

conceito jurídico

ano V | maio de 2021 | nº 53



Tammy Fortunato

O crime de *stalking* e a
violência contra a mulher **Pág. 7**



zakarewicz
editora



A decisão do STF e a “tese do século” Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-COFINS



PROPOSTAS E PROJETOS

Isaac Roitman

Legislando para o futuro:
pandemias



CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

Maria Paula Dallari Bucci

A Constituição de 1824 e os
projetos para o Brasil



TENDÊNCIAS

José Pastore

Proteção ou penalização
das mulheres?

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

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

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

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Anderson Couto do Amaral, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy 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.


zakarewicz
editora





Francisco Soares Brandão

Dias melhores virão

“A volta ao “normal” será interessante e desafiadora. Saibamos aprender com o passado para que este triste episódio ajude a moldar um futuro bem melhor.”

A história sempre ensina. Se estamos vivendo hoje uma nova guerra mundial, desta vez contra um poderoso vírus, é um bom momento para relembrar os acertos do passado a fim de produzirmos um futuro melhor.

Desde o início de 2020, quando a OMS (Organização Mundial da Saúde) oficializou que o mundo enfrentava a pandemia de Covid-19, a rotina mudou

para todos. Foi como se tivéssemos entrado em uma nova guerra: fronteiras fechadas, escalada de mortes, envolvimento de todos os países.

Comportamentos foram alterados, com consequências que ainda estão para serem compreendidas. O impacto econômico também foi gigantesco – para alguns setores, muito mais agudo, como no caso do turismo, do entretenimento, da gastronomia.

O pior retrato deste cenário é a morte de cerca de 3,3 milhões de pessoas em todo o planeta. Uma grande tristeza.

Ainda estamos lidando com tamanha tragédia. Mas, de novo, olhar para trás ajuda a entender os caminhos que podemos ter pela frente.

Dadas as devidas proporções (tendo em vista que a Segunda Guerra Mundial custou cerca de 60 milhões de vidas à época), o nosso cenário atual guarda semelhanças com o que o mundo vivia após 1945.

Foram os chamados “gloriosos 30 anos”, em que Europa Ocidental, EUA e Japão viveram um período de intensa expansão econômica, inovação e geração de riqueza. Em que o mundo criou instituições globais – como a ONU, o FMI e a própria OMS – para ajudar no desenvolvimento e na construção de diálogo.

Nesta nossa guerra atual, também tivemos avanços. A pandemia nos ensinou a trabalhar de maneira diferente. Avançamos barbaridade em pesquisa. Desenvolvemos técnicas, protocolos, vacinas. Voltamos nosso olhar para a necessidade de aportar recursos em saúde – e dar acesso aos mais desprotegidos. Aceleramos o aprendizado de forma extraordinária. O vírus estimulou a solidariedade. A humanidade está pagando um preço altíssimo, mas vai sair melhor.

Vários países discutem a implementação de uma renda mínima, com impacto direto no consumo. Como no pós-Segunda Guerra, também há um olhar para a retomada de obras em infraestrutura e uma corrida para o avanço tecnológico, com impacto direto na produtividade e na redução de custos de produtos e serviços (aumentando o acesso).

Os meios de transporte estão em transformação. A matriz energética se volta de um mundo menos dependente em petróleo e mais focado em energias renováveis. Sustentabilidade está no centro da mesa dos executivos. Empresas e pessoas é que moldam a sociedade, não exatamente governos.

O planeta hoje está muito mais interconectado. Isso pode evitar também os erros do pós-Guerra, que foi amargo para uma parte do mundo: a Cortina de Ferro na Europa Oriental, a grande fome na China, a instabilidade política e econômica na América Latina e na África.

Feito tudo na vida, estamos aprendendo. Repensando o papel das políticas públicas, principalmente na saúde. Espirando conhecimento. Resignificando a globalização e as regras de comércio mundial.

Mudando nosso jeito de trabalhar, de gastar tempo e dinheiro. A volta ao “normal” será interessante e desafiadora. Saibamos aprender com o passado para que este triste episódio ajude a moldar um futuro bem melhor. 

SUMÁRIO

3

COM A
PALAVRA

Dias melhores virão

Francisco Soares Brandão

7

ENTREVISTA

O crime de *stalking* e a violência contra a mulher

Tammy Fortunato

11

DIREITO E
BIOÉTICA

Cannabis medicinal, a bola da vez

Sandra Franco e
Claudia de Lucca Mano

14

PROPOSTAS
E PROJETOS

Legislando para o futuro: pandemias

Isaac Roitman

17

PAINEL DO
LEITOR

Por que filósofos se distanciam da vida vivendo?

Ricardo Pereira de
Freitas Guimarães

20

DESTAQUE

Trabalho, modernidade e cidadania

Noemia Porto

22

CAPA

Julgamento dos Embargos Declaratórios no RE nº 574.706 (Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-COFINS)

Kiyoshi Harada

30

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

O duplo juízo de admissibilidade da acusação criminal contra o Presidente da República

Rômulo de Andrade Moreira

36

PORTAL
JURÍDICO

Do estado soberano à diluição das fronteiras pelo ciberespaço

Sandro Abreu Torres e Saulo
Matheus Tavares de Oliveira

51

CONTEXTO

Startups e a Comercialização em Plataformas e *Marketplaces* – Benefícios de Uso de Estrutura no Exterior

Luís Rodolfo Cruz e Creuz

54

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

O controle social do novo Fundeb

Flavio Corrêa de Toledo Junior

60

CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

A Constituição de 1824 e os projetos para o Brasil

Maria Paula Dallari Bucci

64

ENFOQUE

Nova lei de licitações. Pode uma lei possuir diferentes artigos com idêntica redação?

Sergio de Castro Junior

68

VISÃO
JURÍDICA

A teoria do silêncio eloquente: O novo canto da sereia ecoando na justiça militar

Jorge Cesar de Assis

76

TENDÊNCIAS

Proteção ou penalização das mulheres?

José Pastore

80

GESTÃO
EMPRESARIAL

Treinamento em LGPD: o que as empresas precisam saber

Pedro Sanches

84

CONJUNTURA

A morte e a morte das reformas tributárias na América Latina

Allan Titonelli Nunes e Daniel Giotti de Paula

88

IN VOGA

Direito ao silêncio

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

90

DOCTRINA

A culpa anterior dos agentes públicos por ferimento ao princípio da precaução e gestão de riscos ao meio ambiente

Luciano Oliveira Aragão

104

PONTO DE
VISTA

Como ser uma organização que transforma diversidade em múltiplas habilidades

Cristiane Romano



Tammy Fortunato

ARQUIVO PESSOAL

O crime de *stalking* e a violência contra a mulher

Quando tratamos sobre violência contra a mulher, um assunto é recorrente: a perseguição. Não! A perseguição não é uma demonstração de amor, muito pelo contrário, é uma violência. E para falar sobre o crime de *stalking* e a violência contra a mulher, convidamos a advogada, especialista em Direito e Negócios Internacionais pela UFSC, mestranda em Ciência Jurídica e Política na Universidade Portucalense, membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina e Coordenadora do Núcleo de Defesa Jurídica da Mulher da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC, Tammy Fortunato. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *A perseguição pode ser disfarçada?*

TAMMY FORTUNATO – Sem dúvida alguma em certo momento, a perseguição até pode vir disfarçada de carinho e atenção, quando o perseguidor envia constantemente recados amáveis, flores e presentes, e após determinado tempo, a mulher chega a ficar incomodada com a abordagem excessiva. A perseguição também é romantizada.

CONCEITO JURÍDICO – *De que forma essa perseguição é vista como “romantizada”?*

TAMMY FORTUNATO – A perseguição também é romantizada por cantores famosos, como Roberto Carlos na música “Esse cara sou eu”, quando diz que: “pensa em você a toda hora, que conta os segundos se você demora” e ainda, “o cara que pega você pelo braço”, e assim segue a letra da música, tornando a violência uma demonstração de amor. Há quem pense ser tão somente uma poesia musicada, mas, na verdade, assim como tantas outras músicas, retrata uma dura realidade sofrida por muitas mulheres: a violência provocada pela perseguição contumaz.

