa de  
Toledo Júnior**

O que reprova a conta anual da Câmara de Vereadores

# ASSINE conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



## conceito jurídico

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

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

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

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Anderson Couto do Amaral, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo 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 Andrichi, 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, Líbero Penello Filho, 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, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, 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.

## APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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



zakarewicz  
editora





*Renata Gil*

ARQUIVO PESSOAL

## Basta de feminicídio

**“É imprescindível que os parlamentares se dignem a aprovar o “Pacote Basta” neste simbólico mês de março, mês da mulher, pelo caráter preventivo da medida e, sobretudo, para que interrompa o ciclo de imolação de mulheres por celerosos que só perpetram o crime por confiarem, cegamente, na ineficácia do Estado.”**

**A**trás de todo feminicídio revela-se uma história de terror milhares de vezes repetida. A execução é só o desfecho de uma barbaridade progressiva. Antes, as vítimas foram ameaçadas, constrangidas, humilhadas, manipuladas, isoladas, vigiadas, chantageadas, ridicularizadas e limitadas no direito de ir e vir.

O crime de feminicídio tem, portanto, pelo menos duas características básicas: a violência psicológica, prenúncio dos crimes em decorrência de gênero; e a perseguição, também chamada de “stalking”, que restringe, pelo medo, a possibilidade de a vítima viver conforme a própria vontade.

Em média, infelizmente, uma mulher sofre lesão corporal por violência doméstica a cada 2 minutos no país. E a cada 10 minutos, ocorre um estupro. Em 2019, o Brasil registrou 1.326 feminicídios –um crescimento de 8% em relação a 2018, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, o mais atual disponível. Em 90% das vezes, o responsável foi um homem com quem a vítima tinha relação afetiva.

Indignados com essa realidade, juízas e juízes reunidos na Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) apresentamos ao Congresso Nacional o “Pacote Basta”. É uma lista de providências urgentíssimas para lidar com todo o contexto da violência contra a mulher e alcançar efetividade na prevenção ao feminicídio. É preciso punir, de forma rigorosa, o cometimento do crime. Mas, sobretudo, impedi-lo. Propomos criminalizar a violência psicológica contra a mulher e a perseguição (“stalking”). O PL 741/2021 foi protocolado pelas deputadas Soraya Santos (PL-RJ) e Margarete Coelho (PP-PI).

As mudanças ocorrem em alguns trechos do Código Penal, da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei Maria da Penha e dão aos magistrados mais possibilidade de ação para proteger as mulheres. Uma das sugestões, por exemplo, impõe regime inicial fechado para os crimes contra a mulher (evitando que os condenados sigam com as condutas criminosas). Também buscamos transformar o feminicídio em crime autônomo (hoje é um qualificador do homicídio), permitindo a imposição de penas mais severas.

Consta da proposta a institucionalização, por lei federal, da campanha “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica”, lançada em 2020 pela AMB e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A campanha tem ajudado mulheres vigiadas a denunciarem (em estabelecimentos como farmácias e supermercados) abusos e violações por meio da apresentação silenciosa de um “X” vermelho desenhado na palma da mão. No Distrito Federal, a campanha já virou lei. No Rio, a Assembleia Legislativa aprovou a proposta.

Basta de impotência da legislação e da impunidade que permite uma escalada de crueldades. Não podem continuar livres aqueles que exterminam mulheres como se nada valessem suas vidas, seu padecimento, o desespero das famílias e o lamento dos amigos – fora o dano coletivo daí derivado.

É imprescindível que os parlamentares se dignem a aprovar o “Pacote Basta” neste simbólico mês de março, mês da mulher, pelo caráter preventivo da medida e, sobretudo, para que interrompa o ciclo de imolação de mulheres por celerados que só perpetram o crime por confiarem, cegamente, na ineficácia do Estado. 

3

COM A  
PALAVRA

**Basta de feminicídio**

Renata Gil

9

PAINEL  
ECONÔMICO

**Agenda Ambiental e Energética Pós-covid: Ameaças e oportunidades para o Brasil**

Thiago de Moraes Moreira

14

DIREITO E  
BIOÉTICA

**De quem é o leito de UTI?**

Eudes Quintino de  
Oliveira Júnior

24

PLANEJAMENTO  
FINANCEIRO

**De quanto dinheiro você precisa para viver, do jeito que quiser viver, até o fim da vida?**

Márcia Dessen

28

CAPA

**Modificações recentes na Lei de Responsabilidade Fiscal**

Roberto Bocaccio Piscitelli

50

COMO DECIDEM  
OS TRIBUNAIS

**A "síndrome do imperador". A histórica decisão do STJ e o papel do Ministério Público na garantia dos direitos humanos**

Antônio de Padova Marchi Júnior e  
Rômulo de Andrade Moreira

7

ENTREVISTA

**Da adaptação à produtividade em *home office*: um ano depois, sistema de trabalho veio para ficar**

Beatriz Machnick

12

PROPOSTAS E  
PROJETOS

**O amparo e as indenizações para os profissionais incapacitados pela Covid**

José Santana Júnior

16

PAINEL DO  
LEITOR

**Casos Mari Ferrer e Marcius Melhem: por que o Direito Penal não protege as mulheres?**

Adrielle Ferreira

26

DESTAQUE

**Desvincular recursos da educação?**

João Batista Araújo e Oliveira

38

CAPA

**LC 178/21 – Alterada a LRF – Despesas com pessoal**

Ivan Barbosa Rigolin

58

CONTEXTO

**A invisibilidade que mata: mortalidade materna em tempos de pandemia**

Paula Sant'Anna e Lívia  
Martins Salomão Brodbeck

63

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

**Lockdown e capacidade contributiva do devedor tributário**

Líbero Penello de  
Carvalho Filho

83

ENFOQUE

**A nova lista Pet e a comercialização de animais selvagens**

Letícia Filpi

103

VISÃO  
JURÍDICA

**Lugar de fala é mutismo imposto ao outro**

Eduardo Luiz Santos Cabette

108

IN VOGA

**O Dia Nacional em Memória às Vítimas da Covid-19 e a Justiça Social**

Celeste Leite dos Santos

114

DIREITO  
EMPRESARIAL

**O jurídico do *franchising*. Pontos importantes no jurídico da atividade da empresa franqueadora**

Luís Rodolfo Cruz e Creuz

118

DOCTRINA

**O que reprovava a conta anual da Câmara de Vereadores**

Flávio Corrêa de Toledo Júnior

74

CIÊNCIA JURÍDICA  
EM FOCO

**Da (des)necessidade de autorização judicial para o uso de rastreadores em investigações policiais**

Guilherme Berto Nascimento  
Fachinelli e Joaquim Leitão Júnior

90

PORTAL  
JURÍDICO

**Vulnerabilidade e direito à cultura: A discriminação e o preconceito contra os povos ciganos**

Clara Luana de Andrade, Natália Cilião  
de Almeida e Tereza Rodrigues Vieira

106

CONJUNTURA

**A corrida para aprovação da Reforma Tributária**

Daniel Calderon

111

TENDÊNCIAS

**A transformação forjada da saúde em meio a pandemia**

Sandra Franco

127

PONTO DE  
VISTA

**Como podemos reconhecer que alguém é inteligente?**

José Matias-Pereira



*Beatriz Machnick*

ARQUIVO PESSOAL

## Da adaptação à produtividade em *home office*: um ano depois, sistema de trabalho veio para ficar

Um ano se passou desde que muitas empresas e escritórios optaram pelo teletrabalho. Para manter o distanciamento social e preservar a saúde dos colaboradores, a modalidade ganhou espaço no mundo corporativo. E para falar sobre essas mudanças no sistema de trabalho que se fizeram necessárias, convidamos a especialista em Controladoria e Finanças, mestre em Governança e Sustentabilidade, que é pioneira da metodologia de Formação de Preços na Advocacia e palestrante na Ordem dos Advogados do Brasil, Beatriz Machnick. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *No início quando foi decretado a Pandemia, as empresas foram submetidas a adotar o sistema home office. Na sua opinião, como esse movimento foi recebido?*

**BEATRIZ MACHNICK** – Se antes havia um certo preconceito por parte de algumas organizações com relação ao modelo remoto, com a pandemia da Covid-19, tudo mudou.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Diante dessa mudança, como está a produtividade das equipes?*

**BEATRIZ MACHNICK** – Em viagens pelo Brasil, nas consultorias e atendimentos on-line e presenciais, vejo que as pessoas se adaptaram, sim. Contudo, em alguns casos, há relatos de queda de produtividade. Isso pode ser comprovado por meio de ferramentas de medições e análise. Enquanto alguns criaram uma rotina de trabalho e conseguiram se dividir entre a vida familiar e profissional, outros se perderam nessa mesma rotina de casa-trabalho.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Então, o que é preciso para se ter uma boa produtividade?*

**BEATRIZ MACHNICK** – Estabelecer uma rotina e ter disciplina é fundamental para

que esse tipo de trabalho funcione, além, é claro, de manter o equilíbrio. Isso vai contribuir não só para a produtividade, como também para a estrutura familiar.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como você vê a questão da medição de produtividade dos colaboradores?*

**BEATRIZ MACHNICK** – Após um ano em *home office*, muitas empresas têm buscado ferramentas de medição de produtividade, a fim de garantir os resultados da equipe e também como uma forma de medir a demanda dos clientes e alocação de tempo nos projetos. Porém, o teletrabalho permite que cada pessoa defina o seu modelo e forma de atuação. Então, a empresa precisa trazer essa cultura, que refletirá no desempenho dos colaboradores. Além disso, é importante que a cultura organizacional não se perca pelo caminho, mesmo no teletrabalho. Por isso, o esforço das lideranças torna-se ainda mais imprescindível. Mesmo em casa, é possível seguir com o trabalho em equipe.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Quais são os entraves para os colaboradores nesse novo modelo “teletrabalho”?*

**BEATRIZ MACHNICK** – Se, por um lado, existem muitos ganhos, como economia de tempo, combustível, alimentação, estar mais perto da família e dos filhos, por outro, observamos a solidão, o esgotamento e sinais de fadiga virtual – é o WhatsApp que apita o dia inteiro, Telegram, e-mail, chats on-line, plataformas que organizam tarefas, sistemas próprios da empresa, *time sheet*, telefone que toca, reuniões pelo Zoom, Google Meet e outras inúmeras plataformas.

**CONCEITO JURÍDICO** – *A relação virtual é ainda um fator complicador?*

**BEATRIZ MACHNICK** – É importante registrar esse outro ponto, pois estar presente em uma reunião virtual, por exemplo, exige mais atenção e concentração. A conexão é diferente e pede um esforço maior de ambas as partes – emissor e receptor.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E o que fica de lição?*

**BEATRIZ MACHNICK** – O teletrabalho quebrou muitos paradigmas. Muitos empregadores achavam que tinham que ter o colaborador “sob o olhar” – e não é bem assim. Então, a pandemia e o novo sistema implementado trouxeram uma maturidade para as pessoas em termos de responsabilidade e produtividade no trabalho.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Mesmo com essa maturidade, você acredita que ainda é importante ter o controle para com os colaboradores?*

**BEATRIZ MACHNICK** – Sem dúvida alguma, mesmo diante de funcionários disciplinados, é imprescindível ter ferramentas de medição de tempo, produtividade, não com o objetivo de controlar a jornada ou tempo do colaborador, mas para saber em que atividade e para qual cliente aquele tempo está sendo destinado.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual o recado a Sr<sup>a</sup> deixa para nossos leitores?*

**BEATRIZ MACHNICK** – É o que sempre digo: as empresas compram o tempo do funcionário, e ele vende as suas horas de trabalho. Sendo assim, é essencial ter clareza quanto à alocação desse tempo em cada cliente e tarefa. Pense nisso: como estão as demandas dos clientes em relação ao tempo que sua organização tem disponível? Essa conta fecha? A resposta impactará diretamente os seus resultados e finanças.

# Agenda Ambiental e Energética Pós-covid: Ameaças e oportunidades para o Brasil

■ POR THIAGO DE MORAES MOREIRA

**“É necessário o desenvolvimento de uma visão integrada e estratégica das políticas energética e ambiental, recolocando a economia brasileira na trilha do baixo carbono, com capacidade de gerar mais benefícios e autonomia energética do que custos e dependência tecnológica.”**



**C**om o esperado avanço na difusão da vacina, o foco da ciência, hoje muito concentrado no desenvolvimento e avaliação dos imunizantes, deve se deslocar para um entendimento mais preciso acerca das origens da pandemia. Neste terreno, paira uma grande dúvida: “A tragédia que

vivemos é decorrência de um evento raro e aleatório ou é fruto direto da ação humana de degradação do meio ambiente e dos consequentes desequilíbrios sobre os ecossistemas?”. Assumindo esta segunda hipótese para um exercício de cenarização, a preocupação com um novo desastre epidemiológico levaria ao aumento significativo da pressão social para priorização da agenda ambiental e climática ao redor do mundo, reforçando e aprofundando o comprometimento dos países firmado no chamado “Acordo de Paris”, em 2015.

Os desdobramentos deste cenário para o Brasil dependem fundamentalmente da resposta política a ser dada pelas autoridades. Nos últimos anos, o Brasil ganhou grande notoriedade internacional em função do aumento do desmatamento. Os dados do “Observatório do Clima” mostram que nos dois anos primeiros do governo Bolsonaro, as emissões brutas de carbono cresceram a um ritmo de 10% ao ano, após um período de estabilidade entre 2013 e 2018. Chama atenção que no biênio 2019/20 houve uma retração acumulada da atividade econômica de -2,8%, o que significa que as emissões foram, em grande medida, impulsionadas pelo desmatamento. Aliás, vale lembrar que as chamadas “mudanças no uso do solo” já são responsáveis por quase metade das emissões totais do país.

Diversos países já expressaram grande preocupação com esta situação. A eleição de Biden nos EUA no ano passado aumentou a pressão internacional para que o governo brasileiro mude de postura. Estamos, de fato, na contramão do caminho que a maioria dos países vem trilhando, o qual deverá ser aprofundado no cenário proposto. As economias devem buscar formas cada vez mais eficientes de expandir a renda e o emprego, com menor intensidade energética e baixo nível de emissão de carbono. No Brasil, temos o pior das combinações: emissões em expansão e retração econômica.

Caso essa dinâmica perversa não seja revertida, é provável que o país sofra com eventuais sanções econômicas, o que representaria uma ameaça adicional à retomada no curto/médio prazo. Tais sanções prejudicariam mais diretamente as exportações brasileiras, além da entrada de investimentos estrangeiros.

Por outro lado, este cenário pode também representar grandes oportunidades. O Brasil tem plenas condições de assumir um papel de liderança nestes temas. Nossa matriz energética é uma das mais “limpas” do mundo, com participação de aproximadamente 45% de fontes renováveis em 2019 (com destaque para a geração hidráulica). Para se ter uma ideia do que isso representa, o ousado e agressivo plano chinês de descarbonização de sua matriz energética busca atingir um percentual de renováveis próximo de 25% apenas em 2030.

Em outras palavras, as condições atuais ainda conferem ao país condições extremamente favoráveis para ser protagonista na discussão global da agenda ambiental e climática. Além disso, ao invés de líder no desmatamento, o Brasil tem potencial para se tornar líder em reflorestamento, conservação e recuperação de pastagens, atividades que removem CO<sub>2</sub> do ambiente (emissões negativas) e têm capacidade de criar melhores oportunidades econômicas quando comparadas às geradas pelo desmatamento.

O mapeamento municipal das emissões brasileiras, divulgados recentemente pelo “Observatório do Clima” com dados relativos a 2018, mostrou

que na região amazônica encontramos tanto os principais focos do desmatamento quanto de reflorestamento/conservação, em alguns casos ocorrendo simultaneamente na mesma cidade. A título de exemplo, o líder de emissões de carbono no país foi a cidade paraense de São Félix do Xingú, que liberou à atmosfera cerca de R\$ 30 milhões toneladas de CO<sub>2</sub> equivalente, dos quais apenas 10,3 milhões de toneladas foram removidas; já o líder nas remoções de carbono também está localizado no Pará, no município de Altamira, que retirou cerca de 23 milhões de toneladas de CO<sub>2</sub> equivalente, praticamente o mesmo volume de carbono emitido.

A partir do cruzamento destes dados com os de renda per capita, verifica-se que as pequenas cidades da região amazônica mais destacadas pela remoção de carbono têm, em média, renda superior quando comparadas àquelas de elevada emissão líquida de carbono. Segundo o IBGE, a renda per capita anual de Altamira, no mesmo ano de 2018, foi de aproximadamente R\$ 24 mil, mais que o dobro dos R\$ 11 mil gerados em São Felix do Xingú.

Ademais, as mudanças na postura brasileira com relação ao “uso do solo” seriam fundamentais para criação de condições para uma transição energética gradual e planejada, permitindo otimizar o aproveitamento de ativos e insumos energéticos abundantes no país. A posição privilegiada brasileira possibilitaria um planejamento energético que, por exemplo, prescindia do senso de urgência de eletrificação da frota de veículos.

Os países que buscam protagonismo na agenda ambiental, notadamente China, os europeus e mais recentemente os EUA, necessitam de uma curva acelerada de eletrificação para as almeçadas reduções nas emissões de carbono, na medida em que partem de uma matriz energética muito mais “suja” que a brasileira.

Metas mais agressivas de eletrificação imporiam ao Brasil custos significativos de adaptação da infraestrutura e, provavelmente, levaria a um aumento das importações de veículos e de tecnologia que não dominamos, em detrimento da produção doméstica. Além disso, traria efeitos negativos sobre segmentos importantes da indústria brasileira, tais como o de biocombustíveis e o de petróleo e gás. Com relação a este último, cabe enfatizar que a extração do petróleo do pré-sal se caracteriza por um baixo nível de emissão na comparação com outros petróleos. Além disso, o país tem potencial de se destacar no desenvolvimento de tecnologias para captura de carbono (CCUS).

Em suma, o Brasil não deve renunciar aos benefícios econômicos de suas riquezas naturais, os quais podem ser compatibilizados com uma dinâmica de redução nas emissões líquidas totais. Para isso, é necessário o desenvolvimento de uma visão integrada e estratégica das políticas energética e ambiental, recolocando a economia brasileira na trilha do baixo carbono, com capacidade de gerar mais benefícios e autonomia energética do que custos e dependência tecnológica. ■



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

# O amparo e as indenizações para os profissionais incapacitados pela Covid

■ POR JOSÉ SANTANA JÚNIOR

**“Trata-se de um justo reconhecimento para esta categoria profissional que enfrenta as trincheiras cotidianas contra o vírus e suas variáveis, que estão lotando enfermarias e UTIs de hospitais públicos e privados e provocando milhares de mortes em todo país.”**

**T**ramita no Congresso Nacional um projeto de lei que prevê uma indenização de R\$ 50 mil para os profissionais de saúde que tiveram alguma incapacidade laboral após contrair o coronavírus. O texto do PL 1.826/20 possui como escopo a compensação financeira a ser paga pela União, aos profissionais da saúde que, durante o período de pandemia, por terem trabalhado no atendimento direto a pacientes acometidos pela Covid-19, tornaram-se permanentemente incapacitados para o trabalho, ou ao seu cônjuge ou companheiro, aos seus descendentes e aos seus herdeiros necessários em caso de óbito.

Inicialmente, o projeto havia avançado na Câmara dos Deputados, mas a Secretaria-Geral da Presidência da República informou, no último dia 3 de março, que o Presidente da República teria vetado



integralmente o projeto, pois apesar do “mérito da propositura e da boa intenção do Congresso”, a norma foi vetada por razões jurídicas. De acordo com a secretaria, o projeto criava medidas proibidas por lei, como aprovação de despesa continuada durante a pandemia, falta de apresentação do impacto financeiro do benefício, além de ser inconstitucional pelo fato de o Congresso criar benefícios para outros agentes federais.

No entanto, no dia 17 de março, o veto foi derrubado pela Câmara dos Deputados e o Senado confirmou a decisão. Para as Casas, os argumentos do veto não foram convincentes, tendo em vista que as sequelas desses profissionais serão permanentes e irreversíveis. Até porque os trabalhadores da saúde são os mais afetados pelos efeitos nocivos da pandemia, por atuarem na linha de frente do combate a doença, muitas vezes em jornadas exaustivas e em condições precárias, como a falta de equipamentos de proteção adequados e de espaços de atendimento aos pacientes improvisados.

Importante frisar que para a derrubada do veto, o Congresso Nacional se pautou no dever do Estado em amparar os profissionais que atuam na linha de frente que arriscam as suas vidas e muitas vezes as de suas famílias com o intento de conter a pandemia que vêm se agravando cada vez mais.

Diante disto, com a retomada do texto, os profissionais de saúde que atuam na linha de frente ao combate do coronavírus, terão direito a uma indenização de R\$ 50 mil pela incapacidade em decorrência de contraírem o vírus. E a norma, conforme o texto atual, é extensível aos dependentes dos profissionais que vierem à óbito em virtude da atuação no enfrentamento da Covid-19.

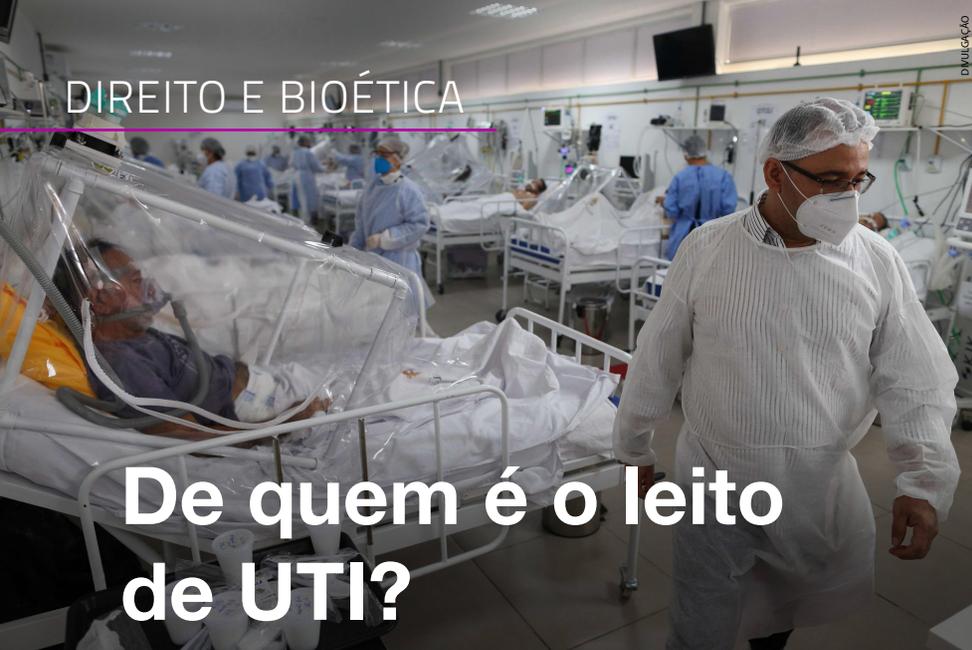
Segundo o projeto, são assim elegíveis como profissionais da saúde os profissionais de nível superior reconhecidos pelo Conselho Nacional de Saúde, profissionais de nível técnico da área da saúde, os agentes comunitários de saúde que tenham feito visitas domiciliares durante a pandemia, e por fim, aqueles que não atuam na atividade fim, mas que operacionalizam os atendimentos no enfrentamento da pandemia. Assim, terão direito ao benefício: médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, assistentes sociais, técnicos de laboratório, dentre outros.

Ainda, a proposta dispõe que dependentes menores de 24 anos receberão também um adicional de R\$ 10 mil para cada ano que faltar para completar a idade máxima. A concessão da compensação financeira estará sujeita à avaliação de perícia médica realizada por servidores integrantes da carreira de Perito Médico Federal.

Trata-se de um justo reconhecimento para esta categoria profissional que enfrenta as trincheiras cotidianas contra o vírus e suas variáveis, que estão lotando enfermarias e UTIs de hospitais públicos e privados e provocando milhares de mortes em todo país. E espera-se que o Governo Federal não crie entraves no acesso as indenizações para os casos não desaguarem no Poder Judiciário. 



**JOSÉ SANTANA JÚNIOR** é Advogado especialista em Direito de Saúde e Empresarial.



# De quem é o leito de UTI?

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“Se a justiça acatar o pleito e deferir a tutela, o paciente, que juntamente com vários outros aguardava sua vez para ser promovido à UTI, com toda certeza estará sendo beneficiado em detrimento dos demais concorrentes.”**

**A**pós um ano da decretação da pandemia, quando a previsão era de arrefecimento da propagação do vírus – de acordo com a projeção da comunidade científica –, qual não foi a surpresa geral em constatar que o Brasil, assim como outros países, encontra-se sob a vigência de decretos de *lock-downs* contínuos. O coronavírus foi incorporando variadas cepas, infectando um número maior de pessoas e provocando expressivos óbitos. Já não há mais predileção para as pessoas integrantes do chamado grupo de risco, como inicialmente proclamado pela Organização Mundial da Saúde. Agora, diante da indesejável mutação do vírus, todos são iguais.

Os hospitais públicos e privados colapsados. Os leitos de UTIs destinados aos pacientes em situação grave, todos tomados. Os caminhões frigoríficos e contêineres voltaram a se posicionar diante das redes hospitalares para receber os cadáveres. Verdadeira sensação de impotência dos profissionais de saúde e frustração da comunidade.

Nesse clima, um hospital de referência no Rio Grande do Sul criou uma comissão multidisciplinar para decidir, dentre os pacientes que aguardam vagas nas unidades de terapia intensiva, quais serão escolhidos para a intubação com os equipamentos necessários, já escassos em razão da superlotação. Tal providência foi adotada para que a decisão não recaia sobre os ombros de um médico apenas e sim da comissão que decidirá também a respeito da retirada da intubação.<sup>1</sup>

E a pergunta que se faz é: a quem pertence o leito de UTI?

Não se pode de forma alguma lançar mão de uma decisão salomônica e selecionar um paciente sem antes estabelecer critérios técnicos,

levando-se em consideração o princípio da igualdade. Principalmente neste momento, quando o coronavírus derrubou as diferenças sociais, econômicas e das faixas etárias estabelecidas entre os concorrentes ao leito. Quer dizer, a vulnerabilidade se espalhou de tal forma que o mais novo concorre em igualdade de condições com o mais idoso, assim como o mais rico com o pobre.

Um critério norteador seria a adoção do princípio da diferença, formulado por John Rawls, professor de filosofia política da Universidade de Harvard. Por ser uma comissão multidisciplinar a escolher o paciente, o critério não ficará adstrito à área da saúde somente. Além do que se deve levar em consideração que a decisão necessita ser imediata em razão da exiguidade do tempo para as providências médicas. O filósofo propõe, diante do dilema ético, que a escolha seja realizada de acordo com um julgamento hipotético da sociedade, buscando uma igualdade niveladora para encontrar uma solução equânime.

Ora, pessoas iguais devem receber benefícios iguais, sem qualquer distinção ou favorecimento. Assim, como uma medida justa dentre os iguais, o que atender mais de perto o critério da continuidade da vida. Na realidade, vai ser apontado o desigual entre os iguais, na medida em que se busca encontrar um paciente que tenha condições de suportar o tratamento mais adequado e, principalmente, com a maior chance de sucesso.

É de se observar, pela regra sugerida e que pode guiar melhor a escolha, que os pacientes que aguardam vaga na UTI encontram-se pareados por um igualitarismo cego e o critério diferenciador entre eles deve ser o resultado encontrado nas observações feitas pela comissão multidisciplinar, que tomará conhecimento da comorbidade e vulnerabilidade de cada um e decidirá por aquele que realmente necessita de cuidados mais intensivos, com maior chance de recuperação.

Mas pode ocorrer a quebra desta paridade entre os pacientes quando o representante legal de um deles acionar o órgão jurisdicional pleiteando uma tutela provisória de emergência em caráter antecipatório para que seja feita sua transferência para o leito pretendido. Se a justiça acatar o pleito e deferir a tutela, o paciente, que juntamente com vários outros aguardava sua vez para ser promovido à UTI, com toda certeza estará sendo beneficiado em detrimento dos demais concorrentes.

A decisão judicial, embora construída com base em suporte probatório robusto, esbarra na angustiante realidade hospitalar e, prevalecendo, estará promovendo o privilégio a uma pessoa, em detrimento das demais portadoras de idêntico grau de risco. O direito à saúde é igualitário para a formação do bem-estar social e cabe ao Estado, de forma obrigatória na sua função de provedor, aparelhar as condições materiais para que o paciente possa receber o atendimento a que faz jus. Se um deles, na mesma relação linear de igualdade, se antecipa e consegue sua pretensão em avançar para o leito de UTI, fica evidenciado o individualismo, em razão da própria omissão estatal. ❏

## NOTA

- 1 <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/03/hospital-de-referencia-no-rs-cria-grupo-para-decidir-quem-usara-ventilador.shtml?origin=folha>



**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.

# Casos Mari Ferrer e Marcius Melhem: Por que o Direito Penal não protege as mulheres?

■ POR ADRIELLE FERREIRA

“Os casos aqui relatados são histórias concretas que devem servir de parâmetro para pautar discussões acerca da necessidade de enfrentar a prática da revitimização e do tratamento prestado pelo judiciário que, ao invés de acolher e amparar as vítimas dos mais variados crimes que lhe agridem a dignidade, muitas vezes as colocam no papel de causadoras.”



**D**ois casos envolvendo acusações de crimes sexuais de gênero mexeram com o país no ano passado e vem, até hoje, repercutindo nos maiores meios de comunicação: caso Mariana Ferrer e caso Marcius Melhem.

Relembrando o caso Melhem: segundo veiculado pela mídia, em dezembro/2019 a humorista Dani Calabresa, contratada pela TV Globo, denunciou seu colega de profissão a equipe de *compliance* da emissora sob alegações de assédio. A TV Globo emitiu comunicado informando que havia, de comum acordo, desligado Marcius do seu quadro de colaboradores, em nada se manifestando a respeito das acusações feitas por Calabresa<sup>1</sup>.

Diversos meios de comunicação divulgaram reportagens sobre o caso, dentre elas a Folha de São Paulo, onde Monica Bergamo entrevistou Mayra Cotta, advogada que representa 6 vítimas de abuso sexual e ainda outras de assédio moral, e a Revista Piauí, onde João Batista Jr. afirma ter ouvido 43 pessoas que sofreram e/ou presenciaram os casos de assédio, relatando o ocorrido<sup>2</sup>.

No início deste ano, o humorista ingressou com diversas ações de indenização por danos morais e materiais contra apresentadores, humoristas e editoras que publicaram e passaram adiante as denúncias contra ele. Uma dessas pessoas processadas foi a própria Dani Calabresa, sem dúvida a principal figura que representa as acusações em desfavor de Melhem.

Relembrando o caso Ferrer: Mariana Ferrer acusa André Camargo de Aranha pelo crime de estupro que teria ocorrido em dezembro/2019 em um *beach club* na cidade de Florianópolis, onde Mariana, no momento do crime, estaria dopada e sem condições de apresentar resistência. O acusado apresentou inúmeras versões, desde dizer não conhecer Mari e não ter qualquer contato com ela no dia do ocorrido, até que, por fim, sustentou a tese de que praticou o ato, contudo sem saber que a vítima estava dopada. Aranha foi inocentado pela justiça em setembro de 2020.

Na época, o The Intercept Brasil divulgou trechos das filmagens da audiência de instrução e julgamento, bem como utilizou do termo “estupro culposo” para informar que Aranha havia sido inocentado sob o argumento de que o estupro aconteceu sem intenção. Por óbvio, após a reportagem o caso voltou à tona, causando na população grande revolta e sentimento de impunidade, gerando grande comoção e levando ao topo das redes sociais a hashtag #nãoexisteestuproculposo<sup>3</sup>.

Inicialmente, é importante esclarecer que na sentença proferida nos autos do processo criminal envolvendo André Camargo de Aranha e Mariana Ferrer não há qualquer menção a expressão “estupro culposo” e, portanto, não existe absolvição do acusado por tal crime, mesmo porque o estupro na modalidade culposa inexistente na legislação penal brasileira, sendo juridicamente impossível que um indivíduo acusado seja inocentado ou não por tal prática.

Em verdade, Aranha foi inocentado sob o argumento de outro tipo penal, este existente no ordenamento jurídico brasileiro, o erro de tipo. Segundo o julgador, Aranha desconhecia a vulnerabilidade de Mariana, ou seja, ao praticar o ato não tinha conhecimento de que Ferrer estivesse dopada e, por

isso, impossibilitada de oferecer resistência o que afastou o dolo – elemento necessário para caracterizar o crime de estupro, levando-o a ser absolvido das acusações<sup>4</sup>.

Mas e qual a relação entre o caso Marcius Melhem, onde há acusações de assédio moral e sexual, e o caso Mariana Ferrer, cuja acusação é da prática do crime de estupro, além de que ambos são crimes sexuais onde as vítimas são do gênero feminino?

Em análise bem ampla, temos em ambos os casos a incredibilidade imputada as mulheres vítimas de crimes sexuais, onde comumente o relato dessas mulheres são desacreditados, diminuídos e colocados em uma balança imaginária, onde de um lado têm-se a denúncia e do outro diversas formas de transferir a culpa do crime à vítima (cujo peso é bem maior), seja por sua roupa, por seu comportamento ou por suas fotos em redes sociais.

Ao assistir a gravação da audiência é possível observar com clareza que o tratamento do advogado de defesa, Cláudio Gastão da Rosa Filho, para com Mariana – através do uso de palavras agressivas, atitudes desrespeitosas, tentativa de desestabilizar e culpar a vítima, insinuações a respeito do seu comportamento – estava, em verdade, colocando em julgamento o caráter, a idoneidade e a vida pessoal de Ferrer.

Em determinado momento é possível observar que o advogado mostra fotos publicadas por Mariana em suas redes sociais (antes do caso e que nada têm a ver com o processo) sob insinuações de que as imagens eram erotizadas e sexualizadas. Ainda é possível ouvir Gastão da Rosa humilhar e atacar a vítima com afirmações de que ela “dava show” na rede social Instagram para ganhar seguidores, além de pôr em evidência considerações sobre o seu passado, chegando ao ponto de questioná-la a respeito de sua virgindade<sup>5</sup>.

Ao longo de todo esse tempo em momento nenhum os membros ali presentes se manifestaram de forma efetiva. Nem o Ministério Público, na pessoa do promotor Thiago Carriço de Oliveira, e nem o juiz Rudson Marcos interferiram nas investidas do advogado. Ao contrário, o magistrado tão somente questiona a Mariana se a mesma quer se recompor, contudo não faz menção a conduta do causídico e nem indefere qualquer das suas perguntas e/ou investidas.

E mais! As poucas vezes em que o juiz interfere no julgamento é sempre para informar a Mariana que a sua conduta não está adequada, que não adianta a vítima questionar as perguntas de Gastão da Rosa e sobre as supostas provas que não foram examinadas e/ou juntadas aos autos, se limitando apenas a pedir ao advogado que faça perguntas sem emitir juízo de valor.

Mariana é a única acusada de tumultuar a audiência, enquanto Gastão da Rosa revira os olhos, bate na mesa, ofende, interrompe e questiona, reiteradamente, a integridade do depoimento da vítima. Todos ali presentes assistem silentes a violência sofrida por Mariana que, chorando compulsivamente, se vê obrigada a implorar por respeito diante das investidas do defensor do acusado, no que o magistrado se limita a pedir que o advogado mantenha um bom nível em sua arguição.

Xingar a vítima, falar sobre o seu passado, tecer comentários que emitam juízo de valor e trazer fatos que não tem correlação com o objeto do processo são atitudes que devem ser reprimidas e, em qualquer circunstância, não podem ser endossadas e aceitas por outros profissionais que presenciem esse tipo de comportamento.

Uma vez que o promotor se mantém inerte diante das investidas ofensivas e humilhantes proferidas pela defesa do acusado, o mesmo passa a ser conivente com o discurso apresentado pelo advogado Gastão da Rosa, falhando com o seu dever de prezar pelo fiel cumprimento da lei o que se estende, também, a garantir e preservar os direitos da vítima. Já ao magistrado, não se pode imputar outra conduta se não a falha de prezar pelo fiel cumprimento da lei. Isso porque, Rudson Marcos, igualmente a Carriço, se mantém inerte e assiste de forma passiva e com ar de normalidade as agressões desferidas à Mariana, validando o comportamento antiético por parte do advogado de Aranha.

Segundo Vitória de Macedo Buzzi e Marina Amaral de Lima houve total abandono do Ministério Público ao longo da oitiva de Mariana, uma vez que a vítima não se encaixava no comportamento adequado a uma mulher, o que foi reforçado pelo magistrado<sup>6</sup>:

“É inegável, ante o comportamento do promotor Thiago Carriço, que Mariana Ferrer foi verdadeiramente abandonada pelo Ministério Público durante a audiência – por não se enquadrar na moral sexual esperada da mulher, a vítima foi sumariamente excluída do âmbito de proteção penal.

(...)

O juiz, da mesma forma, ao assistir passivamente ao desenrolar de eventos na audiência, validou o comportamento inescusável da defesa perante a vítima, reforçando a lógica patriarcal que julga e condena a mulher que não se conforma à moral sexual dominante.”