CONCEITO JURÍDICO – *A perseguição era tratada como uma contravenção penal e a pouco foi tipificada no Código Penal como crime. O que mudou?*

TAMMY FORTUNATO – Exatamente! Recentemente, a perseguição foi tipificada no Código Penal como crime, trazendo a seguinte redação: Art. 147-A: “Perseguir

alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade”. A pena é de reclusão de 6 meses a 2 anos, sendo aumentada se o crime for cometido contra mulher por razão do sexo feminino. A inclusão do crime de perseguição no Código Penal foi uma grande vitória às mulheres, que sofrem diuturnamente com tal prática reiterada, justamente porque, até pouco tempo atrás, não era considerada crime, no máximo, uma contravenção penal.

CONCEITO JURÍDICO – *Essa vitória traz às mulheres algum alento?*

TAMMY FORTUNATO – Certamente! Tipificar como crime a perseguição contumaz traz às mulheres uma proteção, uma garantia de que seu perseguidor poderá ser punido. Aliás, o crime de perseguição também é conhecido como “*stalking*”, que na livre tradução significa perseguição. É a aproximação silenciosa do caçador, na tocaia, só aguardando o momento de atacar a presa, no caso, a mulher.

CONCEITO JURÍDICO – *Como ocorre essa aproximação silenciosa?*

TAMMY FORTUNATO – Essa aproximação do perseguidor não ocorre somente de forma presencial, mas virtual também, o que muitos consideram ainda pior, já que não é fácil detectar quem é, e onde está o “caçador”, embora a tecnologia avance velozmente. A perseguição virtual ou *cyberstalking*, pode acontecer por email, nas redes sociais, por mensagens de texto (SMS ou *whatsapp* e similares), ligações, monitoramento de GPS, dentre outras práticas.

CONCEITO JURÍDICO – *Como é detectado a violência sofrida pela perseguição?*

TAMMY FORTUNATO – A violência provocada pela perseguição é devastadora às mulheres, já que o medo se faz presente em todos os momentos da vida. O Decreto nº 1.973/96, também conhecido como Convenção de Belém do Pará, cujo objetivo é prevenir, punir e erradicar às violências sofridas pelas mulheres, considera em seu art. 1º que: “entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual é a primeira violência sofrida pela mulher em virtude da perseguição?*

TAMMY FORTUNATO – A primeira violência sofrida pela mulher quando em situação de vulnerabilidade em consequência da prática da perseguição é a psicológica. A violência psicológica é definida por Dias, p. 92, como aquela que “consiste na agressão emocional, que é tão ou mais grave que a violência física”.

CONCEITO JURÍDICO – *Quais as consequências da violência psicológica?*

TAMMY FORTUNATO – A violência psicológica ocasiona doenças como: ansiedade, depressão, estupor depressivo, pensamentos suicidas, entre outras patologias. Dados apresentados por Brandalise mostram que: “76% das vítimas de feminicídio foram perseguidas por seus parceiros íntimos, sendo que 54% das vítimas reportaram à polícia estarem sendo “*stalkeadas*” antes de serem assassinadas por seus perseguidores”.

CONCEITO JURÍDICO – *Sem dúvida alguma os desdobramentos sofridos são inúmeros, mas na sua opinião, qual o maior sofrimento que a vítima da perseguição apresenta?*

TAMMY FORTUNATO – A perseguição contumaz retira da vítima a liberdade de ir e vir, ceifando-lhe um direito fundamental e basilar, a liberdade. A liberdade é um dos direitos fundamentais previsto na nossa Constituição Federal e, também, previsto como um dos Direitos Humanos. Mulheres vitimadas pela perseguição contumaz preferem ficar restritas em seus lares, em virtude do medo do “caçador”, que fica escondido observando a melhor hora de atacar. E o ataque sequer precisa ser físico, podendo se restringir ao psicológico da vítima, que por vezes é o objetivo: fazer a caça ficar acuada, ter sua liberdade e privacidade limitada e perturbada.

CONCEITO JURÍDICO – *Essa perda de liberdade acaba por tolher outros direitos?*

TAMMY FORTUNATO – O medo se torna o pior inimigo da mulher, acompanhado da insegurança. Mulheres amedrontadas no seu caminhar, com seus direitos tolhidos por um perseguidor. Toda mulher tem o direito de viver livre de violência, e se engana quem pensa que a perseguição cometida contra uma mulher é uma demonstração de interesse, amor e cuidado. Na verdade, é posse, manipulação, ciúmes e insegurança. O direito a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da nossa Carta Maior, não pode jamais ser esquecido. Uma mulher em situação de vulnerabilidade em virtude de violências cometidas contra ela tem sua dignidade afetada.

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

TAMMY FORTUNATO – Uma das obrigações do Estado é a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação das práticas violentas contra as mulheres, devendo adotar medidas jurídicas para que exijam do agressor a abstenção de qualquer forma de perseguição, intimidação e ameaça à mulher¹. Ainda mencionando a música do Roberto Carlos, o “herói” que toda mulher precisa é aquele que a respeita, e não o que a persegue e a agride.

REFERÊNCIA

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: DF. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____, Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. Brasília: DF. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm

_____, Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Brasília:DF. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

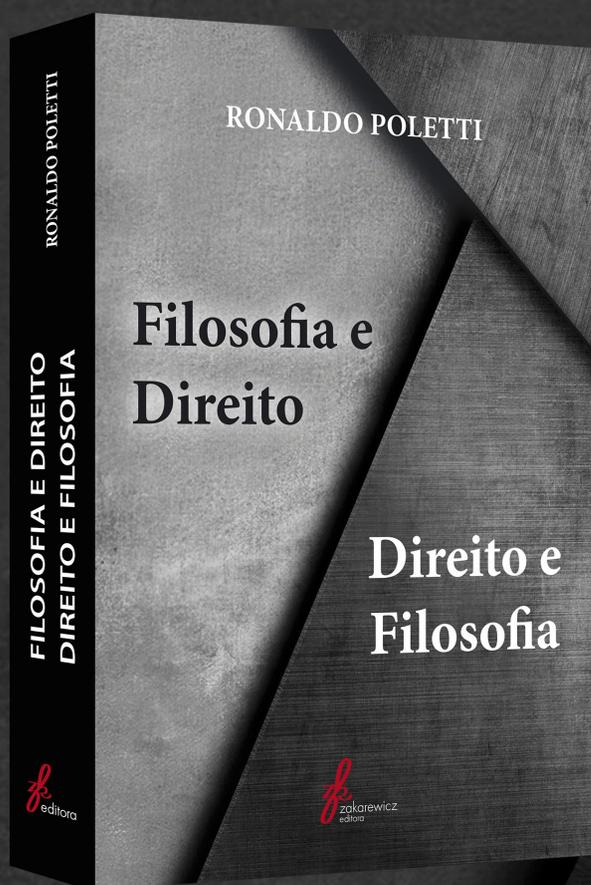
BRANDALISE, Marcos Augusto. *Crime de perseguição/stalking*: Lei nº 14.132/21. Acesso em 03 maio 2021. Disponível em https://marcosaugustobrandalise.jusbrasil.com.br/artigos/1199522554/crime-de-perseguiacao-stalking-lei-14132-21?utm_medium=social&utm_campaign=link_share&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR1Fxaa5ZbNE8at4QGb3qW5VBFbEYOKr1i5Bb8QHf6_GQKuhzaklyrOfRCK

NOTA

1 Artigo 7º alínea d, do Decreto nº 1.973/96.

Filosofia e Direito Direito e Filosofia

Ronaldo Poletti



R\$ **72**,00

550 páginas

Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362

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."



Cannabis medicinal, a bola da vez

■ POR SANDRA FRANCO E CLAUDIA DE LUCCA MANO

“É preciso desconstruir o preconceito e dialogar ostensiva e urgentemente sobre a aprovação da Cannabis medicinal no Brasil, em todas as suas formas, manipulada ou industrializada, para cosméticos e para suplementos nutricionais, ampliando o acesso da população brasileira a tratamentos de saúde seguros e eficazes.”

Na década de 60, Rafael Mechoulam foi responsável pela descoberta do chamado sistema endocanabinoide no corpo humano. Trata-se de um conjunto de receptores e enzimas que trabalham como sinalizadores entre nossas células e os processos do corpo. Os endocanabinoides e seus receptores se encontram espalhados por todo o organismo, em membranas celulares do cérebro, órgãos, tecidos conjuntivos, glândulas e células do sistema imunológico. O óleo de Cannabis dialoga com este sistema, o que coloca a maconha, ou cânhamo, ou Cannabis no centro das discussões médicas e de saúde em âmbito mundial.

A Cannabis medicinal já é realidade na Europa e Estados Unidos. No Brasil o acesso ainda é restrito a poucos pacientes. A classe médica vem aos poucos tomando consciência do potencial curativo e das aplicações da Cannabis para tratamentos de inúmeras enfermidades e prescreve cada vez mais e melhor.

Atualmente, o paciente que recebe uma prescrição médica poderá adquirir o medicamento em uma drogaria brasileira, a um custo médio de R\$ 2.500 ao mês, desde que a dose, concentração e posologia prescritas coincidam com os medicamentos disponíveis no mercado. Alternativamente, pacientes podem recorrer à chamada importação direta por pessoa física, no campo do uso compassivo, regulamentada pela ANVISA através da RDC 355/2020, que exige anuência prévia da Agência.

O paciente pode ainda se socorrer de associações de pacientes, que possuem autorização judicial para plantio e extração de derivados de Cannabis, como a Abrace Esperança, de Joao Pessoa.

Não raro o custo do tratamento é proibitivo, de forma que muitos acionam judicialmente o Sistema Único de Saúde, obrigando que o Estado custeie o acesso à Cannabis medicinal com prescrição médica, fundamentadas no art. 196 da Constituição Federal. Dados da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo dão conta de que quase R\$ 9 milhões foram gastos em 2019 com o atendimento das demandas judiciais, o que inspira preocupação dos governos com o equilíbrio das contas públicas de saúde.

Em 2019, a Anvisa aprovou um regulamento excepcional para obtenção de autorização sanitária de produtos derivados de Cannabis, a RDC 327. O processo de regularização foi simplificado, abrindo caminho para que indústrias e importadoras de medicamentos acabados possam regularizar seus produtos.

No entanto, a norma reflete o preconceito que existe contra a planta, cuidadosamente plantado no imaginário popular e social desde a década de 60, quando o governo Nixon declarou a chamada “guerra as drogas”, incluindo cannabis na lista de entorpecentes proscritos. A ANVISA afirma que os derivados de cannabis regulados pela novel RDC 327 não são medicamentos, mesmo que claramente estejam inseridos no contexto regulatório dos remédios fitoterápicos. Estabelece ainda regras excepcionais para prescrição, que permitem ao médico receitar apenas em último caso, quando todos os outros tratamentos falharem, ainda que a matéria seja da seara do Conselho de Medicina.

No mesmo esteio, a ANVISA proíbe terminantemente que farmácias de manipulação venham a operar com ativos derivados da cannabis, restrição que não encontra sentido, sob o ponto de vista técnico ou regulatório. Isso porque as cerca de 7,7 mil farmácias magistrais espalhadas pelo Brasil atuam com assistência de farmacêuticos responsáveis em tempo integral, e detém avançada expertise, necessária para lidar com medicamentos derivados de plantas, os chamados fitoterápicos, entregando eficácia, padronização e controle de qualidade, o que não necessariamente se observa nos produtos fornecidos pelas associações de plantio e extração.

Ademais, já se sabe que a individualização do tratamento é crucial para o sucesso terapêutico e adesão do paciente ao tratamento. Muitos não se adaptam apenas com CBD (Canabidiol) isolado, e precisam ser tratados com doses de THC (Tetrahydrocannabinol), ativo que responde pela sensação psicoativa da planta. Juntos, os ativos presentes na maconha produzem o chamado *efeito comitiva*, ou seja, atuam como uma equipe, para entregar o resultado de melhora no quadro clínico dos pacientes. Mesmo assim, a indústria

farmacêutica geralmente opta por operar com moléculas isoladas, apenas pela chance de obter proteção patentária, o que conferiria exclusividade para exploração comercial da droga, e que não pode ocorrer quando se trata de plantas encontradas na natureza.

Já se sabe que a individualização do tratamento é crucial para o sucesso terapêutico e adesão do paciente ao tratamento. Muitos não se adaptam apenas com CBD (Canabidiol) isolado, e precisam ser tratados com doses de THC (Tetrahydrocanabidiol), ativo que responde pela resposta psicoativa da maconha. Juntos, os ativos presentes na planta produzem o chamado efeito comitativo, ou seja, atuam como uma equipe, para entregar o resultado de melhora no quadro clínico dos pacientes.

Uma iniciativa pioneira no Brasil é a FARMACANN, associação de farmácias de manipulação pelo acesso à cannabis medicinal, fundada por um grupo de farmacêuticos magistras de vários estados. A FARMACANN pretende ampliar a oferta de tratamentos eficazes, seguros, adequados, e financeiramente viáveis, assim como já fazem diversas entidades civis sem fins lucrativos, a exemplo das chamadas associações de pacientes que se dedicam ao plantio e extração.

O canabidiol (CBD) e o tetrahydrocanabidiol (THC) hoje constam da lista de insumos autorizados pela Anvisa, a Portaria SNVS MS (Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde) nº 344/98, que é usada para orientar a política nacional antidrogas no país e define por critérios técnicos quais drogas são especialmente controladas ou proibidas no país.

Em Brasília, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 399/15, um aglutinado de diversas proposições sobre o tema, sob relatoria de Paulo Teixeira (PT SP). O projeto deveria ter seguido para votação em 2020, mas a pandemia inverteu as prioridades e pautas, e por ora não há perspectiva concreta de aprovação. Caso a proposição se converta em Lei, a expectativa é de que a Cannabis possa ser plantada, extraída, estudada, e seus subprodutos utilizados para inúmeras aplicações. Para além da medicamentosa, o cânhamo ou *hemp* possui potencial de utilização na indústria têxtil, por exemplo, para fabricação desde calçados até paraquedas.

Estudos dão conta de que a faixa meridional do território brasileiro é bastante adequada para o plantio de Cannabis e que o país teria potencial de ser o principal produtor mundial, fazendo frente a Colômbia e ao Canadá, por exemplo. A planta tem sido vista em outros países como alternativa para driblar a crise econômica provocada pela pandemia da Covid-19.

Pacientes não têm tempo, a população não pode mais esperar. É preciso desconstruir o preconceito e dialogar ostensiva e urgentemente sobre a aprovação da Cannabis medicinal no Brasil, em todas as suas formas, manipulada ou industrializada, para cosméticos e para suplementos nutricionais, ampliando o acesso da população brasileira a tratamentos de saúde seguros e eficazes. 



ARQUIVO PESSOAL

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.



ARQUIVO PESSOAL

CLAUDIA DE LUCCA MANO é Advogada e consultora empresarial atuando desde 1994 na área de Vigilância Sanitária e Assuntos Regulatórios, sócia Fundadora do Congresso Pharmashare e fundadora da Farmacann.

Legislando para o futuro: pandemias

■ POR ISAAC ROITMAN

“A iniciativa que certamente dará uma autossuficiência na área de vacinas, poderá ser um exemplo para outras áreas importantes como educação, moradias, energia, conservação da natureza, que exigem projetos de estado de longo prazo. Legislar com visão do futuro será um passo importante para termos um Brasil e um Mundo melhor e mais justo.”

Uma parte dos cientistas se dedicam ao avanço do conhecimento em suas áreas de atuação, uma outra, envidando esforços para minimizar ou eliminar os problemas do presente e um segmento procura montar cenários para o futuro, antecipando soluções adequadas aos possíveis problemas que podem emergir. Esse último grupo tem o dever de alertar as instâncias competentes para a tomada de providências que possam evitar ou resolver problemas que podem ser graves e de múltiplas dimensões. As ações poderão ser de curto ou médio prazo ou de longo prazo que passam a compor uma política de estado.

No texto abaixo são descritos fatos reais em plena pandemia da Covid-19. Ela está disseminada em todo planeta. No entanto, no Brasil, ela assumiu proporções catastróficas com um excepcional número de óbitos e o colapso do sistema de saúde.



Em tempo recorde a comunidade científica planetária desenvolveu várias vacinas para controlar a pandemia. A primeira vacina foi desenvolvida no século 18 pelo cientista Edward Jenner para a prevenção da varíola. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), hoje existem vacinas disponíveis para combater pelo menos 20 doenças que salvam a vida de até 3 milhões de pessoas todos os anos. Quando somos vacinados, não estamos protegendo apenas a nós mesmos, mas também aqueles que estão ao nosso redor. A vacinação é segura, e os efeitos colaterais da vacina são geralmente menores e temporários, como dor no braço ou febre baixa. Efeitos colaterais mais graves são possíveis, mas extremamente raros.