A prática de deslegitimar a vítima tem sido cada vez mais comum nos tribunais brasileiros, sobretudo em julgamentos de crimes sexuais ou crimes contra a mulher, onde quase sempre tem-se a ideia de que a vítima fez algo que levasse o agressor a praticar a ilicitude. É quase como uma ação e reação, onde a roupa inapropriada, o excesso de bebida, o sair à rua a noite é a ação, e portanto a justificativa, que desencadeia a reação do criminoso – o crime.

É uma estratégia antiga e constantemente utilizada como tática de defesa pelos advogados de agressores de crimes sexuais que, ao invés de se ater aos fatos e à legislação, se baseiam no comportamento das vítimas e em alegações sexistas para questionar sua índole e moral, justificando os crimes cometidos por seus clientes, cultuando a ideia de que a vítima é merecedora e culpada pelo sofrimento vivido, o que pode ser observado nas considerações das advogadas Luciana Terra e Luanda Pires e da antropóloga Beatriz Acciolly que trazem à tona a violência institucional que essas vítimas sofrem<sup>7</sup>:

“Violência institucional é a violência praticada por instituições públicas que, por meio de seus agentes, fazem a manutenção de afrontas a direitos das mulheres. O caso de Mariana Ferrer é um exemplo desse tipo de prática. É evidente a conduta antiética dos envolvidos, que deixam de julgar o agressor para julgar a vítima e a sua conduta. O Judiciário deve ser um ambiente de acolhimento e escuta das vítimas, e não de humilhações e desestímulo a denúncias.”

E essa foi a estratégia utilizada por Gastão da Rosa e, ao que parece, “comprada” pelo promotor e juiz presentes, a de que Mariana Ferrer teria sido a verdadeira responsável pelo crime do qual é vítima, porque levou Aranha a violentá-la ao expressar sua sexualidade em fotos postadas, por suas vestimentas e comportamentos inadequados, de modo que não deveria ser levada a sério pelo Tribunal. E, pelo desenrolar do caso mais recente, será a estratégia utilizada por Marcius Melhem para se esquivar das acusações que pairam sobre ele.

Isso porque, ao conceder entrevista à Folha de São Paulo, Melhem afirma que Calabresa não pareceu estar traumatizada após os episódios de assédio e, para comprovar serem inverídicas as acusações, tornou público áudios e prints de conversas de WhatsApp que teria tido com a humorista, cujo teor demonstraria a existência de uma relação amigável entre os anos de 2017 e 2019<sup>8</sup>.

O título da reportagem – “Marcius Melhem mostra mensagens que sugerem amizade com Dani Calabresa. Diretor diz que atriz não pareceu traumatizada depois de suposto episódio de assédio sexual.” – objetiva transmitir ao telespectador que inexistiu a prática de qualquer conduta criminosa, uma vez que a relação entre os envolvidos era, na verdade, amigável e em consequência lógica, o comportamento de ambos foi consensual.

Para dar força probante as suas alegações Melhem divulga trechos de conversa cujo intuito, ao que parece, é tão somente desconstruir a imagem de Dani, colocar a sua palavra a prova e pôr em cheque a confiabilidade de suas alegações o que, em contrapartida, inverteria a situação inicial. De agressor, Marcius passaria ao papel de vítima de acusações falsas vindas de uma mulher que não tem qualquer credibilidade porque não “merece”.

Pelo que se sabe, essa será a tática utilizada por Melhem também na seara jurídica, tendo em vista que o humorista, no início do corrente ano, ingressou com ação de indenização por danos morais e materiais (que corre em segredo de justiça) alegando que as acusações sobre ele são mentirosas e, como matéria de prova, junta aos autos áudios e prints das conversas vazadas à mídia anteriormente.

Soraia Mendes, advogada que representa Dani Calabresa, em artigo publicado na Revista Eletrônica Conjur esclarece que

“Nos processos envolvendo crimes sexuais nunca valeu a máxima “o que não está nos autos não está no mundo”. Lá o que está no mundo é transplan-

tado para dentro dos autos subliminarmente (embora, algumas vezes, escancaradamente, vide o caso Mariana Ferrer) sendo o que determina se “esta” ou “aquela” mulher “merece” crédito sobre o que diz.

(...)

Com a divulgação do conteúdo de mensagens trocadas na esfera particular o fim é, obviamente de causar extremo dano à vítima no intuito de macular sua imagem, confiabilidade pública e também, o que é mais grave ainda, de por em dúvida sua palavra enquanto vítima, lá, nos autos em que se discute o crime sexual. É deste modo que se constrói um processo onde o que passa a estar em julgamento não é mais a conduta do agressor, mas a “reputação” da mulher<sup>9</sup>.

São dois pesos e duas medidas. No vídeo da audiência é possível observar que o juiz trata o Aranha de forma totalmente oposta ao tratamento de Mariana. É paciente, explica todos os direitos do acusado, relembra os fatos do processo e esclarece a importância de sua oitiva. É notório a diferença em que vítima e acusado são tratados pelos profissionais que participam daquela assentada.

Ao longo da oitiva, o réu dá a sua versão do caso, trazendo detalhes que nada se relacionam ao objeto da ação, informando o sofrimento que sua família vem passando desde o início das acusações, que seus pais são idosos e doentes, da sua impossibilidade de trabalhar, sempre culpando Ferrer pelo cenário atual em que se encontra. Ainda, Aranha tenta inverter a situação imputando a Mariana os adjetivos de “mentirosa”, “gângster” e “maluca”, e que a motivação da vítima é, em verdade, dar um golpe financeiro. Diferentemente de Ferrer, André Aranha não foi interrompido durante seu discurso final.

Veja que em um primeiro momento Mari sofre o crime praticado (estupro) e, posteriormente, tem esse sofrimento postergado e perpetrado pelo judiciário (tentativa de imputar a ela a responsabilidade pelo ocorrido pelos motivos informados pelo advogado de defesa). O que fica claro através do tratamento dispensado ao acusado. Deveras, o comportamento do magistrado foi, indiscutivelmente, diferente para as partes. Enquanto Mariana foi diversas vezes interrompida e tachada de tumultuar a audiência, André discursou sem ser interrompido, falou sobre inúmeros assuntos, contou sobre a sua vida e teve a atenção de todos.

Sobre o ocorrido naquele processo, a BBC News Brasil ouviu a Doutora em Direitos Humanos Maíra Zapater, cuja opinião é a de que há uma tentativa de julgamento da vítima a partir de características que nada tem a ver com o processo, isso porque “em geral, o Brasil é tão punitivista, tão acusatório, é um país que prende muito, mas quando se fala de crimes quando a mulher é vítima, toda essa preocupação com a inocência do acusado aparece. Principalmente quando o que se tem como prova é a palavra da vítima”<sup>10</sup>.

As vítimas são mulheres interesseiras, mentirosas. A defesa de Aranha explorou a exaustão as supostas falhas de caráter de Ferrer, que figurou como

uma mulher interesseira, artilosa e que tenta manchar a honra de um bom e inocente rapaz.

Quanto ao caso Marcius Melhem, é impossível afirmar que essa será a tática utilizada por sua defesa, mesmo porque o processo encontra-se em segredo de justiça e, sem acesso aos autos, resta impossível emitir qualquer afirmação. Contudo, diante das atitudes tomadas até aqui, é possível conjecturar supostas linhas de acusação e defesa que podem ser utilizadas.

Pela premissa de que precisava se defender das acusações de assédio, Melhem concede entrevista a um jornal de grande circulação que, tão somente pela chamada da reportagem é possível imaginar o objetivo ali escondido: reduzir as acusações feitas por Calabresa, transformando suas palavras e frases levianas e mentirosas e, conseqüentemente, afastar qualquer conduta criminosa de suas costas.

É possível observar que em determinado momento da entrevista, Marcius declara que não irá expor Dani e, por isso, não trará a público todas as conversas “comprometedoras” que tem em mãos, soltando frases que induzem a se pensar em possíveis relacionamentos além de uma simples amizade, deixando a cargo do telespectador pensar que tudo que se passou nos bastidores da vida real, o que quer que tenha acontecido, ocorreu por vontade de ambos.

O processo movido por Melhem tem pouco mais de mês, estando em sua fase inicial. Contudo, a ação judicial em que Mariana figura como vítima teve, em primeira instância, a absolvição do réu, desfecho que (re)afirma o quanto o judiciário brasileiro é parcial e falho. Condutas lastimáveis de operadores da lei endossadas e assistidas pacificamente por aqueles que deveriam fiscalizar a legislação e promover a justiça, assistir o fortalecimento de um sistema revitimizador, onde comumente vítimas, ao buscar proteção jurídica, são subjugadas, humilhadas e constrangidas, cria um sentimento de revolta e impotência e a ideia de que os direitos garantidos estão sendo, em verdade, suprimidos, rasgados e abandonados, cujo processo judicial serve, tão somente, para maquiagem e dar a falsa ideia de proteção.

Crimes de gênero acontecem, são incontestáveis. Crimes sexuais acontecem, são incontestáveis. Em verdade, o que se contesta nos crimes sexuais contra mulheres é, tão somente a palavra da vítima. A sua conduta, o seu comportamento, a sua roupa, a sua imagem, a sua credibilidade e o que a vítima fez para levar o agressor a cometer o crime. A culpa é da vítima. A vítima é mulher.

Os casos aqui relatados são histórias concretas que devem servir de parâmetro para pautar discussões acerca da necessidade de enfrentar a prática da revitimização e do tratamento prestado pelo judiciário que, ao invés de acolher e amparar as vítimas dos mais variados crimes que lhe agridem a dignidade, muitas vezes as colocam no papel de causadoras ou, minimamente, de partícipes da conduta do agressor. Basta analisar algumas sentenças judiciais (não somente a do caso Mari Ferrer) para perceber que as mulheres são colocadas em uma espécie de categoria que visa aferir seu grau

de merecimento da proteção penal. O comportamento da vítima tende a ser um elementos caracterizador para fundamentar tanto a absolvição quanto a condenação do acusado.

Por fim, é importante frisar que o Caso Marcius Melhem serviu nesse texto tão somente a título exemplificativo, tendo em vista que até a data da sua publicação, nada ficou comprovado quanto a conduta do humorista, não passando as alegações das vítimas, aqui mencionada, de especulações e acusações, uma vez que a legislação brasileira confere o benefício da dúvida ao acusado, cujo princípio norteador estabelece que ninguém será considerado culpado até comprovação contrária.

O mesmo quanto ao Caso Mari Ferrer, uma vez que em primeira instância André Camargo de Aranha foi absolvido das acusações, sendo considerado inocente. O processo ainda está em curso, tendo em vista que Mariana recorreu da sentença. 

## NOTAS

- 1 Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2020/08/14/marcus-melhem-deixa-a-tv-globo-depois-de-17-anos.ghtml>. Acesso em 01/11/2020.
- 2 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/10/marcus-melhem-foi-violento-com-varias-atrizes-diz-defesa-de-vitimas.shtml> e <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-que-mais-voce-quer-filha-para-calar-boca/>. Acesso em 18/02/2021.
- 3 Defesa humilha influencer Mariana Ferrer em julgamento que terminou com sentença de estupro culposo. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em 16/11/2020.
- 4 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palavra-mariana-ferrer-nao-basta.pdf>. Acesso em 16/11/2020.
- 5 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY>. Acesso em 16/11/2020.
- 6 BUZZI, Vitória de Macedo; LIMA, Marina Amaral de. O que os casos Mari Ferrer e Ângela Diniz dizem sobre Justiça e violência de gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/buzzi-lima-casos-mariana-ferrer-angela-diniz>. Acesso em 16/11/2020.
- 7 ACCIOLY, Beatriz; TERRA, Luciana; PIRES, Luanda. Caso Mariana Ferrer: violência institucional e revitimização. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/caso-mariana-ferrer-violencia-institucional-revitimizacao/>. Acesso em 16/11/2020.
- 8 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/12/marcus-melhem-mostra-mensagens-que-sugerem-amizade-com-dani-calabresa.shtml>. Acesso em 18/02/2021.
- 9 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-25/soraia-mendes-divulgacao-mensagens-datenizacao-crimes-sexuais>. Acesso em 18/02/2021.
- 10 Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54803352>. Acesso em 16/11/2020.



**ADRIELLE FERREIRA** é Advogada.

# De quanto dinheiro você precisa para viver, do jeito que quiser viver, até o fim da vida?

■ POR MÁRCIA DESSEN

**“O que vai acontecer com a sua caixa de dinheiro? Do ponto de vista do planejamento financeiro, é o que importa. Não se preocupe com os detalhes, como a escolha do melhor investimento, basta saber o que vai acontecer com o nível de dinheiro da sua caixa.”**



DIVULGAÇÃO

**É** preciso planejar o futuro e estimar a quantidade de recursos necessária: nem muito, nem pouco, mas o suficiente!

Levante a mão quem gostaria de parar de trabalhar a partir de certa idade e desfrutar a vida, viajar, se dedicar a um hobby ou a uma causa, sem se preocupar com dinheiro.

Certamente é o desejo de muita gente, o problema é que a maioria não sabe de quanto precisa para executar esse plano.

Alguns trabalham muito, durante muito tempo, mais do que seria necessário, e acumulam dinheiro demais. Vão morrer ricos, com muitos bens, um patrimônio invejável e herdeiros felizes. A Receita Federal também ficará contente ao arrecadar um generoso imposto sobre herança.

Na contramão desse perfil, estão os que vivem o presente, desfrutam de cada momento, dando pouca importância aos custos, não se preocupam com o futuro, vivem como se não houvesse o amanhã.

Tendem a gastar quase tudo o que ganham, satisfazendo todos os desejos, destinando poucos recursos para o futuro. Quando não

forem mais capazes de trabalhar, serão forçados a reduzir dramaticamente o padrão de vida.

Se forem prudentes, vão se dar conta de que é preciso planejar o futuro, estimar a quantidade de recursos necessária, nem muito, que sacrifique o presente, nem pouco, que comprometa a qualidade de vida no futuro, mas o suficiente, para viver a vida que desejam.

Planejar a vida, depois as finanças, permitirá conhecer em tempo, ainda na fase dos 30, 40 anos, que capital deve ser acumulado para garantir um futuro confortável.

Imagine uma caixa-d'água, com torneira de entrada e de saída, onde está guardado todo o dinheiro que poderemos gastar sempre que quisermos ou precisarmos. Todos os nossos ativos líquidos estão nessa caixa, investimentos em geral, não importa o nome ou tipo do produto.

Talvez tenhamos dinheiro fora dessa caixa, a diferença é que só poderemos usá-lo quando vendermos esses ativos. O imóvel residencial é um bom exemplo desse tipo de ativo.

Existe um fluxo de dinheiro entrando nessa caixa, como o nosso salário, que vai cessar, um dia. Mas existe, também, um fluxo futuro de dinheiro que vai começar a entrar nessa caixa, por exemplo, o benefício social quando nos aposentarmos ou os rendimentos de ativos financeiros ou outros ativos que geram renda.

E, claro, há três fases de gastos, as três torneiras principais que tiram dinheiro dessa caixa:

1. A torneira do estilo de vida atual, as despesas necessárias antes da aposentadoria, assumindo que ainda trabalhamos.

2. A torneira da aposentadoria ativa, fase de desfrutar e se divertir enquanto estivermos saudáveis e pudermos fazê-lo. Que seja longa essa fase.

3. A torneira da fase posterior, de menor atividade, quando acharmos que estamos velhos demais para nos divertirmos.

4. Ocasionalmente, haverá a torneira de uma despesa extra para bancar um único evento extraordinário.

O que vai acontecer com a sua caixa de dinheiro? Do ponto de vista do planejamento financeiro, é o que importa. Não se preocupe com os detalhes, como a escolha do melhor investimento, basta saber o que vai acontecer com o nível de dinheiro da sua caixa.

É provável que aconteça uma de duas coisas: a) sua caixa ficará vazia, não haverá dinheiro suficiente para bancar o estilo de vida desejado; ou b) sua caixa vai continuar enchendo e não ficará vazia nunca, o que significa que você deixou de fazer coisas porque não sabia que podia.

O conselho é estimar o que vai acontecer com o nível de dinheiro da sua caixa ao longo do tempo, assegurar que as finanças vão por um bom caminho, em tempo, fazer os ajustes necessários para não faltar, nem sobrar, ter o suficiente para viver a vida, do jeito que quiser viver, até o fim da vida. **C**



**MARCIA DESSEN** é Planejadora financeira com a certificação CFP®, autora do livro *Finanças Pessoais: o que fazer com seu dinheiro*, diretora da Planejar, Associação Brasileira de Planejadores Financeiros.



ARQUIVO PESSOAL

*João Batista Araújo e Oliveira*

## Desvincular recursos da educação?

**“Desregulamentar e desregular requer pesos e contrapesos. Com educação não dá para brincar. Se a responsabilidade é do município, este não poderia ter o direito de não oferecer educação de qualidade. Política de Estado seria fazer valer o poder de intervenção nos municípios.”**

**H**eresia para uns, virtude para outros. A proposta morreu no nascedouro. Certamente não era o momento – se é que haverá. Mais uma vez não houve debate – imperou “o grande consenso”. Em algum momento, a realidade irá pedir ajuste de conta. É preciso debater. É preciso ouvir o contraditório.

É preciso diferenciar entre políticas de Estado e de governo e meras palavras de ordem. Debate pode criar oportunidade para a necessária destruição criadora. Sem isso jamais teremos educação de qualidade. Apenas uma destruição destrutiva.

Desvincular receitas exige desvincular despesas, especialmente com pessoal. Este é um tema espinhoso, mas que começa a ser arranhado nos debates sobre reforma administrativa. Na educação, já passou da hora – perdemos a primeira fase do bônus demográfico, quando houve redução da demanda. E estamos prestes a perder o bônus da aposentadoria de mais da metade dos professores na próxima década.

Desvincular receitas requer regras de transição. E estas precisam ser calibradas para não precipitar ou justificar o caos. Não jogar o bebê junto com a água do banho.

Desvincular receitas requer desmontar o arsenal de obrigações e metas estabelecidas em leis que estados e municípios precisam cumprir – para resultar em nada. Num marco federativo mais arejado e mais fiscalmente justo, elas deveriam se restringir à obrigatoriedade do atendimento e à clara responsabilidade de estados e/ou municípios pelo seu atendimento. Isso é política de Estado. Vincular receitas, especialmente quando atreladas a destinatários específicos, é puro corporativismo.

Desvincular receitas requer acertar de vez a ambiguidade do preceito constitucional do “regime de colaboração”. Município que quer ser município deveria assumir a responsabilidade pela educação e possivelmente outras áreas. Discussão complexa, mas que pode ter grande alcance. Um deles é destruir a crença de que as “conquistas” de caráter corporativista equivalem a melhorias na educação.

Desvincular receitas promove eficiência. Mas política de Estado também inclui promover equidade e qualidade. Estas talvez devam ser as duas únicas áreas de intervenção do governo federal na educação básica. Isso não se faz por vinculação, mas por meio de sistemas de incentivo dinâmicos, diferenciados e com boa pontaria. Quanto mais leis, menos espaços para ajustar sistemas de incentivo.

Desregulamentar e desregular requer pesos e contrapesos. Com educação não dá para brincar. Se a responsabilidade é do município, este não poderia ter o direito de não oferecer educação de qualidade. Política de Estado seria fazer valer o poder de intervenção nos municípios. Apenas a título de exemplo: intervir em municípios que não atingissem um determinado critério num determinado prazo. Os prefeitos iriam levar a educação muito mais a sério do que o fazem hoje, pois é o seu mandato que estará em jogo. Uma pena mais leve seria o impedimento de reeleição ou suspensão de direitos políticos durante algum tempo. Enfim, para proteger as crianças não basta aumentar a eficiência, é preciso responsabilizar.

Finalmente, no bojo de uma destruição criadora, poderiam entrar mecanismos mais fáceis e fluidos que permitissem aos municípios – especialmente os menores e frágeis, enquanto existirem – se associar para lograr eficiência. Isso poderia incluir regras para transferir recursos e, no limite, a provisão privada de muitos serviços, inclusive educacionais – começando pelas cidades de menor porte. Aviso aos navegantes: o custo médio da escola pública já empata com o da escola privada.

A agenda é complexa. Este não foi e não é o momento de desvincular. Mas é preciso colocar o tema na pauta e aprender a engajar um debate de alto nível e muita profundidade.

Vale abrir a discussão – há muita gente qualificada para o debate. Debate que pode transformar a destruição destrutiva em curso numa destruição criadora. 

# Modificações recentes na Lei de Responsabilidade Fiscal

■ POR ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI

**“Essa dilatação de prazos de cumprimento de obrigações dos entes está relacionada ao reconhecimento da necessidade de uma flexibilização de seus calendários, afetados pelos efeitos da pandemia, possibilitando, desse modo, uma reprogramação orçamentária e financeira, e à reorganização administrativa de um modo geral.”**



**D**epois de 20 anos praticamente inalterada, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF sofreu várias modificações recentes – era por assim dizer um tabu mantê-la intacta –, que passaram quase despercebidas, e esse é o assunto que nos propomos abordar neste artigo. Referimo-nos especificamente às Leis Complementares nºs 173, de 2020, e 177 e 178, de 2021, que promoveram alterações substanciais, e vamos abordá-las na sequência dos respectivos dispositivos. Como se poderá observar, os comentários serão feitos tanto em relação aos dispositivos explicitamente modificados da LRF, quanto aos simplesmente mencionados nas leis complementares nºs 173, 177 e 178.

## LEI COMPLEMENTAR Nº 173, DE 27/05/20

Por esta Lei – art. 1º –, foi instituído, com vigência no exercício de 2020, o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19). O art. 65 da LRF, modificado pela LC nº 173/20, com a inclusão de três parágrafos, já dispunha sobre a ocorrência de calamidade pública, reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, situação que enseja:

- a suspensão da contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70 da LRF, e
- a dispensa do atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

O art. 23 se refere ao excesso das despesas de pessoal, o 31, à ultrapassagem do limite da dívida consolidada; o 70 era disposição transitória sobre o excesso das despesas de pessoal à época da aprovação da LRF. E o art. 9º trata do contingenciamento por insuficiência de receita.

Na redação original do art. 65 da LRF, o parágrafo único incluía também os estados de defesa e de sítio, mas foi substituído por três parágrafos, que tratam especificamente do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus.

– O novo § 1º estende tratamento excepcional às situações de calamidade pública passível de reconhecimento pelo Congresso Nacional, dispensando limites, condições e demais restrições aplicáveis aos diversos entes na(o):

- contratação e aditamento de operações de crédito;
- concessão de garantias;
- contratação entre entes da Federação; e
- recebimento de transferências voluntárias.

Ademais, dispensa os limites e afasta as vedações e sanções relativas aos arts. 35, 37 e 42 da LRF, bem como o cumprimento do parágrafo único de seu art. 8º, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade.

Os arts. 35 e 37, vedam a realização de operação de crédito e equiparadas entre ente da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, aí compreendidas as estatais dependentes, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente. O art. 42, veda contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro do exercício, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito, nos últimos dois quadrimestres do mandato do dirigente. O parágrafo único do art. 8º estabelece que os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Adicionalmente, afasta as condições e vedações constantes dos arts, 14, 16 e 17 da LRF, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade.

O art. 14 trata da concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita. O art. 16 se refere à criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete

aumento da despesa. E o art. 17 diz respeito à despesa corrente caracterizada como obrigatória de caráter continuado.

– O novo § 2º esclarece que as disposições do parágrafo anterior só se aplicam às unidades federativas atingidas e localizadas na área em que se reconhecer e no período em que perdurar o referido estado de calamidade pública, em relação aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento das despesas relativas às finalidades específicas das medidas adotadas, mantidas as exigências atinentes à transparência, controle e fiscalização.

– E o novo § 3º dispõe que, no caso de aditamento às operações de crédito mencionadas no § 1º, a garantia será mantida sem alteração dos respectivos contratos. Aliás, para a assinatura dos aditivos autorizados por esta Lei Complementar nº 173/20, ficam dispensados os requisitos legais exigidos para a contratação com a União – tanto para as operações de crédito como para a concessão de garantia – e a verificação dos requisitos exigidos pela LRF, citando-se inclusive seus arts. 32 e 40. O art. 32 faz referência ao cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente. O art. 40 trata das garantias que os entes poderão conceder em operações de crédito internas ou externas, com base na classificação de capacidade de pagamento dos mutuários.

O artigo seguinte da LRF que sofreu substanciais alterações é o 21, que previa a nulidade de pleno direito de aumento de despesas de pessoal sob determinadas circunstâncias, agora acrescidas das seguintes situações:

– quando houver previsão de parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou Órgão (portanto não para aqueles pagamentos já implementados durante o próprio mandato do respectivo titular);

– com a aprovação, edição ou sanção, por dirigente de Poder ou Órgão, de norma contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras, ou nomeação de aprovados em concurso público que resultar em aumento de despesa com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo ou com previsão de parcelas a serem implementadas em períodos posteriores a esse prazo.

– De acordo com o § 1º, essas restrições – juntamente com a vedação de caráter geral que já existia para o aumento de despesas com pessoal nos 180 dias finais do mandato dos titulares de Poder ou Órgão – são aplicáveis também durante o período de recondução ou reeleição dos dirigentes (mas somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo, o que pressupõe a exclusão dos órgãos do Judiciário, Ministério Público e Tribunais/Conselhos de Contas, onde os processos de escolha são de âmbito interno ou mediante indicação e a intervalos mais curtos ou indeterminados).

– O § 2º, para efeito de caracterizar nomeação ou provimento de cargo público, toma como referência o § 1º do art. 169 da Constituição ou aqueles atos de que resulte criação ou aumento de despesa obrigatória. Embora a redação do parágrafo não esteja “encaixada” com o texto constitucional, intui-se que a pretensão foi restringir a concessão de qualquer vantagem ou aumento de

remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

A eliminação ou abrandamento das vedações ou restrições na ocorrência de calamidade pública tem *compensações* em termos das exigências ou condições impostas aos entes afetados, até o final de 2022. Assim, há proibição à:

- concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou Órgão, servidores, empregados e militares;

- criação de cargo, emprego ou função que acarrete aumento de despesa (exceto em relação ao próprio combate à calamidade);

- alteração de estrutura de carreira, nas mesmas condições;

- admissão ou contratação de pessoal, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, direção ou assessoramento, sem aumento de despesa, as decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias para atender a necessidade de excepcional interesse público (CF, art. 37, *caput*, inciso IX), as de temporários para prestação de serviço militar e as de alunos de órgãos de formação de militares (exceto em relação ao próprio combate à calamidade);

- realização de concurso público (exceto as mesmas vacâncias antes previstas);

- criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, servidores, empregados e militares, e seus dependentes (não compreendidos os profissionais de saúde e de assistência social em relação ao próprio combate à calamidade);

- criação de despesa obrigatória de caráter continuado, exceto em relação ao próprio combate à calamidade, circunscrita à sua duração ou quando houver prévia compensação permanente (aumento de receita ou redução de despesa);

- adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação do IPCA (exceto em relação ao próprio combate à calamidade)

- contagem desse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e equivalentes que aumentem a despesa com pessoal, mas sem prejuízo para o tempo de efetivo exercício, inclusive aposentadoria.

A LDO e a LOA *poderão* conter dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações aqui tratadas, com a condição de que seus efeitos somente sejam implementados após o fim do prazo fixado, vedada a retroatividade (com quebra, assim, do princípio orçamentário da exclusividade).

#### LEI COMPLEMENTAR Nº 177, DE 12/01/21

A alteração trazida por esta Lei Complementar consistiu em acrescentar ao texto do § 2º do art. 9º – entre as ressalvas à limitação de empenho e movimentação financeira, no caso de frustração da arrecadação ao final do bimestre, com comprometimento das metas de resultado primário ou nominal –, as despesas relativas à inovação e ao desenvolvimento científico e tecnológico custeadas por fundo criado para tal finalidade (isto além das obrigações constitucionais e legais, o serviço da dívida e as estabelecidas na LDO).

## LEI COMPLEMENTAR Nº 178, DE 13/01/21

Por esta Lei – art. 1º –, foi instituído o Programa de Acompanhamento e Transparência Fiscal – PATF, com o objetivo de reforçar a transparência fiscal dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e compatibilizar as respectivas políticas fiscais com a União. A adesão daqueles entes ao Programa é condição para a pactuação de Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal – PPEF com a União (§ 6º), para a adesão ao Regime de Recuperação Fiscal – RRF e para a repactuação de outros acordos. O PPEF conterà conjunto de metas e de compromissos pactuados entre a União e cada um dos demais entes, com o objetivo de promover o equilíbrio fiscal e a melhoria das respectivas capacidades de pagamento (art. 3º). Os entes signatários do Programa encaminharão à STN as informações contábeis, orçamentárias e financeiras necessárias à elaboração dos demonstrativos fiscais estabelecidos pela LRF, nada, portanto, além do que já estão, em princípio, obrigados a elaborar (exceto quanto aos prazos mais elásticos – semestral – dos relatórios resumidos de execução orçamentária e de gestão fiscal, para os municípios com menos de 50 mil habitantes).

O cumprimento do limite da despesa total com pessoal (LRF, art. 19, caput) condiciona as liberações de recursos das operações de crédito autorizadas de acordo com o PPEF, fixando-se, para tanto, prazo e condições para eliminação do excesso (LC nº 178, art. 15).

Para a assinatura dos aditivos autorizados pela Lei Complementar nº 156, de 28/12/16, dispensam-se os requisitos legais exigidos para a contratação com a União e a verificação dos requisitos exigidos pela LRF ((LC nº 178, art. 1º-C). Nos termos da LRF, art. 32, § 1º, a realização de operações de crédito depende de formalização, pelo ente interessado, de pleito fundamentado em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:

I – existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

II – inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

III – observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal;

IV – autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

V – atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição, a chamada regra de ouro (as operações de crédito não podem exceder o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta);

VI – observância das demais restrições estabelecidas na LRF

Outra referência à LRF – art. 25 – consiste na autorização para a assinatura de termo aditivo mesmo com crescimento das despesas primárias correntes de 2020, até 2023, se custeadas, entre outras, pelas transferências voluntárias LC nº 156/16, art. 4º-A, III, *a*).

Referências à LRF também constam de alterações na Lei Complementar nº 159, de 19/05/17, de acordo com o art. 13. Essas modificações estão substanciadas nos seguintes dispositivos da LC nº 159/17:

– art. 1º, § 3º, inciso III: determina que sejam aplicados os conceitos e definições da LRF, em particular o disposto em seus arts. 1º, 2º, 18 e 19 (estes dois últimos se referem às despesas de pessoal);

– art. 2º, § 1º, inciso I: obriga à observância do art. 44 da LRF – que veda a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio, dos servidores públicos –, nos casos de adesão ao RRF, de que decorrer alienação de participações societárias de estatais, concessões, liquidação ou extinção dessas empresas, para quitação de passivos com os recursos arrecadados;

– art. 2º, § 4º, inciso III: exclui – da base de cálculo e do limite de crescimento anual das despesas primárias à variação do IPCA, na adesão ao RRF –, as despesas custeadas com doações e transferências voluntárias (LRF, art. 25);

– art. 3º, inciso II, alínea *b*: estabelece como condição para habilitar-se a aderir ao RRF o Estado que, além de outros requisitos, tenha despesas com pessoal, de acordo com os arts. 18 e 19 da LRF, que representem, no mínimo, 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida aferida no exercício financeiro anterior ao do pedido de adesão ao Regime;

– art. 10-A: dispensa de todos os requisitos para a contratação com a União, inclusive a verificação do disposto na LRF, para a realização a realização de operações de crédito e equiparadas, e para os termos aditivos aos contratos de refinanciamento, nos três primeiros exercícios de vigência do RRF;

– art. 13, parágrafo único: veda a concessão de garantias pela União ao Estado, por cinco anos, no caso de extinção do RRF, exceto na ocorrência de calamidade pública, reconhecida pelo respectivo Legislativo, conforme art. 65 da LRF, como explicado no início deste artigo (LC nº 173/20, art. 1º).

Na sequência do exame desta Lei Complementar, o art. 15, *caput*, estabelece um prazo de dez anos – de 2023 a 2032 – para conformação do limite da despesa total com pessoal previsto no art. 20 da LRF, à razão de pelo menos 10% a cada ano, invocando-se as medidas constantes dos arts. 22 e 23 da LRF, que impõem severas restrições administrativas e financeiras aos entes públicos, mas isso deve ser analisado de forma combinada com os parágrafos do art. 15, como se verá a seguir.

– § 1º – A inobservância do prazo antes mencionado acarreta as sanções do § 3º do art. 23 da LRF, que consistem em: receber transferências voluntárias; obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; e contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao pagamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. Nosso entendimento é o de que a sanção se consuma a cada exercício, se não observada a eliminação mínima do excesso.

– § 2º – O entendimento antes expresso fica corroborado neste parágrafo, em razão de a comprovação ser feita no último quadrimestre *de cada exercício*, observado o art. 18 da LRF, que discrimina a composição das despesas com pessoal e os critérios para sua determinação.

– § 3º – Suspende, em 2021, ano da publicação da LC nº 178, contagens de prazo e as disposições do art. 23 da LRF, que trata das restrições na hipótese de excesso aos limites originalmente verificados. A redação não faria sentido, pois a redução dos excessos se faria a partir de 2023, e a suspensão do prazo ocorre somente em 2021. Por outro lado, o novo prazo de *normalização* é de dez anos e não há como *escalonar* certas restrições, a não ser que cada tipo de sanção fosse enquadrada em função da eliminação mínima do excesso anual, a cada exercício. Dificuldade adicional se faria presente ao se interporem o prazo de dez anos e o dos mandatos que irão se renovando no período, pois há exigências na transição de governo. Isto se coaduna com a “solução” apresentada no parágrafo seguinte.

– § 4º – Até o encerramento de 2032, será considerado cumprido o disposto no art. 23 da LRF por cada Poder ou Órgão que atender ao estabelecido neste art. 15 da LC nº 178. A redação é dúbia, mas é forçosa a interpretação segundo a qual todas as sanções previstas no art. 23 da LRF e as restrições advindas de sua aplicação não serão plenamente adotadas, exceto por descumprimento da eliminação gradual dos excessos ao teto das despesas com pessoal.

O art. 16 da LC nº 178 trata de alterações diretas (em artigos) na LRF, conforme especificado a seguir:

– Art. 18. Trata da despesa total com pessoal e teve alterada a redação do § 2º e a inclusão do § 3º. O § 2º, que define o período de apuração do somatório de doze meses consecutivos, acrescentou que o cálculo deve considerar o regime de competência, independentemente de empenho. Significa dizer que o cômputo das despesas de pessoal deve ser apropriado de acordo com os meses em que a remuneração é devida, mesmo que o respectivo registro – inclusive o empenho – não tenha sido efetuado. O § 3º determina que, para a apuração da despesa total com pessoal, será observada a remuneração bruta do servidor, sem qualquer dedução ou retenção, ressalvada a redução para atendimento ao disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal (teto da remuneração). Essa matéria foi sempre controversa, pois, na realidade, o valor efetivamente desembolsado pelo Poder Público é o valor líquido, isto é, deduzidas as retenções que constituem parcela da arrecadação dos próprios entes.

– Art. 19. Trata dos limites e da composição das despesas de pessoal. Alterou-se a redação, no § 1º, do inciso VI e de sua alínea c, e houve inclusão do § 3º. O § 1º discrimina as despesas não computadas no limite, entre as quais figuravam – inciso VI, alínea c – as com inativos ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro. Pela nova redação, são consideradas as despesas com inativos e pensionistas, ainda que pagas por intermédio de unidade gestora única ou fundo previsto no art. 249 da Constituição Federal (fundos que podem ser constituídos, em quaisquer esferas da Administração, integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos), quanto à parcela custeada por recursos provenientes de transferências destinadas a promover

o equilíbrio atuarial do regime de previdência, na forma definida pelo órgão do Poder Executivo federal responsável pela orientação, pela supervisão e pelo acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. O § 3º estabelece que, na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, é vedada a dedução da parcela custeada com recursos aportados para a cobertura do déficit financeiro dos regimes de previdência.

– Art. 20. Acrescentou-se o § 7º, que determina que os Poderes e Órgãos, para efeito de aplicação dos limites das despesas com pessoal, computem a integralidade dos valores relativos a servidores inativos e pensionistas, ainda que o custeio esteja a cargo de outro Poder ou Órgão. Não fica claro se se aplica o mesmo entendimento quando houver transferências de uma esfera (ente) a outra.

– Art. 23. Modificaram-se o § 3º e seu inciso III, que trata do prazo para redução do excesso das despesas com pessoal. Os impedimentos a quem infringir o dispositivo não se referem mais ao *ente*, e sim ao *Poder* ou *Órgão*, especificamente, ou seja, a “punição” individualiza o responsável, não permitindo compensações, isto é, o excesso de um com a sobra de outro. No impedimento à contratação de operações de crédito, que excetuava as relativas à dívida mobiliária e as que visam à redução das despesas com pessoal, substituiu-se a palavra *refinanciamento* por *pagamento* da dívida, o que alarga a abrangência dessas operações de crédito, não só para *rolagem* propriamente dita, como também para sua amortização ou extinção, incluídos os encargos.

– Art. 31. De acordo com o § 1º, inciso I, enquanto perdurar o excesso das despesas de pessoal, o ente estará proibido de realizar operação de crédito interna ou externa, inclusive por antecipação de receita, ressalvadas as para *pagamento* de dívidas mobiliárias, diferentemente da redação anterior, que ressalvava apenas o *refinanciamento do principal atualizado* da dívida mobiliária. Consta-se, uma vez mais, que o pagamento, no caso, não discrimina a composição do débito.

– Art. 32. Incluiu-se o § 7º, que possibilita alteração da finalidade de operação de crédito dos entes subnacionais e de suas controladas, sem a necessidade de verificação pelo Ministério da Fazenda, desde que com prévia e expressa autorização na lei orçamentária, em créditos adicionais ou em lei específica, em que se demonstre a relação custo-benefício e o interesse econômico e social.

– Art. 33. Trata de operação de crédito de instituição financeira com ente da Federação, que, exceto quando relativa à dívida mobiliária ou à externa, deverá exigir comprovação de que a operação atende às condições e limites estabelecidos. Pelo § 3º, modificado, enquanto não for efetuado o cancelamento ou a amortização ou constituída a reserva de que trata o § 2º, aplicam-se ao ente as restrições previstas no § 3º do art. 23. Na redação anterior, não havia referência a essa reserva, que deverá ser consignada especificamente na lei orçamentária para o exercício seguinte, se a devolução não for efetuada no exercício de ingresso dos recursos. As restrições constantes do art. 23, § 3º, são as aplicáveis no caso de excesso das despesas de pessoal de Poder ou Órgão, inclusive de âmbito constitucional, o percentual excedente tendo de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro.

– Art. 40. Trata das garantias e contragarantias das operações de crédito. Além das exigências já fixadas, acresceram-se as normas emitidas pelo Ministério da Economia acerca da classificação de capacidade de pagamento dos mutuários. Foi ainda introduzido o § 11, estabelecendo que a alteração da metodologia utilizada para fins de classificação da capacidade de pagamento de Estados e Municípios deverá ser precedida de consulta pública, assegurada a manifestação dos entes.

– Art. 42. Não houve alteração do seu teor, apenas da (nova) vigência (a partir de 2023). Trata da vedação ao titular de Poder ou Órgão, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, de contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito

– Art. 51. Trata da consolidação, nacional e por esfera de governo – pelo Poder Executivo da União, até o dia trinta de junho –, das contas dos entes da Federação relativas ao exercício anterior, e a sua divulgação, inclusive por meio eletrônico de acesso público. Os §§ 1º e 2º tiveram sua redação alterada. De acordo com o § 1º, tanto Estados como Municípios terão que encaminhar suas contas ao Poder Executivo da União até 30 de abril, prazo que, para os Estados, era de 31 de maio. O § 2º determina que o descumprimento dos prazos previstos no artigo impedirá, até que a situação seja regularizada, que o Poder ou Órgão – antes o ente da Federação – receba transferências voluntárias e contrate operações de crédito, exceto as destinadas ao pagamento – antes refinanciamento do principal atualizado – da dívida mobiliária. Logo, as palavras Poder ou Órgão são mais específicas do que ente, do ponto de vista da responsabilização, e pagamento é mais genérica que refinanciamento do principal atualizado da dívida. Também teve sua vigência alterada, aplicando-se seus efeitos a partir de 2022.

– Art. 59. Trata da fiscalização da gestão fiscal. O adendo incluído no *caput* determina que se deve levar em consideração as normas de padronização metodológica editadas pelo Conselho de Gestão Fiscal (art. 67), constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, até hoje não instalado.

Mais uma referência LRF consta do art. 17, § 1º, inciso II, da LC 178. O *caput* autoriza a União a formalizar termos aditivos a contratos de refinanciamento de dívidas celebrados com os Estados e o Distrito Federal (Lei nº 9.496, de 11.09.97) e a contratos de financiamento ou refinanciamento (MP nº 2.192-70, de 24.08.01) – inciso II –, para a sua conversão em Programas de Acompanhamento e Transparência Fiscal – PATE. Tal conversão autorizará, sem prejuízo das demais penalidades, a cobrança, durante seis meses, de amortização extraordinária exigida com a prestação devida, de 0,2% da *receita corrente líquida*, como definido no inciso IV do art. 2º, da LRF correspondente ao exercício imediatamente anterior ao de aplicação das penalidades, na hipótese de não revisão e atualização do PATE.

O art. 29, *caput*, trata dos aditamentos contratuais a operações de crédito externo, por parte dos entes e respectivas administrações indiretas, cuja

finalidade seja a substituição da taxa de juros aplicável a essas operações – LIBOR ou EURIBOR –, por outras que vierem a substituí-las no mercado internacional. O § 1º informa que esses aditamentos *não* constituirão nova operação de crédito – LRF, art. 29, inciso III, o que lhes dispensa dos requisitos constantes do art. 32 da LRF (verificação pelo Ministério da Economia do cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito) e outros para sua contratação.

O art. 30, parágrafo único, dispensa dos requisitos legais: termos aditivos aos contratos de refinanciamento previstos na LC 178/01; Programas de Reestruturação e Ajuste Fiscal e de Acompanhamento e Transparência Fiscal, e Planos de Promoção do Equilíbrio Fiscal e de Recuperação Fiscal; operações de crédito e concessão de garantia pela União autorizadas no âmbito do Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal, exceto quanto ao cumprimento das metas e dos compromissos nele estabelecidos; contratos específicos relativos ao art. 23, ou seja, da União com os Estados, em até 90 (noventa) dias da publicação da Lei Complementar ou da homologação da adesão ao Regime de Recuperação Fiscal, o que ocorrer por último, com as mesmas condições financeiras do contrato previsto no art. 9º-A da Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, com prazo de 360 (trezentos e sessenta meses), para refinar os valores inadimplidos em decorrência de decisões judiciais proferidas em ações ajuizadas até 31 de dezembro de 2019, com antecipação de benefícios. De acordo com o parágrafo único, trata-se dos requisitos legais exigidos para contratação de operação de crédito e para concessão de garantia, inclusive os dos arts. 32 e 40 da LRF, bem como para a contratação com a União. O art. 32 se refere à verificação, pelo Ministério da Economia, do cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente. O art. 40 trata da concessão de garantia em operações de crédito internas ou externas, considerando as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal e as normas emitidas pelo Ministério da Economia acerca da classificação de capacidade de pagamento dos mutuários.

As disposições em geral da LC nº 178/21 tiveram vigência imediata, isto é, com a sua publicação. Com relação ao art. 16, que modifica especificamente a LRF, as alterações de seus arts. 51 (prazos para consolidação das contas sob pena de sanções) e 42 (obrigações contraídas nos dois últimos quadrimestres de mandato) entram em vigor respectivamente a partir de 2022 e 2023. Essa dilatação de prazos de cumprimento de obrigações dos entes está relacionada ao reconhecimento da necessidade de uma flexibilização de seus calendários, afetados pelos efeitos da pandemia, possibilitando, desse modo, uma reprogramação orçamentária e financeira, e à reorganização administrativa de um modo geral. ■





# LC 178/21 – Alterada a LRF – Despesas com pessoal

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN  
COLABOROU FLÁVIO CORRÊA DE TOLEDO JR.

**“A LC 178/21 não contribui senão muito pouco para a evolução técnica do nosso ordenamento jurídico, nesta específica matéria de controle da despesa pública e planejamento econômico-financeiro dos entes integrantes da federação.”**

O governo federal, de olho na questão do equilíbrio fiscal que permanentemente atormenta todos os países do planeta, vem sancionar a Lei Complementar nº 178, de 13 de janeiro de 2.021, publicada no dia seguinte no DOU. Eis sua ementa:

Estabelece o Programa de Acompanhamento e Transparência Fiscal e o Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal; altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a Lei Complementar nº 156, de 28 de dezembro de 2016, a Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, a Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997, a Lei nº 12.348, de 15 de dezembro de 2010, a Lei nº 12.649, de 17 de maio de 2012, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

De toda essa vastidão de objeto interessam para o momento apenas os arts. 15 e 16 da LC 178/21. O art. 15 dispõe mais ou menos autonomamente – porque são tantas as alusões à LRF que aquela autonomia é muito relativa – sobre redução de gastos, e o art. 16 introduz diversas modificações na LRF, a lei de responsabilidade fiscal.

São os seguintes esses mencionados dispositivos da LC 178/21:

#### DAS MEDIDAS DE REFORÇO À RESPONSABILIDADE FISCAL

Art. 15. O Poder ou órgão cuja despesa total com pessoal ao término do exercício financeiro da publicação desta Lei Complementar estiver acima de seu respectivo limite estabelecido no art. 20 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, deverá eliminar o excesso à razão de, pelo menos, 10% (dez por cento) a cada exercício a partir de 2023, por meio da adoção, entre outras, das medidas previstas nos arts. 22 e 23 daquela Lei Complementar, de forma a se enquadrar no respectivo limite até o término do exercício de 2032.

§ 1º A inobservância do disposto no caput no prazo fixado sujeita o ente às restrições previstas no § 3º do art. 23 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 2º A comprovação acerca do cumprimento da regra de eliminação do excesso de despesas com pessoal prevista no caput deverá ser feita no último quadrimestre de cada exercício, observado o art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 3º Ficam suspensas as contagens de prazo e as disposições do art. 23 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, no exercício financeiro de publicação desta Lei Complementar.

§ 4º Até o encerramento do prazo a que se refere o caput, será considerado cumprido o disposto no art. 23 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelo Poder ou órgão referido no art. 20 daquela Lei Complementar que atender ao estabelecido neste artigo.

Art. 16. A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.18. (...) § 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos 11 (onze) imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência, independentemente de empenho.

§ 3º Para a apuração da despesa total com pessoal, será observada a remuneração bruta do servidor, sem qualquer dedução ou retenção, ressalvada a redução para atendimento ao disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.”

“Art. 19. (...) § 1º (...)

VI – com inativos e pensionistas, ainda que pagas por intermédio de unidade gestora única ou fundo previsto no art. 249 da Constituição Federal, quanto à parcela custeada por recursos provenientes: (...)

c) de transferências destinadas a promover o equilíbrio atuarial do regime de previdência, na forma definida pelo órgão do Poder Executivo federal responsável pela orientação, pela supervisão e pelo acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. (...)

§ 3º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, é vedada a dedução da parcela custeada com recursos aportados para a cobertura do déficit financeiro dos regimes de previdência.”

“Art. 20. (...) § 7º Os Poderes e órgãos referidos neste artigo deverão apurar, de forma segregada para aplicação dos limites de que trata este artigo, a integralidade das despesas com pessoal dos respectivos servidores inativos e pensionistas, mesmo que o custeio dessas despesas esteja a cargo de outro Poder ou órgão.”

“Art. 23. (...) § 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido e enquanto perdurar o excesso, o Poder ou órgão referido no art. 20 não poderá: (...)

III – contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao pagamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. (...)

“Art. 31. (...) § 1º (...)

I – estará proibido de realizar operação de crédito interna ou externa, inclusive por antecipação de receita, ressalvadas as para pagamento de dívidas mobiliárias; (...)

“Art. 32. (...) § 7º Poderá haver alteração da finalidade de operação de crédito de Estados, do Distrito Federal e de Municípios sem a necessidade de nova verificação pelo Ministério da Economia, desde que haja prévia e expressa autorização para tanto, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou em lei específica, que se demonstre a relação custo-benefício e o interesse econômico e social da operação e que não configure infração a dispositivo desta Lei Complementar.”

“Art. 33. (...) § 3º Enquanto não for efetuado o cancelamento ou a amortização ou constituída a reserva de que trata o § 2º, aplicam-se ao ente as restrições previstas no § 3º do art. 23. (...)

“Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal e as normas emitidas pelo Ministério da Economia acerca da classificação de capacidade de pagamento dos mutuários. (...)

§ 11. A alteração da metodologia utilizada para fins de classificação da capacidade de pagamento de Estados e Municípios deverá ser precedida de consulta pública, assegurada a manifestação dos entes.”

“Art. 42. (VETADO).”

“Art. 51. (...) § 1º Os Estados e os Municípios encaminharão suas contas ao Poder Executivo da União até 30 de abril.

§ 2º O descumprimento dos prazos previstos neste artigo impedirá, até que a situação seja regularizada, que o Poder ou órgão referido no art. 20 receba transferências voluntárias e contrate operações de crédito, exceto as destinadas ao pagamento da dívida mobiliária.”

“Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público fiscalizarão o cumprimento desta Lei Complementar, consideradas as normas de padronização metodológica editadas pelo conselho de que trata o art. 67, com ênfase no que se refere a:

Passemos a comentá-los.

O art. 15 da LC 178/21, abrindo o seu Capítulo IV, fixa no *caput*, de modo abrangente e amplo, que o Poder ou o órgão cuja despesa total com pessoal, em 31 de dezembro de 2.021, tiver superado o limite dado pelo art. 20 da LRF precisará eliminar o excesso em ao menos 10% por exercício a partir de 2.023.

Para tanto deverá valer-se das medidas elencadas nos arts. 22 e 23 da mesma LRF, de modo enquadrar-se no limite até no máximo 2.032.

Em primeiro, veja-se que não é apenas o órgão público que se submete à regra, mas todos os Poderes, aos quais os órgãos pertencem. A saraivada limitadora se dá no plano graúdo e no miúdo, portanto.

Em segundo, ainda que se reconheça que reduzir despesas com pessoal muita vez é difícilimo ante o plexo de direitos adquiridos pelos servidores, e as incorporações e as consolidações remuneratórias as mais diversas – inclusive amiúde obtidas judicialmente e não apenas por dádivas legais ou administrativas –, o fato é que esta previsão lembra a anedota segundo a qual um cidadão que praticava libidinosidades é advertido pelo cidadão que as sofria de que tinha 24 horas para parar com aquilo.

Ora, os limites da LRF são arquiconhecidos há mais de vinte anos pelas autoridades, pelos servidores e pelos cidadãos do país. Todo o tempo do mundo foi dado aos entes públicos para que reduzissem aquelas despesas com pessoal até os limites da lei de 2.000, e os prazos para que o fizessem já se esgotaram há mais de uma década e meia.

Diz-se que nosso país, tanto quanto com as vacinas, tem *leis que pegam e leis que não pegam*. A LRF parecia ter *pegado*, porque o seu efeito foi imediato e decisivo nos anos seguintes à sua vigência; mas neste momento, vinte anos após, o efeito parece não ter sido tão decisivo, porque esta LC 178/21 renova o prazo para a redução dos excessos *em 12 (doze) anos!*

Não são doze meses ou dois anos, mas doze anos, apenas para se voltar ao patamar que todos deveriam ter atingido há mais de quinze anos. E nada assegura que após os doze anos não será concedido novo prazo aos entes públicos – coitadinhos!.. – para nova tentativa de adaptação... Quanta austeridade!

As medidas previstas nos arts. 22 e 23 da LRF são inúmeras, duras e radicais. Não se as transcreve porque ao interessado basta lê-las na fonte. Somente se lastima que afinal *não sirvam nem tenham servido para nada*, neste país do carnaval, do samba e da preguiça. Abençoada seja a nação brasileira!

O § 1º deste art. 15 prossegue na ofensiva legislativa iniciada no *caput*, informando que o descumprimento da redução “no prazo fixado” sujeita o infrator às penas do § 3º do art. 23 da LRF, que são a vedação (I) de receber transferências voluntárias. (II) de obter garantias públicas diretas ou indiretas, e (III) de contrair empréstimos (com entes públicos ou sob aval público – a lei não diz mas resulta evidente), salvo se estes forem destinados a refinanciamento da dívida imobiliária ou à própria redução das despesas com pessoal, hipóteses em que são admissíveis.

A locução acima grafada entre aspas se refere a um prazo, no singular, porém o *caput* consigna dois prazos, um *anual* para redução parcial de 10%, e outro para a redução *total* até o final de 2.023. Entenda o aplicador como quiser, porém se existem dois prazos o de esperar é que ambos precisem ser observados, o que parece se confirmar pela leitura do § 2º.

No papel tudo parece bem e em absoluto não se duvida da boa-fé do legislador, porém a esta altura da história faz-se impossível acreditar, a médio prazo, em qualquer efeito destas restrições.

Se falharam grosseiramente na previsão da LRF na virada do milênio como esta LC 178/21 evidencia nestes arts. 15 e 16 – pois que se tivessem dado resultado as limitações originais, de 2.000, simplesmente não precisariam existir estes dois artigos –, então por que motivo se deve crer que desta vez, em 2.021 e ainda diluidamente por doze anos, darão certo?

As autoridades serão cobradas pela fiscalização – não resta dúvida, e nenhuma delas descuide –, porém dentro de alguns anos é de esperar, neste Brasil brasileiro, que tudo se arremate em deliciosas pizzas de multifário sabor. Com muita tristeza se afirma isso, neste humor amargo e sem esperança.

O § 2º, sem inovar quanto à sistemática da LRF, fixa que será a cada último quadrimestre de cada exercício a verificação do cumprimento dos limites e dos percentuais restritivos, e diz mais: observado o art. 18 da LRF.

Quanto a essa última observação pergunta-se ao legislador se acaso poderia ser diferente. Poderia neste momento *não ser observado* o art. 18, ou qualquer outro artigo, da LRF?

O § 3º deste art. 15, profundamente histriônico, informa que ficam suspensas as contagens de prazo previstas no art. 23 da LRF, sabendo-se que são as penas do mesmo art. 23 que incidem sobre quem descumprir as regras e os prazos do *caput* deste art. 15, em 2.021.

Indaga-se se e se está diante de um dispositivo sério, institucional e que deve ser observado. Nada faz sentido, nesta nova lei que ajuda a envergonhar o cidadão consciente dentro do ordenamento jurídico que o cerca, como uma charneca rodeia o andante perdido ou desorientado, à noite nas ilhas britânicas. Trata-se de dispositivo da mais exígua qualidade, que serve tanto quanto uma gripe ou uma pneumonia a quem está são.

O § 4º contribui com o *non-sense* que o precede. Considera cumprido o art. 23 da LRF pelo ente público que atender ao disposto neste artigo. A indigência jurídica destes dispositivos, que parecem dar um último lenitivo a um

condenado à morte, não merecem uma linha de comentário – se é que os seus autores se lembram de que porventura o escreveram.

A confusão é tanta, entre novas exigências e perdões de quem não se sabe exatamente, e de remissões entrecruzadas que em seu conjunto não remetem a coisa nenhuma, que maior comentário será tempo e trabalho perdidos. O legislador precisa saber a hora de parar de escrever.

O art. 16 desta LC 178/21 modifica vários artigos da LRF.

O primeiro é o § 2º do art. 18 da LRF, a cuja redação originária foi apenas acrescida a locução independentemente de empenho. Parece a pedra na sopa, com a qual ou sem a qual a sopa é rigorosamente a mesma.

Desde quando, indaga-se, o só fato de a despesa com pessoal ter sido empenhada, ou não ter sido empenhada, altera o seu cálculo, e a apuração do seu montante? Que tem a ver o valor total da despesa com o fato de ela, ou parte dela, ter sido empenhada, ou não ter sido?

Empenha-se uma despesa tão só que ela possa ser paga, segundo a regra tradicional da Lei nº 4.320/64. Mas em quem o empenho interfere no cálculo da despesa? Esta modificação, que mistura alhos e bugalhos, não tem nem lógica jurídica nem contábil.

Todo o § 3º foi acrescido ao art. 18 da LRF, também sem utilidade de monta. Informa o que compõe a remuneração dos agentes públicos para fim de se conhecer a despesa total com pessoal de cada ente, declarando que é a remuneração bruta que será considerada, sem qualquer dedução ressalvada a redução para atendimento ao disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.

Que a remuneração a ser considerada é a bruta para evidente, porque mesmo que haja deduções nos *holleriths* do pessoal – como as do imposto de renda e da previdência – essa despesa pública existe, e precisa ser considerada.

Até este ponto nenhuma estranheza, desde que não se somem títulos indenizatórios no cômputo da remuneração, porque não a integram. Remuneração, reitera-se, é o pagamento do trabalho, não de indenizações por prejuízos ou por despesas que o servidor tenha de realizar para trabalhar, como são as diárias, a ajuda de custo, o auxílio-transporte ou alimentação, o auxílio-moradia e tantos outros títulos indenizatórios que existem no serviço público, os quais não se incorporam à remuneração e não integram o cálculo da remuneração.

O preceito curioso do dispositivo entretanto é aquele acima transcrito em bloco destacado, que parece mandar os entes públicos *cumprirem a Constituição*, e cortar remunerações que excedam o teto constitucional do art. 37, inciso XI.

Com todo respeito, só rindo!

Acredita mesmo o legislador que se a própria Constituição não é cumprida, como nunca foi na história jurídica do Brasil, ao fixar tetos remuneratórios para o pessoal do serviço público – pois que existem milhares de servidores, dos três Poderes do Estado, em geral respaldados por decisões judiciais, ganhando muito acima do teto – que será um remendo a uma lei federal, como este § 3º ao art. 18 da LRF, que fará a Administração cortar aquelas remunerações até o teto?..

Põe-se então o leitor a imaginar que uma autoridade do Executivo, ou um parlamentar, qualquer deles ao redigir o projeto, tenha dito a um colega para incluir a previsão, pois quem sabe alguém cumpre?

Está juridicamente correta a idéia, porém imaginar que somente para calcular a despesa total de pessoal algum Município, ou algum Estado, apenas após editada esta LC 178/21 vá se dispor a cumprir o teto constitucional remuneratório, e neste momento cortar as remunerações que o excedam, é ir longe demais na ingenuidade ou na credulidade!

Pretender que “agora vamos cortar pagamentos acima do teto” não porque a Constituição determina, mas por causa de a LC 178/21 furtivamente ter falado no assunto... ora, é atitude mais infantil que contar com a visita do bom velhinho natalino, ou da prosaica fada do dente.

Poderá dar certo – no dia em que o cidadão brasileiro for algo absolutamente diferente do que é e do que sempre foi até o dia de hoje, mas nessa inverossímil hipótese o país com segurança não precisará de leis que mandem cumprir a Constituição.

O art. 19 da LRF, na sequência, foi modificado pela LC 178/21. Modificaram-se o seu inciso VI e sua al. c, e foi acrescido o § 3º ao artigo.

Em seu conjunto o novo inciso VI e sua al. c informam que o gasto com inativos e pensionistas não são computados na verificação do atendimento aos limites da despesa com pessoal com relação às transferências equilibradoras do sistema atuarial do sistema, porém dependentemente de norma dada pelo Executivo respectivo.

Técnica absolutamente péssima, porque se não existir essa última regra de nada valerá toda a norma legal. E como a norma legal é excludente, então se e enquanto faltar a regra local como ficaremos: ficará excluída a exclusão? E nesse estranho momento acaso devem ser computadas as despesas que a regra legal visa excluir? É o que dá depender de iniciativas locais numa lei que centralizadamente organiza todo o país... simplesmente não faz sentido.

O legislador demonstra elogiável iniciativa organizativa porém parece morrer de medo das realidades locais, e de eventualmente ferir aquelas autonomias locais, já que ser acusado de antidemocrático é pior que a morte... quando não é disso que se trata.

Com efeito, se se está numa lei *nacional* de organização econômica, financeira e contábil para todos os entes integrantes da federação como é esta LRF, então por que motivo tantos *dedos*, tanto cuidado e tanto acanhamento do legislador federal? Numa lei nacional e não apenas federal as regras se impõem nacionalmente, ou de outro modo o legislador legisla apenas para a União...

O novo § 3º, acrescido pela LC 178, proíbe “a dedução da parcela custeada com recursos aportados para a cobertura do déficit financeiro dos regimes de previdência” no cômputo das despesas para a fiscalização do limite legal.

Dispositivo lógico e forçado – e custa crer mesmo tenha sido necessário escrevê-lo... –, pois que se no ente de referência ingressaram recursos para cobrir déficit previdenciário, então resta inimaginável que o déficit coberto seja considerado despesa com pessoal para o fim de apuração do limite.

Como entretanto em direito mesmo o óbvio precisa ser dito – vide princípios da legalidade e da formalidade –, então esta previsão, que, de resto e por fim, nos situa a pulga na região a traseira da campana auditiva: desde 2.000 (LRF) até o advento desta LC 178/21, aquela cobertura de déficit previdenciário porventura era computada na apuração das despesas com pessoal?<sup>1</sup>

Foi acrescido o § 7º ao art. 20 da LRF, manda aos entes públicos referidos no artigo, para verificação dos limites dados pelo artigo, que apurem segregadamente, ou seja de modo separado, o total das despesas com inativos e pensionistas, *mesmo que o custeio dessas despesas estejam a cargo de outro Poder ou órgão*.

A organizativa intenção do dispositivo é separar a despesa com inativos e pensionistas da despesa com o pessoal ativo, como é nítido. Apenas o que não se admite é que a despesa com inativos, se onerou o cômputo do ente que os mantém, onere também o “outro órgão ou Poder” que custeia a despesa, porque, se também o onerar, então o mesmo numerário estará sendo contabilizado em duplicata, em prejuízo de algum ente público e da mais primária racionalidade.

O art. 23 da LRF, dentro das modificações de microscópica utilidade por esta LC 178/21, foi levemente modificado.

Informa que se não for obtida pelo ente público a redução de despesa dentro do prazo legal, e enquanto durar esse excedimento, o mesmo ente não poderá contratar operações de crédito, salvo se para pagar dívida imobiliária ou reduzir as despesas com pessoal.

A exemplo de dispositivo anterior, entendemos que as operações de crédito proibidas são apenas com entidades públicas, porque não se imagina proibir o Poder ou o órgão público de contratar empréstimo com um banco particular, em hipótese nenhuma. Tal seria interferir na autonomia constitucional daquele ente em questão de autoadministração ou de gerência, manietando sua autodeterminação em questões puramente civis – mesmo que cercada por limites constitucionais.

O art. 31 da LRF teve modificado o inciso I do seu § 1º, em disposição que parece contrariar o que se afirmou acima, quanto a operações de crédito particulares – que nos parecem lícitas em qualquer caso, e também neste caso.

Com todo o respeito e acatamento devidos à disciplinadora lei nacional, não parece constitucional que a lei interfira em atos da vida civil da Administração pública, como, neste caso, impedindo-a de contrair empréstimos do sistema financeiro particular, em operação interna nacional.

Que operações externas sejam restritas é compreensível, na medida em que dependem de autorizações federais, porém daí a estender a proibição e a limitação a operações com o banco da esquina, que há décadas atende a entidade pública... com todo efeito, não parece nem um pouco admissível do plano constitucional.

A autonomia administrativa estadual e a autonomia administrativa municipal – cada qual garantida pela Constituição em um momento: art. 25 e art. 30, inciso I, respectivamente –, não nos parece admitir uma semelhante ingerência.

A lei nacional de finanças públicas, voltada sobretudo como foi à contenção de despesas com o pessoal do serviço público, entretanto não parece capaz nem suficiente para ditar normas de administração financeira corriqueira, comezinha, e por vezes quase *doméstica*, a Estados e a Municípios – sob o argumento, o pretexto ou a justificativa que for.

Entre a autonomia administrativa dos entes federados – pilar e baluarte do estado democrático de direito – e a interventividade nas finanças locais ainda que respaldada na Carta, ficamos com a primeira sem a menor hesitação.

Ninguém se olvide da lição verbal de Geraldo Ataliba, assaz de vezes repetida em palestras e simpósios, de que, ainda que todas sejam normas constitucionais, inquestionavelmente *algumas são mais importantes que outras*.

Assim pensamos – e não por razões de planejamento econômico e de finanças públicas, mas sob ótica exclusivamente *jurídica* –, porém é preciso registrar o abalizado entendimento em sentido diverso, agora vindo as coisas sob o prisma econômico e de planejamento financeiro público, de Flávio Corrêa de Toledo Jr., para quem

O limite para operações de crédito alcança bancos públicos e, também, os privados. Aqui, o que importa é (evitar) o engrandecimento, não sustentável, da dívida pública.

Se um Estado ou um Município der calote em bancos particulares como o Bradesco, o Santander ou o Itaú, então os representantes do ente público, ato contínuo, pedem socorro à União, ou de outro modo o futuro precatório comprometerá os próximos programas de governo. (Comentário pessoal, a nosso pedido).

Temos certeza, por fim, que prevalecerá o entendimento acima, de Flávio Toledo, sobre esta legislação voltada antes a atender prementes necessidades de planejamento financeiro público do que a constituir-se em referência formal-jurídica.

E é preciso reconhecer que resulta marcadamente difícil ao legislador fazer observar com rigor os princípios e as regras puramente jurídicas em matéria que corre ao lado de, e em paralelo ao, direito, que é a economia e a finança pública.

O art. 32 da LRF já sofrera modificação pela Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2.017, a qual acrescera o § 6º ao art. 32 da LRF. Desta feita nova alteração, pela LC 178/01, que acrescentou o § 7º ao mesmo art. 32. Comentem-se ambos, então.

Reza o primeiro:

§ 6º O prazo de validade da verificação dos limites e das condições de que trata este artigo e da análise realizada para a concessão de garantia pela União será de, no mínimo, 90 (noventa) dias e, no máximo, 270 (duzentos e setenta) dias, a critério do Ministério da Fazenda.

Este dispositivo fixou prazos, que até então inexistiam, para a oficial verificação dos limites, e da correção das condições, das operações de crédito a que se refere o *caput*, em verdade em mínimo e máximo e não impondo um prazo certo e inegociável. O mínimo é de 90 e o máximo de 270 dias, a critério do Ministério da Fazenda, que a cada caso examinará a sua disponibilidade para a tarefa.

Caso mesmo o prazo máximo seja ocasionalmente superado ou perdido pelos entes de controle, isso não impedirá a verificação extemporânea, uma vez que não se enxergam direitos prejudicados apenas pela inacuidade temporal, nem impedirá os efeitos de uma eventual rejeição, total ou parcial, do resultado daquela verificação.

O § 7º, acrescido pela LC 178/21, talvez pareça um daqueles dispositivos que não precisariam existir, porque as regras que expõe já parecem estar subsumidas nos fundamentos das leis orçamentárias, e nos da lei nacional de orçamento e contabilidade públicos. Mas *quod abundat non nocet*, terá pensado o legislador<sup>2</sup>.

Reza que pode ser alterada a finalidade ou o objetivo da operação de crédito contraída por ente de qualquer nível de governo, sem oitiva do Ministério da Economia, desde que: *a*) a lei orçamentária daquele ente, ou então a lei local que autorize a abertura de crédito adicional, ou então outra lei local específica, contenha essa autorização predestinatória; *b*) que se demonstre o interesse social e econômico da mudança, e *c*) que a alteração não infrinja algum outro dispositivo da própria LRF.

Trata-se portanto, além de que exista a autorização orçamentária e legal, de os setores competentes de cada ente que realizou operação de crédito demonstrar a presença dos elementos acima elencados em *b* e *c* acima, sobretudo em *b* que consigna uma obrigação positiva ou comissiva, uma obrigação de fazer.

Tudo isso, repetimos, parecia já implícito no regramento nacional de orçamento e finanças públicas, entretanto não é bem assim, entretanto, que as coisas ocorriam.

Ensina-nos Flávio Corrêa de Toledo Jr. que

Parece realmente chover no molhado, porém anteriormente se o Ministério da Economia e o Banco Central autorizassem financiamento para um Município comprar alguns tratores, e então a Prefeitura, autorizada para isso, resolvesse usar o numerário na reforma da sua estação rodoviária, então para tanto havia necessidade de nova autorização daqueles órgãos federais.

Agora, com esta nova regra, o próprio Município, mediante lei e cumprindo os demais requisitos do dispositivo, pode cancelar a mudança. (Comentário a nosso pedido).

Filiamo-nos, então, ao entendimento do especialista em finanças públicas, no sentido de que a alteração legislativa não foi sem motivo, e efetivamente facilitou as coisas para os entes que obtêm aquela autorização de despesa.

O art. 33 da LRF foi modificado, desta vez do modo mais ridículo que se possa imaginar, o que parece indicar que efetivamente faltava o que fazer ao legislador. É inacreditável que desperdice seu tempo desta maneira.

Acresceu a locução “de que trata o § 2º” ao § 3º do art. 33 da LRF, quando isso era evidente e forçado, sem leitura alternativa possível. Ninguém imaginaria que a reserva fosse outra. Se os subsídios dos legisladores – parlamentares ou agentes do Executivo – são pagos com dinheiro público para um serviço como este, estamos realmente mal.

O dispositivo da LRF a seguir alterado foi o caput do art. 40, artigo que também teve acrescido o § 11.

A modificação do caput foi para crescer que as garantias dadas pelos entes públicos a operações de crédito deverão obedecer também as normas do Ministério da Economia sobre a classificação de capacidade de pagamento dos mutuários, e não apenas aquelas regras ditadas pelo Senado Federal, como era de praxe.

O controle se aperta para os entes que contraem empréstimos, ao que se sabe com carradas de razão e de motivo. Por mais que faça e tenha feito a lei de responsabilidade fiscal, os seus desideratos, as suas metas e os seus objetivos estão ainda tão longe de serem alcançados.

A austera mentalidade que tenta impor, e que em parte efetivamente foi imposta às autoridades quanto aos gastos públicos, ainda precisa avançar e consolidar-se, após tantas décadas – séculos? – de inconsequência e impunidade como regras. Então, ainda que a burocracia seja incrementada neste passo, elogia-se a preocupação do legislador neste momento.

O § 11 foi também acrescido ao art. 40, porém, diferentemente do *caput*, agora de modo demagógico e eleitoreiro.

O parágrafo, que obriga audiência pública para discutir um assunto pelo qual as pessoas dificilmente se interessam e cujos contornos ignoram por completo, serve tanto quanto as audiências públicas previstas na lei de licitações, art. 39, para grandes contratos que o ente público pretenda celebrar: absolutamente nada, senão talvez para políticos discursarem com vistas à eleição subsequente.

As audiências públicas da legislação brasileira são uma faca sem lâmina da qual extraíram o cabo, ou algo como a pedra na sopa da picaresca narrativa, com a qual ou sem a qual a sopa resulta inalterada.

Prosseguindo na leitura, tendo sido vetado o novo art. 42 da LRF com a redação que o projeto da, afinal, LC 178/21 pretendia, então, o resultado dessa providência foi manter inalterado o art. 42 da LRF, como se não tivera sido objeto de qualquer cogitação mudancista.

Uma coisa é certa, como adverte Flávio Corrêa de Toledo Jr.: sem o art. 42, com a redação que tem ou com outra pouco diferente mas semelhantemente eficaz, o país não podia nem pode ficar, tal é a sua importância no controle das finanças públicas e do comprometimento financeiro dos entes federados. No Estado de São Paulo em específico, o art. 42 é o fundamento de enorme percentual de pareceres desfavoráveis à aprovação de contas municipais.

Segue a LC 178/21 modificando o art. 51 da LRF, operando com boa qualidade.

O novo § 1º unificou as datas para Estados e Municípios encaminhar suas contas para a União, que eram duas em inútil burocracia.

O § 2º, também racionalmente, trocou “refinanciamento do principal atualizado” por pagamento. Poderia essa mentalidade simplificadora e diretista impor-se de vez na fatura das novas leis e das novas regras jurídicas de qualquer nível e natureza.

A mentalidade burocratizante sem maior utilidade mas viciante atrasa o país imemorialmente, e precisaria ser extirpada com estilete dos novos textos. Simplicidade e singeleza são ferramenta para poucos e refinados pensadores, enquanto que o culto da complicação pela complicação é o refúgio dos inseguros, dos hesitantes e dos claudicantes autores do que quer que seja, seres em geral mais pesados do que creme de papaya.

O último dispositivo da LRF alterado pela LC 178/21 é o caput do art. 59, que teve acrescido o trecho “consideradas as normas de padronização metodológica editadas pelo conselho de que trata o art. 67”, mantido todo o texto restante.

Trata-se de outro dispositivo que se não existisse não faria a mais pálida diferença, indetectável por microscópio eletrônico de varredura ou pelo cálculo infinitesimal – cuja autoria é disputada por Leibnitz e por Newton.

Alguém deve ter reclamado ao legislador que o conselho previsto no art. 67 estava sendo negligenciado – naturalmente pelos que sabiam que ele existia, e desse modo a LC 178 chamou a atenção para a sua existência no caput de um artigo antecedente, na esperança de que talvez e doravante venham a ser consultadas as suas “normas de padronização metodológica”.

Lamenta-se que o conselho do art. 67 precise de uma esmola institucional como esta, que de resto dá a exata dimensão da sua importância e da sua relevância na “política de operacionalidade da gestão fiscal” ali referida, e seja lá isso o que for.

Com tudo isso, a LC 178/21 não contribui senão muito pouco para a evolução técnica do nosso ordenamento jurídico, nesta específica matéria de controle da despesa pública e planejamento econômico-financeiro dos entes integrantes da federação.

Não existisse, então muito possivelmente o saldo institucional resultaria favorável. 

## NOTAS

- 1 O que evoca a passagem bíblica segundo a qual a serpente, por haver traído o criador, foi condenada a rastejar permanente e eternamente. Esta passagem não resiste à pergunta de Pitigrilli: como ela se movimentava antes?
- 2 O que abunda não prejudica.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.