O Brasil se destaca por seu programa público de imunização, que oferta todas as vacinas recomendadas pela OMS. Porém, nos últimos anos, os índices de cobertura vacinal ofertadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) tem registrado queda. Infelizmente, observa-se a divulgação de informações incorretas, que são responsáveis pelo aumento de pessoas que não acreditam na eficácia ou temem os efeitos das vacinas. Como consequência, algumas doenças que estavam erradicadas, acabam retornando. Apesar de termos pelo menos duas Instituições centenárias (Fundação Oswaldo Cruz e Instituto Butantan) com tradição na produção de vacinas, enfrentamos imensas dificuldades para vacinarmos a maior parte da sociedade brasileira. Nesse cenário, apesar de termos competência científica (recursos humanos) e um primoroso programa nacional de imunização, ficamos reféns de laboratórios e indústrias de outros países para uma vacinação em massa para enfrentarmos essa terrível pandemia. Alguns grupos localizados em Universidades e Centros de Pesquisas no Brasil, estão desenvolvendo vacinas promissoras em seus primeiros estágios. No entanto, não existem recursos nem no Ministério de Ciência e Tecnologia e Inovação (MCTI) ou no Ministério da Saúde (MS) para dar suporte financeiro necessário para a realização de outras fases obrigatórias, antes de se poder usar para toda a população. Esse é um crime recorrente quando se reduz verbas para o desenvolvimento científico brasileiro quando deveríamos ter um aumento progressivo de investimentos.

A Ciência aponta para o risco de termos novas pandemias no futuro. Uma pergunta emerge. O que devemos fazer agora para não repetirmos esse filme de terror nas próximas décadas? Para discutir e chegar a uma resposta a essa pergunta o Movimento 2022-2030 O Brasil e o Mundo que queremos, uma parceria da Universidade de Brasília através do Núcleo de Estudos do Futuro (n-Futuros/CEAM) com a União Planetária, promoveu 03 painéis.

O primeiro sobre o Desenvolvimento Científico e Tecnológico que contou com 3 palestrantes (Sérgio Machado Resende / Universidade Federal de Pernambuco e ex-ministro de Ciência e Tecnologia), Helena Nader (Universidade Federal de São Paulo / Vice-Presidente da Academia Brasileira de Ciências - ABC), Fernanda Sobral (Universidade de Brasília / Vice-Presidente da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC) e 05 debatedores: Sidarta Ribeiro (Universidade Federal do Rio Grande do Norte), Wanderley de Souza (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Mercedes Bustamante (Universidade de Brasília), Carlos Morel (Fundação Oswaldo Cruz) e Ennio Candotti (Museu da Amazônia).

O segundo painel intitulado “Soberania das vacinas” contou com a participação de 04 cientistas: Celio Lopes da Silva (Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto / USP), Jorge Kalil Filho (Faculdade de Medicina e Instituto do Coração / USP, Marcello Aurélio Krieger (Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ) e Ricardo Tostes Gazzinelli (Universidade Federal de Minas Gerais / FIOCRUZ).

O terceiro denominado Covid-19 Para onde vamos? com a participação dos seguinte especialistas: Luiz Fernando Aranha Camargo (Universidade Federal de São Paulo / Faculdade Israelita de Ciências da Saúde do Instituto Israelita de Ensino e Pesquisa Albert Einstein (IEPAE)), Luiz Vicente Rizzo (Universidade de São Paulo / IEPAE) Roberto Bittencourt (Universidade Católica de Brasília).

Duas foram as conclusões desses debates. A primeira a liberação imediata de verbas para o prosseguimento das pesquisas em andamento. A segunda seria garantir investimentos na área de vacinas com a finalidade de termos um cenário bem diferente do que tivemos na pandemia da Covid-19. Com esse objetivo foi elaborado um Projeto de Lei que foi encaminhado ao Congresso Nacional, comandado por um dos ícones do setor jurídico do Distrito Federal, Professor Ulisses Riedel, ex-senador e presidente da União Planetária. As minutas do Projeto de Lei foram enviadas para especialistas para o aperfeiçoamento do projeto, que dispõe sobre medidas para alcançar autossuficiência em vacinas, garantias de imunização e prevenção de doenças e pandemias, protegendo a saúde do povo brasileiro e dá outras providências. O projeto garante investimentos contínuos para o desenvolvimento de vacinas, coordenado pelo Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) e para a produção e imunização, coordenado pelo Ministério da Saúde (MS).

Transcrevo um trecho da justificativa do Projeto de Lei, que resume o mérito da proposta: “Atualmente enfrentamos a pandemia da Covid-19 em escala mundial. As vacinas atualmente se constituem como o principal instrumento para reduzir e terminar essa verdadeira tragédia. Enfrentamos uma carência de vacinas, pois elas são desenvolvidas no exterior. Temos recursos humanos de excelência, dominamos as tecnologias de desenvolvimento de vacinas e temos grande experiência na produção de vacinas (Instituto Butantan e FIOCRUZ). No entanto os investimentos são escassos tendo em vista os altos custos para o desenvolvimento de vacinas. Para que possamos ter a mesma velocidade de desenvolver novas vacinas é absolutamente vital um maior investimento. Os laboratórios de segurança para a manipulação de microrganismos altamente patogênicos são escassos e a ausência de biotérios com certificação é quase total”.

A iniciativa que certamente dará uma autossuficiência na área de vacinas, poderá ser um exemplo para outras áreas importantes como educação, moradias, energia, conservação da natureza, que exigem projetos de estado de longo prazo. Legislar com visão do futuro será um passo importante para termos um Brasil e um Mundo melhor e mais justo. 



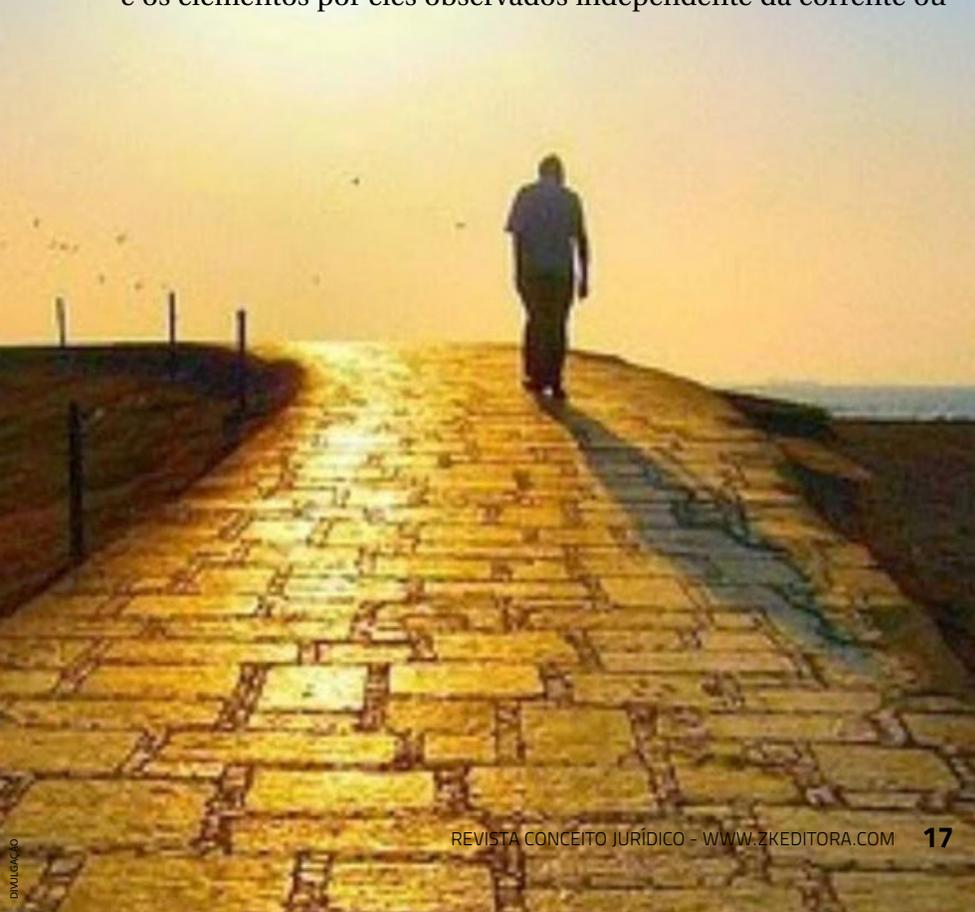
ISAAC ROITMAN é Professor Emérito da Universidade de Brasília, Pesquisador Emérito do CNPq, membro da Academia Brasileira de Ciências e do Movimento 2022-2030 o Brasil e o Mundo que queremos.