## A “síndrome do imperador”. A histórica decisão do STJ e o papel do Ministério Público na garantia dos direitos humanos

■ POR ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR E RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

**“Cabe ao Ministério Público atuar dentro da estrita legalidade, reconhecendo os limites de garantia impostos pela Constituição Federal. Para tanto, a jurisprudência dos tribunais estaduais precisa tomar a autoridade e se manter firme na conformação de seus julgados com as orientações emanadas dos tribunais superiores.”**

**A** sessão do dia 2 de março de 2021 da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, além do inesperado anúncio da aposentadoria do excelente Ministro Nefi Cordeiro, foi marcada pelo julgamento do Habeas Corpus nº 598.051-SP, oportunidade em que se recobrou maior respeito à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, tão gravemente contornada em todos os quadrantes do país a partir da indolência do titular da ação penal pública, cada vez mais tolerante com o arbítrio policial e a qualidade da prova que instrui a denúncia.

O voto condutor proferido pelo Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, destacou inúmeros julgados – tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal – sobre a invalidade das provas recolhidas no interior de residências devassadas sem autorização judicial, invariavelmente envolvendo “situações em que um suspeito, quer por uma *denúncia anônima* ou um informante, quer por um comportamento indicador de que poderia estar envolvido na mercancia ilícita de drogas, vê a Polícia Militar ingressar em sua residência”. (grifamos).

Essa parte do acórdão merece imediata reflexão por demonstrar sutilmente a insistência com que o Ministério Público e os tribunais estaduais fazem vista grossa para os julgados dos tribunais superiores que lançam luzes sobre os mais importantes princípios constitucionais de direito e processo penal.

Aliás, sobre denúncias anônimas como legitimadoras de atos de persecução criminal, especialmente por parte de agentes policiais, veja-se o entendimento de Rodrigo Iennaco de Moraes:

“A denúncia anônima não pode fundamentar, direta e imediatamente, qualquer ato formal de persecução penal, seja no inquérito, seja no processo. Ao receber a delação, a autoridade deve verificar se a notícia de crime veiculada apresenta, no contexto fático, qualquer indício de verossimilhança. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria.”

E, continua: “A autoridade poderá se valer, portanto, para verificação da procedência das informações veiculadas em denúncia anônima, de qualquer modalidade lícita de investigação, ressalvadas as hipóteses constitucionais de ‘inviolabilidades’. Ou seja, a autoridade policial, apoiada estritamente na denúncia anônima, não poderá pleitear a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas etc., mas poderá efetuar levantamentos de campo, realizar campanhas e buscas pessoais, entrevistar pessoas, de modo a reunir, ainda que em simples comunicação de serviço firmada por agentes de polícia, elementos de convicção capazes de fundamentar o início do procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes.”

Por fim, acrescenta o autor: “Dessa maneira, a denúncia anônima será descartada do ponto de vista processual. A verificação da procedência das informações substituirá, para os fins da persecução criminal, integralmente a delação anônima, desvinculando totalmente o procedimento e as provas nele produzidas daquela *notitia criminis* original. Em suma, a mediação entre a denúncia anônima e as provas produzidas a partir da investigação formal é feita pela verificação da procedência das informações.”<sup>1</sup>

Pois bem.

Retornando ao voto proferido, brilhantemente desenvolvido à moda acadêmica, o Relator descreveu o problema de maneira clara e precisa, trabalhou as hipóteses que o cercam, apresentou esmerada fundamentação doutrinária e jurisprudencial e, ao final, exprimiu sólidas conclusões sobre os questionamentos enfrentados.

Na parte dispositiva, considerou não comprovado o consentimento válido para o ingresso no domicílio do paciente; concedeu a ordem para reconhecer a ilicitude das provas por tal meio obtidas, bem como de todas as demais que delas decorreram; e absolveu de plano o paciente.

Recomenda-se fortemente a leitura integral de suas 57 (cinquenta e sete) laudas, pedindo-se licença para reproduzir nesse espaço tão somente a íntegra das preciosas conclusões finais:

“As considerações e os argumentos expostos neste voto facilitam responder aos questionamentos feitos de início, de modo a concluir que: 1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito. 2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetivamente e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada. 3. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. 4. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo. 5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das

demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.”

Vê-se, portanto, que, conforme decidido, a autorização para entrada no imóvel feita por um de seus moradores deve ser comprovadamente voluntária e livre de coação, ainda mais quando a diligência se realiza em local periférico, ocupado por gente simples e sem nenhuma condição estrutural para se opor ao “pedido” da autoridade fardada.

Não se vê o mesmo padrão de atuação da Polícia Militar nos bairros nobres das cidades, como se o status de cidadão e seus consectários dependessem da condição econômica e social de cada indivíduo.

Vale insistir no fato dessas ações se realizarem exclusivamente em desfavor da população mais humilde, como ocorrido no caso julgado, ocasião em que os policiais se portaram com inegável rispidez e desvio.

Especialmente no combate ao crime de tráfico, a atuação arbitrária da Polícia Militar entra em descompasso com a própria orientação constante do art. 53 da Lei nº 11.343/06, que procura incentivar a adoção de técnicas investigativas mais eficazes. Muitas vezes, a não-atuação policial facilita a identificação das demais pessoas envolvidas com o comércio ilegal de drogas, ampliando o raio das investigações em favor da almejada segurança pública.

A Polícia Militar não pode deixar de compartilhar com a Polícia Civil e o Ministério Público os dados relevantes obtidos por seu serviço de inteligência, nem procurar definir sozinha a melhor estratégia para a apuração do crime, algo, aliás, que foge à sua competência. Da maneira como atua, parece se contentar com números para receber os louros de um protagonismo indigente.

Já o Ministério Público, tal como um filho rebelde que clama a imposição de limites pelos pais, paulatinamente passou a testar a jurisprudência com teses cada vez mais arbitrárias, oferecendo denúncias e sustentando condenações com nítido rebaixamento da qualidade da prova, distanciando-se assim do ideal de certeza que deve iluminar toda e qualquer decisão condenatória.

Como verdadeiros pais displicentes, as cortes estaduais dedicaram pouco atenção ao fenômeno e cederam aos caprichos dos promotores criminais, fomentando, assim, o que na psiquiatria infantil se denomina “síndrome do imperador.”<sup>2</sup>

Não se pode hesitar por medo quando se trata de garantias individuais, cumprindo ao Poder Judiciário e ao Ministério Público reforçar o compromisso inarredável da fiel observância da Constituição Federal.

Como afirmado pelo Relator, “conquanto seja legítimo que os órgãos de persecução penal se empenhem, com prioridade, em investigar, apurar e punir autores de crimes mais graves, os meios empregados devem, inevitavelmente, vincular-se aos limites e ao regramento das leis e da Constituição da República.”

Discorrendo a respeito do princípio do contraditório enquanto direito humano, Felipe Martins Pinto e Paula Brener destacam a maneira como deve

atuar o Ministério Público no desenvolvimento do processo para a formação do provimento em conformidade com a Constituição:

“Para a concretização de um modelo democrático de processo penal, a Constituição determinou uma grande modificação na função do Ministério Público. Deixa este de ser instituição meramente acusadora para tornar-se representante da sociedade. Assumiu então o papel de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A sua atuação no processo penal deixa de ser uma busca incessante por uma condenação, para se tornar o exercício de um mandato outorgado pela Constituição para representar os interesses da sociedade no processo. Esses interesses somente podem ser validamente extraídos da lei, a qual constitui a manifestação democrática e legítima da vontade social. Assim, atua o Ministério Público vinculado à estrita legalidade. É por esta razão que, presentes os pressupostos e requisitos necessários, deve promover a ação, mas é sua função pedir a absolvição quando, no curso do processo, perceber a ausência desses elementos. Cabe ao Ministério Público assegurar as garantias constitucionais do acusado, enquanto parte essencial da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.”<sup>3</sup>

Portanto, cabe ao Ministério Público atuar dentro da estrita legalidade, reconhecendo os limites de garantia impostos pela Constituição Federal. Para tanto, a jurisprudência dos tribunais estaduais precisa tomar a autoridade e se manter firme na conformação de seus julgados com as orientações emanadas dos tribunais superiores.

Pelo alcance da decisão do Superior Tribunal de Justiça e pelos imediatos reflexos que deverá produzir no cotidiano da justiça criminal, o acórdão pode ser considerado histórico, verdadeiro divisor de águas.

A defesa intransigente das garantias penais e processuais penais e, principalmente, do Estado Democrático de Direito tomada pelos Ministros da Sexta Turma deve ser bastante exaltada e comemorada nos dias de hoje como indicativo seguro de que os ataques às instituições democráticas, venham de onde vier, serão prontamente refutados.

É preciso mesmo reagir ao autoritarismo que desponta em diversos níveis no atual quadro político brasileiro.

Espera-se que a mensagem seja bem compreendida no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais e do Ministério Público da União, cuja atuação criminal há muito vem exigindo uma mudança completa de postura.

Afinal, não se pode e não se deve resumir e simplificar as atribuições do Ministério Público apenas e tão somente ao Processo Penal e ao seu “papel” de acusador público. Em definitivo, esta não é apenas a sua atribuição, ao menos nos moldes da normatividade constitucional brasileira. É preciso atentar-se para a relevância que a Instituição tem na defesa intransigente e corajosa dos direitos humanos, direitos fundamentais e indisponíveis.

Neste sentido, a Constituição Federal concebeu o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para a defesa eficaz e destemida dos direitos humanos é fundamental que o Ministério Público tenha absoluta independência em relação às demais esferas de Poder, obviamente tendo sempre algum mecanismo de controle externo.

Mas, se hoje temos um Ministério Público “relativamente” independente (pois é discutível a forma de escolha da chefia institucional) por força dos dispositivos constitucionais acima referidos, o certo é que nem sempre foi assim.

Com efeito, até 1988, o Ministério Público brasileiro não tinha independência e autonomia, seja do ponto de vista institucional, seja do ponto de vista da atuação dos seus membros.

Especialmente durante o regime militar, pode-se mesmo afirmar que foi leniente com a violência estatal/institucionalizada, aqui mais particularmente o Ministério Público Militar. É fato histórico. Institucionalmente vergonhoso, mas que deve ser registrado (e nem sempre o é) até para que erros pretéritos não se repitam, afinal de contas também aprendemos com os percalços e os infortúnios do passado.

Dessa maneira, quando mais se precisou do Ministério Público não se obteve resposta da Instituição, ressaltando, por óbvio (e nem era preciso fazê-lo) os homens de coragem que resistiram e, como puderam, dignificaram a profissão.

É bem verdade (justiça seja feita) que a ordem constitucional então vigente não ajudava. Houve, inclusive, os Atos Institucionais quando até a utilização do Habeas Corpus foi limitada em relação aos crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, nos termos do art. 10 do Ato Institucional nº. 05, “o mais cruel de todos”.

O Ministério Público estava silente, refém do Poder político, sem meios normativos para combater a violência institucionalizada, mesmo porque sem nenhum tipo de garantia para seus membros ou mesmo para a Instituição.

Não era mesmo fácil, o que não justificava a omissão, obviamente, afinal de contas destemor não é atribuição que se inscreve em lei, nem defender e atuar em prol dos direitos humanos necessita de alguma autorização normativa.

A situação agravava-se, pois o Ministério Público Militar era obrigado a recorrer para o Superior Tribunal Militar sempre que havia a rejeição da denúncia pelo Juiz Militar ou em relação à sentença absolutória, conforme dispunha o art. 73 do Decreto-Lei 898, a antiga Lei de Segurança Nacional.

Muito difícil deve ter sido a vida, àquela época, de um membro do Ministério Público com alguma carga de humanidade, tendo que trabalhar em tempos tão sombrios, imputando acusações infundadas, sem “justa causa”, acusando homens que lutavam pela restituição do que eles próprios mais desejavam: a Democracia. Que tarefa inglória! Para os seguidores e ideólogos

do regime, sem problemas, sem cargas, muitíssimo pelo contrário. Loas e promoções, inclusive!

E a defesa dos direitos humanos então? Restou, como se sabe, aos corajosos advogados lutar pelos direitos e garantias fundamentais, defendendo os perseguidos pelo regime, acusados justamente pelo Ministério Público por crimes supostamente de natureza política. São indagações, diríamos, quase desconcertantes e que também devem ser alvo de uma reflexão séria do Ministério Público.

Com a chamada redemocratização e o restabelecimento do Estado Democrático de Direito a feição do Ministério Público sofreu uma mudança substancial (e não meramente formal). Basta conferir a Seção I do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal reservado para as assim chamadas “Funções Essenciais à Justiça”. É uma verdadeira carta de intenções. Poderia ser muito bem convertida em uma ode.

De toda maneira, o Ministério Público do Brasil, como poucos, é zeloso no trato em relação à salvaguarda dos direitos humanos. Também é um fato indiscutível. Seja o Ministério Público Federal, do Trabalho, seja o Estadual. Seus integrantes, dentro de suas respectivas atribuições funcionais, atuam com rigor em defesa dos direitos humanos. São apurados e denunciados crimes praticados por grupos de extermínio, delitos sofridos por líderes de movimentos ambientais, sindicais, etc. Deve-se referir, igualmente, a defesa das crianças e dos adolescentes, mulheres, idosos, deficientes e outros (ditos) vulneráveis.

Aqui o trabalho do Ministério Público brasileiro é, inegavelmente, dos melhores, certamente não havendo similaridade no Direito Comparado, mesmo porque a normatividade constitucional, como foi dito acima, foi de uma generosidade ímpar com a Instituição.

Nada obstante, apesar de todas as homenagens que devem ser merecidamente prestadas, parece haver um déficit da Instituição, ou melhor, de alguns de seus membros, relativamente ao zelo em relação aos direitos humanos, quando se tratam de pessoas sujeitas à persecução penal.

Neste sentido, observa-se que no processo penal a pretensão acusatória é do Estado (vista aqui com o devido cuidado para que não se confunda nem com a pretensão punitiva nem com a pretensão civil “carneluttiana”). Em particular, no Brasil, quem a exerce em juízo é o Ministério Público, salvo, excepcionalmente, em crimes de ação penal de iniciativa privada. Assim estabelece o art. 129, I da Constituição Federal.

Porém, a persecução estatal inicia-se antes mesmo da iniciativa do Ministério Público, quando da investigação preliminar, também sob a responsabilidade do Estado (em regra da Polícia).

Nos dois momentos, ou seja, durante a investigação criminal e a partir do início da ação penal há sempre um sujeito submetido ao crivo estatal, seja como investigado (inclusive sem direito à ampla defesa e ao contraditório plenos), seja como acusado formalmente pela prática de um crime. A

situação, em ambas as hipóteses, é de todo vexatória, a exigir um olhar atento para se evitar mais constrangimentos do que aqueles inerentes à própria atividade persecutória.

Deve-se, então, exigir do próprio Estado cuidado para que direitos e garantias fundamentais do homem não sejam sonegados. Espera-se que esta vigilância seja feita pelo Ministério Público, nos termos impostos pela Constituição Federal. Quanto a isso não há dúvidas.

Na fase da investigação criminal, dispõe a Constituição caber ao Ministério Público o controle externo da atividade policial. Aqui, portanto, atenta-se para a integridade física do indiciado/investigado, bem como para o seu patrimônio moral (honra, imagem, privacidade, intimidade, etc.).

Já passou o momento de repensar este modo de atuar; os que atuam na Justiça criminal: integrantes da Polícia, do Ministério Público, Magistrados e todos os outros. Trata-se de seres racionais, trabalha-se com leis, normas jurídicas, princípios e regras, com uma Constituição, sobretudo.

Para concluir, afirma-se que o Ministério Público, além de não colaborar com esse tipo de abuso, deve, muito ao contrário, combatê-lo com eficácia, pois também assim estará contribuindo para a efetivação dos direitos humanos dos investigados, indiciados e acusados em geral.

Este dever institucional revela-se absolutamente claro da leitura dos dispositivos constitucionais acima referidos. Não se pode tolerar, portanto, que (alguns) membros da Instituição compactuem com este tipo de prática nociva para a Democracia e estranha aos postulados republicanos, ainda mais após esta histórica decisão do Superior Tribunal de Justiça. 

## NOTAS

- 1 MORAES, Rodrigo Iennaco de. *Inteligência Criminal e Denúncia Anônima*. Belo Horizonte: Arraes: 2011, pp. 77-78.
- 2 Essa síndrome tem origem no fato de que os pais ausentes, para diminuir seu sentimento de culpa pelo tempo que não passam com a criança, lhe concedem todos os caprichos. Acabam, assim, transmitindo ao filho a mensagem de que, apesar de sua solidão afetiva, é o centro do universo e os adultos estão ali para satisfazer as suas exigências. Disponível em <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/29/eps/1517241117\\_174147.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/29/eps/1517241117_174147.html)>. Acesso em 4.3.2021.
- 3 PINTO, Felipe Martins e BRENER, Paula. *A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade*. In Revista CNJ, Brasília, v. 3, n. 1, pp. 37-50, jan./jun. 2019.



ARQUIVO PESSOAL

**ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Autor da obra *Princípio da legalidade penal: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação*. Participante de obras coletivas e autor de artigos científicos. Sócio fundador e ex-Presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP. Membro do Coletivo Transforma.



ARQUIVO PESSOAL

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

# A invisibilidade que mata: mortalidade materna em tempos de pandemia

■ POR PAULA SANT'ANNA MACHADO DE SOUZA E LÍVIA MARTINS SALOMÃO BRODBECK

“A garantia da saúde das mulheres passa efetivamente pela perspectiva de que os cuidados dispensados às gestantes e puérperas sejam baseados na ciência, mas também requer que não nos silenciemos diante das evitáveis mortes das mulheres mais vulneráveis.”

**E**m julho de 2020 duas pesquisas científicas confirmaram o que muitas mulheres brasileiras já sabiam desde a epidemia do zika vírus: ser gestante, pobre e negra durante uma emergência de saúde é ser invisível, não ter direito à assistência a saúde de qualidade e morrer por isso.



O International Journal of Gynecology and Obstetrics<sup>1</sup> divulgou que 124 mulheres grávidas e puérperas (pós-parto) morreram no Brasil por questões relacionadas a COVID-19 entre fevereiro e junho, o que corresponde a 77% dessas mortes no mundo. A Revista Científica Clinical Infectious Diseases<sup>2</sup> da Universidade de Oxford concluiu que a probabilidade de uma mulher negra e gestante morrer por COVID-19 é de 17%, enquanto entre as mulheres brancas é de 8,9%. Outros estudos disponíveis sugerem que grávidas sintomáticas com COVID-19 tem risco aumentando de doença mais grave em comparação com mulheres não grávidas<sup>3</sup>.

Em janeiro deste ano, o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 do Ministério da Saúde, que até então contraindicava a administração das vacinas para gestantes, puérperas e lactantes, as incluiu como “Grupo Especial” e orientou que essas mulheres devem ser informadas sobre os dados de eficácia e segurança das vacinas e que sua decisão, em conjunto com o profissional da saúde, deve considerar, entre outros fatores, o nível de potencial contaminação do vírus na comunidade. O plano também criou novos grupos prioritários, mas gestantes, puérperas e lactantes ficaram de fora. O plano foi atualizado em fevereiro, mas manteve as mesmas diretrizes.

A Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP)<sup>4</sup> e a Febrasgo<sup>5</sup> emitiram documentos técnicos esclarecendo que as vacinas de vírus inativados, tal como a Coronavac e Astrazeneca/Oxford, são semelhantes às vacinas que anteriormente já eram recomendadas às gestantes, como, por exemplo, a vacina da gripe. Recomendam que devido ao risco de maiores complicações apresentadas pelas gestantes/puérperas dos grupos que até o momento são definidos como prioritários, elas poderão ser vacinadas.

Assim, com o objetivo de visibilizar os direitos das mulheres e ampliar o debate sobre este tema, os Núcleos de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher das Defensorias Públicas de dezesseis Estados encaminharam ofício ao Ministério da Saúde questionando quais evidências científicas embasaram a decisão de não incluir este grupo como prioritário no plano de vacinação nacional, apesar da mesma pasta, desde abril de 2020, as considerar como grupo de risco para a COVID-19.

A garantia da saúde das mulheres passa efetivamente pela perspectiva de que os cuidados dispensados às gestantes e puérperas sejam baseados na ciência, mas também requer que não nos silenciemos diante das evitáveis mortes das mulheres mais vulneráveis.

## NOTAS

- 1 The tragedy of COVID-19 in Brazil: 124 maternal deaths and counting – Takemoto – 2020 – International Journal of Gynecology & Obstetrics – Wiley Online Library
- 2 <https://academic.oup.com/cid/advance-article/doi/10.1093/cid/ciaa1066/5877027>
- 3 Disponível em: Ellington MMWR 2020, Collin 2020, Delahoy MMWR 2020, Panagiotakopoulos MMWR 2020, Zambrano MMWR 2020. Acesso 10.02.2021.
- 4 Disponível em: [https://www.sbp.com.br/fileadmin/user\\_upload/22909c-GPADuvidas\\_sobre\\_Vacinas\\_COVID19.pdf](https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/22909c-GPADuvidas_sobre_Vacinas_COVID19.pdf)
- 5 Disponível em <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/1207-recomendacao-febrasgo-na-vacinacaogestantes-e-lactantes-contracovid-19>

Ofício Conjunto NUDEMs nº 001/2021

Ao Excelentíssimo Ministro da Saúde, Sr. Eduardo Pazuello

Ao Ilustre Secretário de Vigilância em Saúde, Sr. Arnaldo Correia de Medeiros

Ao Ilustre Sr. Diretor do Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis, Sr. Laurício Monteiro Cruz

À Ilustre Coordenadora-geral do programa nacional de vacinações, Sra. Francieli F. Sutile Tardetti Fantinat

Ref.: Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a COVID-19

As DEFENSORIAS PÚBLICAS DOS ESTADOS DE SÃO PAULO, PARANÁ, RIO DE JANEIRO, MINAS GERAIS, MATO GROSSO DO SUL, RORAIMA, ESPÍRITO SANTO, RONDÔNIA, SANTA CATARINA, GOIÁS, AMAZONAS, PIAUÍ, TOCANTINS, RIO GRANDE DO NORTE, SERGIPE e BAHIA, *por meio dos Núcleos Especializados de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres* (NUDEM) abaixo assinados, instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, dos necessitados, vêm, com fundamento no art. 134 da Constituição Federal, no art. 3º-A, I e III, e no art. 4º, I, VII, X e XI, da Lei Complementar 80/94, em face do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid 19 do Ministério da Saúde, de 22 de janeiro de 2021, tópico 4.1.2, página 27, Grupos especiais – Gestantes, Puérperas e Lactantes e expor e questionar o quanto segue.

Em abril de 2020 o Ministério da Saúde, através do “Protocolo de Manejo Clínico do Covid-19 na Atenção Especializada”, definiu que grávidas em qualquer idade gestacional, puérperas até duas semanas após o parto (incluindo as que tiveram aborto ou perda fetal) fariam parte do grupo de risco por infecção da COVID-19<sup>1</sup>.

Em julho de 2020 a FEBRASGO (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia) emitiu Nota Pública manifestando preocupação com relação ao alto número de mortes maternas decorrentes da COVID-19<sup>2</sup> com base nos seguintes dados:

Na última semana, uma publicação no International Journal of Gynecology and Obstetrics, utilizando os dados do SIVEP-Gripe, reportou a ocorrência de 124 óbitos maternos no Brasil entre janeiro e 18 de junho de 2020. Esse número de mortes maternas deverá representar um incremento de pelo menos 7% na já elevada razão de mortalidade materna do Brasil no corrente ano. Adicionalmente, esse número de morte materna é 3,5 vezes maior que a soma do número de mortes maternas por COVID-19 reportado em outros países até o momento, o que deve observado com muito cuidado pelas autoridades sanitárias nacionais. O referido artigo aponta ainda potenciais demoras na assistência a essas mulheres, já que 22% dos casos fatais não foram internados em UTI e 14% não receberam nenhum tipo de suporte ventilatório.

Na data de 18 de janeiro de 2021, a FEBRASGO, através da Comissão Nacional Especializada em Vacinas, emitiu Recomendação sobre a vacinação de gestantes e lactantes em relação as vacinas aprovadas para uso emergencial no Brasil<sup>3</sup>.

A referida RECOMENDAÇÃO contém o seguinte teor:

Com a autorização da ANVISA e revisão de literatura, a Febrasgo recomenda: A segurança e eficácia das vacinas não foram avaliadas em gestantes e lactantes, no entanto estudos em animais não demonstraram risco de malformações.

Para as gestantes e lactantes pertencentes ao grupo de risco, a vacinação poderá ser realizada após avaliação dos riscos e benefícios em decisão compartilhada entre a mulher e seu médico prescritor.

As gestantes e lactantes devem ser informadas sobre os dados de eficácia e segurança das vacinas conhecidos assim como os dados ainda não disponíveis. A decisão entre o médico e a paciente deve considerar: o nível de potencial contaminação do vírus na comunidade; a potencial eficácia da vacina; o risco e a potencial gravidade da doença materna, incluindo os efeitos no feto e no recém nascido e a segurança da vacina para o binômio materno-fetal.

Logo em seguida, no dia 22 de janeiro, o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a COVID-19 do Ministério da Saúde<sup>4</sup> foi atualizado e as gestantes, puérperas e lactantes que até então pertenciam ao grupo de contraindicações à administração da vacina passaram a pertencer ao “Grupo Especial”, conforme abaixo descrito:

A segurança e eficácia das vacinas não foram avaliadas nestes grupos, no entanto estudos em animais não demonstraram risco de malformações.

– Para as mulheres, pertencentes a um dos grupos prioritários, que se apresentem nestas condições (gestantes, lactantes ou puérperas), a vacinação poderá ser realizada após avaliação cautelosa dos riscos e benefícios e com decisão compartilhada, entre a mulher e seu médico prescritor.

– As gestantes e lactantes devem ser informadas sobre os dados de eficácia e segurança das vacinas conhecidos assim como os dados ainda não disponíveis. A decisão entre o médico e a paciente deve considerar:

- O nível de potencial contaminação do vírus na comunidade;
- A potencial eficácia da vacina;
- O risco e a potencial gravidade da doença materna, incluindo os efeitos no feto e no recém-nascido.

Na data de 27 de janeiro, a Sociedade Brasileira de Pediatria emitiu o documento “Guia Prático de Atualização” que as sociedades científicas recomendam que devido ao risco maior de complicações apresentado pelas gestantes elas deverão ser vacinadas<sup>5</sup>.

Ademais, os dados disponíveis sugerem que grávidas sintomáticas com COVID-19 tem risco aumentando de doença mais grave em comparação com mulheres não grávidas<sup>6</sup>. E, por fim, o Brasil é o país com mais mortes de gestantes por Covid-19 do mundo<sup>7</sup>.

Diante do exposto, considerando que o Ministério da Saúde definiu que as grávidas em qualquer idade gestacional, puérperas até duas semanas após o parto (incluindo as que tiveram aborto ou perda fetal fazem parte do grupo de risco da Covid-19) pertencem ao grupo de risco; os altos índices de morte maternas no Brasil por causa de infecção pela COVID-19; e as manifestações da Febrasgo e da Sociedade Brasileira de Pediatria, questiona-se por quais razões e evidências científicas este grupo não foi incluindo como prioritário no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a COVID-19 do Ministério da Saúde e se existe alguma previsão de vir a ser incluído.

Solicitamos que a resposta a este ofício seja encaminhada para os seguintes endereços de e-mail: nudem@defensoria.pr.def.br e nucleo.mulheres@defensoria.sp.def.br, no prazo de 10 (dez) dias.

Por fim, coloca-se à disposição para contribuir com o debate relacionado à matéria e esclarecimentos que se fizerem necessários.

Paula Sant’Anna Machado de Souza – Defensora Pública do Estado de São Paulo, Coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres (NUDEM); Nalida Coelho Monte – Defensora Pública do Estado de São Paulo, Coordenadora Auxiliar do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres (NUDEM); Lívia Martins Salomão Brodbeck – Defensora Pública do Estado do Paraná, Coordenadora

do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM); Maria Matilde Alonso Ciorciari – Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenadora do Núcleo de Defesa dos Direitos da Mulher Vítima de Violência de Gênero (NUDEM); Samantha Vilarinho Mello Alves – Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, Coordenadora da Defensoria Especializada na Defesa dos Direitos da Mulher em Situação de Violência de Belo Horizonte (NUDEM-BH); Thaís Dominato Silva Teixeira – Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, Coordenadora do Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM); Terezinha Muniz de Souza Cruz – Defensora Pública do Estado de Roraima, Chefe da Defensoria Especializada de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher; Fernanda Prugner – Defensora Pública do Estado do Espírito Santo, Núcleo de Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (NUDEM/ES); Débora Machado Aragão – Defensora Pública, Coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher – NUDEM/DPE-RO; Anne Teive Auras – Defensora Pública do Estado de Santa Catarina, Coordenadora do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM/DPE-SC); Gabriela Marques Rosa Hamdan – Defensora Pública, Coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher – NUDEM/DPE-GO; Pollyana Souza Vieira – Defensora Pública, Núcleo de Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado do Amazonas (NUDEM/AM); Lia Medeiros do Carmo Ivo – Defensora Pública, Coordenadora do Núcleo de Defesa da Mulher em Situação de Violência – PIAUÍ; Silvânia Barbosa de Oliveira Pimentel – Defensora Pública, Coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher – NUDEM/DPE-TO; Maria Tereza Gadelha Grilo – Defensora Pública, Núcleo de Defesa da Mulher Vítima de Violência Doméstica e Familiar de Natal – NUDEM/RN; Elvira Lorenza Quaranta Leite – Defensora Pública do Estado de Sergipe, Coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher-NUDEM/SE; Lívia Silva de Almeida – Defensora Pública Estadual, Coordenadora do Núcleo de Defesa das Mulheres da Defensoria Pública do Estado da Bahia

## NOTAS

- 1 Disponível em: [https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/manejo\\_clinico\\_covid19\\_atencao\\_especializada.pdf](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/manejo_clinico_covid19_atencao_especializada.pdf). Acesso 10.02.2021
- 2 Disponível em: <https://www.febasgo.org.br/pt/noticias/item/1067-nota-oficial-de-aler-ta-as-mortes-maternas-associadas-a-covid-19>. Acesso 10.02.2021
- 3 Disponível em: <https://www.febasgo.org.br/pt/noticias/item/1207-recomendacao-febasgo-na-vacinacao-gestantes-e-lactantes-contra-covid-19>. Acesso 10.02.2021.
- 4 Disponível em: Microsoft Word – PlanoVacinaçãoCovid\_v2\_22jan2021\_nucom.docx (www.gov.br). Acesso em 10.02.2021.
- 5 Disponível em: [https://www.sbp.com.br/fileadmin/user\\_upload/22909c-GPA-Duvidas\\_sobre\\_Vacinas\\_COVID19.pdf](https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/22909c-GPA-Duvidas_sobre_Vacinas_COVID19.pdf). Acesso 10.02.2021.
- 6 Disponível em: Ellington MMWR 2020 , Collin 2020, Delahoy MMWR 2020 , Panagiotakopoulos MMWR 2020 , Zambrano MMWR 2020. Acesso 10.02.2021.
- 7 Disponível em: <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/ijgo.13300>. Acesso 10.02.2021.



ARQUIVO PESSOAL

**PAULA SANT'ANNA MACHADO DE SOUZA** é Defensora Pública do Estado de São Paulo, Coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres (NUDEM).



ARQUIVO PESSOAL

**LÍVIA MARTINS SALOMÃO BRODBECK** é Defensora Pública do Estado do Paraná, Coordenadora do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM).

# *Lockdown* e capacidade contributiva do devedor tributário

■ POR LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO

**“A utilização do princípio da capacidade contributiva, como forma concreta de aplicação do princípio da igualdade, apresenta-se como caminho adequado para efetivação da justiça tributária, uma vez que para atingir seu fim, perpassa pela busca de uma melhor distribuição de renda, de proteção das condições de vida digna dos indivíduos e elevação dos encapados pela Constituição.”**



**A** pandemia da Covid-19 trouxe dramática alteração ao cotidiano social. Ao crescente número da perda de vidas humanas, somou-se um inegável impacto no setor econômico. Todas as teorias clássicas, de Keynes a Smith, foram abaladas pelos efeitos inéditos de uma moléstia altamente contagiosa e letal (considerando sua taxa de mortalidade e a abrangência global de sua infecção).

Palavras que antes existiam inertes nos livros passaram a fazer parte da rotina diária de uma aturdida sociedade planetária: *lockdown*, quarentena, isolamento social, dentre outras. Uma alteração distópica do cenário mundial.

Dentre as convulsões humanitárias, sanitárias, políticas e econômicas, uma tornou-se objeto do presente trabalho: as medidas de distanciamento social, em suas diversas escalas de força, ou seja, distanciamento social, isolamento social, quarentena e *lockdown*.

De modo específico, o que se busca tratar neste artigo é a paralisação de serviços e comércio ditos não essenciais e suas consequências sobre a capacidade contributiva e a ocorrência do fato gerador, com a consectária tributação ou não tributação do contribuinte impedido de exercer sua atividade econômica.

Nunca se viu uma situação como a vivida durante a pandemia da Covid-19, em que princípios constitucionais e mesmo convencionais, normas supralegais de aplicação sobre os direitos e garantias fundamentais do ser humano, fossem colocados tão à prova, num duelo de prioridades, em que fazer o certo já não parece ser uma escolha tão simples.

Em crises como a pandemia do coronavírus, o que fazer para proteger a vida humana e, ao mesmo tempo, evitar a derrocada econômica, a falência e a demissão em massa, a fome e as consequências de todo este sinistro? Existe possibilidade de convulsão social, política, econômica, com efeitos sobre a ordem pública e mesmo a segurança nacional? É isto que se pretende analisar.

## OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRIBUTÁRIOS

Dentre as medidas de combate à disseminação da Covid-19 no Brasil, foi adotada a prática do fechamento de serviços não essenciais, tais como shoppings, cerimoniais, lojas, academias esportivas, bares e quiosques. Foi a chamada quarentena. Atividades vinculadas a estes serviços fechados também se viram paralisadas. Foi o caso da prestação de serviços como músicos, garçons, fornecimento de bens e insumos para o funcionamento dos serviços fechados.

Em primeiro lugar, há que esclarecer que o Brasil nunca decretou *lockdown* de verdade, como em outros países. No *lockdown*, todos os serviços e atividades param, à exceção de hospitais e polícia. Tudo, absolutamente tudo, é fechado. A circulação de pessoas em vias públicas fica tolhida não só pelo decreto, como também pela própria falta de objetivo de circular: sem atividade profissional sendo desempenhada, sem transporte público, sem taxis ou trens, sem comércio, sem venda de combustível. Não há razão para sair de casa.

Apenas o município de Araraquara, em São Paulo, chegou a decretar *lockdown* verdadeiro, porém tal medida não poderia surtir todos os efeitos

desejados porque foi isolada, pois para funcionar, o *lockdown* tem que existir de fato em todo território nacional.

O que foi decretado no Brasil pelos governos estaduais foi uma espécie de quarentena, onde determinadas atividades e serviços foram impedidos de funcionar e outros não o foram. A chamada quarentena brasileira não tem, porém, o poder de atingir seu objetivo primordial, pois não impede, verdadeiramente, a circulação de bens, serviços e pessoas. Como resultado, vê-se fechamento de bares, porém terminais de ônibus, metrô e trens continuam lotados, assim como o interior destes meios de transporte, com passageiros se acotovelando.

O cenário durante a quarentena brasileira é de total surrealismo, dado pela incoerência das medidas aplicadas e a previsível ineficácia da fiscalização do cumprimento de tais medidas. Enquanto fica proibida a reunião de mais de dez familiares na casa do cidadão, o transporte público segue superlotado. O argumento de que o tempo de exposição da pessoa em um e outro caso é diferente, sendo menor no transporte público, é pífio, pois cientificamente é comprovada a agressiva rapidez e poder de contágio do vírus.

Isto, somado ao uso de máscaras notadamente inúteis, como as máscaras de tecido (pois somente as máscaras cirúrgicas de três camadas e as N95 e semelhantes possuem efetividade), além do seu uso equivocado no rosto e o insolúvel problema do acesso do estado aos bolsões de pobreza, que permanecem sem conscientização do mal enfrentado, mostra que as soluções brasileiras são paliativas, apenas.

A paralisação de serviços não essenciais leva a um pensamento lógico: cessada a atividade que constitui o fato gerador do tributo, cessada estaria também a obrigação de seu pagamento pelo contribuinte. Como em direito nem sempre o lógico impera, a prudência manda que se analise a base jurídica desta afirmação.

Um primeiro princípio constitucional e também de aplicação tributária a ser analisado é o princípio da legalidade. Na Constituição Federal, consta no art. 150, proibindo que a administração pública exija ou aumente tributo sem lei que assim o determine.

É de se indagar se a exigência de pagamento de tributo referente ao período em que não houve a atividade econômica do contribuinte, por determinação unilateral do estado, não contrariaria o princípio da legalidade, pois ausente o fato gerador que lhe concretizasse a hipótese de incidência.

Outro questionamento seria em relação ao princípio da isonomia, segundo o qual a administração pública direta é proibida de estabelecer distinção entre contribuintes que estão em situação equivalente. Uma visão inicial pode apontar para o fato de que este princípio não se acha desrespeitado, pois a divisão entre serviços essenciais e não essenciais não significa tratamento desigual entre cada uma destas categorias. O que não pode haver, porém, é, dentre os não essenciais, alguém ter permissão para exercer sua atividade, com desvantagem para outro não autorizado na mesma categoria. Isto geraria desigualdade.

O princípio da capacidade contributiva é a chave do presente trabalho. Está no art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

Também o princípio da vedação ao confisco merece ser analisado. Exigir imposto sem fato gerador verificado significa confisco oblíquo, com o apoderação indevido do patrimônio do contribuinte.

Estes princípios serão analisados a seguir.

## **OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS, O TRIBUTO, O FATO GERADOR E O LOCKDOWN**

Antes de mais nada, é necessário relembrar o conceito de tributo. Segundo o art. 3º do código tributário:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Chama-se atenção, aqui, para a expressão “cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” Isto significa que a atividade de cobrança e fiscalização do imposto é vinculada aos ditames legais, e não sujeita ao alvêdrio do agente administrativo. A Constituição e as leis estabelecem o agir do administrador.

Já o fato gerador é a hipótese em que o tributo incide ou deve ser cobrado. Previsto de forma abstrata na lei, o fato gerador, ao ocorrer na vida real, faz nascer a obrigação tributária e exige-se seu pagamento.

Conceituado no art. 115 do Código Tributário, o fato gerador possui elementos básicos: legalidade (referente ao cumprimento do princípio constitucional da legalidade), economicidade (referente à capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária) e causalidade (referente à etapa que sucede o fato gerador, ou seja, o nascimento da obrigação tributária).

O art. 116 do Código Tributário estabelece o momento em que ocorre o fato gerador. Tratando-se de situação de fato, ocorre o fato gerador a partir do momento em que ocorram as circunstâncias materiais necessárias. Tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esta situação esteja definitivamente constituída, de acordo com o direito vigente.

O que aparece destas definições, se trazida a análise para o bojo dos decretos de paralisação de serviços não essenciais Brasil afora, é que a paralisação destes serviços não traduz circunstâncias materiais nem jurídicas para a exigência de obrigação tributária, posto que inexistente o momento de seu nascimento.

O art. 150 da Constituição prevê:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

...

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;

...

§ 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Ora, o art. 155, inciso I e § 2º, XII, g, da Constituição Federal, ao qual faz remissão o § 6º do art. 150 da Constituição, transcrito retro, estabelece:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

...

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;...

...

XII – cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a";

f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Já o art. 97 do Código Tributário assim dispõe:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

...

III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;

...

V – a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Dos dispositivos transcritos extrai-se que cabe à lei, inclusive lei complementar, estabelecer distinções contributivas, bem como critérios referentes a isenções, reduções, anistia, dispensa de créditos tributários. O princípio da legalidade é um dos fundamentos do estado democrático de direito e vincula o administrador quanto à obrigatoriedade de condutas.

Numa situação extraordinária como a verificada na pandemia da Covid-19, o estabelecimento unilateral de cessação de atividades consideradas não essenciais torna incorrente o fato gerador da obrigação tributária consequente. No caso de um decreto de *lockdown* ou mesmo de quarentena, a falta de lei específica que preveja o pagamento do tributo mesmo sem o fato gerador resulta em iniciativa legislativa deficiente, pois ofende o princípio da legalidade, os dispositivos acima elencados e a dignidade da pessoa humana.

Aduza-se a isto o fato de que a edição de decreto que não faça remissão a lei editada concomitantemente e que deveria referir-se especificamente a medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre as atividades paralisadas nesta situação extraordinária seria inconstitucional, por contrariar o § 5º do art. 150 da Constituição Federal.

Importante ainda notar que até mesmo o princípio da vedação ao confisco pode ser aqui invocado. Apesar de sua verificação não ser tão evidente como nos demais princípios, é certo que seu objetivo é evitar que o tributo se torne a fonte da destruição da fonte de sua obtenção, gerando a perda da renda ou da propriedade.

A dificuldade na observação deste princípio é exatamente a apuração do limite do razoável, pois este varia segundo cada caso. Então, a doutrina e a jurisprudência cumprirão o papel determinante aqui. Não é, porém, inteiramente inimaginável supor ofensa ao princípio em questão nos casos em que o contribuinte, impossibilitado de exercer sua atividade geradora de renda, não ocorrendo o fato gerador, vê sua renda ou patrimônio se perderem em cobrança inconstitucional de tributo, num autêntico confisco.

O que não pode ser atingido é a capacidade contributiva daqueles cuja atividade foi considerada não essencial e, portanto, foram impedidos de exercer seu mister, deixando de obter recursos para contribuir, ausente o fato gerador.

O art. 145, § 1º da Constituição Federal determina:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O princípio da capacidade contributiva é uma espécie de limite ao arbítrio da Administração Pública. Sua finalidade é a justiça tributária e, como tal, não pode admitir cobrança de tributo se não há capacidade contributiva. Neste caso, ausente tal capacidade, é inconstitucional a cobrança do tributo respectivo e possui vício por omissão o decreto que impõe a paralisação do serviço sem estabelecer remissão a lei específica que estabeleça a não cobrança do tributo durante o período de paralisação, lei esta, por sinal, que deve ser elaborada concomitantemente ao decreto de paralisação das atividades não essenciais.

O conceito da capacidade contributiva é econômico e pugna pela justiça fiscal, por uma sociedade mais justa e igualitária. Historicamente, é o pilar do sistema tributário, desde a primeira Constituição brasileira:

Art. 179 § 15 ... “ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção a seus haveres”. (constituição do império, 1924)

Estas disposições foram repetidas nos textos constitucionais subsequentes (exceto na Constituição de 1967 e emenda constitucional 01/1969), sempre preservando o caráter pessoal dos tributos e a graduação da capacidade econômica do contribuinte, e norteiam a atividade legislativa.

Na Constituição Federal de 1988, como já dito, em seu art. 145, § 1º, está assim presente:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

A expressão “sempre que possível” não pode ser interpretada na literalidade. O legislador deve sempre cuidar para que o imposto observe o disposto no art. 145, § 1º citado retro. A justiça fiscal é pressuposto da democracia. O administrador está vinculado.

Como todo princípio, a capacidade contributiva pode ser relativizada face valores sociais relevantes do ponto de vista econômico, cedendo a bens jurídicos de maior relevância também previstos pela Constituição. Numa situação de exceção, como a da paralisação nacional de serviços, esta relativização deve ser vista com muito mais cuidado, pois o bem jurídico relevante, neste caso excepcional, além do direito à vida, é também a ordem pública e

a segurança nacional. E, ainda, a ordem jurídica e legal deve ser observada. Tudo no sentido de evitar fome, miséria, desemprego, desobediência civil e o indesejado estabelecimento de medidas de exceção constitucionalmente previstas.

Quer parecer, portanto, que a expressão “sempre que possível” só pode se referir ao caráter pessoal dos impostos, nem sempre individualizável de pronto, e não à capacidade contributiva de forma genérica. Individualizar este caráter pessoal é um desafio ainda hoje enfrentado, pois necessita de uma percepção tributária que ainda não foi alcançada pelo legislador. Nada como uma pandemia, porém, para desafiar esta imaginação legislativa.

O certo, porém, é que uma justiça fiscal, de qualquer modo, só pode ser imaginada com estímulo a investimentos e evitando levar a economia do país à ruína. Fechar o comércio sem deixar de cobrar tributos, portanto, não traz justiça fiscal. O princípio da capacidade contributiva é de observância obrigatória. É um dever jurídico do Estado.

Existe argumento no sentido de que esta graduação do caráter pessoal da capacidade contributiva seria utópica e inexequível, dado que são vinte e sete estados, mais de cinco mil e quinhentos municípios, União e Distrito Federal, com variedade enorme de impostos previstos na Constituição e com diversidade regional socioeconômica e cultural. Discorda-se deste argumento, pois não se aplica em casos como a pandemia. É possível aplicar o princípio à categoria de contribuintes que têm suas atividades suspensas. Estes estão bem individualizados entre essenciais e não essenciais.

Lembrando o posicionamento de José Afonso da Silva, a justiça tributária permanece um ideal a ser alcançado, porém a pandemia da Covid-19 trouxe uma oportunidade indesejada, mas propícia, para dar o primeiro passo rumo à concretização deste ideal. O direito de exigir que o poder público não cobre tributos sem fato gerador nesta situação de exceção significa direito subjetivo de aspecto negativo, exigido para que o Estado não ofenda norma programática da Constituição Federal, a saber, o art. 145, § 1º do texto constitucional.

## **E AS TAXAS E PREÇOS PÚBLICOS?**

Inicialmente, há que se pontuar que a privatização de serviços públicos como água, esgoto, telefonia, energia elétrica, dentre outros, fez nascer controvérsia sobre a cobrança destes serviços pelo Código de Defesa do Consumidor ou pela via tributária tradicional.

Ao contrário dos serviços públicos *uti universi*, como saúde e segurança públicas, por exemplo, cuja remuneração se dá pelo pagamento de impostos, os serviços *uti singuli* serão remunerados por taxas ou por tarifas ou preço. Os serviços públicos ditos essenciais são aqueles elencados no art. 10 da Lei nº 7783/89, porém não é intenção deste artigo discutir quais são os serviços essenciais ou não, e muito menos se o decreto de medida sanitária poderia extrapolar a dita lei na classificação de tais serviços. O que se busca no presente artigo é somente discutir a viabilidade da não cobrança de impostos,

taxas e tarifas durante a paralisação de serviços considerados não essenciais por decreto governamental.

A taxa, instituída de forma unilateral pelo estado, está contida no art. 145, inciso II da Constituição Federal e também no art. 77 do Código Tributário. Assim, taxa é um tributo específico e sobre a qual o estado exerce um poder de polícia e que pode resultar, ainda, do acréscimo de um serviço público. Quando os serviços forem utilizados de forma efetiva ou potencial, e quando forem específicos e divisíveis, podem ser remunerados através de taxas.

Daí se observa que as taxas resultam não só de serviços efetivamente prestados, mas também de serviços potenciais, colocados à disposição do contribuinte, quer este os use ou não. Deste modo, fornecimento de água seria um serviço público vinculado à saúde pública, o que torna obrigatório seu pagamento, via taxa, ainda que não utilizado.

Já a tarifa ou preço público incidem sobre prestação de serviços prestados por empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos (art. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor).

Como tal, a tarifa possui natureza de direito privado, em relação de consumo onde se verifica o *pacta sunt servanda*, ou seja, a autonomia e liberdade contratual das partes. A tarifa é cobrada somente daquele que utiliza o serviço, e é responsável pela remuneração da maioria dos serviços públicos essenciais, em regime de concessão ou permissão, por delegação do estado.

O art. 175 da Constituição Federal, confere ao poder público o poder de dispor, na forma da lei, sobre a prestação dos serviços públicos, notadamente os direitos dos usuários e a política tarifária:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

Não parece haver dúvida de que o mesmo poder público que paralisa unilateralmente serviços e comércio por força de situação extraordinária, deve estabelecer as condições igualmente extraordinárias de obrigação tributária do contribuinte durante o período de paralisação, quer seja a satisfação da remuneração das atividades paralisadas reguladas pelo Código Tributário ou pelo Código de Defesa do Consumidor.

No primeiro momento de contágio pandêmico da Covid-19, quando todos ainda se achavam aturdidos perante a ocorrência de evento natural e inédito em escala global, poder-se-ia argumentar que a paralisação de atividades consideradas não essenciais constituiria caso fortuito, a eximir a responsabilidade do poder público por qualquer reparação neste sentido e, ainda, a autorizar a

continuidade da cobrança de impostos e ainda taxas e tarifas públicas. Apenas um argumento da parte interessada, repita-se, sem que isso signifique sua procedência.

Ocorre que, passado mais de um ano do primeiro caso de contágio no Brasil e do início de uma primeira paralisação de atividades não essenciais verificada em 2020, nota-se que a grande maioria dos estados brasileiros não se preparou devidamente para o enfrentamento da doença. Hospitais de campanha foram desmontados ou sequer construídos, a verba federal enviada para tal fim, e que se acha discriminada em portal de transparência nacional foi sub, mal ou não utilizada. Os paliativos agora buscados para tentar minorar o mal feito, como linhas de crédito, por exemplo, são mero endividamento daquele já não pode trabalhar, o que resulta em mais um problema criado.

Então, a nova paralisação de serviços não essenciais passou a constituir *factum principis*. Os comerciantes e prestadores de serviço atingidos pela paralisação de suas atividades nem de longe concorreram para a verificação de tal paralisação.

Ao lado disto, a falta de preocupação de pessoas com seu próximo, aglomerando-se em multidões e festas, algumas clandestinas, principalmente nas eleições de 2020, nos eventos de final de ano e no carnaval, agiu de forma a agravar ainda mais o quadro de contágio. Isto gerou uma nova onda, ainda mais nociva do que a primeira, com variantes do vírus. A lentidão do processo de aquisição e fornecimento de vacinas também é um fator considerável.

Mais do que arguir a abusividade da cobrança de valores mínimos sobre estes serviços públicos na forma do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, trata-se de arguir mesmo a inconstitucionalidade de sua cobrança se não retirada do contribuinte sua capacidade de contribuir. O mencionado art. 51, IV e § 1º, III do CDC dispõe:

“Art. 51 – São *nulas de pleno direito*, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

...

IV – estabeleçam *obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada*, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

...

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

...

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.” (negrito nosso)

Ora, numa espécie de simetria ou reciprocidade, é de se concluir que, se é exigível um pagamento mínimo do contribuinte pelo serviço, ainda que este não seja prestado, igualmente é exigível a manutenção de um mínimo de serviços fornecidos, proibido sua interrupção.

Nesta linha de raciocínio, retirar, ainda que provisoriamente, do contribuinte, sua capacidade de auferir renda, trabalhar, e, ao mesmo tempo, cobrar-lhe impostos, taxas ou tarifas públicas, significa ofensa ao art. 51, IV e § 1º, III do CDC, transcrito retro. E ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O contrato de prestação de serviços públicos sob remuneração de taxa ou tarifa é bilateral, tem direitos e deveres para as partes contraentes e não está imune à força maior ou ao fato do príncipe. Nem mesmo uma ação civil pública buscando ressarcimento por danos morais e materiais causados ao consumidor é hipótese descartável.

Não por acaso, já tramitam no Congresso Nacional propostas no sentido de suspender pagamento de aluguéis por pessoas físicas ou jurídicas e cobertura destas dívidas pelo poder público pelo prazo de noventa dias, isento o governo se o contribuinte possui patrimônio superior a R\$ 2,5 milhões (PL 884/2020). Tramitam também propostas no sentido de estabelecer uma tarifa emergencial de água, esgoto e energia elétrica, anistando integralmente o pagamento destes serviços por noventa dias e proibindo respectivos cortes durante a paralisação (PL 868/2020), bem como propostas de adiamento do vencimento de tarifas públicas, suspensão, por até 180 dias, da cobrança de multas de trânsito e de processos judiciais de despejo, cobrança e execução de valores oriundos de contrato com garantia hipotecária, alienação fiduciária ou dívidas congêneres, durante a paralisação (PLs 868/2020, 801/2020, 840/2020 e 872/2020, respectivamente).

Por fim, importante lembrar que, não obstante o entendimento jurisprudencial de que as taxas e tarifas não se sujeitam ao princípio da legalidade (STF, enunciado de súmula de número 545 e ADI 800, rel. min. Teori Zavascki, P, j. 11-6-2014, DJE 125 de 1º-7-2014, nota-se que tal decisão, anterior à pandemia da Covid-19, não abrange a situação ora vigente, e sujeita-se ao que dispuser o bloco de convencionalidade.

O direito subjetivo gerado permite ao contribuinte ingressar no poder judiciário com ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ou mandado de segurança, conforme fosse necessária ou não a dilação probatória. Trata-se de estabelecer um equilíbrio tributário que se imiscua no ideal republicano trazido pelo art. 1º da Constituição Federal e atender aos objetivos fundamentais da república, nos termos do art. 3º do texto constitucional.

A utilização do princípio da capacidade contributiva, como forma concreta de aplicação do princípio da igualdade, apresenta-se como caminho adequado para efetivação da justiça tributária, uma vez que para atingir seu fim, perpassa pela busca de uma melhor distribuição de renda, de proteção das condições de vida digna dos indivíduos e elevação dos encapados pela Constituição. 



**LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO** é Servidor público, escritor, professor, pesquisador, doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires-Argentina. Especialista em processo do trabalho e em processo penal.

# Da (des)necessidade de autorização judicial para o uso de rastreadores em investigações policiais

■ POR GUILHERME BERTO NASCIMENTO FACHINELLI E JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR



“O uso do rastreador em momento algum promove à violação dos direitos fundamentais à proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo investigado, uma vez que a finalidade do uso deste aparelho é de apenas monitorar o alvo pelas ruas, espaços públicos e espaços privados.”

**N**ão raras vezes a Polícia Judiciária em sua atividade policial encontra inúmeras celeumas no campo investigativo. Neste contexto se apresenta a seguinte provocação: há ou não necessidade de autorização judicial prévia para o uso de rastreadores em investigações policiais?

Sem pretensão de esgotar a temática proposta, passaremos os nossos pontos de vistas sobre este assunto importantíssimo e pouco explorado.

Preliminarmente, antes de adentrarmos ao tema, apontamos que fonte, para o dicionário Michaelis, dentre os vários significados, é a causa, origem e princípio. Já para definir o que o seria fontes abertas nos socorremos da doutrina de BARRETO e WENDT (2013, p. 4), que as definem como:

Qualquer dado ou conhecimento que interesse ao profissional de inteligência ou de investigação para a produção de conhecimentos e ou provas admitidas em direito, tanto em processos cíveis quanto em processos penais e, ainda, em processos trabalhistas e administrativos (relativos a servidores públicos federais, estaduais e municipais<sup>1</sup>).

Nesse sentido, vale pontuar que o Supremo Tribunal Federal já sinalizou que o uso de fontes abertas em investigações criminais é um fator agregador, conforme decidido no INQUÉRITO: Inq 3563 PR; TRE-RJ – RECURSO EM REPRESENTAÇÃO: R-Rp 378290 RJ; TJ-MS – Apelação Cível: AC 6424 MS 2012.006424-5.

Dando sequência, compete explicar sobre a utilização das fontes abertas, em que o professor, Alessandro Barreto, com maestria leciona:

Assim, o conteúdo disponível em fontes abertas não exige nenhuma espécie de restrição de acesso. Diferentemente das fontes fechadas, em que há a necessidade de *login* e acesso, as abertas encontram-se acessíveis a todo instante.

Os dados ou informações de acesso livre podem ser encontrados nos mais variados meios: comunicação, livros, softwares e, principalmente, potencializados pela internet. Essas fontes fornecem elementos que irão auxiliar na investigação policial.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação Pública, constitui um marco ao democratizar a informação assegurando o direito fundamental ao seu acesso. As diretrizes a serem seguidas por ela compreendem:

1. Observância da publicidade com preceito geral e sigilo como exceção;
2. Divulgação de informações de interesse público;
3. Utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
4. Fomento ao desenvolvimento da cultura da transparência na administração pública;
5. Desenvolvimento do controle social da administração pública.

Dessa forma, a moderna legislação garante, de forma transparente, acesso à informação mediante procedimentos objetivos e ágeis. Essa disponibilidade

de conteúdo, por parte dos entes federativos e demais órgãos, possibilita uma maior agilidade durante uma investigação policial, com informações completas, atuais e acessíveis sobre determinado fato em apuração. Os dados que, até então já eram de boa monta, passam a ter uma maior qualidade e quantidade<sup>2</sup>.

Com essas considerações, passemos a análise do uso de rastreador veicular, que é reputada pela doutrina policial como uma técnica especial moderna de investigação de fonte aberta, em que se realiza uma vigilância de acompanhamento ao alvo, conhecida no meio policial como “campana” ou “monitoramento”. Nada mais é do que uma “campana” ou “monitoramento” de forma moderna. Assim, com emprego do rastreador, os policiais realizam uma “campana” ou “monitoramento” utilizando um rastreador veicular para que acompanhe passo-à-passa o cotidiano do alvo.

Em termos práticos, o dispositivo de rastreamento funciona em tempo real, utilizando sistemas de navegação por satélite GPS/GLONASS e o protocolo “GPRS” para a transferência de dados nas redes de telefonia celular. Uma das funcionalidades do sistema de rastreamento permite ao usuário (a equipe policial, no caso em estudo) visualizar a posição atual de um veículo num mapa e, também, de guardar o histórico recente do percurso do veículo.

Com isto, o uso do rastreador permite entender os itinerários e vínculos do alvo investigado, assim como a descoberta de possível local utilizado para armazenamento de instrumentos de infrações penais (drogas, armas entre outros), objetos de delito (objetos furtados, roubados, receptados), vítimas em cativos entre outras inúmeras finalidades úteis numa investigação criminal.

O grande nó da questão nos parece estar circunscrita quanto à instalação/emprego do rastreador veicular para fins de investigações e o atual local que o veículo se encontra: se em casa com perímetro todo murado ou cercado (que a privacidade e intimidade devem ser observadas) e locais equivalentes ou em logradouros públicos (vias públicas) de tráfego entre outros ambientes públicos ou privados abertos ao público, em que a privacidade e intimidade são drasticamente sacrificadas – para não dizer eliminada.

Ao enfretamento dos pontos em tela para nossas respostas, não ingressaremos no mérito se o veículo é usado como moradia ou não, vez que aí a discussão teria uma profundidade vertical e horizontal com outros rumos possivelmente. Assim, partiremos da premissa de que o veículo, alvo de rastreador, não é utilizado como moradia do alvo investigado.

Na primeira hipótese de instalação/emprego do rastreador veicular e o atual local que o veículo se encontra para fins de investigações: se em casa com perímetro todo murado ou cercado (que a privacidade e intimidade devem ser observadas) ou locais equivalentes, inclinaríamos a sustentar que seria necessária uma ordem judicial prévia para evitar questionamentos e invalidações, já que o ingresso para coleta de possível elemento informativo e/ou prova propriamente dita estaria eivado de inobservância constitucional e legal.

Já na segunda hipótese de instalação/emprego do rastreador veicular e o atual local que o veículo se encontra para fins de investigações: veículo em logradouros públicos (vias públicas) de tráfego entre outros ambientes

públicos abertos ou privados abertos ao público, por exemplo, estacionamentos de órgãos públicos ou estacionamentos de shoppings, que o ingresso ocorre mediante pagamento, que são locais não acobertados pelo direito à privacidade e a intimidade, ou seja, nesses locais estes direitos são drasticamente sacrificados para não dizer eliminados. Neste caso, resta evidente que é desnecessária uma ordem judicial prévia para evitar questionamentos e invalidações, já que o ingresso para coleta de possível elemento informativo e/ou prova propriamente dita, já que não haveria mácula de inobservância constitucional e legal.

Os raciocínios para se chegar a estas conclusões devem ser 2 (dois): o primeiro é de que o veículo não é asilo inviolável do indivíduo, em regra, podendo ser alvo de busca, independentemente, de ordem judicial, desde que presentes a “fundada suspeita”<sup>3</sup>; o segundo é de que vai depender do local que o veículo se encontra, para se avaliar a necessidade ou não de prévia ordem judicial, para fins de instalação do rastreador. Logo, a cláusula de reserva de jurisdição é relativa.

Registra-se por oportuno, outro ponto que não podemos tangenciar, qual seja, o uso do rastreador em momento algum promove à violação dos direitos fundamentais à proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo investigado, uma vez que a finalidade do uso deste aparelho é de apenas monitorar o alvo pelas ruas, espaços públicos e espaços privados, em que jamais o policial terá ciência do que ocorrera dentro dos espaços eventualmente fechados.

Assim, o rastreador não afetaria a privacidade a ponto de ter ciência do que o indivíduo fez (ou deixou de fazer), sendo plenamente hígido o elemento informativo e/ou a prova obtida a partir dele, desde que observados os preceitos constitucionais e legais quanto ao domicílio do indivíduo referente a instalação/emprego do rastreador no veículo.

Sobre o tema, Sandro Vergal aborda no artigo intitulado Dispensa de autorização judicial para o uso de rastreadores em investigações policiais, publicado em 15 de dezembro de 2017, site <https://www.delegados.com.br/noticia/dispensa-de-autorizacao-judicial-para-o-uso-de-rastreadores-em-investigacoes-policiais>, que:

(...) o uso de rastreadores em investigações policiais nada mais é do que uma forma moderna e inteligente de acompanhamento e de “campana”. De acordo com o “Manual Operacional do Policial Civil”, elaborado pela Delegacia Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo, citando as lições do eminente Professor Coriolano Nogueira Cobra, a expressão “campana” corresponde a uma gíria policial para “observação discreta, nas imediações de algum lugar, para conhecer os movimentos de pessoa ou pessoas ou para fiscalizar a chegada ou aparecimento de alguém. Significa, ainda, o seguimento de alguém, de modo discreto, para conhecer seus movimentos e ligações.

Em verdade, o rastreador veicular se trata de fonte aberta, conforme consta na obra “Investigação Digital em Fontes Abertas”, em que os autores elencam

mecanismos e funcionalidades na Internet que possibilitam o rastreamento veicular com o custo apenas da aquisição do rastreador. Tais dispositivos funcionam em tempo real, utilizando sistemas de navegação por satélite GPS/GLONASS e o protocolo GPRS para a transferência de dados nas redes de telefonia celular. Dentre as funcionalidades apontadas, o sistema de rastreamento franqueia ao usuário a possibilidade de ver a posição atual do automóvel em um mapa e, também, de guardar o histórico recente do percurso do veículo (BARRETO; WENDT; CASELLI, 2017, p. 175/176)<sup>4</sup>.

Com essas observações, ainda pontuamos que o uso de rastreadores veiculares, em sede de investigação policial, é legítimo e constitucional quando utilizado por agentes constitucionalmente competentes para tais atividades vinculadas à Polícia Judiciária<sup>5</sup>.

Assim, observado os ditames constitucionais e legais, o emprego de rastreador em investigações criminais, se trata de diligência revestida de legalidade, pois consubstancia em modernização da investigação policial, em que a vestuta técnica da “campana” passa a ser feita a partir de uso de instrumentos tecnológicos como os rastreadores veiculares.

Nesse caminho, sobre a legalidade da técnica de investigação Sandro Vergal defende:

Não há que se aventar a ilegalidade da introdução de um dispositivo de rastreamento em um automóvel, objeto de perquisição, por parte de agente público constitucionalmente competente à investigação policial, desde que este procedimento não afronte preceitos fundamentais, como, por exemplo, a inviolabilidade de domicílio. Logo, um policial pode perfeitamente fixar um dispositivo, de forma velada, na parte interna e traseira de automóvel estacionado em via pública ou em estacionamento aberto ao público, passando, então, a acompanhar o deslocamento do investigado pelas ruas da cidade.

Sustenta-se a legalidade absoluta da diligência e das provas por meio dela obtidas na medida em que não se opera, em momento algum, a violação dos direitos fundamentais à proteção da vida privada e da intimidade do cidadão investigado, pois o que se pretende com uso destes aparelhos é, tão somente, saber sua orientação e movimentação pelas ruas e espaços públicos. Se, eventualmente, este cidadão adentra um local ou recinto, o policial encarregado do monitoramento jamais saberá o que lá dentro, em sua privacidade, o indivíduo fez (ou deixou de fazer), razão pela qual reafirma-se a regularidade da prova obtida.

(...)

Pelo o exposto, defende-se que os tempos atuais impuseram mudança paulatina no sentido da expressão contida no direito fundamental à vida privada, previsto expressamente no texto constitucional e em inúmeros tratados internacionais, os quais o Brasil é signatário. Passando-se, então, a conceber que a inserção de dispositivo rastreador, por agente estatal, ao qual foi conferida competência constitucional para a realização de diligências desta natureza, no curso de Inquérito Policial, procedimento que integra a persecução penal

e que fora recepcionado pela Constituição de 1988, não equivale a ataque aos direitos do indivíduo objeto da investigação.

Somada as posições doutrinárias citadas, encontramos uma sentença de fina lavra proferida pelo magistrado RAFAEL LOPES LORENZONI, proferida em 04 de fevereiro de 2019, na cidade de Unaí, nos autos do Processo de nº 0704.18. 0025691<sup>6</sup>, em que apreciou o uso de rastreadores em investigações policiais e decidiu pela desnecessidade de autorização judicial. Confira:

Para o escorreito enfrentamento da preliminar, é mister responder à seguinte questão: a alocação de rastreadores em suspeitos deve ser precedida de autorização judicial? Ao meu sentir, de plano, verifico que a resposta é negativa.

A defesa alega violação ao direito de intimidade, situação que ensejaria cláusula reservada à apreciação do judiciário. Para a defesa, não poderia a autoridade policial ter-se utilizado de rastreadores para monitoramento do acusado.

Pois bem. Sobre a intimidade, define a doutrina o seguinte:

“A proteção à intimidade e à vida privada, só com o advento da Constituição de 1988, ganhou, de modo expresso, proteção constitucional e nos seguintes termos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)” (art. 5º, X, da CF/88 (LGL\1988\3)). O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, antes, assegurava que ‘ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação’ (art. 11, n. 2, do Dec. 678 de 1992). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, bem como o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos, 1966, já dispunham: ‘Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências’ (art. 12 e 17, respectivamente).”<sup>1</sup>

Por outro lado, o monitoramento via rastreador implantado em veículos de suspeitos é procedimento policial comezinho e possui como alvo a obtenção de dados via satélite (GPS) acerca da latitude, longitude e direção, permitindo a aferição de localização desse veículo. Ou seja, tratam-se apenas de dados, que eventualmente servem de embasamento para realização de diligências policiais.

Logo, ao meu sentir, a inserção de um aparelho de natureza rastreadora em um veículo e o monitoramento da trajetória dele por meio de vias públicas não implica em adentramento à vida privada ou intimidade. Comparo o monitoramento à situação das câmeras de monitoramento que são instaladas em vários pontos da cidade de Unaí e de inúmeras rodovias federais ou estaduais, ou nos estabelecimentos comerciais e em órgãos públicos (como cartórios).

Outrossim, as diligências foram todas realizadas em sede de investigação realizada por operações policiais locais em que houve apuração sobre a comercialização, fornecimento e distribuição de drogas sintéticas (ecstasy). As

investigações, obviamente, foram realizadas por agentes constitucionalmente competentes para tais atividades vinculadas à Polícia Judiciária. Cabe lembrar que tais atribuições são conferidas pelo art. 144, § 4º, da Constituição da República, art. 140, § 3º, da Constituição Estadual Paulista, art. 4º e seguintes do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941). Mister lembrar que a Lei nº 12830/2013 conferiu aos delegados de polícia status de carreira jurídica, com autonomia para realizar tais diligências sem que haja reserva de jurisdição, notadamente por não trazer nenhum contexto de invasão à privacidade.

O direito à intimidade não pode ser invocado para fins de prática de ilícitos. Há limites constitucionais, inclusive, sobre tais direitos. Realizando um comparativo sobre os avanços tecnológicos em prol das investigações, cita a doutrina o seguinte:

“A biometria é um método automatizado de identificação, baseado nas características físicas únicas de um indivíduo. As principais técnicas biométricas atualmente existentes são o reconhecimento de íris, de impressões digitais, de faces, de voz, entre outros. Dentre os sistemas biométricos, o reconhecimento de íris é atualmente o que apresenta melhor relação custo-benefício, por oferecer um alto grau de precisão a custos viáveis. O reconhecimento de íris é adotado atualmente nos aeroportos de Amsterdã. O sistema – batizado de Privium 11 – permite a venda de passagens aéreas vinculadas às características biométricas da íris do usuário, que é conferida no momento do embarque. O novo sistema é vendido como uma facilidade para o cliente que não necessita aguardar na fila de embarque, mas tão-somente dirigir-se a uma entrada especial onde a geometria de sua íris é comparada aos dados do bilhete.”

Observe-se que nos exemplos do sistema de monitoramento “olho vivo”, em Unai, ou mesmo o sistema de reconhecimento de características biométricos – que voltam-se diretamente às pessoas dos suspeitos – não se identifica qualquer tipo de invasão à privacidade, nem se cogita de autorização judicial para fins de gravação da imagens de indivíduos que estão em via pública. Assim, ainda sobre a utilização da tecnologia para fins de desvendar crimes e desarticular organizações criminosas, é importante notar que o rastreador não foi colocado *na pessoa do* suspeito, e sim em um veículo [...].

## DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, concluímos que dependerá do caso concreto acerca da (des)necessidade de autorização judicial para o uso de rastreadores em investigações policiais, vez que em hipótese de instalação/emprego do rastreador veicular e o atual local que o veículo se encontra para fins de investigações: se em casa com perímetro todo murado ou cercado (que a privacidade e intimidade devem ser observadas) ou locais equivalentes, é sustentável a necessidade de uma ordem judicial prévia para evitar questionamentos e invalidações, já que o ingresso para coleta de possível elemento informativo e/ou prova propriamente dita estaria eivado de inobservância constitucional e legal.

De outro lado, na segunda hipótese de instalação/emprego do rastreador veicular e o atual local que o veículo se encontra para fins de investigações:

veículo em logradouros públicos (vias públicas) de tráfego entre outros ambientes públicos abertos ou privados abertos ao público, em que a privacidade e intimidade é drasticamente sacrificada para não dizer eliminada, inclinaríamos a sustentar que seria desnecessária uma ordem judicial prévia para evitar questionamentos e invalidações, já que o ingresso para coleta de possível elemento informativo e/ou prova propriamente dita, já que não haveria mácula de inobservância constitucional e legal.

Portanto, o uso do rastreador em momento algum promove à violação dos direitos fundamentais à proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo investigado, uma vez que a finalidade do uso deste aparelho é de apenas monitorar o alvo pelas ruas, espaços públicos e espaços privados, em que jamais o policial terá ciência do que ocorrerá dentro dos espaços eventualmente fechados. Assim, o rastreador não afetaria a privacidade a ponto de ter ciência do que o indivíduo fez (ou deixou de fazer), sendo plenamente hígido o elemento informativo e/ou a prova obtida a partir dele, desde que observados os preceitos constitucionais e legais quanto ao domicílio do indivíduo referente a instalação/emprego do rastreador no veículo. 

## NOTAS

- 1 BARRETO, Alessandro G.; WENDT, Emerson. Inteligência Digital: uma análise das fontes abertas na produção de conhecimento e de provas em investigações e processos. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.
- 2 BARRETO, Alessandro Gonçalves – Utilização de fontes abertas na investigação policial. Publicado dia 13 de novembro de 2015. [http://direitoeti.com.br/artigos/utlizacao-de-fontes-abertas-na-investigacao-policial/#\\_edn9](http://direitoeti.com.br/artigos/utlizacao-de-fontes-abertas-na-investigacao-policial/#_edn9).
- 3 RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE GÁS DE COZINHA. BUSCA PESSOAL. APREENSÃO DE DOCUMENTOS EM AUTOMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Apreensões de documentos realizadas em automóvel, por constituir típica busca pessoal, prescinde de autorização judicial, quando presente fundada suspeita de que nele estão ocultados elementos de prova ou qualquer elemento de convicção à elucidação dos fatos investigados, a teor do § 2º do art. 240 do Código de Processo Penal. 2. No dia em que realizadas as diligências de busca domiciliar na residência do recorrente eram obtidas informações, via interceptação telefônica (não contestadas), de que provas relevantes à elucidação dos fatos eram ocultadas no interior de seu veículo e que poderiam, conforme ele próprio afirmou, culminar na sua prisão. Diante dessa fundada suspeita, procedeu-se a busca pessoal no veículo do recorrente, estacionado, no exato momento da apreensão dos documentos, em logradouro público. Conforme atestado pelas instâncias ordinárias, o recorrente estava presente na ocasião da vistoria do veículo. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 117767, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-08-2017 PUBLIC 02-08-2017).
- 4 BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. Investigação Digital em Fontes Abertas. Rio de Janeiro: Brasport, 2017
- 5 Nesse ponto, verifica-se que as atribuições de Polícia Judiciária estão conferidas no art. 144, § 4º, da Constituição da República e art. 4º e seguintes do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), sendo de bom alvitre citar que a Lei 12830/2013 conferiu aos delegados de polícia status de carreira jurídica, com autonomia para realizar tais diligências sem que haja reserva de jurisdição, notadamente por não trazer nenhum contexto de invasão à privacidade. Assim, não se discute que a autonomia investigatória do Delegado de Polícia possui ampla discricionariedade para a produção de elementos informativos e provas em sede pré-processual,

a qual é evidenciada pelo art. 2º, § 6º da Lei nº 12.830/2013, quando se atribui ao Delegado de Polícia a exclusividade para o indiciamento. Para uma melhor análise, segue a redação da norma apontada:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

(...)

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Ora, se a análise da materialidade e indícios de autoria, no âmbito do inquérito policial, é privativa do Delegado de Polícia, podendo somente ele, ao final das investigações, apontar o autor da infração penal, o pressuposto lógico desse poder-dever é a exclusividade, a autonomia e a discricionariedade da Autoridade Policial, de produzir provas e determinar as diligências, que dispensam decisões judiciais, como é o caso do uso de rastreadores veicular, bem como de adotar as teses jurídicas que julgar mais adequada para o esclarecimento do fato.

Outrossim, já está sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o posicionamento de que a condução do Inquérito Policial é exclusiva do Delegado de Polícia, sendo vedado a outro órgão o exercício da presidência de inquérito policial.