Por que filósofos se distanciam da vida vivendo?

■ POR RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES

“Torço para que todos nós em certa medida possamos reconhecer a real felicidade de viver, até porque como disse Gramsci “Todo homem é um filósofo”, aprofundemos então esse convite que nos faz o pensar diariamente.”

Não sou filósofo. Essa é a premissa maior do pequeno texto que segue. Contudo, ao observar o modo de vida da grande maioria deles, pontuaria algumas características que superam o simples fato de pensar a vida e os elementos por eles observados independente da corrente ou



linha de pensamento. O viés da sempre e firme indagação de um fenômeno e a paixão por descortinar o que ali se esconde, acabam por endereçar às suas próprias vidas uma especial maneira de viver, a vida dita vivida. Essa especial maneira de viver – e diga-se que a expressão “a vida vivida” pode ou não significar a melhor das vidas –, em certa medida, acaba por se revelar em dois aspectos largos ao menos, bastante significativos, a saber: a convivência do filósofo com ele próprio e a sua convivência com a sociedade.

Começando pelo segundo aspecto, inerente a convivência do filósofo com a sociedade, aparentemente, o desdobramento se dá pela necessidade de conviver muitas vezes com o que é diametralmente oposto ao exercício desempenhado pelo filósofo. Por quê? Isso se dá pois em regra a filosofia ao abrir espaço para o conhecimento justamente dessa relação e seus desdobramentos, com observância de correntes de pensamento e de formas de pensar desde a mitologia grega dos Jônios, passando por Platão, Aristóteles, Sócrates até Martin Heidegger e Hannah Arendt, para citar alguns pensadores apenas, permite a esses estudiosos a avaliação criteriosa (como deve ser a filosofia) com profundidade dos exemplos passados os trazendo para o presente e porque não imaginando o futuro pelo ciclo que teima em se repetir, ao menos nas estruturas de poder.

Entre os diversos espaços que habitam os pensamentos desses filósofos, como o reconhecimento do homem e suas experiências existenciais, a observação das consequências das organizações de Estado, as estruturações do tecido social, a existência ou não do divino, as aporias, entre outros tantos, unindo isso em espaço e tempo com máxima fidelidade a historicidade, procurando por vezes se colocar no lugar do outro que escreveu para tentar sentir o regozijo ou a angústia daquele momento os fazem pessoas diferentes.

E aqui, seria importante deixar claro, que todas as pessoas são diferentes, e a diferença que citamos se localiza e tem como objeto central o liame da busca pelo conhecimento e (re)conhecimento de si que cada filósofo possui. Noutras palavras, através de experiências de narrativas lidas com profundidade e realmente estudadas, essas mesmas narrativas como que num processo de “osmose intelectual” (me perdoem a expressão) acabam de certa maneira perpassando da consciência filosófica para a vivência do próprio filósofo.

Se verdade é que o conhecimento liberta, no campo da filosofia ele parece libertar vezes dois. Isso se dá, principalmente, na minha ótica, pela já citada caminhada na contramão do mundo. De toda essa experiência de compreensão buscada pelo filósofo, acaba por lhe ser incrustado inúmeras formas de agir, algumas vezes sedimentadas em valores absorvidos ao longo da vida. Referidos valores somados aos profundos estudos, acabam por diversas vezes revelando uma antevisão através de sinais dados pela sociedade e principalmente pelo Estado do que está por vir, e noutras oportunidades a certeza do conflito direto entre os valores ou sentido da vida estabelecido a fórceps para a sociedade, que destoa em gênero, número e grau daquilo já absorvido ou apreendido, para melhor dizer, pelo filósofo.

Aqui reside o ponto alto, a quase absoluta certeza (com perdão da expressão que nada tem de filosófica, pelo contrário, é para ser criticada mesmo) do

que se quer alcançar pelo conhecimento, cria num só tempo algumas consequências: a primeira, seria a repugnância da maioria pela opção de discordar, uma espécie de ser subversivo, portanto, socialmente muitas vezes rejeitado. Muitos seriam os exemplos como o próprio consumismo, sabemos que é ao tempo todo e a todo tempo inserido como benfazejo social, ou ainda, a própria riqueza financeira, que cria a expectativa da plena felicidade, do ter o que quiser como o nirvana a ser alcançado.

Essas questões são muitas vezes enfrentadas pessoalmente pelo filósofo com certa tranquilidade, mas veja, eu disse pelo filósofo, e não muitas vezes por sua prole ou ainda pelos que o circundam. Aqui talvez resida o que eu chamaria de uma “baita dificuldade”, que é transferir aos outros na exata medida os equívocos observados pelo filósofo ao longo de anos de estudo para alguém que simplesmente nunca abriu um livro ou nunca se ocupou de qualquer daqueles temas. Aqui se mostra o exercício da filosofia como ponte para o outro humano e não como holofote de si mesmo.

Observe que ao dizer que a filosofia deve ser ponte para o outro, talvez esteja relatando que a vivência do filósofo é para seu prazer enquanto o prazer de conhecer os fatos, estudar as questões, contudo, a utilidade fim se bifurca em duas hipóteses, sendo a primeira a ponte para a compreensão do outro, noutras palavras, viver para ensinar o outro para que tenha conhecimento e que para tanto pensado a vida possa buscar sua felicidade, e de outro lado, sem que talvez os próprios filósofos percebam, eles são pontes de si mesmos, pois seus conhecimentos, em especial da finitude terrena, os tornam mais fortes, os dá sede de viver o instante, e de viver com o que importa, e o que importa não é o que colocaram nas suas mentes, e sim, tudo aquilo que eles consagraram para suas vidas como importante através do estudo, conhecimento e de seu aprendizado, o que os torna seguros.

Em outras palavras, na Filosofia encontramos cada um a seu modo, através dos filósofos que são nossas pontes de conhecimento, uma vivência com todos seus problemas, mas uma vivência com uma retaguarda assertiva quanto aos nossos propósitos, quanto ao nosso querer, sabendo a todo tempo ou ao menos tentando saber, a que viemos e para que viemos, tendo a certeza da nossa finitude, que o mundo não é a “Disneylândia da vida”, e que o que temos de mais importante é o instante vivido. Nesse sentido o distanciamento dos filósofos não é da vida comum que é posta em leilão pela mídia e pelo Estado, a vida na Filosofia é a vida que se escolhe viver. E quando você escolhe a vida que quer viver, ela é vida e não apenas uma torcida pelo passar do tempo.

Espero que no sentido estrito do presente texto, torço para que todos nós em certa medida possamos reconhecer a real felicidade de viver, até porque como disse Gramsci “Todo homem é um filósofo”, aprofundemos então esse convite que nos faz o pensar diariamente. 



ARQUIVO PESSOAL

RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARÃES é Advogado, especialista, Mestre e Doutor pela PUC-SP, titular da cadeira 81 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e professor da especialização da PUC-SP (COGEAE) e dos programas de mestrado e doutorado da FADISP-SP.



Noemia Porto

ARQUIVO PESSOAL

Trabalho, modernidade e cidadania

“Novos tempos e novas formas de contratação recolocam velhos temas do mundo do trabalho, traduzidos nas lutas em razão da remuneração insuficiente e do excesso de disponibilidade para o trabalho.”

Empreendedorismo, novas formas de contratação, aplicativos, automação, tecnologia, modernidade. O mundo do trabalho, na era contemporânea, procura ser apreendido e sistematizado a partir de diversas expressões, as quais, para muito além de conceitos, demandam um olhar crítico. Pensar o futuro do trabalho transcende responder à questão sobre se um(a) trabalhador(a) vinculado(a) a plataformas digitais deve ser considerado(a) empregado(a) ou não.