É o que se observa no aresto colacionado adiante, reproduzindo posição majoritária dos Tribunais:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO PASSIVA. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES PELO PARQUET. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DAS FUNÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE DE O ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO BUSCAR OS MEIOS E INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA O CUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL, PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não há vedação legal para a realização de diligências investigatórias pelo Ministério Público, sendo vedada, apenas, a condução do inquérito policial pelo órgão do Parquet (precedentes do STJ e do STF). (...) (RHC 42.742/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014)

Destarte, fica clara a exclusividade da presidência do Inquérito Policial pelo Delegado de Polícia, assentado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e positivada na Lei nº 12.830/2013, o que traz reflexos materiais de elevada importância tanto na esfera interna da investigação criminal, quanto no âmbito externo, limitando a interferência de entes estranhos a Polícia Judiciária no que toca à forma de condução do Inquérito Policial pelo Delegado de Polícia.

Nesse caminhar, o poder de conduzir um inquérito policial, conferido com exclusividade, autonomia e ampla discricionariedade ao Delegado de Polícia impedem que outros órgãos ou entes se manifestem na fase pré-processual de modo a se imiscuir no juízo de oportunidade e conveniência da autoridade policial em sua função constitucional de investigação.

6 Disponível: [https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_peca\\_movimentacao.jsp?id=44513081&hash=c6a8d73e37597ef593a2e516668fc6e5](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=44513081&hash=c6a8d73e37597ef593a2e516668fc6e5). Acesso em 14 de fevereiro de 2021.



ARQUIVO PESSOAL

**GUILHERME BERTO NASCIMENTO FACHINELLI** é Delegado de Polícia da Polícia Civil de Mato Grosso, atualmente lotado na Corregedoria-Geral da Polícia Civil de Mato Grosso, como corregedor auxiliar. Possui graduação em Direito pela Universidade de Uberaba (2008) e especialização em direito público pela Universidade Anhanguera Uniderp (2011). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Professor de Curso Preparatório para concursos público e da Academia de Polícia do Estado de Mato Grosso – ACADEPOL, palestrante e coautor de obras jurídicas.



ARQUIVO PESSOAL

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR** é Delegado de Polícia Civil de Mato Grosso desde o ano de 2012, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Roubos e Furtos em Barra do Garças-MT. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Jataí. Especialista em Ciências Penais. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Professor de Curso Preparatório para concursos público, palestrante e coautor de várias obras jurídicas.

# A nova lista Pet e a comercialização de animais selvagens



■ POR LETÍCIA FILPI

**“Impossível que não exista sofrimento físico e psíquico no cárcere e, portanto, confinar é conduta que se encaixa na hipótese legal de maus tratos, devendo ser coibida nos rigores da lei.”**

**O** Grupo de Advogadas Animalistas Voluntárias (GAAV), com o apoio da Agência de Notícias de Direitos Animais (Anda), e a assinatura de advogados animalistas, ativistas, Organizações Não-Governamentais e coletivos veganos emitiu nota de repúdio contra a nova “lista pet”, que foi decidida pela ABEMA (Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente) e poderá ser publicada pelo Conselho Nacional

de Meio Ambiente (CONAMA). Isso porque entendem que a comercialização de animais selvagens como pets representa uma afronta à ética, ao meio ambiente, à Constituição, à Lei de Crimes Ambientais e uma temeridade sanitária de consequências imprevisíveis.

A nota propõe ainda uma nova tese jurídica que interpreta o art. 5º da Constituição Federal, à luz do novo constitucionalismo latino-americano, que agora acolhe o biocentrismo. Essa tese propõe um diferente ponto de vista sobre os sujeitos de direito protegidos pelo referido artigo, substituindo o entendimento de que as garantias aos direitos fundamentais sejam direcionadas apenas aos humanos.

A nota de repúdio interpreta o art. 5º à luz dos direitos de Pachamama, que já regula outras constituições americanas, entendendo as garantias como extensivas também aos animais. De acordo com o documento, o “caput” do art. 5º não se refere exclusivamente aos seres humanos, mas utiliza-se da expressão “todos”, o que significa dizer que cita todos os sujeitos de direitos, sem distinção de nenhuma natureza, seja raça, religião, gênero ou espécie.

Não obstante, os subscritores da nota concordam que nenhum animal deve ser comercializado uma vez que apenas objetos inanimados podem ser apropriados por terceiros, comprados ou vendidos. Indivíduos como os animais possuem consciência, interesses e vontade própria, portanto, tratá-los como elementos a serem comercializados é legalizar uma espécie peculiar de escravidão dos não-humanos.

É pacífico o entendimento de que toda escravidão é intrinsecamente injusta por se tratar de profundo e intolerável desrespeito às liberdades essenciais de um sujeito com vida própria; de ir e vir, fazer escolhas, exercer as suas funções vitais e buscar a própria felicidade. A mercantilização de vidas sencientes jamais estará em sintonia com a ética e, portanto, nenhum argumento a seu favor será suficiente para torná-la justa ou aceitável.

No caso dos animais silvestres, além deste aspecto ético-constitucional, ainda há os riscos sanitários e ambientais, de consequências imprevisíveis para os biomas e para a saúde pública. Afinal, tanto reproduzir em cativeiro quanto capturar na natureza animais selvagens, trazendo-os para o convívio urbano, são condutas que afrontam os ciclos naturais e representam perigos, a exemplo de zoonoses e superpopulações de animais silvestres abandonados nas cidades.

Além disso, há, também o perigo de se consolidar e normalizar maus costumes como ter um bicho selvagem dentro de casa. Animais silvestres possuem hábitos e necessidades que demandam treinamento especializado fora da natureza.

Uma vez que consumidores despreparados assumirão o papel de tutores, casos de abandono e maus tratos, provavelmente, serão comuns. Tudo isso significa que animal não é brinquedo, são seres vivos, conscientes e que não pertencem ao meio urbano. Lugar de animal silvestre é na natureza, nos biomas onde exercem sua função vital de equilíbrio da vida no planeta. A nota de repúdio explica tudo isso de forma mais detalhada.

## NOTA DE REPÚDIO À RESOLUÇÃO CONAMA Nº 394 DE 06/11/2007 E À INCLUSÃO DE NOVAS ESPÉCIES DE ANIMAIS SILVESTRES NA CHAMADA LISTA PET

No final do ano de 2020, as discussões a respeito da “lista pet” (documento que discrimina os animais silvestres que podem ser legalmente criados e comercializados no meio urbano) tomaram novo impulso com reunião virtual realizada pela ABEMA (Associação Brasileira das Entidades Estaduais de Meio Ambiente). Entre novas as espécies de vertebrados elencadas, estão macacos-aranha, jaguatiricas, antas e serpentes.

Assim, frente a este enorme retrocesso ambiental e ético, os advogados animalistas e coletivos abaixo assinados vêm, por meio desta nota, expressar repúdio, primeiramente à resolução 394/07 do Conama, por ser a porta de abertura para a lista pet e, em segundo lugar, à inclusão de novas espécies de animais no referido rol.

O Conama, na resolução ora combatida, “estabelece os critérios a serem considerados na determinação das espécies da fauna silvestre, cuja criação e comercialização poderá ser permitida como animais de estimação.”

Os termos da normativa são de causar triste indignação pelo desrespeito à vida e desconsideração dos animais como seres autônomos e com direito inato à vida livre. O Conama, assim, como a Abema, demonstra possuir uma visão ultrapassada na medida em que desconsideram por completo o fato de que os animais silvestres não podem ser objeto de apropriação humana. Conforme se nota na transcrição abaixo, a Resolução trata os não humanos como seres à mercê das vontades da espécie homo sapiens, tratando, inclusive com espantosa naturalidade, a palavra “cativeiro”. Senão, vejamos:

“Art. 2º Para fins desta Resolução entende-se por:

I – animal de estimação: animal proveniente de espécies da fauna silvestre, nascido em criadouro comercial legalmente estabelecido, *mantido em cativeiro* domiciliar, sem finalidade de abate, de reprodução ou de uso científico e laboratorial;

(...)

II – *cativeiro domiciliar*: local de endereço fixo, de pessoa física ou jurídica, indicado para manutenção e manejo de animais de estimação da fauna silvestre;” (grifos nossos)

“Cativeiro” parece ser uma expressão ética na visão do Conama, quando, na realidade, é inadmissível que existam cativeiros para indivíduos que possuem o direito inato a viverem livres e sorver a vida em um planeta que também os pertence. Vejam, o solo terrestre é de todos os que nele habitam, não se trata de propriedade humana. Manter em cativeiro aquele que possui interesses próprios, humano ou não-humano, é um desrespeito que jamais poderia ser legalizado pelo Estado de Direito.

É necessário considerar que, dentre os valores protegidos pela Constituição Federal, o direito à liberdade é garantido no art. 5º, cujos termos cuidam dos direitos fundamentais:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

É certo que a denominação “todos” refere-se a todos os sujeitos de direitos presentes no solo brasileiro, de modo que a Carta Maior não especifica a espécie à qual a palavra se refere e, inclusive, enfatiza: “sem distinção de qualquer natureza”. Então, conclui-se, sem chance de dúvidas, que todos os sujeitos de direitos os quais se encontram dentro do solo nacional possuem o direito inato à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade e o Estado Democrático de Direito vai apenas garantir que esses direitos não sejam lesados.

Ora, se o Estado Brasileiro, em sua Lei Maior, garante a liberdade e a segurança a todos os indivíduos sob sua tutela, então, a Resolução Conama 394/07 padece de vício de inconstitucionalidade material e essa é a primeira razão desta nota de repúdio, afinal, o referido órgão ambiental não pode atravessar as garantias da Constituição Federal, especialmente, se for no intuito de viabilizar atividades comerciais que consistem em aprisionar, criar em cativeiro e domesticar, à custa de muito sofrimento, indivíduos livres. Ou seja, atividades que têm como cotidiano, a privação da liberdade e a objetificação de criaturas com interesses próprios.

É preciso lembrar: a captura e criação em cativeiro é atividade que consiste em privação da liberdade do outro. Liberdade é direito inato, garantido pela Lei Máxima do Brasil. Ou seja, não é possível uma resolução que prevê a regulamentação de atos que afrontem garantia constitucional tão cara.

Não obstante, a normativa em questão fundamenta seus termos na preservação da vida silvestre, sendo certo que nos parece contraditório pensar que a preservação dessas vidas não servirá para que voltem ao meio ambiente e cumpram sua função ecológica, mas sim, para que fiquem confinados em casas e apartamentos, longe da natureza. Então, se é para multiplicar essas vidas em cativeiro com o fim de serem vendidas no meio urbano e viverem aprisionadas longe dos biomas dos quais são originárias, sua preservação de nada valerá. Isso porque serão reproduzidos em criadouros comerciais milhares de animais com o intuito de venda ao público, sendo que viverão na torturante angústia do confinamento até morrerem sem a chance de colocar em prática sua função vital.

De que valerão as vidas desses indivíduos senão para dar lucro a um grupo de comerciantes? Qual a ponderação de valores que o Conama considerou para confeccionar essa norma? A normatização do desrespeito à liberdade com a captura, aprisionamento, reprodução e venda de animais que terão uma vida objetificada e completamente inútil para privilegiar uma determinada atividade comercial. O lucro acima da liberdade.

Adiante, alguns excertos da Resolução que comprovam a tese ora explicitada (os grifos são nossos):

“Considerando que o Brasil é signatário da Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, que tem como objetivos a conserva-

ção da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes;

Considerando que é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica;

Controlar ou erradicar e impedir que se introduzam espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies; e

Considerando a necessidade de padronizar a regulamentação da utilização da fauna silvestre nativa e exótica *ex situ* em território brasileiro, visando atender às finalidades de conservação, manutenção, criação e comercialização, com a intenção de diminuir a pressão de caça na natureza sobre espécies silvestres nativas com potencial econômico, evitar a introdução de espécies exóticas, resolve:”

Ou seja, o Conama deixa claro que, para diminuir a caça de animais na natureza e preservar as espécies, permitirá que indivíduos da fauna nativa sejam reproduzidos em cativeiro para comércio. Ocorre que, como já afirmado acima, ao que tudo indica, a inversão de valores foi o norte desta resolução, uma vez que, para diminuir a caça e preservar as espécies, legalizou-se um comércio que envolverá privação de liberdade e o perigoso contato entre humanos e animais silvestres, sua reprodução em massa (é da essência do comércio fazer crescer as vendas para diminuir os custos e obter uma margem de lucro que justifique o negócio), com a conseqüente superpopulação de indivíduos, que vai contra todos os ciclos da natureza.

Tendo-se em vista que animais não são objetos e, especialmente os silvestres, possuem características biológicas peculiares, a legalização do comércio de animais selvagens como pets é, não só uma afronta constitucional, como uma temeridade sanitária.

Assim, ao invés de investir na educação como medida de conscientização e na fiscalização como forma de prevenção da caça ilegal, o Conama buscou saída na reprodução em cativeiro de cópias de animais selvagens, como se fossem objetos a seres fabricados nas cidades para deleite dos humanos.

O Estado brasileiro precisa entender que animais silvestres são indivíduos de vida autônoma, habitantes do planeta Terra e importantes para que o equilíbrio da vida se estabeleça. As espécies que vivem nos biomas brasileiros possuem função ecológica de substancial importância para o equilíbrio das cadeias alimentares, do solo, das águas, da vegetação. São eles que fazem as trocas biológicas necessárias para que a vida aconteça. Assim, a retirada de um animal silvestre de seu habitat causa desequilíbrios ecológicos irreversíveis. Não obstante isso, a captura ilegal desses terráqueos é atividade comum por ser pouco fiscalizada e, normalmente, impune. Segundo dados da UFSM (Universidade Federal de Santa Maria), por ano, cerca de 38 milhões de animais são capturados na natureza para serem vendidos como pets em feiras e comércios ilegais.

Esses indivíduos são separados de seus pares, trazidos para as cidades, onde serão confinados em espaços inadequados para o resto de suas vidas. Agora, vejamos a inversão de valores: privar um animal de sua função biológica,

liberdade, dignidade e sustento para confiná-lo em gaiolas ou jaulas onde passará dias e noites sem se locomover, sem exercer suas habilidades, sem o direito de se expressar, de colocar em prática suas inúmeras capacidades físicas e cognitivas. Será transformado em um objeto inanimado, desprezado como sujeito senciente e vivente.

O Conama, em suas razões, explica que a reprodução e comércio em cativeiro visa prevenir o tráfico, entretanto, é pouco provável que esse problema se resolverá sem investimento em fiscalização e aplicação da lei aos caçadores e traficantes de animais, afinal, o comércio ilegal é atividade que acontece à margem das leis trabalhistas, fiscais e sanitárias, sendo, portanto, mais lucrativa.

Além disso, o animal que nascerá em cativeiro sofrerá a mesma angústia do confinamento, de forma que, além de não impedir a caça, o referido órgão ainda criou um problema ético insolúvel. A questão sanitária também não será equacionada, afinal ter uma anta no quintal de casa consiste em fazer trocas biológicas com consequências imprevisíveis para humanos do meio urbano. Devemos lembrar que a pandemia de COVID-19, que faz o mundo inteiro padecer, é oriunda deste contato entre humanos e animais silvestres.

O mais surpreendente é pensar que, em torno dessa atividade, desenvolveu-se toda uma cadeia econômica: gaiolas, comedouros, ração, brinquedos etc. Tudo para manter encarcerados seres que necessitam de liberdade.

38 milhões de indivíduos abduzidos de seus biomas por ano e o Conama, ao invés de buscar formas de fiscalizar mais duramente e proibir o tráfico, se ocupa em legalizar e perpetuar a cultura do animal como propriedade e objeto para deleite de humanos.

Além da questão ética, sanitária e constitucional, existe ainda, um outro viés que consiste em se considerar o art. 32 da Lei nº 9.605/98. Reproduzir animais em cativeiro é de uma responsabilidade gigantesca, uma vez que as lojas e criadouros buscarão vender esses indivíduos, muitas vezes induzindo os compradores por impulso, o que facilitará o abandono e os maus tratos.

Ora, se com cães e gatos, que são animais domesticados há milênios, ocorre o abandono e as agressões, imaginemos o que não acontecerá com uma jaguatirica, um macaco, uma anta? Se existem problemas de adaptação em relação a cães e gatos, com felinos silvestres, répteis e outros animais que não nasceram para o meio urbano, serão infinitamente mais corriqueiras as incompatibilidades que levarão ao abandono desses animais em áreas inadequadas, gerando problemas para os biomas e para o meio urbano, isso sem mencionar os espancamentos, privações, torturas e matança, crimes que assistimos diariamente tutores despreparados cometerem contra seus tutelados.

Além disso, devemos considerar que causar qualquer espécie de tormento físico ou psíquico em animais consiste em conduta criminosa perante a hipótese do art. 32 da lei de crimes ambientais, de modo que, comercializar animais de vida livre é uma atividade intrinsecamente cruel e, portanto, uma afronta á lei ora mencionada.

A norma diz o seguinte:

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.”

Significa dizer que causar sofrimento a um animal é crime. Esse é um tipo penal aberto, não há um elenco taxativo de condutas que se encaixam nos termos “abuso” e “maus tratos”, de forma que a interpretação é pela causação de sofrimento físico ou emocional.

E animais sentem o confinamento por serem sencientes, dotados de capacidades emocionais que os fazem ter consciência de seu sofrimento e de sua condição de miserabilidade. Um animal sabe o que quer para si. Quando os assistimos vivendo em condições desumanas de cativeiro, a ideia de que estão habituados àquela situação e até gostam vem da nossa milenar alienação.

Conceber um animal como acostumado ao cativeiro é uma confortável ilusão dos seres humanos. Animais são seres limpos, gostam de boa comida, água de qualidade e, principalmente, precisam tomar suas próprias decisões, ir e vir para onde e quando quiserem. Assim como nós humanos, nenhum animal se compraz em comer ração, viver em permanente privação de direitos, no meio de suas fezes e dejetos e não ter a possibilidade de fazer as próprias escolhas. O fato de estarem passivos diante do cárcere não comprova que estejam habituados, significa que desistiram de lutar, sabem que é impossível fugir e estão conformados com o destino cruel do confinamento eterno. Por outro lado, animais muito apegados aos “donos” padecem de uma eterna carência de seus pares, são indivíduos que reagem ao cárcere procurando minimizar o sofrimento. Devemos lembrar que o “dono” é tudo o que restou àquele animal. Como qualquer criatura senciente, os animais reagem de diferentes formas ao confinamento, entretanto, devido ao fato de nenhum deles conseguir pedir socorro na linguagem humana, fica fácil para nós desconsiderarmos suas súplicas e simplesmente, ignorar seu sofrimento nos convencendo de que estão bem.

Assim, impossível que não exista sofrimento físico e psíquico no cárcere e, portanto, confinar é conduta que se encaixa na hipótese legal de maus tratos, devendo ser coibida nos rigores da lei.

Frente a todo o exposto, vimos por meio desta nota, expressar repúdio a Resolução Conama 394/07, bem como a nova lista pet confeccionada pela ABEMA, por representarem um problema ético, ambiental, sanitário e afrontar a Constituição Federal e a Lei nº 9.605/98.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2021

GAAV – Grupo de Advogadas Animalistas Voluntárias

Anda – Agência de Notícias de Direitos Animais





# Vulnerabilidade e direito à cultura: A discriminação e o preconceito contra os povos ciganos

■ POR CLARA LUANA DE ANDRADE, NATÁLIA CILIÃO DE ALMEIDA E TEREZA RODRIGUES VIEIRA

**“Apesar de nossa sociedade ter evoluído ao longo dos anos, o preconceito direcionado a esta parcela da população, até o presente, encontra-se muito nítido, e suas oportunidades para adentrar ao corpo social são escassas.”**

O preconceito sofrido pela comunidade cigana é notado em toda parte onde esta se instala. Esta exclusão prevalece ao longo dos anos, sendo agravada por perseguições discriminatórias em decorrência das suas tradições e costumes.

Durante o período da Inquisição, as comunidades ciganas foram renegadas pela Igreja Católica por suas práticas culturais de adivinhação por serem contrárias às normas de conduta impostas pela religião, além de serem proibidas

de utilizarem seus trajes típicos por serem extravagantes e fugirem do padrão social daqueles locais. Ademais, os ciganos foram censurados de se comunicarem em sua língua de origem e se casarem com indivíduos do mesmo grupo étnico (Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007).

Foram alvos de ataques nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, além de terem sido discriminados em diversos outros países e continentes, se consistindo, desta maneira, em um preconceito mundial.

Este sentimento é motivado pelas diversidades encontradas entre a comunidade cigana e os demais indivíduos. Essa discriminação é dada pelo modo de vida diverso que os ciganos levam como o nomadismo, visto por muitos com olhares negativos. Porém, a realidade é que esta população adere à vida nômade pela falta de oportunidade que encontram em cada local onde fixam suas barracas e, até mesmo, pela expulsão provocada pelos órgãos governamentais locais.

A comunidade cigana sempre fora vista por muitos como 'ladra' e 'trapaceira', e esta visão, ainda hoje, é observada através da falta de oportunidades que este grupo vivencia.

O poder público deve proteger os direitos de todos os indivíduos, independentemente de raça, crença, cor, gênero, tendo, por axioma, os princípios elencados no art. 5º da Constituição Federal, garantidores dos direitos e garantias fundamentais.

No caso dos ciganos, não dispomos de uma lei específica que ampare seus direitos e garantias, assim, a comunidade acredita em um projeto de Lei nº 248, de 2015, que está em votação no Senado Federal desde então, sem resultado algum até o atual momento.

Assim, o presente artigo tem por objetivo analisar alguns aspectos concernentes à comunidade cigana sob um panorama jurídico, trazendo discussões sobre as discriminações e preconceitos por ela vivenciados.

## CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA

### Os ciganos no mundo

Há divergências no tocante à origem do povo cigano, sendo mais aceita a concepção de que este povo viera do norte da Índia. A comprovação para o fato é baseada em um estudo realizado por volta de 1753, em uma universidade na Hungria, conforme esclarece Moonen (2011, p. 10):

As provas linguísticas surgiram por acaso em 1753 quando, numa universidade holandesa, um estudante húngaro descobriu semelhanças entre a língua cigana do seu país e a língua falada por colegas indianos. Constatou-se assim um evidente parentesco entre as línguas ciganas e o sânscrito.

Moonen (2011) explica que a teoria só seria publicada alguns anos depois pelo pesquisador reconhecido Grellmann, o qual realizou, para a comprovação

da teoria linguística, um estudo com quatrocentas palavras comparando-se o vocabulário cigano ao Indiano, constatando certa semelhança de derivações das palavras ciganas com as de origem Hindie, comprovando assim a origem indiana.

A interpretação histórica que se tem a respeito do nascimento do povo cigano no norte da Índia é a de que este povo tenha sido expulso de sua localidade natal por muçulmanos que, na época, invadiam reinos para conquistá-los. Segundo Cigana da Praia (2010), os povos expulsos seguiram rumo ao Ocidente, onde, assim que chegaram, foram confundidos com povos do Egito e, por conta disso, surgiram as divergências históricas. Conforme retrata este trecho da obra literária de Cigana da Praia (2011, p. 7):

Fugindo dos invasores, os nômades da Índia atravessaram o Oriente Médio na direção do Ocidente. Chegaram à Europa por volta do início do século 15, quando passaram a ser chamados de *egipcianos*, porque todos pensavam que eles vinham do Egito.

Assim, ao longo dos anos, a comunidade cigana passou por diversas ondas migratórias pelo fato de as comunidades locais, quase sempre, a obrigarem a se retirar, insultando-a e discriminando-a, conforme relata a Secretaria Especial de Direitos Humanos (2007, p. 14):

As razões históricas que levaram os ciganos a se espalharem por várias zonas da Europa, devem-se, essencialmente, à sua difícil integração social, porque devido ao tom escuro da sua pele, eram vistos nas terras aonde chegavam pelos Gadjes (não ciganos em Romanês) como malditos ou enviados do demônio.

Costa (1998) expõe que, em Portugal, aonde chegaram por volta do século XV, foram condenados pelo “crime” de serem ciganos por terem tradições e culturas de origem diferenciada em relação àquele local, como o fato de as mulheres terem a prática de previsão do futuro, chamada de leitura da sina.

Resta evidenciar, portanto, que em uma de suas ondas migratórias oriundas de expulsões é que os ciganos vieram a pisar em território nacional brasileiro, ocasionado pela deportação da comunidade cigana por Portugal às suas colônias na África e no Brasil (Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007).

## **Os ciganos no Brasil**

De acordo com registros históricos, a primeira vinda de ciganos para o Brasil foi em 1574, com a expulsão de João de Torres e sua família de Portugal. O motivo da vinda seria um banimento por cometimento de crime em território português, com penas cumulativamente de galés e deportação para o Brasil (COELHO, 1892). Porém, não é confirmada a chegada de João Torres em território brasileiro, sendo a data de 1574 apenas a de assinatura da “Carta de Perdão”, colocando, desta maneira, a afirmação em reserva (COSTA, 2005).

É comprovado que houve um aumento das deportações para o território brasileiro apenas em 1686, quando já se observava, de maneira generalizada, a chegada de ciganos para a região onde se encontra, atualmente, o Estado do Maranhão (COELHO, 1892).

A realidade vivenciada pela comunidade cigana no Brasil na sua chegada não foi diferente da já experimentada em outros países. Mello Moraes Filho (1886) exemplifica o fato através de um decreto realizado no ano de 1718, o qual proibia a comunidade cigana de transmitir seus costumes aos descendentes:

Em 1718, por decreto de 11 de Abril, foram degradados os ciganos do reino para a praça da cidade da Bahia, ordenando-se ao governador que ponha cobro e cuidado na proibição do uso de sua língua e gíria, não permitindo que se ensine a seus filhos, a fim de obter-se a sua extinção.

Moonen (2010) explica que a chegada da comunidade cigana no Estado de Minas Gerais não foi aceita pela população ali residente. Um documento do ano de 1723, de Vila Rica, informa que qualquer cigano que se encontrasse na cidade seria preso e remetido para o Rio de Janeiro, e, de lá seria deportado para Angola, sendo que esta prisão poderia ser realizada por qualquer cidadão. No entanto, no ano de 1737, o Governador de Minas Gerais advertiu a atitude, proibindo a prisão dos ciganos pelo simples fato de serem ciganos, tendo assim que haver alguma queixa relacionada a algum fato considerado criminoso apenado legalmente com o cárcere.

Atualmente, não se conhece o número da população cigana existente no Brasil. De acordo com a ONU Brasil, estima-se que existem, em território brasileiro, cerca de 500 mil ciganos, em 337 municípios e 21 Estados, dados que deveriam ser atualizados pelo Governo Federal no ano de 2020, como se comprometeram (Nações Unidas Brasil).

A respeito dos grupos ciganos, as pesquisas realizadas até o presente momento nos mostram que existem, no mínimo, dois grupos diferentes de ciganos vivendo no país, os *Calons* e os *Roms/Rooms*, não se tendo registros do grupo *Sinti*. Porém, é inevitável que existam povos deste grupo que migraram juntamente com alemães e italianos, como registra Moonen (2010, p. 126):

Quase nada sabemos sobre os ciganos brasileiros na atualidade. As pesquisas até agora realizadas no Brasil provam a existência de ciganos de pelo menos dois grupos diferentes: os *Calon* que migraram para o país, voluntária – ou compulsoriamente, já a partir do Século 16, e os *Rom* que, ao que tudo indica, migraram para o Brasil somente a partir de meados do Século 19. Nenhuma publicação trata de ciganos *Sinti*, mas que com certeza também devem ter migrado para o Brasil, junto com os colonos alemães e italianos, a partir do final do Século 19.

Vale ressaltar, ainda, que o país já teve dois presidentes de descendências ciganas, Juscelino Kubitschek e Washington Luiz (MATUOKA, 2018), além de outras

personalidades notórias, mostrando, desta maneira, como os ciganos estão presentes em nossa sociedade e, ainda assim, o preconceito prevalece nitidamente.

## MARGINALIZAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

### Das perseguições

Como se há de verificar, as primeiras perseguições sofridas pela comunidade *Room* (maneira que chamam a si próprios, cujo significado em seu idioma de origem é “homem”) se dera já nas primeiras aparições na Europa Ocidental, local de chegada dos ciganos após sua saída do território Indiano.

Moonen (2010) elenca diversas perseguições sofridas pela comunidade cigana em território Europeu, partindo do século 15. Na Dinamarca, as opressões se iniciaram a partir de 1554, sendo proibida a hospedagem de ciganos em domicílios particulares e, quem viesse a assassinar um cigano, poderia ficar com suas propriedades.

Na Inglaterra, onde há registros de suas aparições a partir do ano de 1513, as perseguições também ocorreram em forma de leis anticiganas, como o decreto de 1530, que proibia a permanência deles na Inglaterra. Aqueles que fossem, porventura, encontrados em território inglês, seriam deportados e seus bens seriam confiscados. Desta maneira, a perseguição à comunidade *Room* se mostrou lucrativa devido à entrega de ciganos às autoridades possibilitar ao delator apossar-se de metade de seus bens, sendo a outra metade destinada às autoridades (MOONEN, 2010).

A visão dos ingleses a respeito dessa comunidade era discriminatória e desumana, uma vez que estes indivíduos eram vistos como vagabundos e penalizados com as mais severas penas por menores que fossem os delitos cometidos. Veja-se:

Uma Lei de 1763 punia com a pena da morte os seguintes crimes, entre outros: “Ser cigano; falsificação de moedas de ouro e de prata; furto; assaltar uma casa durante o dia; furtar uma bolsa com mais de um xelling; furtar um cavalo, uma vaca ou uma ovelha”. Ou seja, até um pequeno delito poderia ser punido com a pena da morte, principalmente quando se tratava de ciganos [...] (MOONEN, 2010, p. 43).

Nos primeiros anos do século XX, durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade *Room* foi alvo dos ataques nazistas, período chamado pela comunidade de *Paraimôs*, cujo significado é “destruição” em seu idioma de origem (Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007). Este episódio é pouco estudado do ponto de vista cigano, porém, foram estimadas, aproximadamente, 500 mil mortes deles durante os holocaustos nazistas no período da Segunda Guerra Mundial, dentro e fora dos campos de concentração.

De acordo com a revista BBC (2020), 25.000 ciganos dos grupos *Room* e *Sinti* morreram dentro do maior campo de concentração nazista, chamado

Auschwitz. A instalação nazista tinha como lema “O Trabalho Liberta”, sendo assim os prisioneiros eram colocados em fileiras e divididos em quem teria capacidade para trabalho e quem não teria, sendo estes últimos direcionados imediatamente para as salas de gás, onde eram mortos.

No Brasil, as perseguições também foram intensas. Durante o fim do século XIX e começo do século XX; no Estado de Minas Gerais, ocorreram as “Correias Ciganas” que consistiram em fugas da população *Room* de cidades pelo motivo de estarem sendo perseguidas pelas forças policiais. A justificativa para as perseguições seria o estabelecimento da ordem social, pois a comunidade cigana era vista como perturbadora da ordem por ser acusada de roubos e corruptora dos costumes sociais (TEIXEIRA, 2008).

Evidente, portanto, que as perseguições à comunidade cigana venham ainda a ocorrer nos dias atuais, comprovada pela marginalização que esta parcela da sociedade sofre, pelo fato de não ter oportunidade no mercado de trabalho e ser compelida a viver de sua arte. Além disso, os ciganos são considerados ladrões, ou ainda, praticantes de feitiçaria, simplesmente por viverem de acordo com sua cultura.

### **Do preconceito à cultura**

Conforme já mencionado, a comunidade *Room* é alvo de uma série de perseguições e acusações injustas, pelo simples fato de serem ciganos e terem hábitos culturais diferenciados, como já elencados.

É importante destacar que a visão cigana sobre o casamento é divergente da grande parcela de nossa sociedade, gerando certa discriminação aos padrões brasileiros, uma vez que seus casamentos são endogâmicos ou com indivíduos menores de 16 anos.

Ressaltamos que a capacidade jurídica para o casamento em nosso ordenamento jurídico, elencado pelo art. 1.517 do Código Civil, é de 16 anos de idade para ambos os sexos, sendo proibida a realização deste por quem não tenha atingido a idade núbil (BRASIL, 2002). Aparentemente, não observamos o seguimento destes preceitos pelos membros da comunidade cigana, sendo que os jovens se encontram prontos para o mesmo a partir de seus 15 -16 anos para os homens e 13 -14 anos para as mulheres, por questões culturais.

A mulher se encontra subordinada ao homem a partir do casamento e tem o dever de cuidado doméstico e educação dos filhos, além de ser encarregada das finanças familiares, observando-se, assim, que a mulher não sai do seio familiar e, conseqüentemente, apenas o homem exerce vínculos trabalhistas (MARTINS, 2019, *apud* SILVA, 2014, p. 104).

Consideramos, desta maneira, que as mulheres, a partir dos seus 13 -14 anos, não vão mais à escola e muitas chegam a não finalizar o ensino médio por questões culturais relacionadas à sua virgindade, que deve permanecer intacta até a noite de núpcias, não podendo, desta maneira, ter contato com outros homens que poderiam surgir no ambiente escolar (MARTINS, 2019). Neste ponto, surgem questionamentos na sociedade não cigana no que se refere

aos direitos da criança e do adolescente à educação, elencados abaixo no art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I – Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – Direito de ser respeitado por seus educadores;

III – Direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV – Direito de organização e participação em entidades estudantis;

V – Acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Rodrigues e Santos (2006) explicam que os casamentos endogâmicos são valorizados pela comunidade *Room* devido ao fato de os companheiros serem escolhidos pelos pais, que se baseiam em negociações entre as famílias dos pretendentes, objetivando com o matrimônio a continuidade das relações e estabilidade. Para a comunidade cigana, é comum o casamento entre indivíduos geneticamente semelhantes, o que pode ser um motivo de discriminação pelo restante da população brasileira.

Desta forma, é nítido que os comportamentos culturais da comunidade cigana interferem em seu contato com os demais povos, que, por vezes, julgam seus preceitos culturais e não lhes dão oportunidades, simplesmente por serem ciganos.

## **Do preconceito à religião**

A comunidade cigana sempre foi alvo de estereótipos relacionados à religião, sendo chamados de ateus, hereges e pagãos. Estereótipos criados por diversos motivos como: o casamento não ser cumprido de acordo com a solemnidade do sacramento matrimonial sendo, diante disso, pecadores diante da Igreja Católica. Porém, o motivo para a realização de não seguir os parâmetros elencados pela Igreja Católica consistiriam nos altos gastos e burocracia que dificultam sua realização e, além disso, a comunidade cigana tem suas próprias tradições relacionadas ao casamento (TEIXEIRA, 2008).

É importante frisar que a comunidade cigana não tem uma religião específica a ser seguida, pois, normalmente, seguem os preceitos religiosos da região onde habitam, sendo, desta maneira, católicos, evangélicos, judeus etc. Algo interessante a destacar é sua devoção a Santa Sara Kali, independentemente da religião que sigam, são devotos e realizam festas e rituais pelas graças recebidas da mesma (UOL, 2014).

Santa Sara Kali foi humilhada e sofreu preconceitos ao longo de sua vida, porém, nem por isso perdeu sua fé em Jesus Cristo, por isso é tida como a padroeira dos ciganos. Sua história de vida é cruel, visto que ela e outras três mulheres chamadas Marias (Maria Salomé, Maria Madalena e Maria Jacobina), foram despejadas ao mar em um barco sem remo e sem mantimentos destinadas a morrer. A única alternativa restante às três foi rezar e, Sara Kali, individualmente, fez uma promessa que se conseguisse sobreviver, iria entregar seu coração a Cristo, seguindo, desta maneira, uma vida pura e, como gesto, usaria um lenço em sua cabeça pelo resto da vida. E, assim, milagrosamente, o barco atracou na França, na cidade atual de Sante Maries de La Mer (IQUILIBRIO, 2020).

## FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

### Dos direitos sociais inatingíveis

No Brasil, não existe uma legislação específica sancionada garantidora dos direitos ciganos, porém, dentro da própria Constituição Federal Brasileira, existem dispositivos que são, extensivamente, aplicados à minoria cigana por serem considerados cidadãos brasileiros, visto que vivem neste território sendo, portanto, assegurados a eles direitos fundamentais como os elencados no art. 5º (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Porém, observamos que os preceitos elencados são violados e a comunidade cigana não possui oportunidades e direitos iguais ao restante da população brasileira, tendo em vista que fora empurrada para as margens da sociedade, vivendo em situações que colocam em risco a sua saúde (CSONTA, 2014).

Além de a população cigana residir em locais onde a saúde pública se encontra escassa, devemos observar suas tradições culturais, que proíbem as mulheres de irem sozinhas aos hospitais ou que sejam atendidas por médicos do sexo masculino, além de serem proibidas de controlarem a natalidade através de medicamentos, consistindo-se em uma transgressão aos preceitos culturais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

Ressalte-se aqui, no que diz respeito à saúde pública cigana, a Portaria nº 4.384, de 28 de dezembro de 2018, publicada no Diário Oficial da União, que instituiu diretrizes para atenção integral à comunidade cigana no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), objetivando proporcionar igual tratamento à comunidade *Room*, elenca em seu art. 3º:

Art. 3º A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Povo Cigano/Romani tem como objetivo geral promover a saúde integral do Povo Cigano/

Romani, respeitando suas práticas, saberes e medicinas tradicionais, priorizando a redução e o combate à ciganofobia ou romafofia.