É sustentável defender que as normas trabalhistas em vigor são inadequadas às novas formas de trabalho? Para equacionar a questão, há excesso de pressa e impropriedade jurídica de quem pretende lançar o diagnóstico do anacronismo. Enfrentá-la demanda compreender a autonomia do Direito do Trabalho como uma ordem de princípios, e não apenas de regras, e encará-la ciente da carga valorativa que carrega conectada aos primados da pessoa humana e da

cidadania, com uma proteção endereçada ao trabalho como valor social, e não apenas às situações específicas de um contrato de emprego.

Direito ao trabalho e o direito do trabalho, compreendidos a partir de um eixo sistêmico e coerente de uma ordem de princípios, são a única versão compatível com a perspectiva do Constitucionalismo Democrático de Direito, que trata os direitos sociais de conteúdo trabalhista no título dos Direitos Fundamentais. Ao contrário de uma lógica de regras, a temática do trabalho humano possui clara feição constitucional, numa perspectiva de princípios, e é essa matriz normativa que deve orientar eventual legislação específica, dedicada ao denominado “Trabalho 4.0”.

E por que falar em marco regulatório quando temos uma Constituição cidadã que trata de forma ampla sobre esse mundo do trabalho? Para se evitar toda a gama de insegurança jurídica que se consolida quando, a cada nova emergência laboral, pretende-se construir marcos regulatórios com nível inferior de proteção. Trata-se de movimento que ganha corpo, na defesa de que são novas formas de contratação do trabalho humano, impulsionado por segmentos econômicos diversos. Em razão disso, reiniciam-se disputas que deveriam estar superadas desde o advento da Constituição de 1988 sobre a presença ou não de requisitos para do contrato de emprego, como pressuposto de proteção jurídica. A proteção constitucional deve atuar para além do emprego.

Novos tempos e novas formas de contratação recolocam velhos temas do mundo do trabalho, traduzidos nas lutas em razão da remuneração insuficiente e do excesso de disponibilidade para o trabalho. São movimentos exploratórios, com comprovação empírica, que se renovam e indicam, cada vez mais, a pertinência da proteção constitucional que se constrói em favor de todos os trabalhadores e trabalhadoras, e não apenas dos empregados.

Como valorizar identidades trabalhistas diversas? Se a resposta não parece simples, ela comporta um ponto de partida hermenêutico claro: a autoaplicabilidade da Constituição, especialmente no tema dos direitos fundamentais, o que inclui os trabalhistas, contribuindo para dar tratamento ao desafio de se diminuir as assimetrias que o próprio sistema de proteção regulado promove.

A proliferação de relações de trabalho mais amplas que as clássicas relações de emprego decorre das mutações em curso no modo de produção capitalista. Levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revela que 41,1% da população ocupada no Brasil (38,4 milhões de pessoas) está no mercado informal, o que inclui, por exemplo, os trabalhadores de aplicativos. Na mesma linha, dados da Pesquisa Nacional de Empregados e Desempregados (Pnad) Contínua Trimestral revelaram aumento de 137,60% no número de motoristas que trabalham por conta própria, entre janeiro e março deste ano, o que representa um incremento de 666 mil novos motoristas.

E é nesse quadro crescente de informalidade que se encontra o grande desafio imposto à doutrina Direito do Trabalho: ampliar o arcabouço de proteção jurídica, tendo como eixo o primado da constituição democrática. Não há anacronismo diante de velhos temas. 

Julgamento dos Embargos Declaratórios no RE nº 574.706 (Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-COFINS)

■ POR KIYOSHI HARADA



“A sucessão de exclusões pelo visto não terá fim, até que o governo adote providências com reformas estruturais para diminuir o CUSTO BRASIL, a fim de possibilitar a redução da incrível carga tributária que vem sufocando o setor produtivo, afastando o nosso produto do mercado de concorrência internacional.”

O tema que envolve uma disputa bilionária é bastante controvertido. Os empresários contam com o assessoramento de um verdadeiro batalhão de profissionais da mais alta competência, bastantes conhecidos no mundo do Direito Tributário.

Por vários anos defendemos a tese da inclusão de valores de tributos indiretos na base de cálculo de outros tributos como custo de mercadorias e de serviços, como acontece com os valores da matéria prima, das despesas com a folha e a margem de lucro do comerciante que servem de parâmetros para a fixação de preços.

Contudo, com a decisão da Corte Suprema, por maioria de votos, em sede de repercussão geral em sentido contrário curvamo-nos ao decidido pelo STF, passando a sustentar que, por coerência, deveria excluir, também, os valores das contribuições sociais da sua própria base de cálculo, pois essas contribuições igualmente não são mercadorias passíveis de faturamento, como se disse em relação ao ICMS incluído na base de cálculo dessas contribuições sociais.

Porém, fiel à doutrina externada em livros de nossa autoria jamais patrocinamos causas da espécie, apesar de tentadores os honorários oferecidos.

Na verdade, o regime de tributação por dentro, que vigora entre nós desde o Brasil Império, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos, no Japão e em outros países adiantados, não é compatível com a tese da exclusão do valor do tributo da sua base de cálculo, ou da base de cálculo de outros tributos.

Após a decisão do STF em sede de repercussão geral a nossa discordância limita-se ao critério de exclusão do ICMS contido na base de cálculo do PIS-COFINS.

EXAME DE DISPOSITIVOS PERTINENTES E JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO

Dispõe o art. 13 da Lei Complementar nº 87/1996 que rege nacionalmente o ICMS:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

...

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

I – o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

A constitucionalidade desse regime de tributação foi confirmada pelo STF:

“Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS: inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido” (RE nº 212.209, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, DJ de 14-2-2003).

Posteriormente, a EC nº 33/2001 acrescentou a letra *i* ao inciso XII, do § 2º, do art. 155 da CF para consignar que cabe à Lei Complementar:

“i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”.

Na vigência dessa EC nº 33/01 o STF decidiu pela constitucionalidade da incidência do ICMS sobre si próprio, nos autos do Recurso Extraordinário julgado sob o rito de Repercussão Geral, conforme ementa abaixo:

“1. Recurso extraordinário. Repercussão Geral.

2. Taxa Selic. Incidência para ...

3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos.

4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de ...

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE nº 582.461-RG/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 18-8-2011).

PACIFICAÇÃO DA TESE DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS-COFINS

Contudo, o STF, intérprete máximo da Constituição, decidiu em sede de repercussão geral que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS-COFINS conforme ementa abaixo pelo que não cabe mais discussão a respeito:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montan-

te de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE nº 574.706/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, J. em 15-03-2017).

INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS PELA FAZENDA PLEITEANDO EFEITOS PROSPECTIVOS

Foram interpostos Embargos Declaratórios para pleitear modulação de efeitos. O processo foi incluído na pauta do dia 29-4-2021, mas foi adiado para o dia 6-5-2021, porém, foi novamente adiado.

Finalmente, no julgamento do dia 13-5-2021, o Plenário da Corte Suprema, por oito votos contra três, conheceu dos embargos declaratórios e adotou uma solução intermediária. Em relação aos contribuintes que ingressaram com a ação ou reclamação administrativa contra a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS-COFINS até 15-3-2017 reconheceu-se o direito a restituição do PIS-COFINS pagos a mais nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação ou reclamação administrativa. Em relação aos contribuintes que não ingressaram com a ação somente a partir da data do julgamento do RE nº 574.706, em 15-3-2017, poderão fazer jus à restituição da diferença resultante da exclusão do ICMS contido na base de cálculo das contribuições sociais.

Outrossim, filiando-se à corrente majoritária da doutrina especializada o STF fixou o critério de exclusão baseado no valor do ICMS destacado, objeto de análise no tópico seguinte.

POSICIONAMENTO DA DOUTRINA MAJORITÁRIA NO SENTIDO DA EXCLUSÃO DO VALOR DESTACADO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS-COFINS

Juristas de renome sempre sustentaram que o Acórdão embargado não padecia dos vícios de omissão, contradição ou obscuridade, pelo que não

caberiam Embargos Declaratórios que não são meio hábil para buscar eventual modulação de efeitos. Sustentavam que o Acórdão foi claro em determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-COFINS que corresponde ao imposto destacado em cada nota fiscal, conforme esclarecido no julgado do STF que alude à exclusão do ICMS transferido integralmente para os Estados. Não é o que resulta do item 5 da Ementa desse Acórdão.

E passavam a demonstrar como é feito o pagamento do ICMS não cumulativo, sustentando que todo o montante do imposto destacado na nota fiscal deve ser recolhido quer em moeda corrente (quando não há crédito a ser apropriado), quer em créditos, ou ainda, parte em dinheiro e parte em crédito. E finalizavam o raciocínio no sentido de que em todas essas hipóteses o débito do ICMS a recolher é sempre o valor destacado em nota fiscal.

O EQUÍVOCO DA DOCTRINA MAJORITÁRIA

Em termos de apuração do ICMS a pagar é absolutamente correta a argumentação exposta no item antecedente.

Efetivamente, é exatamente assim que todos os contribuintes do ICMS procedem para calcular o imposto a pagar, ou o crédito a ser transferido para o período subsequente. Somam-se os créditos gerados pelas entradas de mercadorias em determinado período, e subtraem-se os débitos resultantes de mercadorias saídas do mesmo estabelecimento durante o mesmo período. A diferença a maior representa o débito do imposto a ser recolhido no aludido período, e a diferença a menor representa o crédito do imposto a ser transferido para o período subsequente.

Agora, pergunto, o que tudo isso tem a ver com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS-COFINS? Não se trata de repetir o ICMS pago a mais, porém, repetir o que foi pago a mais a título de PIS/COFINS em razão da indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS-COFINS. O ICMS destacado é aquele que resulta da aplicação da alíquota de 18% sobre o valor da receita bruta, isto é, sem exclusão do ICMS contido na base de cálculo das contribuições sociais que o STF mandou excluir.

Ora, o STF, ainda que tenha pensado de forma diferente, na hora de redigir o Acórdão deixou consignado no seu item 5 o seguinte: “Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS”.

Não se determinou a exclusão do ICMS destacado, pago ou a pagar, que é uma questão que interessa apenas e tão somente à esfera tributária dos Estados.

Depreende-se do Acórdão do STF que o ICMS contido na base de cálculo do PIS-COFINS deve ser excluído, antes de aplicar sobre ela a alíquota de 3% ou de 7,6% conforme a hipótese.

É uma operação que precede o destaque do ICMS na nota fiscal que é feito apenas e tão somente para efeitos contábeis-fiscais, a fim de propiciar ao adquirente da mercadoria (contribuinte do imposto) a apropriação do crédito da operação em respeito ao caráter não cumulativo do ICMS. Esse destaque,

coincidentalmente, se faz a razão de 18%, mas se for à base de 30%, 50% ou 100% o resultado será absolutamente idêntico. Tanto faz creditar R\$ 100,00 e debitar R\$ 100,00, como creditar R\$ 18,00 e debitar R\$ 18,00.

A decisão de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS-COFINS é matéria jurídica, e essa questão foi superiormente decidida pelo STF, pelo que não cabe qualquer discussão a respeito.

Contudo, como fazer essa exclusão é matéria que foge da alçada dos operadores do direito, porque envolve conhecimentos contábeis e matemáticos.

Deve-se fazer o cálculo do ICMS por dentro para saber o exato montante desse imposto que está contido na base de cálculo das contribuições sociais. Não é tarefa para juristas, ministros ou advogados, mas missão do contabilista afeito a esse tipo de cálculos. Apreendi a fazer esses cálculos na Divisão de Contabilidade do Departamento de Desapropriações da Prefeitura de São Paulo que dirigi em duas oportunidades. Aquele Departamento era o encarregado de calcular o valor atualizado de centenas de precatórios judiciais expressos em diferentes moedas: cruzeiro, cruzado e cruzados novos. Envolveva exatos 32 cálculos aritméticos em época em que não havia facilidade hoje propiciada pela moderna informática. Apreendi também calcular a fixação de preços de mercadorias e serviços, bem como o valor de tributo indireto embutido nesses preços chegando a um resultado assustador, que o consumidor não sabe, nem consegue descobrir. O aprendizado evitou que eu ordenasse o pagamento de precatórios por valores superiores aos efetivamente devidos.

Com base nos conhecimentos extrajurídicos que adquiri faremos uma demonstração do cálculo do ICMS por dentro, para descobrir o exato valor do ICMS contido na base de cálculo do PIS-COFINS. Tomemos, por exemplo, uma mercadoria faturada por R\$100,00. No cálculo por FORA a operação é simples, bastando aplicar 18% sobre o valor de R\$100,00 resultando em R\$18,00.

Todos afirmam que o cálculo do ICMS por DENTRO conduz a uma alíquota de 21,95%, mas, poucos sabem fazer os cálculos para se chegar a esse percentual.

Passemos, pois, a fazer o cálculo por DENTRO do ICMS partindo da mercadoria no valor de R\$100,00.

- a) $R\$100,00/0,82$ (100%-18%) = R\$ 82,00 (preço da mercadoria sem imposto);
- b) $R\$ 100,00 - R\$ 82,00 = R\$ 18,00$ (valor do ICMS embutido no preço);
- c) $R\$ 100,00/0,82 = R\$ 121,95$ (valor total da nota fiscal);
- d) $R\$ 121,95 \times 18\% = R\$21,95$ (ICMS destacado na nota fiscal)
- e) $R\$ 21,95/R\$ 100,00 \times 100\% = 21,95\%$ (alíquota real do ICMS);
- f) $21,95\% - 18\% = 3,95\%$ (diferença entre alíquota nominal e alíquota real).

Essa operação deve ser repetida em relação a cada nota fiscal, para no final do período apurado encontrar a diferença a ser restituída mediante o confronto do “novo valor” das contribuições sociais, resultante da exclusão do ICMS, com o valor total pago dentro do mesmo período.

No caso de energia elétrica tributada com alíquota de 25% o seu cálculo por DENTRO conduz aos exatos 33,333% de alíquota real.

No critério de exclusão do imposto com fundamento no valor do ICMS destacado na nota fiscal há um desconto de 3,95% a mais do que aquele ICMS contido na base de cálculo. O valor destacado, como antes demonstrado, não está contido na base de cálculo.

Verifica-se, portanto, que apesar de difícil operacionalização para quem não está habituado a fazer cálculos matemáticos, esse cálculo se impõe para fazer a exclusão de forma justa para o fisco e para o contribuinte. Nenhum centavo a mais, nenhum centavo a menos do que o realmente devido segundo as regras da ciência contábil ou matemática.

É claro que a exclusão do ICMS destacado na nota fiscal, que não está incluído no preço da mercadoria, vale dizer, na base de cálculo do PIS-COFINS, é prático e de fácil execução. No entanto, a exclusão por essa forma contraria a dicção constitucional da letra *i*, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da CF de início transcrita. Não se pode excluir aquilo que está fora do campo de exclusão. Nunca é demais repetir: o destaque incide sobre a receita bruta, sem a prévia exclusão do ICMS nela contido que o STF mandou excluir. E esse destaque é para mero efeito contábil-fiscal para possibilitar a apropriação do crédito pelo adquirente da mercadoria e assegurar o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto.

Certo ou errado é o que ficou decidido soberanamente pelo Plenário do STF e a decisão deverá ser cumprida, a menos que a Fazenda Nacional consiga a revisão do critério de exclusão do ICMS CONTIDO na base de cálculo, como consignado no item 5 da Ementa do Acórdão proferido no RE nº 574.706. É bem complicada a matéria porque a Fazenda Nacional bateu-se pela exclusão do ICMS pago.

Ao não estender o efeito *ex tunc* a todos os contribuintes em geral o impacto nas finanças da União será menor do que o antes estimado. Para quem havia ingressado com ação para excluir o ICMS até a data do julgamento do RE nº 574.706 ficou assegurado o direito à restituição retroativo a cinco anos. Para quem deixou de ingressar com a ação judicial ou reclamação administrativo até a data do julgamento do aludido Recurso Extraordinário fará jus à restituição da diferença penas a contra de 2017 quando foi julgamento o citado Recurso Extraordinário. Se a Corte tivesse adotado um critério diferente daquele adotado pelos contribuintes em geral teria que modular os efeitos para colocar a salvo aqueles que fizeram a exclusão pelo valor destacado em cada nota fiscal.