É importante, ainda, destacar no quesito saúde pública que, de acordo com a Portaria de nº 940, de 2011, a qual regulamenta o Sistema Cartão Nacional de Saúde (Sistema Cartão) de cadastro da população brasileira ao Sistema Único de Saúde (SUS), em seu § 1º do art. 23, expõe que não é obrigatória a comprovação de domicílio para ciganos nômades, incluindo-os, desta maneira, nos parâmetros cadastrais do SUS (SAÚDE, 2011):

Art. 23. Durante o processo de cadastramento, o atendente solicitará o endereço do domicílio permanente do usuário, independentemente do Município em que esteja no momento do cadastramento ou do atendimento.

§ 1º Não estão incluídos na exigência disposta no *caput* os ciganos nômades e os moradores de rua.

No tocante ao direito à educação previsto em nossa Constituição Federal, em seu art. 6º, observamos que a própria cultura da população cigana os impede de concluir o ensino básico em razão dos matrimônios realizados com as crianças a partir de seus 13 -14 anos, impedindo, desta maneira, a ida das mulheres às escolas por estarem ocupadas com os serviços domésticos impostos a sua pessoa. E, além desta saída das mulheres ainda muito cedo dos ambientes escolares, temos a questão do *bullying* sofrido pelas crianças ciganas na escola que, segundo estudos realizados pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), no ano de 2009, para o Ministério da Educação (MEC), a população cigana é a que mais sofre *bullying* em ambientes escolares no país.

E, além de as crianças ciganas sofrerem *bullying* no ambiente escolar, deparamo-nos com livros básicos para o ensino como dicionários referenciando a palavra “cigano” como verbete negativo. Além disso, há livros cobrados em vestibulares que mostram a comunidade cigana de uma maneira depreciativa, o que leva à discriminação desses jovens em ambientes escolares.

É evidente que a comunidade cigana sofre dificuldade ao acesso à saúde, à educação e aos demais serviços básicos. Durante a pandemia do COVID-19, sem alternativas de renda por viverem de suas trocas e vendas que tiveram de ser suspensas em razão da situação, essas pessoas estão dependendo da assistência do governo, através de políticas públicas de cadastros em sistemas, como o Bolsa Família ou o Auxílio Emergencial. Porém, o auxílio não chega a toda à comunidade, pelo fato de que muitos sequer possuem Cadastro Único em programas sociais do governo, como afirma Luciano Mariz, subprocurador-geral da República, considerado um dos precursores da causa cigana no Ministério Público Federal (MPF) em reportagem à Agência Brasil:

“Outro imenso problema é que, como parte dos ciganos mantém uma mobilidade, eles não costumam ter registro de nascimento de seus filhos, a

partir de quando grande parte dos ciganos não tem nem existência jurídica. Os que têm, muitas vezes não conseguem ter os demais registros, como CPF [Cadastro de Pessoa Física], carteira de identidade. Quando chega uma pandemia, encontra um grupo já fragilizado economicamente, civilmente, juridicamente, não consegue estar no Cadastro Único de programas sociais do governo, então a crise cai sobre a cabeça dos ciganos de uma maneira mais dolorosa”

Esta é a realidade enfrentada por grande parcela da população cigana.

### **Do Projeto de Lei do Senado nº 248, de 2015**

O Projeto de Lei nº 248, de 2015, proposto pela Associação Nacional das Etnias Ciganas (ANEC), através da pessoa do Senador Paulo Paim (PT/RS), apresentado, inicialmente, no dia 29/04/2015, visa a criação do Estatuto do Cigano. O documento elenca direitos voltados para solucionar as desigualdades enfrentadas, particularmente, pela comunidade cigana.

A votação do mesmo ainda se encontra em andamento desde então, já passando por uma série de emendas ao longo deste intervalo de tempo, as quais serão comentadas abaixo, juntamente com suas respectivas justificativas e artigos modificados.

Além disso, importante ressaltar que o projeto já foi aprovado pela Comissão de Educação, Cultura e Esporte (CE) em sua 7ª Reunião extraordinária, realizada no dia 27/03/2018. Além disso, esse documento já foi examinado pelos colegiados de Cultura e Esporte (CE), de Assuntos Sociais (CAS) e de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sendo que das 11 (onze) emendas nove (nove) foram apresentadas pela CE e 2 (duas), pela CAS, e ainda que as emendas de nº 6 e 7 foram rejeitadas pela CAS, de acordo com informações obtidas pelo Relatório Legislativo emitido pelo Senador Telmário Mota (PROS/RR) (SENADO FEDERAL).

Passando pela comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa o projeto de Lei nº 248, de 2015 foi aceito com as Emendas nos 1-CE, 2-CE, 5-CE, 8-CE e 9-CE, 10-CAS e 11-CAS e restou rejeitadas as Emendas nos 3-CE, 4-CE, 6-CE e 7-CE. E, além disso, sendo realizada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) 5 (cinco) emendas no projeto de lei (SENADO FEDERAL).

A primeira emenda, realizada pela comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, se deu no 1º artigo do projeto de lei, no qual, inicialmente, eram conceituados os termos “desigualdade racial”, “políticas públicas” e “ações afirmativas” que, de acordo com o parecer emitido pela comissão, eram incompletos e já bem explicados na literatura e na prática cotidiana jurídica. Ficando, desta maneira, o art. 1º do projeto de lei com uma nova redação implementada pelas emendas 1-CE e pela complementação da emenda realizada pela CDH com mais algumas alterações no artigo, como podemos observar (SENADO FEDERAL):

“Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto do Cigano, para garantir aos povos ciganos a sua efetiva inclusão social, política e econômica, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

*Parágrafo único.* Para efeito desta Lei, considera-se “povo cigano” o conjunto de indivíduos de origem e ascendência cigana que se identificam e são identificados como pertencentes a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem, como tal, na sociedade nacional.”

A segunda alteração, realizada pela CDH, foi no artigo 2º. Inicialmente, e com a redação da emenda 2-CE, foi redigido o texto do artigo 3º, da Constituição Federal de maneira reduzida, e afirmava que cabia ao Estado defender os valores religiosos de uma específica religião, desta maneira, portanto, não transparecendo que o Estado é laico, portanto com estas justificativas a nova redação do artigo 2º, realizado pela CDH, foi (SENADO FEDERAL):

“Art. 2º É dever do Estado e da sociedade promover a inclusão social, política e econômica dos povos ciganos, defendendo sua dignidade, sua liberdade de crença e de consciência e sua cultura.”

Adiante, as próximas emendas foram realizadas pela CDH, no Art. 13, §2º do projeto de lei, antigo art. 14. Porém, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa supriu ainda o art. 6º, renumerando, desta maneira, os artigos subsequentes, ficando a nova redação desta maneira (SENADO FEDERAL):

Art. 13. O poder público promoverá ações afirmativas que assegurem o acesso ao mercado de trabalho da população cigana, observando os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção nº 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho, que trata da discriminação no emprego e na profissão.

§ 1º O poder público promoverá oficinas de profissionalização e incentivará empresas e organizações privadas a contratar ciganos recém-formados.

§ 2º O poder público incentivará e orientará os povos ciganos sobre o acesso ao crédito para a pequena e média empresa e para a agricultura familiar e o cooperativismo.”

A última alteração, realizada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, foi a substituição da expressão “população cigana” por “povos ciganos”, em todo o projeto de Lei nº 248, de 2015.

Por fim, os demais artigos não mencionados do projeto de Lei nº 248, de 2015, não foram alterados pela CDH e, conseqüentemente, ficaram com suas redações originais ou com suas emendas aprovadas pelas Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

## CONCLUSÃO

Por meio dos estudos e apontamentos realizados neste artigo, evidenciou-se que os povos ciganos sempre foram alvo de discriminações por parte do restante da população desde sua saída da Índia rumo ao Ocidente ou por, simplesmente, terem práticas culturais e costumes diversos dos padrões moralmente aceitos pelos demais.

Apesar de nossa sociedade ter evoluído ao longo dos anos, o preconceito direcionado a esta parcela da população, até o presente, encontra-se muito nítido, e suas oportunidades para adentrar ao corpo social são escassas, vivendo ainda às margens da sociedade em situações de vida carentes, sendo que o mercado de trabalho, até este momento, encara a comunidade cigana com olhos preconceituosos.

Vale ressaltar que as condições de vida dessa população infringem os direitos e garantias fundamentais. O acesso à saúde é ainda dificultoso, apesar de já se terem políticas de auxílio, porém todos os problemas enfrentados ainda não foram solucionados. Além disso, o acesso à educação é prejudicado pela falta de inserção do cigano no ambiente escolar, no qual sofre *bullying* por parte dos demais alunos e pelos próprios materiais utilizados em sala de aula como dicionários, que ainda se referem ao verbete “cigano” como algo que apresenta ideias e preceitos negativos.

No Brasil, os dados acerca do número de ciganos residentes no país são desatualizados. No entanto, estima-se que mais de 500 mil ciganos vivem em nosso país e, portanto, são cidadãos brasileiros detentores de direitos e garantias que cabem ao Estado resguardar.

O projeto de Lei nº 248, de 2015, do Senado Federal, proposto pela Associação Nacional das Etnias Ciganas (ANEC), através da pessoa do Senador Paulo Paim (PT/RS), que visa criar o Estatuto do Cigano está ainda em votação, atualmente fixo na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa esperando para ser alvo de votações.

Observamos, desta maneira, que os direitos e garantias, previstos no art. 5º da Constituição Federal, não são cumpridos em relação aos povos ciganos, por falta de legislação específica, de fiscalização por parte do Estado envolvendo as necessidades ciganas e, até mesmo, pela falta de conscientização dos demais a respeito desta comunidade vista como uma minoria marginalizada em nossa sociedade. 

## REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. *Ciganos buscam alternativa de renda durante pandemia de covid-19*. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-07/invisiveis-ciganos-lutam-por-sobrevivencia-em-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- BASTOS, Susana Pereira; Bastos, José Gabriel Pereira. *Filhos Diferentes de Deuses Diferentes*. Lisboa. 2006. p. 189-204.
- BBC. *Libertação de Auschwitz: como o campo de extermínio se tornou o centro do Holocausto nazista*. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51220464>. Acesso em: 27 ago. 2020.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 26 ago. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº 4.384, de 28 de dezembro de 2018. Regulamenta no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Povo Cigano/Romani. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 31 dez. 2018. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57631494/do1e-2018-12-31-portaria-n-4-384-de-28-de-dezembro-de-2018-57631363](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57631494/do1e-2018-12-31-portaria-n-4-384-de-28-de-dezembro-de-2018-57631363). Acesso em: 27 ago. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº 940, de 28 de abril de 2011. Regulamenta o Sistema Cartão Nacional de Saúde (Sistema Cartão). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 28 abr. 2011. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0940\\_28\\_04\\_2011.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0940_28_04_2011.html). Acesso em: 27 ago. 2020.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil*. (Lei ordinária). Lei nº 10.406/2002, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 26 ago. 2020.
- COELHO, F. Adolpho. *Os ciganos de Portugal*. Lisboa: Imprensa Nacional. 1892.
- COSTA, Elisa Maria Lopes da. *O povo cigano e o degredo*: contributo povoador para o Brasil colônia. Volume 6. Portugal: Revista textos de história. 1998. p. 35-56.
- COSTA, Elisa Maria Lopes da. Contributos Ciganos para o Povoamento do Brasil (Séculos XVI-XIX)\*. 2ª série, IX. Universidade dos Açores: Revista Arquipélago – História. 2005. p 153-182.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 27 ago. 2020.
- IQUILIBRIO. Santa Sara. *A Padroeira das grávidas e desesperados*. Disponível em: <https://www.iquilibrio.com/blog/espiritualidade/cristianismo/santa-sara-de-kali/>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- MARTINS, Bárbara Daniela Leal Bernardo. *A perspectiva da Violência Familiar na voz da comunidade cigana*: Um Estudo investigativo nos Bairros do Lagarteiro e Contumil. 2019. Dissertação (Mestrado) – Instituto Superior de Serviço Social do Porto. Porto, 2019.
- MATUOKA, Ingrid. Educação de ciganos no Brasil é marcada por preconceito e exclusão. 19 set.2018. Disponível em: <https://educacaointegral.org.br/reportagens/educacao-de-ciganos-no-brasil-marcada-preconceito-e-exclusao>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- MOONEN, Frans. *Anticiganismo*: Os Ciganos na Europa e no Brasil. 3. ed. Recife, 2011. Disponível em: [http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pacto\\_nacional\\_em/anticiganismo.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pacto_nacional_em/anticiganismo.pdf) Acesso em: 26 ago. 2020.
- MORAES FILHO, Mello. *Os ciganos no Brasil*: Contribuição Ethnographica. Rio de Janeiro: 1886.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Comunidade cigana brasileira sofre com preconceitos e restrição de direitos, diz relatora da ONU*. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/comunidade-cigana-brasileira-sofre-com-preconceitos-e-restricao-de-direitos-diz-relatora-da-onu/>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- Povo cigano, o direito em suas mãos*. Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH. 2007.
- PRAIA, Alzira da cigana da. *O cigano do oriente*. Rio de Janeiro: Pallas. 2010.
- SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 248, de 2015*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120952>. Acesso em: 01 set. 2020.
- TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. *História dos Ciganos no Brasil*. Recife, Núcleo de Estudos Ciganos, 2008. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/ciganos/a\\_pdf/rct\\_historiaciganosbrasil2008.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/ciganos/a_pdf/rct_historiaciganosbrasil2008.pdf). Acesso em: 27 ago. 2020.
- UOL. *Santa Sara: A religião para os Ciganos*. 2014. Disponível em: <https://bemzen.uol.com.br/noticias/ver/2014/05/24/3395-santa-sara>. Acesso em: 27 ago. 2020.



ARQUIVO PESSOAL

**CLARA LUANA DE ANDRADE** é integrante do Programa de Iniciação Científica da UNIPAR, Universidade Paranaense e estagiária da 3ª Vara da Justiça Federal de Umuarama-PR.



ARQUIVO PESSOAL

**NATÁLIA CILIÃO DE ALMEIDA** é Mestranda em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense, UNIPAR. Integrante do Programa de Iniciação Científica da Pós Graduação da UNIPAR.



ARQUIVO PESSOAL

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



# Lugar de fala é mutismo imposto ao outro

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

**“O tal “Lugar de Fala” nos desvela um futuro distópico. É um “não – lugar”, é o reino do negativo e da destruição, uma espécie de maldição similar à imagem da conhecida “Torre de Babel” numa versão potencialmente muito mais confusa e violenta.”**

**D**entre os variados clichês, expressões enfáticas sem fundamentação, gritos de guerra erigidos a conclusões apodíticas, eis que surge o famigerado “Lugar de Fala”.

Agora se tornou comum pretender invalidar qualquer discurso discordante mediante o artifício da alegação de que o interlocutor não tem “Lugar de Fala” a respeito deste ou daquele assunto ou aspecto, normalmente tendo por base alguma questão identitário – comunitarista.

Então brancos não podem tocar em qualquer assunto que envolva negros, homens não podem tocar em qualquer assunto que diga respeito a mulheres, heterossexuais nada podem falar a respeito de questões que envolvam homossexuais ou mesmo a respeito de qualquer tema sobre gênero e assim por diante numa espiral de silêncio infinita.

Essas coisas nos levam a pensar como poderia a ciência médica ter se desenvolvido na área da ginecologia sem a participação de um homem sequer, bem como que até hoje, seria de se pensar em cassar as licenças de todos os ginecologistas homens, bem como de todas as proctologistas mulheres. Gente como José Porfírio de Carvalho, Marechal Rondon, Leonardo, Cláudio e Orlando Villas – Boas, deveriam ter sido impedidos de criar coisas como o “Serviço de

Proteção aos Índios”, germe da atual FUNAI ou de trabalhar ali como o primeiro deles, destacando-se na defesa dos índios e na denúncia de seus problemas. Também todos os abolicionistas históricos no Brasil e no mundo, deveriam ter permanecido calados até que dentre os negros surgisse alguém com lugar de fala para acabar com a barbaridade da escravidão. Para tratar de surdos, um médico ou um fonoaudiólogo teria de ser surdo? Talvez não para tratar, mas para escrever ou estudar sobre a surdez em seus mais variados aspectos. O crítico de arte tem de ser artista? O comentarista esportivo tem de ser atleta? Somente juízes podem criticar ou elogiar o Judiciário? Somente policiais podem falar sobre violência policial ou segurança pública? Crianças deveriam escrever sobre pedagogia, serem pediatras etc., já que a experiência vivida foi certamente por demais perdida na noite do tempo pelo atual adulto? E pior, somente criminosos podem julgar outros criminosos? Será?

É óbvio que não. Mas, as obviedades hoje têm de ser explicadas, provadas e fundamentadas à exaustão. Embora se saiba há muito tempo que o notório não precisa ser provado, isso tem sido olvidado e nos mais diversos temas se tem cedido espaço para teorizações desprovidas de qualquer vínculo com o mundo real, absolutamente contraditórias e até autofágicas.

O exemplo do “Lugar de Fala” é eloquente. Ora, se não se pode falar ou manifestar a respeito de certos temas, eis que estes ficam reservados aos grupos identitários respectivos, sob a alegação de que o falante ou manifestante não tem condições de se expressar com a devida vivência ou experiência do outro que pertence ao dado grupo, uma primeira consequência é que, na verdade, todos deveríamos ter nascido mudos e permanecido analfabetos para que não viéssemos a nos manifestar a respeito de absolutamente nada. Isso porque vivenciar a experiência do outro é algo que somente pode existir no bojo de uma teoria desapegada totalmente do mundo real. Ninguém vive a experiência do outro, seja no aspecto grupal seja individual. Isso é impossível. Um negro não pode se arvorar então a dizer que é capaz de falar ou defender qualquer ideia, não em face de um branco, mas em face de qualquer outro indivíduo, ainda que negro. A experiência não é grupal, ela é um *testemunho* humano individual e intransmissível. No mesmo passo uma mulher não poderia dizer nada a respeito das vivências de outra mulher ou de um homem e assim por diante. Cada um tem sua particular história, vivência, experiência que somente pode ser vista desde fora pelos outros, somente pode ser percebida por observação, como narrativa, jamais interiorizada em sua totalidade.

Na realidade, longe de ensinar uma fala qualificada, o chamado “Lugar de Fala” empobrece, reduz à miserabilidade a experiência humana intersubjetiva e intergrupala. Ao focar-se nas diferenças ou como preferem muitos, na “diversidade” de maneira exacerbada, desprezam aquilo que permite a comunicação, o discurso e o debate entre os seres humanos, ou seja, suas experiências e vivências comuns fundadas em sua natureza humana que não cede jamais a distinções ou discriminações raciais, sexuais, de orientação sexual, étnicas etc. Sem uma base comum, sem um acordo inicial sobre as condições do debate, não havendo o encontro de qualquer espécie de sistema comunicativo, ideológico (no sentido de ideias) comum, é impossível qualquer relação

entre pessoas ou grupos. No máximo se consegue criar um “diálogo de surdos” que gritam entre si e não sabem linguagem de sinais.

O artifício em estudo é tão contraditório que é autofágico. Ao pretenderem os defensores do chamado “Lugar de Fala” impor o silêncio aos outros, deveriam, acaso levassem a sério sua ideologia, emudecerem a si mesmos. Ora, são grupos identitários, normalmente considerados como oprimidos e minoritários aos quais se atribui o “Lugar de Fala” a seu próprio respeito, vedando quaisquer manifestações externas. Pois bem, esses grupos, para falarem ou exporem suas condições, reivindicações etc., dependem da descrição da relação entre opressores/oprimidos; privilegiados/excluídos. Mas, não são eles ocupantes de apenas um dos polos, os quais não tem qualquer vivência pessoal da condição oposta? Como podem então ter “Lugar de Fala” para se manifestarem acerca dos chamados opressores e privilegiados? Aqui vai uma dose de ironia, mas não haveria motivos ocultos para que alguns fossem opressores? Eles, os opressores, não teriam suas razões particulares insondáveis pelos oprimidos que não teriam “Lugar de Fala” para tratar desse assunto? Note-se a absurdidade a que se pode chegar quando se acatam teorias tresloucadas. O “Lugar de Fala” daqueles que defendem tal tese, se levado a sério, eliminaria todo o direito de pensamento e expressão de seus próprios criadores. A criatura devora o criador.

A construção social (e isso é realmente uma pura construção social alienada) do chamado “Lugar de Fala” não passa de um instrumento erístico autoritário que tem por fim calar o adversário numa discussão, sem dar a mais mínima atenção aos seus argumentos. Trata-se de um suposto pré – requisito formal inventado para o ingresso em um debate, que, na verdade, elimina totalmente a possibilidade de qualquer debate e cria bolhas de isolamento grupais num fascismo identitário absurdo.

A proliferação e o crédito a esse tipo de construção artificial somente conduz à divisão entre as pessoas, à polarização absoluta e, num momento posterior, à inevitável violência. Isso porque se os seres humanos não podem se comunicar e discutir civilizadamente, o único recurso será o conflito violento entre grupos isolados, fechados em seus nichos de interesses e idiosincrasias. O “Lugar de Fala” é um instrumento de mutismo do outro por meio de uma teorização formal insustentável diante da realidade, o qual, na verdade, tem por finalidade a conquista de poder inconteste e nada mais que isso. Mas, o “Lugar de Fala” não serve sequer para impor um poder absoluto sobre os outros, isso na medida em que pressupõe uma polifonia incompreensível que só pode conduzir a uma espécie de guerra de todos contra todos, no seio de uma anarquia conflituosa e sangrenta.

Enfim, o tal “Lugar de Fala” nos desvela um futuro distópico. É um “não – lugar”, é o reino do negativo e da destruição, uma espécie de maldição similar à imagem da conhecida “Torre de Babel” numa versão potencialmente muito mais confusa e violenta. ■



**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 Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.



# A corrida para aprovação da Reforma Tributária

■ POR DANIEL CALDERON

**“Quando pensamos em uma Reforma Tributária, é importante lembrar que abordamos um sistema que conserva uma base originada nos anos 60. Ele é defasado, distorcido e antiquado ao mundo atual. Averso às modernidades tecnológicas.”**

O ano de 2021 deve ser um ano de intenso debate em torno da Reforma Tributária. A eleição dos novos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal fez com que o assunto fosse retomado, após ter sido deixado de lado em função do enfrentamento à crise sanitária. Conforme reunião dos novos líderes do Congresso, a expectativa é de que a reforma esteja aprovada até setembro.

Antes de tudo, é preciso entender a corrida para a aprovação da Reforma Tributária. O debate além de envolver três projetos diferentes em tramitação, tem como obstáculos, os interesses sociais e econômicos, os *lobbys* políticos e as pressões empresariais.

De qualquer forma, as propostas colocadas na mesa embarcam na unificação e simplificação dos impostos sobre o consumo, mas deixam de lado a redistribuição da carga tributária entre o consumo e a renda no sistema de

tributos brasileiro. Esse seria um ponto deixado de lado muito importante para o crescimento econômico sólido, seguro e de longo prazo.

O Projeto de Lei (PL) 3.887/20, uma proposta do governo federal, propõe a unificação do PIS e da Cofins em um único e novo tributo: a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (CBS). Há uma desoneração de produtos de cesta básica nessa proposta.

Já o segundo projeto em tramitação, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 110/19, apresenta uma fusão muito maior. Devem se tornar um só o PIS, a Cofins, o IPI, IOF, a CSLL, o ICMS e o ISS.

Essa proposta interfere de maneira significativa nos Estados, DF e municípios, já que engloba o ICMS (estadual) e o ISS (municipal). Seriam eles os responsáveis por definir, de acordo com suas respectivas competências territoriais, a alíquota do novo imposto. Não haveria mais tributação sobre remédios e alimentos, além de serem criados incentivos a determinados setores econômicos. Essa proposta apresenta nada menos que 15 anos de transição.

Por fim, temos a PEC 45/19, que institui a fusão do IPI, PIS, Cofins, ICMS e ISS. O novo tributo a ser criado é o Imposto Sobre Bens e Serviços (IBS). Não são previstos incentivos e desonerações aqui e há uma transição de até 50 anos para compensar os impactos nas federações e municípios.

Todas as propostas hoje em tramitação buscam alterar a base tributária sobre o consumo da população e, em um país tão desigual como o nosso, deixam de lado alterações sobre a tributação da renda, tão necessária para diminuir a injustiça social e fiscal que vivemos em relação ao nosso sistema tributário.

Os projetos mencionados abandonam mudanças necessárias que deveriam, ao menos, ser incluídas em uma segunda fase da reforma. É preciso discutir o Imposto de Renda e a elevação da sua faixa de isenção. Incluir uma tabela mais progressiva para o tributo para estimular o crescimento da economia com um aumento do poder aquisitivo da população e há ainda a real possibilidade de ampliar o consumo das pessoas, com menor carga tributária sobre essa base de consumo.

É evidente que a redistribuição da carga tributária sobre o consumo é fundamental para simplificar processos e encerrar burocracias que travam diariamente operações comerciais, o crescimento dos diversos setores econômicos e a geração de riquezas para o país. Quando pensamos em uma Reforma Tributária, é importante lembrar que abordamos um sistema que conserva uma base originada nos anos 60. Ele é defasado, distorcido e antiquado ao mundo atual. Avesso às modernidades tecnológicas.

Contudo, há ainda espaço para propostas ousadas como a instituição de um tributo onde haja incidência sobre tecnologia, por exemplo.

Muito ainda se especula se oito meses serão suficientes para chegarmos ao final desta corrida pela aprovação da reforma. Em meio aos obstáculos, é preciso também discutir onde deveríamos chegar. ■



# O Dia Nacional em Memória às Vítimas da COVID-19 e a Justiça Social

■ POR CELESTE LEITE DOS SANTOS

**“A memorialização é uma importante ferramenta restaurativa que permite a construção da paz, uma vez que reconhece o trauma histórico, coletivo e cultural advindo com a crise da COVID-19 e permite que o processo de luto coletivo precoce que estamos vivenciando seja transformado em ações e sentimentos positivos, potencialmente preventivos a prática delitiva e outros conflitos violentos.”**



*Escultura feita e doada pelo Programa Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos (AVARC), Ministério Público de São Paulo e Projeto Hígia Mente Saudável.*

**M**ais de um ano após a decretação do estado de calamidade pública em razão da emergência epidemiológica da COVID-19, tivemos até o dia 25.03.2021, 300.685 mortes no Brasil em um universo de 12.220.01 de pessoas infectadas<sup>1</sup>.

A validação diária dos dados denota que a população está carente de sentido e reconhecimento da dor compartilhada por todos vivenciada. Vivemos em um universo de colapso do sistema de saúde por não terem sido adotadas estratégias eficazes preventivas e epidemiológicas que evitassem que o país ostentasse o vergonhoso segundo lugar em número de casos e mortes por COVID-19<sup>2</sup>.

A esperança da vacina não nos trouxe o alento necessário para seguirmos em frente, eis que permeada por disputas políticas em um cenário projetado de eleições federais e estaduais vindouras.

Dentre os efeitos da crise instaurada pela COVID-19, podemos destacar a sensação de vitimização, injustiça, discriminação e desejo de vingança que permeiam nossas redes sociais. Tais sentimentos correspondem ao que costumamos definir como vitimização coletiva, ante a ausência de medidas de proteção, apoio e desvitimização previstas no Estatuto da Vítima, em especial no cenário de grave crise da saúde pública que vivenciamos (PL 3890/2020).

Nesse contexto, a memorialização é uma importante ferramenta restaurativa que permite a construção da paz, uma vez que reconhece o trauma histórico, coletivo e cultural advindo com a crise da COVID-19 e permite que o processo de luto coletivo precoce que estamos vivenciando seja transformado em ações e sentimentos positivos, potencialmente preventivos a prática delitiva e outros conflitos violentos.

O reconhecimento do Dia Nacional em Memória às Vítimas da COVID-19 permite que se caminhe para a reconciliação e a reconstrução social a nível individual, comunitário e coletivo. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 3.890/2020 estabelece o dia 7 de agosto como o Dia Nacional de Valorização da Memória das Vítimas da Pandemia causada pelo novo coronavírus (PL 3890/2020 – art. 23).

Os diálogos antitéticos que permeiam a necessidade de honrar os mortos e lembrar suas trajetórias é tão prevalente quanto o impulso para tentar reprimir memórias terríveis e seguir em frente. A superação da negação é efetuada em sociedade em todo o mundo por meio de atividades memoriais para preservar a história relacionada a eventos traumáticos.

Por mais que seja difícil reconhecer, o fato é que gerações subsequentes a nossa nascerão e os eventos por nós vivenciados, desaparecerão da memória imediata dos integrantes do tecido social. Isso não significa que não serão transmitidos seus efeitos de geração a geração (trauma intergeracional). O desenvolvimento contínuo de ferramentas que permitam avaliar o impacto gerado é um precioso processo de aprendizado para as futuras gerações.

A fim de contribuir com essa iniciativa de memorialização foi criado no Parque do Carmo o Memorial Avarc às Vítimas da COVID-19<sup>3</sup>, abarcando uma

ampla variedade de formas de registro da memória – desde cartas para as gerações futuras, condolências, depoimentos, ações empreendidas, estudos – que serão lacrados ao término da vacinação na cápsula do tempo lá existente, de sorte que o “seguir em frente” que fatalmente acompanhará o seu término permitirá que a memória coletiva nos legue lições do passado que permitam a não repetição de erros em um futuro não tão distante.

Daí a necessidade de serem replicadas por todo o país de iniciativas de memorialização, entendida como um processo tendente a homenagear todos aqueles que sofreram ou morreram durante a crise mundial da COVID-19. Essa ferramenta de justiça restaurativa permite que o passado possa ser reinterpretado para atender a uma ampla gama de necessidades políticas ou sociais, consolidando assim uma nova identidade nacional e comunitária.

Um dos principais componentes restaurativos a serem debatidos durante e após a crise que vivenciamos é a implantação do processo nacional de reconciliação e isso pressupõe: a) dizer a verdade (efetuar uma contabilidade não apenas estatística, mas também social, econômica e da violência); b) justiça (responsabilização de seus atores adotando-se o modelo distributivo ou o preconizado pelas práticas de justiça restaurativa).

*Ad argumentandum tantum*, dentre o espólio da crise que atravessamos não poderemos deixar de contabilizar a violência civil perpetrada pelos homens contra as mulheres, com implementação de ações de silenciamento pelo terror psicológico e suposto desrespeito a padrões eleitos para garantia da continuidade no poder. Nunca a violência contra a mulher em qualquer de suas formas foi tão visível na história, desde a sua institucionalização no século XII e, certamente, não serão recursos meramente repressivos que a farão desaparecer, sem que haja a necessária capacitação de toda a sociedade no trato e acolhimento das vítimas, independente da origem da vitimização – civil, criminal ou decorrente de pandemias e causas naturais.

A reconstrução e recuperação social perpassam por uma série de intervenções para promover o progresso econômico, político e social, culminando com a transformação da própria identidade dos integrantes do tecido social com mais equidade e justiça social. Contamos com todos nesse esforço coletivo de reconstrução social e agradecemos o apoio ao Projeto de Lei nº 3890/2020 por meio do link [https://secure.avaaz.org/community\\_petitions/po/camara\\_dos\\_deputados\\_aprovem\\_a\\_proposta\\_de\\_lei\\_do\\_estatuto\\_da\\_vitima/](https://secure.avaaz.org/community_petitions/po/camara_dos_deputados_aprovem_a_proposta_de_lei_do_estatuto_da_vitima/). 

## NOTAS

- 1 <https://github.com/CSSEGISandData/COVID-19>. Acesso em 25.03.2021.
- 2 <https://especiais.gazetadopovo.com.br/coronavirus/casos-no-mundo/>. Acesso em 25.03.2021.
- 3 [www.memorialavarc.com.br](http://www.memorialavarc.com.br). Acesso em 25.03.2021.



**CELESTE LEITE DOS SANTOS** é Promotora de Justiça Idealizadora do Memorial Avarc em Memória as Vítimas da COVID-19; Coordenadora do Grupo de Trabalho do Projeto de Lei de Estatuto da Vítima.

# A transformação forjada da saúde em meio a pandemia

■ POR SANDRA FRANCO



**“Nesse balaio em que várias frentes representam problemas no setor da saúde, resta acreditar que as lições de gestão serão aprendidas, que não se pode fazer palanque da Saúde e de que é essencial cuidar da saúde dos cidadãos para evitar a doença.”**

**A** pandemia mundial provocada pela Covid-19 está sendo o principal desafio para o setor de saúde nos últimos 100 anos. No Brasil, apesar do número crescente de casos em todas as regiões, os profissionais da saúde (sejam acadêmicos, cientistas ou da linha de frente do combate ao vírus) demonstraram coragem, sensibilidade, poder de reação imediata e uma dedicação intensa.

A principal alternativa para amenizar esse “cenário de guerra” nos hospitais públicos e privados do país é a vacina, que devagar começa a cumprir seu papel. Na verdade, devagar demais.

Os desafios são constantes e não cessam. Notícias que envolvem o esforço de muitos hospitais para atenderem os pacientes, mesmo que falte a estrutura necessária, são cotidianas. No Distrito Federal, para que seja possível cuidar de pacientes nos locais em que não há pontos para oxigênio, são improvisadas mangueiras para expandir os pontos de atendimento aos que precisam.

Muitas lições estão sendo aprendidas a fórceps e serão importantes para o futuro da saúde brasileira. Entre os principais legados está a incorporação definitiva da Telemedicina. Antigos tabus e desconfianças foram vencidos. Pouco utilizada até 2020 e não regulamentada com relação à teleconsulta no Brasil, o atendimento virtual foi autorizado primeiro por uma Portaria do Ministério da Saúde, com o tímido aval do CFM (Conselho Federal de Medicina), depois coroada pela publicação da Lei 13989/20 que permite sua utilização para todas as finalidades, em caráter emergencial durante a pandemia.

Pela vasta utilização e exemplos positivos demonstrando o quanto é benéfica para ampliar o acesso à saúde, além da explosão de soluções no mercado através das healthtechs, a saúde digital consolida-se como um legado positivo, pois médicos, operadoras e profissionais do setor conseguiram realizar uma adaptação rápida para o atendimento aos pacientes que agora desejam manter esse tipo de atendimento com uma alternativa, mesmo após cessada a pandemia.

Contudo, o sucesso orgânico da Telemedicina na pandemia contrasta com a falta de gestão na questão da vacinação contra a Covid-19. Grande parte do problema foi provocada por questões políticas, que jamais deveriam ser norteadoras nesse momento tão delicado. Já está demonstrado, vide Israel e Reino Unido, que a vacinação em massa é capaz de diminuir os quadros mais preocupantes e que necessitam de internação. Em um país como o Brasil, com graves problemas econômicos, é fato que não se pode prescindir da força de trabalho da população, mas se percebeu que essa visão emanada pelo próprio Governo Federal trouxe o caos já há muito anunciado no setor da saúde, com vidas ceifadas diariamente.

Como tem ocorrido no Brasil, quando falham os poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário é chamado para resolver questões de saúde: a vacinação chegou aos tribunais. O Superior Tribunal Federal (STF) decidiu recentemente permitir a Estados e municípios a aquisição de vacinas internacionais que já obtiveram a aprovação de entidades sanitárias internacionais de renome, mesmo que não estejam registradas pela Anvisa. Nos casos em julgamento, o

Estado do Maranhão acionou o Supremo pedindo para elaborar e implantar um plano de imunização contra a Covid-19 por meio de seus próprios órgãos sanitários e o Conselho Federal da OAB questionou a suposta omissão do Governo Federal em fornecer à população um plano definitivo nacional de imunização, o registro e o acesso à vacina.

Na esteira dessa decisão do STF, foi publicada no último dia 10 de março, a Lei nº 14.125, que dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, em relação a eventos adversos pós-vacinação.

Como poucos problemas não são uma realidade em nosso país, quanto mais na Saúde, nesse momento também temos uma nova frente de preocupação por parte das organizações: hackers estão interessadíssimos no setor da saúde, aproveitam-se desse momento de urgência de vacinas e elegeram o sequestro de dados em hospitais como fonte de renda.

Através de ataques utilizando programas maliciosos, bloqueiam computadores ou sistemas, com consequências sérias como a perda de dados dos pacientes, atrasos em tratamento e cancelamentos de procedimentos.

Os criminosos solicitam resgates tanto para desbloquearem sistemas e computadores, como também querem maior proveito econômico para não vazarem os dados dos pacientes, considerados sensíveis pela LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), uma vez que se referem à saúde e podem causar aos pacientes danos como a discriminação e a segregação.

Bem, em tempos em que é necessário lidar com a urgência em salvar pacientes vitimados pela Covid-19, a segurança da informação não é uma prioridade e os criminosos sabem disso, inclusive utilizam esse pretexto também para golpes contra as pessoas diretamente, por exemplo, através do WhatsApp, perfis falsos em redes sociais e o que mais a criatividade permitir.

Nesse balaio em que várias frentes representam problemas no setor da saúde, resta acreditar que as lições de gestão serão aprendidas, que não se pode fazer palanque da Saúde e de que é essencial cuidar da saúde dos cidadãos para evitar a doença. Inclui-se aqui que a tecnologia mostrou-se um facilitador para não só ampliar o acesso à saúde, como também para que se possa melhorar a qualidade da assistência com uso de dados. Por fim, percebeu-se, através das ações dos cibercriminosos, o quanto nossas informações estão vulneráveis e que é necessário agir para manter o sigilo de dados do paciente, pilar ético e imperativo legal na Medicina.

Vamos em frente! 🇧🇷



**SANDRA FRANCO** é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, doutoranda em Saúde Pública, MBA/FGV em Gestão de Serviços em Saúde, fundadora e ex-presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP) entre 2013 e 2018, especialista em Telemedicina e Proteção de Dados e Diretora jurídica da ABCIS.



## O jurídico do *franchising*. Pontos importantes no jurídico da atividade da empresa franqueadora

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ

**“A união de forças e competências no entorno do especialista permite acelerar processos e tomada de decisões, minimizando riscos para o negócio, para a franqueadora, para a rede e até para fornecedores (além de outros *stakeholders*), priorizando seus objetivos estratégicos.”**

O universo do *franchising* (franquia empresarial) está sempre em expansão (aliás, importante expressão para o segmento). Este sistema é desenvolvido visando a autorização de uso marcas e outros objetos de propriedade intelectual, de propriedade de uma determinada empresa franqueadora ao franqueado (normalmente escolhido respeitando um perfil pré-fixado), juntamente com o direito de administração do negócio ou sistema desenvolvidos ou detidos pela franqueadora, com distribuição exclusiva ou não exclusiva, de produtos ou serviços (pode-se ter, ainda, o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de um sistema operacional e outros elementos, variando de negócio para negócio), sempre mediante remuneração direta ou indireta por meio de taxas pagas pelo franqueado à franqueadora (art. 1º da Lei nº 13.966/2019<sup>1-2</sup>).

Mas como buscar um suporte (ou mesmo qual tipo), para a empresa franqueadora, ou a empresa que se busca franquear a atividade? Este é o tema que pretendemos aqui tratar.

Primeiramente, é sempre importante ter em mente a distinção de que a atividade do *franchising* não necessariamente guarda relação direta com a atividade que se pretende (ou já se faz) franquear. Ou seja, uma franquia de corte de cabelo infantil não é gerida ou tem a mesma estrutura jurídica ou forma e tipo de preocupações com pontos que requerem atenção como um salão de cabeleiros. Mesmo raciocínio vale para imobiliárias (vender franquia de imobiliária não é a mesma coisa que ter ou gerir uma imobiliária), ou para uma loja de roupas ou

produtos alimentícios (a venda do produto tem outra lógica comercial em oposição à venda de franquias de lojas de roupas ou produtos alimentícios).

Com isso, destacamos de pronto plano que a franquia empresarial é um segmento que possui uma estrutura de conhecimentos e aplicação lógico-jurídica complexa, exigindo que para além da garantia de uma eficaz formatação jurídico documental do negócio franqueado, para a gestão das atividades da franqueadora, é importante que o apoio das decisões ordinárias e extraordinárias, de cunho estratégico, seja profissionalmente adequado, realizado por profissional (ou profissionais) com relevante visão, conhecimentos e atuação multidisciplinar.

Em breve sumário, a atuação jurídica no *franchising* requer conhecimentos jurídicos empresariais de diferentes leis e regulamentos comerciais, incluindo direitos de propriedade intelectual, incluindo-se proteção a segredos comerciais, modelos e princípios contratuais, direitos do consumidor, questões concorrenciais, normas fiscais e tributárias, e num passado bem recente, regras e legislação de proteção de dados pessoais, dentre outras que podem vir a se relacionar.

Todo esse arcabouço e princípios legais afetam diretamente a relação legal e empresarial da franquia empresarial, e devem ser cuidadosamente avaliados, ponderados e inseridos no contrato de franquia empresarial, nos manuais de franquia, na documentação de suporte e nos demais procedimentos relacionados à gestão e suporte à rede franqueada.

A base de toda relação franqueadora/franqueados é a documentação legal que tem como elemento central a Circular de Oferta de Franquia (“COF”), que deve ser escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível (art. 2º da Lei nº 13.966/2019<sup>3</sup>).

Mas antes mesmo de existir a COF, é vital que o processo de formatação do negócio para o modelo de franquia empresarial tenha sido devida e cuidadosamente desenvolvido, tanto por consultores habituados a avaliar requisitos (e por que não, possibilidade de) viabilidade de franqueamento do modelo de negócio, como por experts em temas apropriados a cada negócio. Neste ponto, o eficaz aconselhamento jurídico agrega solidez à construção de qualquer rede de franquia, visando maximizar as chances de sucesso a longo prazo e minimizar os riscos (frente à futura rede de unidades franqueadas ou mesmo em outras questões e responsabilidades futuras).

Assim, quais deveriam ser os pontos essenciais para seleção de uma consultoria eficaz para o processo de formatação e mesmo para seleção de corpo jurídico de suporte para todas as etapas e necessidades da empresa franqueadora? Vejamos.

O primeiro que nos salta como essencial é a comprovada experiência em processos de formatação e suporte a redes de franquia empresarial. Trata-se de requisito que não basta apenas “ouvir” do profissional, e sim, é importante conhecer exemplos de trabalhos “encabeçados” pelo profissional (e não simples participante remoto de equipes), buscando até mesmo *feedback* de clientes e outros profissionais da indústria. A experiência multisetorial é valiosa, pois um advogado de franquia criativo com esse tipo de experiência pode pegar as melhores práticas de um setor e aplicá-las a outro.

Importante questionar o profissional acerca das melhores práticas ou princípios da franquia, inclusive envolvendo questões éticas, e confrontar com pesquisas realizadas pelo time da franqueadora responsável pelo projeto.

Tais melhores práticas e elementos principiologicos são parte importante que futuramente ajudará a incutir confiança para e na rede franqueada e deverá buscar garantir que a rede funcione de acordo com as melhores práticas estabelecidas (inclusive frente a melhores práticas de mercado).

Um ponto igualmente relevante é a experiência e especialização no tocante ao suporte apenas a franqueadores ou a franqueados ou ambos. Um consultor ou advogado com foco apenas em relações com franqueados inevitavelmente verá o relacionamento com a empresa franqueadora através de uma lente diferente do que outro com foco na franqueadora (mesmo se aplica a outros segmentos – o advogado trabalhista que apenas atua para empregados certamente tem uma visão distinta daquele que milita para empresas e vice-versa, dentre outros exemplos). Um profissional com conhecimentos de ambos os lados certamente pode proporcionar uma visão mais holística e uma abordagem mais conciliatória para as disputas do que apenas buscar proteção integral de centros de interesse. Com isso, a avaliação da relação por diferentes ângulos pode, ou mesmo deve, se traduzir em conselhos práticos e eficazes, principalmente em relação à resolução de litígios. Em ambos os casos, naturalmente deve-se eficiente e eficazmente avaliar pontos de vista, posicionamentos (internos da rede, externos frente a consumidores e clientes, ou mesmo internos de cada empresa individualmente considerada) e várias relações jurídicas sob distintos enfoques para a melhor saúde e manutenção de uma rede de franquia empresarial.

Ainda nesta esfera de experiência, é importante conhecer campos amplos de atuação do profissional, se focado em litígios ou suporte extrajudicial e contratual (transacional). O peso a um lado ou outro pode ajudar a compreender e conhecer a área de prática primária. Por exemplo, um consultor fortemente combatente, principalmente com litígios, terá *background* para aconselhamento e estruturação da formatação de uma franquia empresarial, incluindo redação e implementação de contratos (e vice-versa)? O consultor tem enfoque multidisciplinar e competências essenciais ou necessita integralmente de consultores em distintas áreas para complementar conhecimento junto a outros colegas especialistas? Pontos outros tantos devem ser refletidos.

O conhecimento do setor (macro de franquia e micro da especialidade do negócio) é fundamental. O modelo de franquia empresarial comporta expansão que pode ser aplicada a quase todos os negócios, independente do setor. Mas é vital e importante que o consultor ou advogado, associado a um profundo conhecimento de *franchising* como um modelo de expansão de negócios (nível horizontal), tenha know-how (técnico e prático) no setor e mercado relevante do negócio (nível vertical), dado que cada segmento aplicará o modelo de franquia de maneira diferente (em distintos aspectos, tais como restrições de não concorrência, relação com consumidor, formas de captação de investimento inicial e de giro, sazonalidade, dentre tantos outros). Um consultor que não tenha tal espectro de visão e conhecimento pode desenvolver a formatação do negócio e documentos fora de um padrão esperado ou ótimo, corroendo tempo e dinheiro em pontos irrelevantes nas negociações e na implementação do projeto.

A necessidade de visão e conhecimentos multidisciplinares fica ainda mais profunda à medida que a rede de franquia cresce e amadurece. Com isso, novos pontos, problemas, dificuldades e soluções surgem, e possivelmente distintas

questões jurídicas e comerciais serão levantadas de maneira mais sofisticada e variada. Neste ponto, o aconselhamento jurídico especializado em distintas áreas pode requerer que o consultor ou advogado seja um guardião do negócio e reúna bom time de especialistas – seja em litígios de franquia, proteção de consumidores, questões concorrenciais, proteção propriedade industrial e intelectual, questões físicas e tributárias, imobiliárias, de proteção de dados e até laborais/trabalhistas.

A união de forças e competências no entorno do especialista permite acelerar processos e tomada de decisões, minimizando riscos para o negócio, para a franqueadora, para a rede e até para fornecedores (além de outros *stakeholders*), priorizando seus objetivos estratégicos.

Cuidados especiais envolvem, ainda, uma fase mais avançada como possível expansão internacional, evitando problemas de início e armadilhas comuns. Esta etapa envolve uma série de novas questões a serem consideradas – desde conhecimento de mercado regulado local (tanto para a atividade de franquear um negócio como para a atividade fim propriamente dita), a busca por eventuais parceiros locais para a expansão (eventual modelo de master franquia), passando por questões regulatórias de restrições comerciais e concorrenciais, estruturação tributária, a necessária e primordial proteção da propriedade intelectual no exterior, e tantas quanto forem outras próprias ao cumprimento das leis regionais e locais. 

## NOTAS

- 1 Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm). Acesso em 08.mar.2021
- 2 Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. “Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento. § 1º Para os fins da autorização referida no *caput*, o franqueador deve ser titular ou requerente de direitos sobre as marcas e outros objetos de propriedade intelectual negociados no âmbito do contrato de franquia, ou estar expressamente autorizado pelo titular. § 2º A franquia pode ser adotada por empresa privada, empresa estatal ou entidade sem fins lucrativos, independentemente do segmento em que desenvolva as atividades.”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm). Acesso em 08.mar.2021
- 3 Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. “Art. 2º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente: (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm). Acesso em 08.mar.2021



**LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ** é Advogado e Consultor em São Paulo. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP; Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne-Califórnia; Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP; Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo-USP; Pós-graduado em Direito Societário-LLM – Direito Societário, do INSPER SP; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.



# O que reprova a conta anual da Câmara de Vereadores

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR

**“A despesa imprópria ressenete-se de interesse público; transgredir os princípios constitucionais da legitimidade, moralidade e economicidade (art. 37 e 70, I) e, se verificada pelo órgão do Controle Externo, pode indicar a rejeição da conta anual por ato ilegítimo e antieconômico, sem embargo da restituição, com multa, ao erário municipal.”**

**T**endo em mira o balanço anual das casas municipais de leis, os tribunais de contas, no mais das vezes, fazem juízo de rejeição pelo desrespeito às regras constitucionais (ex: superação dos limites à despesa total, à folha de pagamentos e ao subsídio da vereança; controle interno inoperante; pagamento de sessões extraordinárias), também recusam na afronta a diplomas complementares como a Lei de Responsabilidade Fiscal (ex: aumento da despesa com pessoal nos derradeiros 180 dias do mandato; falta de recolhimento dos encargos patronais), ou, mesmo, no descumprimento de princípios constitucionais como os da impessoalidade, legitimidade, moralidade e eficiência (ex: excesso de cargos em comissão e despesas impróprias).

Tal recusa acarreta embaraços ao presidente da Câmara, pois a decisão negativa das cortes de contas vem sendo referendada, em boa parte das vezes, pela Justiça Eleitoral, remetendo o dirigente à dura punição: a impossibilidade de, por oito anos, pleitear cargo público.

Não bastasse isso, aquela autoridade legislativa, na qualidade de ordenador da despesa, deve, ele próprio, restituir despesas impróprias e subsídios pagos a maior, ainda que possa, em momento seguinte, cobrar ressarcimento dos demais vereadores.

Nesse contexto, o presente artigo comentará os motivos predominantes na recusa do balanço anual do dirigente legislativo.

## SUPERAÇÃO DO LIMITE OPOSTO À DESPESA TOTAL DAS EDILIDADES

Determina a Constituição (art. 29-A) que, afora o gasto com inativos e à vista de seis faixas populacionais, a despesa total da câmara não pode ultrapassar entre 3,5% a 7% de certa receita municipal do ano anterior: a tributária ampliada, que abrange a diretamente arrecadada pela fazenda local (IPTU, ISS, ITBI, IRRF) e mais a transferida por outros níveis de governo (FPM, ITR, IPI/Exportação, ICMS, IPVA).

Noventa e cinco por cento (95%) dos municípios têm menos de 100 mil habitantes; por isso, o freio mais aplicado é o do inciso I daquele art. 29-A: os 7% (sete por cento) incidentes sobre a arrecadação tributária do exercício pretérito.

Por ordenar despesa maior que o limite constitucional, o presidente da Câmara tem sua conta desaprovada pelo Tribunal de Contas.

E, por entregar numerário superior àquela limitação, o Prefeito sofre parecer desfavorável em seu balanço anual, pois, a termo da Constituição, incorre em crime de responsabilidade:

Art. 29-A – (...)

§ 2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal:

I – efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo.

Eis, portanto, um desacerto que fulmina a conta de dois chefes de Poder: o Prefeito e o Presidente da Mesa Diretora (um porque repassou a maior; outro porque gastou mais do que devia).

A barreira do gasto legislativo se baseia em receita do exercício anterior; então, logo no início do ano já se sabe, exatamente, quanto pode a Edilidade despender no período corrente. Por isso, não cabe alegar, na transgressão do limite, que a Prefeitura só transferiu o previsto na lei orçamentária, posto que aqui as dotações legislativas estavam obviamente superestimadas, irreais, excedentes ao limite.

Na hipótese daquele erro de estimativa, ideal que a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), todo ano, possibilitasse ao Executivo expurgar, de imediato, a parcela excessiva do orçamento legislativo, não sem antes ouvir a Mesa Diretora da Câmara de Vereadores.

E, sob o impróprio argumento de uma política de boa vizinhança, não pode o Executivo assumir despesas incorridas pelo Legislativo, como, por exemplo, as de construção ou reforma da sede camarária, precatórios dos servidores legislativos, ou as de contribuições patronais antes não recolhidas pela edilidade (ex.: INSS, RPPS, FGTS). É assim, pois tais gastos são inerentes à atividade legislativa e, portanto, aos respectivos limites financeiros. Do contrário, pode o tribunal de contas realizar o ajuste, o que, talvez, resulte transposição do freio constitucional e, como já se disse, reprovação da conta do prefeito e do presidente da Câmara.

Afinal, do limite oposto ao gasto legislativo, a Constituição só exclui o dispêndio com inativos; nenhum outro.

Já, na base sobre a qual se calcula o freio da despesa camarária (*receita*

*tributária ampliada do ano anterior*), haverão de ser afastadas as seguintes rubricas de receita:

- Receitas provenientes da atual Lei Kandir (LC 176/2020);
- Receita tributária de autarquias e fundações municipais, visto que a Casa Municipal de Leis é provida, somente, por dinheiros arrecadados pela Prefeitura (*art. 168, da Constituição*).
- Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública, a CIP ou COSIP, que, a termo da classificação nacional da receita pública, não é uma receita tributária. De fato, o ingresso tributário tipifica-se no código 1100.00.00, enquanto a CIP (ou COSIP) integra a rubrica 1240.00.00 (*vide Anexo I, da Portaria SOF/STN 163, de 2001*).

Já, quanto às retenções tributárias para o Fundo da Educação Básica (Fundeb) há certa divergência entre os tribunais de contas; entendem uns que os impostos retidos (20%) ingressam no limite da despesa camarária; outras cortes de contas, em rumo discordante e segundo o método da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), postulam o afastamento de tais retenções da base sobre a qual se apura o limite em questão. De todo modo, consenso há de que o valor efetivamente recebido do Fundeb, esse, sim, está mesmo fora do limite, vez que já não mais possui caráter tributário.

## **SUPERAÇÃO DO LIMITE OPOSTO À FOLHA DE PAGAMENTO DAS CÂMARAS MUNICIPAIS**

A Constituição opõe outro freio à Edilidade: sua folha de pagamento, todo ano, não pode suplantar 70% dos repasses vindos da Prefeitura, os chamados duodécimos, designados, na Constituição, impropriamente, como receita da Câmara Municipal:

Art. 29 – A (.....)

§ 1º A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores.

Do contrário, o presidente da Câmara pode ter sua conta rejeitada, sem prejuízo de responder pelo crime de responsabilidade de que trata o art. 29-A, § 3º, da Lei Maior.

Conforme o IBGE, 88% dos municípios brasileiros têm menos de 50 mil habitantes e, segundo a mesma fonte, 68,3% contam com população inferior a 20 mil pessoas. Evidente que nestas localidades, de pequeno porte, as câmaras gastem, fundamentalmente, com recursos humanos, quer o subsídio dos vereadores ou o salário dos servidores legislativos, sendo bem irrelevante a parcela destinada aos demais gastos, geralmente material de informática, escritório e limpeza, entre outros de baixa monta.

Imagine-se uma câmara daqueles majoritários pequenos municípios, cujos vereadores se reúnem, em grande parte das vezes, uma única noite por semana. O que seria com elas gasto, além da remuneração de vereadores e

funcionários? Provavelmente, papel sulfite, cartuchos de impressora, diária da faxineira, pagamento do provedor da internet, pó de café, água em garrafão, material de limpeza, pequenos reparos no computador ou nas mesas de escritório, sendo que o gasto com obras acontece muito raramente (*construção ou reforma da sede camarária*).

Afinal, as câmaras se limitam a legislar e fiscalizar o Executivo e, diversamente deste Poder, não realizam gastos em educação, saúde, meio ambiente, transportes e repasses ao terceiro setor.

Decerto essa barreira de 70% foi construída com base na realidade das edilidades de capitais e outras comunas com mais de 500 mil habitantes, que significam apenas 49 municípios brasileiros, ou seja, ínfimos 0,8% do todo. O gênio que a propôs deveria ser agraciado com o prêmio Nobel do Bom Senso.

Em outras palavras, mostra-se irrealizável, impraticável, inviável essa barreira de 70% anteposta à folha camarária de pagamentos.

Foi isso o assinalado em livro do qual fui coautor:

“A prática tem-nos mostrado que as Câmaras dispõem com pessoal somas muito superiores àquele limite (70%). E tal não poderia ser diferente, conquanto a função legislativa envolve atividade predominantemente humana. De fato, cabe à Edilidade produzir leis e fiscalizar o Executivo, encargos que não demandam, no mais das vezes, gastos com obras, materiais, serviços de terceiros e subvenções sociais. Mostra-se complicada a implementação dessa barreira específica para o pessoal legislativo; seu não atendimento, contudo, acarreta responsabilização criminal do Presidente da Mesa (§ 1º do art. 29-A da CF)”<sup>1</sup>

De forma comparada, tem-se as universidades, os tribunais de justiça e de contas, bem o Ministério Público, cuja folha salarial responde pela imensa maioria do gasto total (*em geral, mais de 90%*); afinal, esses órgãos, assim como as câmaras de vereadores, solicitam poucos bens e serviços, requerendo, fundamentalmente, o labor humano.

No intento de salvar a norma constitucional, os tribunais de contas adotam leitura atenuada, possível; uns, calculam os 70% sobre todo o montante que a Câmara, por força constitucional, poderia gastar (3,5% a 7% da receita), mesmo que sua necessidade financeira seja bem menor; outros cortes de contas apuram os 70% sobre a receita bruta transferida, ainda que parte dela seja devolvida à Prefeitura.

Note-se que esses métodos do Controle Externo ampliam, ainda que criativamente, a base de cálculo (receita tributária), tornando possível um limite impraticável na imensa parte dos casos; eis aí, como se disse, uma tentativa de salvar a regra constitucional dos 70%.

De todo modo, essa interpretação dos tribunais de contas, em nenhum momento, viola o limite mais importante: o do gasto total das edilidades; do contrário, os órgãos do controle externo submetem tal leitura, com vigor, àquele teto constitucional de gastos (*3,5% a 7% da receita do ano anterior*).

Sucedem que, no corpo dos tribunais de contas, alguns órgãos técnicos veem superestimativa orçamentária naquela estratégia de salvar o limite de 70% e,

por isso, opinam pela rejeição da conta do presidente da Câmara; nessa trilha, contrapõem-se os seguintes argumentos:

a) Se apurado à risca, de forma literal, o improvável limite de 70% rejeitaria, de forma injusta, a conta anual de enorme parte das câmaras municipais;

b) Seria então punido um gestor que talvez haja despendido, com zelo e eficiência, o dinheiro público, mas foi alcançado por um limite inexecutável;

c) Muito melhor devolver o excesso financeiro do que gastá-lo irresponsavelmente, em objetos desnecessários; senão, restaria transgredido o interesse público, além dos princípios da economicidade e eficiência;

d) Recolhida à tesouraria da Prefeitura, a extraorçamentária devolução financeira pode ser vinculada, por decisão da vereança, a gastos de relevante interesse local, não sendo, portanto, usada livremente pelo prefeito.

e) E, porque a Câmara não utilizou o que poderia utilizar (3,5% a 7% da receita), sua despesa submeteu-se fielmente ao limite constitucional (*art. 29-A*);

f) A apontada superestimativa orçamentária não contribuiu para qualquer dano fiscal ao Município, seja o déficit orçamentário, financeiro, patrimonial ou econômico.

Quanto ao numerador do limite (folha legislativa de pagamentos), inexistente controvérsia no modo de compô-lo, quer dizer, os encargos patronais e os funcionários terceirizados, um e outro estão excluídos do cálculo. É assim, pois os encargos excedem, transcendem a folha salarial; a ela não se agregam materialmente. Já, os terceirizados também não integram o documento chamado folha de pagamento, a despeito de se incorporarem ao conceito ampliado de despesa laboral da Lei de Responsabilidade Fiscal (*art. 18, § 1º*).

Além disso, os inativos também estão descartados dos 70%. É assim porque esses ex-servidores, a mando constitucional (*art. 29-A*), escapam dos freios opostos à totalidade do gasto legislativo e, se assim é para o todo, razoável que também seja para a parte: a folha de pagamento.

A propósito, Comunicado Fiorilli bem assinalou as diferenças entre a folha de pagamento da Constituição e a despesa laboral da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Comunicado Fiorilli Software nº 68

Folha de Pagamento é somente uma parte da despesa de pessoal

Tendo em vista os gastos com pessoal, os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (*art. 19*) são diferentes dos que a Constituição opõe à folha de pagamento da Câmara de Vereadores (*art. 29-A, § 1º*).

De fato, nos 54% da Prefeitura e nos 6% da Câmara entram todas as espécies remuneratórias mencionadas no *art. 18* da Lei de Responsabilidade Fiscal, entre as quais os salários, os encargos patronais, as aposentadorias, as horas extras, as gratificações e as vantagens pessoais.

Já, nos 70% da Câmara só ingressam os salários da folha de pagamento dos agentes públicos ativos, quer vereadores ou funcionários legislativos e, não, os encargos patronais, nem os aposentados, tampouco os terceirizados.

Então, claro está que folha de pagamento é somente uma parte da despesa total com pessoal.

## SUBSÍDIOS MAIORES QUE OS LIMITES CONSTITUCIONAIS

A Emenda Constitucional nº 25, de 2000, restringiu o subsídio dos vereadores, levando em conta dois fatores: população municipal e remuneração do deputado estadual; assim, o limite remuneratório da vereança se situa entre 20 a 75% do estipêndio auferido por aquele parlamentar do Estado-membro.

Atente-se que, no subsídio de referência (o do deputado estadual), não se agregam os valores indenizatórios recebidos por este parlamentar da Assembleia Legislativa, quer o auxílio-moradia, as ajudas de custo, as verbas de gabinete, os auxílios para combustível, entre outros que não podem balizar a remuneração da vereança.

Diferentemente de todos os outros parlamentares, o vereador tem sua remuneração vinculada, de forma rigorosa, ao princípio da anterioridade, vale dizer, seu subsídio é fixado numa legislatura para valer ao longo dos quatro anos seguintes (art. 29, VI, da CF). Apesar disso, os tribunais de contas, em boa parte das vezes, aceitam a revisão geral anual no subsídio da vereança, desde que estendida aos servidores da Câmara, se atenha à inflação dos últimos 12 meses e, depois de corrigido, o subsídio do edil continue sob limite constitucional. Mas, aqui se põe controvérsia, pois alguns tribunais de justiça têm outra leitura, entendendo que os agentes políticos, em nenhum momento, fazem jus à revisão remuneratória do art. 37, X, da Constituição.

Alerte-se, de todo modo, que até 31 de dezembro de 2021, a Lei Complementar 173/2000 proíbe reajustes, aumentos e revisões salariais, quer para servidores ou agentes políticos (art. 8º, I).

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 01.02.2017, concluiu que é constitucional o pagamento de abono de férias e 13º salário a prefeitos e vice-prefeitos (RE 650898). Perfilando na mesma condição de agente político, os vereadores, também eles, podem se beneficiar daqueles itens remuneratórios.

## O EXCESSO DE CARGOS EM COMISSÃO

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

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

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

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

Art. 37 – .....

(...)

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

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

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

Escorados naqueles motivos, alguns tribunais de contas rejeitam a conta da Edilidade, diante de um injustificado excesso de cargos em comissão.

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

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

- a) Os cargos em comissão somente se justificam para as funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando às atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
- b) Tais cargos devem pressupor relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
- c) O número de cargos comissionados deve guardar proporcionalidade com o número de cargos efetivos;
- d) As atribuições dos cargos em comissão precisam estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

## **A PROIBIÇÃO DE AUMENTAR O GASTO LABORAL NOS DERRADEIROS 180 DIAS DO MANDATO**

É bem essa a vedação dita no parágrafo único, art. 21, da Lei de Responsabilidade Fiscal e, considerando que essa regra não faz qualquer exceção, aplica-se mesmo quando o mandato dispensa o voto popular, como é o caso dos presidentes de câmaras municipais e dos tribunais de contas e de justiça.

Então, essa norma fiscal é apurada a cada dois anos, vez que geralmente é bienal a gestão do presidente da Câmara de Vereadores.

Assim, entre 5 de julho e 31 dezembro do último ano de mandato, não pode o dirigente legislativo, por ato próprio, determinar elevação da despesa

com pessoal, a não ser que, em hipótese bastante motivada e justificada, haja queda percentual desse gasto, comparativamente à taxa apurada no mês que antecede o da vedação: o de junho.

Alerte-se, de todo modo, que até 31 de dezembro de 2021, a Lei Complementar nº 173/2000, no art. 8º, proíbe reajustes, aumentos e revisões salariais, bem como a contagem de tempo para efeitos de adicionais e licença-prêmio; veda, de igual modo, a contratação de pessoal, exceto na reposição de servidores por vacância.

E, para não prejudicar o servidor que, de boa-fé e regularmente, ingressou na Câmara, tendem as cortes de contas a registrar a admissão, mesmo quando o ato admissional ocorreu nos derradeiros 180 dias do mandato.

## DESPESAS IMPRÓPRIAS

A despesa imprópria ressente-se de interesse público; transgride os princípios constitucionais da legitimidade, moralidade e economicidade (art. 37 e 70, I) e, se verificada pelo órgão do Controle Externo, pode indicar a rejeição da conta anual por ato ilegítimo e antieconômico, sem embargo da restituição, com multa, ao erário municipal.

Em parte dos casos, os tribunais de contas têm como impróprias as seguintes despesas das casas municipais de leis:

- a) Verbas de representação para gabinete de vereador;
- b) Despesas incompatíveis com a atividade legislativa (ex.: transporte de pacientes; subvenções a entidades sociais; custeio de bolsas de estudo);
- c) Pagamento de multas de trânsito;
- d) Pagamento de anuidade de servidores em conselhos profissionais como OAB, CREA, CRC, entre outros;
- e) Gastos excessivos com telefonia celular;
- f) Pagamento de seguro saúde geral aos vereadores (admite-se, apenas, os seguros que cubram viagens em missão oficial);
- g) Pesquisas de opinião pública;
- h) Assinatura de TV a cabo e revistas que não veiculam temas ligados à Administração Pública;
- i) Despesas de viagem, com as seguintes falhas:
  - Falta de motivação; de cabal demonstração do interesse público (ex.: ausência de relatório sobre atividades realizadas nos destinos visitados ou falta do certificado de participação em cursos);
  - Falta de modicidade nos valores despendidos (alto custo de hospedagem e refeições);
  - Muitos vereadores participando de um mesmo congresso, curso ou simpósio;
  - Falta de identificação dos agentes políticos e servidores participantes;
  - Gastos com refeição no próprio município;
  - Gasto com cigarros e bebidas alcoólicas;
  - Falta de parecer favorável do sistema de controle interno;

- Documentos fiscais rasurados, alterados e emendados;
- Recibos de serviços que não identificam, de forma clara, o prestador (nome, endereço, RG, CPF etc.)

## CONTROLE INTERNO INOPERANTE

O Controle Interno tem raiz constitucional, previsto que está nos arts. 31 e 74. Sua inoperância tem sido motivo de rejeição do balanço anual da Câmara.

Os tribunais de contas detectam essa insuficiência operativa, quando, por óbvio, inexistente na Câmara um sistema de controle interno ou sob a hipótese de seus relatórios apresentarem-se precários, deixando de abordar questões vitais como os limites constitucionais à despesa legislativa; também atesta a ineficiência do controle internalizada a falta de parecer sobre os adiantamentos retirados.

A propósito, Comunicado Fiorilli demonstra alguns conteúdos do relatório do controle interno da Câmara:

Comunicado Fiorilli Software nº 19

O que não deve faltar no relatório da Câmara de Vereadores

- Breve comentário sobre os alertas do período, feitos pelo sistema eletrônico do tribunal de contas;

- Valor nominal e percentual da despesa total (apartando os inativos), da folha de pagamento e da remuneração total dos Vereadores, com propostas corretivas, na hipótese de uma projetada ultrapassagem dos respectivos limites constitucionais.

- Relação de despesas que, à luz da jurisprudência do tribunal de contas, podem ser consideradas impróprias.

- Valor devolvido à Prefeitura: imposto de renda retido na fonte; duodécimos não utilizados; alienação de bens móveis e imóveis; restituição de pagamentos a maior.

- Valor das restituições feitas pelos Vereadores, em razão de pagamentos indevidos, antes glosados pelo Tribunal de Contas.

- Na inversão da ordem cronológica de pagamentos, proposta de publicação das razões de interesse público, nos termos do art. 5º da Lei de Licitações e Contratos.

- Número de adiantamentos analisados, noticiando valores devolvidos por ação do controle interno. 

## NOTA

- 1 In: *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo*. 3. ed., Editora NDJ, 2005, São Paulo (em parceria com Sérgio Ciquera Rossi).



**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.



*José Matias-Pereira*

## Como podemos reconhecer que alguém é inteligente?

**“Dentre as pessoas inteligentes com as quais tive o privilégio de conviver, notadamente as que alcançaram sucesso na vida acadêmica e profissional, em geral, tinham em comum as seguintes características comportamentais: determinadas, disciplinadas, persistentes e carismáticas.”**

**N**o debate sobre ‘governança no setor público’, fortemente abalado pelas ‘quebras de paradigmas’ provocados pelos avanços da era do conhecimento – na qual a inteligência humana é primordial –, notadamente na transformação da informação e do conhecimento em força produtiva determinante (Matias-Pereira, 2010, 2018), fui instado a responder a esta instigante e complexa pergunta: Como podemos reconhecer que alguém é inteligente? O fato de viver no ambiente acadêmico, ao lado de ter atuado como gestor em instituições públicas federais e estaduais, nas últimas quatro décadas, nas quais convivi com pessoas inteligentes, me estimulou a responde-la.

É importante lembrar que, desde o século 19 e grande parte do século 20, se acreditou que a inteligência podia ser facilmente medida, determinada e comparada através de testes, em especial, o teste de QI, que foram criados nos primeiros anos do século 20 pelo psicólogo francês Alfred Binet (1857-1911).

Nas últimas décadas do século 20, as pesquisas nessa área evoluíram, demonstrando que existem várias outras aptidões que necessitam ser consideradas para avaliar a inteligência de uma pessoa. Nesse contexto, coube a Gardner (1994), nos seus estudos seminais de psicologia e neurologia, propor a teoria das inteligências múltiplas, que permitiu que outras formas de habilidades cognitivas também fossem levadas em consideração pelos estudiosos desse campo do conhecimento.

Na teoria das inteligências múltiplas, Gardner (1994) sustentou a existência de oito inteligências: inteligência linguística, inteligência lógico-matemática, inteligência espacial, inteligência musical, inteligência cinestésica/corporal, inteligência interpessoal, inteligência intrapessoal e inteligência naturalista. Para aquele autor todo o ser humano possui pelo menos oito competências intelectuais que se combinam e organizam de maneira diferente de indivíduo para indivíduo. Na atualidade, alguns teóricos argumentam que é preciso levar em consideração, também, a inteligência existencial, talento intrínseco aos filósofos e líderes espirituais.

Feitas essas considerações, permito-me argumentar que, dentre as pessoas inteligentes com as quais tive o privilégio de conviver, notadamente as que alcançaram sucesso na vida acadêmica e profissional, em geral, tinham em comum as seguintes características comportamentais: determinadas, disciplinadas, persistentes e carismáticas.

É possível observar na convivência diária que, as pessoas com inteligências acima da média se revelam pelo excesso de ideias e criatividade; mentes abertas, conectadas com o seu entorno e boas questionadoras. São flexíveis, preocupadas e reflexivas (característica que tende a ser confundida com preguiça), ansiosas, buscam a perfeição.

Também são razoavelmente bem-humoradas, humildes, generosas; autocontrole elevado, empatia, confiam nas outras pessoas: e, em especial, são mais solitárias. Acredito que as pessoas inteligentes por estarem em harmonia com elas mesmas, sentem menos necessidade de interagir de forma mais intensa com os demais. 

### REFERÊNCIAS

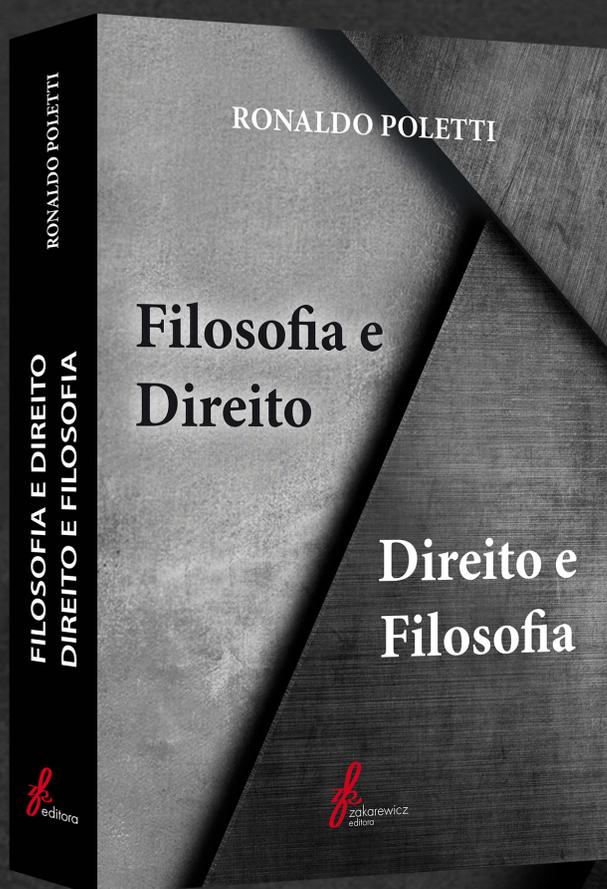
- GARDNER, H. *Estruturas da Mente: a Teoria das Inteligências Múltiplas*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.
- MATIAS-PEREIRA, J. *Governança no Setor Público*. São Paulo: Atlas-GEN, 2010.
- MATIAS-PEREIRA, J. *Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas-GEN, 2018.

---

**JOSÉ MATIAS-PEREIRA** é Professor e investigador de Administração Pública do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Faculdade de Administração, Economia, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas (FACE) da Universidade de Brasília, Brasil.

# Filosofia e Direito Direito e Filosofia

*Ronaldo Poletti*



R\$ **72**,00

**550 páginas**

**Frete incluso**

Fone: (61) 3263-1362

[zkeditora.com](http://zkeditora.com)



"Filosofia e Direito. Direito e Filosofia, será destinado e utilizado como fonte de informação e de aprimoramento para obtenção da melhor e mais completa formação intelectual filosófico-jurídica de professores e estudantes de Direito ou de Filosofia, ou, simplesmente, para alargamento e embasamento da cultura dita humanística."