Como de hábito, respeitamos as opiniões em contrário, mas os meus 56 anos de exercício ininterrupto da advocacia sendo 20 anos na advocacia pública, e minhas 35 obras jurídicas publicadas me credenciam a manifestar a minha respeitosa discordância face a doutrina majoritária. E essa discordância

é manifestada única e exclusivamente por amor ao Direito que vimos cultivando ao longo de nossa existência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada disso estaria acontecendo se o governo tivesse contido a sua fúria fiscal retornando a carga tributária àquela vigente na década de 80, isto é, 24,5% do PIB, correspondendo à média dos Países integrantes do Mercosul.

Hoje temos uma carga tributária saturada que chega a 35% do PIB seguida de contínua deterioração dos serviços públicos essenciais agravados com o estado de pandemia.

De há muito, a tributação entre nós deixou de ser um meio de obtenção regular de recursos financeiros necessários para o Estado cumprir os seus fins, mediante prestação de serviços públicos essenciais e execução de obras de infraestrutura, para assegurar a expansão da capacidade produtiva do País a médio e longo prazos.

Como afirmamos em nossa obra, a tributação vem sendo encarada como mero poder do Estado de impor sacrifícios a cidadãos, e não como um tributo indispensável à vida em comum, assegurando os direitos e garantias proclamados no art. 5º da Constituição e em outros textos esparsos.

Resulta disso tudo a insolvência das empresas socorridas por planos de recuperação judicial, e um aumento espantoso de inadimplentes involuntários e voluntários. Muitos, por conta desse sistema tributário opressor e injusto, se rebelam contra o dever fundamental de pagar impostos.¹

Assim explica-se o surgimento das teses de exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS-COFINS e da base de cálculo da CPRB; da exclusão da CSLL da base de cálculo do IRPJ; e agora, a exclusão dos valores do PIS-COFINS da própria base de cálculo dessas contribuições sociais, tese já aceita em todos os TRFs com acolhimento perante o STJ. Cedo ou tarde essa questão irá parar no STF quando, então, teremos lustros de incertezas e de insegurança jurídica.

A sucessão de exclusões pelo visto não terá fim, até que o governo adote providências com reformas estruturais para diminuir o CUSTO BRASIL, a fim de possibilitar a redução da incrível carga tributária que vem sufocando o setor produtivo, afastando o nosso produto do mercado de concorrência internacional. Fica aqui uma sugestão provocativa para nova tese: a exclusão do PIS-COFINS da base de cálculo do ICMS. 

NOTA

1 Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 485.



KIYOSHI HARADA é Presidente do Ibedaft. Especialista em Direito Tributário pela USP. Ex Procurador Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.



divulgação

O duplo juízo de admissibilidade da acusação criminal contra o Presidente da República

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Errou a Suprema Corte ao dispensar o juízo político (de conveniência e oportunidade) que se faria na Câmara dos Deputados, antes mesmo do Supremo Tribunal Federal proferir a sua decisão técnico-jurídica.”

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão virtual finalizada no último dia 14 de maio, entendeu que cabe à própria Corte, mais especialmente ao respectivo relator, fazer o juízo de admissibilidade de uma peça acusatória oferecida contra o Presidente da República, nos termos dos arts. 395 e 396 do Código de Processo Penal, prescindindo-se da anterior manifestação da Câmara dos Deputados.

O entendimento deu-se no julgamento de agravo regimental interposto pelo Presidente da República contra decisão do Ministro Marco Aurélio, relator da Petição nº 9401, que havia determinado a remessa à Câmara dos Deputados de uma queixa-crime oferecida pelo Governador do Maranhão, com base no art. 51, I, da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente da República.

No recurso, o agravante defendeu o cabimento excepcional da apreciação das condições de procedibilidade da ação penal de iniciativa privada pelo próprio relator (no caso concreto, em razão da atipicidade da conduta), antes mesmo do pronunciamento da Câmara dos Deputados, previsto na Constituição Federal.

Vencido o relator, prevaleceu o voto divergente do Ministro Dias Toffoli que, dando provimento ao agravo, entendeu que deve o relator – em casos como tais – fazer desde logo o juízo de admissibilidade da queixa-crime, à luz dos arts. 395 e 396 do Código de Processo Penal, antes, portanto, da remessa da peça acusatória à Câmara de Deputados.

No seu voto, o Ministro Dias Toffoli citou o entendimento já adotado pela Suprema Corte na questão de ordem suscitada no Inquérito nº 4483, envolvendo o então Presidente da República Michel Temer. Segundo ele, “o juízo político de admissibilidade da acusação pela Câmara dos Deputados não retira do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de, liminarmente, avaliar a viabilidade do prosseguimento da acusação sob o ângulo estritamente jurídico”, ressaltando “que negar essa possibilidade importaria submeter o presidente da República a um constrangimento ilegal que não seria tolerado em relação a nenhum outro cidadão”; salientando, outrossim, “que não fez nenhum exame do mérito da acusação, pois isso subtrairia a manifestação prévia do relator, limitando-se a reconhecer que o juízo de admissibilidade previsto no Código de Processo Penal é aplicável aos casos envolvendo a alegada prática de crimes comuns pelo presidente da República.”

O voto divergente foi seguido pelos Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso.

Outra corrente divergente foi inaugurada pelo Ministro Nunes Marques e seguida pelo Ministro Ricardo Lewandowski; segundo ambos, o Supremo Tribunal Federal pode efetuar um controle de legitimidade para evitar procedimentos investigatórios arbitrários. No caso julgado, haveria flagrante atipicidade da conduta imputada ao Presidente da República, e por isso a queixa-crime deveria ser rejeitada liminarmente.

Assim, o Ministro Nunes Marques votou pelo provimento do agravo para rejeitar, desde logo, a queixa-crime, concordando com a tese que o Supremo

Tribunal Federal “deve promover o controle preliminar da acusação penal formalizada contra o presidente da República, entendendo que no caso concreto não há justa causa para instaurar a persecução criminal”, tendo sido acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Sustentando a posição vencida, o relator, Ministro Marco Aurélio, reiterou o seu entendimento já manifestado na questão de ordem suscitada no Inquérito nº 4483, quando afirmou que “não cabe ao Supremo Tribunal Federal proferir juízo antecipado a respeito de eventuais teses defensivas antes da autorização da Câmara dos Deputados”, sendo acompanhado pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e pelo Ministro Edson Fachin.

Segundo consignado no voto vencido, “o juízo político de admissibilidade, por dois terços da Câmara dos Deputados, considerada acusação contra o Presidente da República, precede ao técnico-jurídico, pelo Supremo, concernente ao recebimento da queixa-crime. Somente após autorização da Câmara dos Deputados é adequado dar sequência à persecução penal no âmbito do Tribunal.”

Pois bem.

Como se sabe, e quanto a isso, evidentemente, não há falar-se em alguma controvérsia, o Presidente da República, na vigência do mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções e, enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, não estará sujeito a prisão, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 86, da Constituição Federal.

Nada obstante, consta do *caput* do art. 86 que, “admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.”

Também é cediço que a expressão “infração comum” antagoniza-se com o chamado crime de responsabilidade (porque este, na verdade, de infração penal não se trata), sujeito a um julgamento eminentemente político, cujo processo dar-se-á perante o Senado Federal: trata-se do *impeachment*.¹

De toda maneira, em ambos os casos – nos crimes comuns e nas infrações político-administrativas (“crimes de responsabilidade”) – não se prescinde da autorização de dois terços da Câmara dos Deputados para admitir uma acusação (criminal ou política, respectivamente) contra o Presidente da República, trate-se de uma peça acusatória de natureza penal (denúncia ou queixa-crime), ou se trate de uma acusação formal onde se lhe impute uma (ou mais) conduta ilícita prevista no art. 85 da Constituição Federal e expressamente tipificada nos arts. 5º a 12 da Lei nº 1.079/50.

No primeiro caso, ou seja, numa acusação por suposta prática de uma infração penal (crime/delito ou contravenção penal), o Presidente da República será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal; no segundo caso (tratando-se de imputação de “crimes de responsabilidade”), será julgado perante o Senado Federal (art. 86, *caput*, da Constituição), num “julgamento-político”, como o chamou Rui Barbosa.²

Não se trata, exatamente, de um *bis in idem*, afinal, são responsabilizações de distintas naturezas. De mais a mais, ao utilizar a expressão “admitida

a acusação contra o Presidente da República”, o *caput* do art. 86 não diferencia se se cuida de uma acusação penal (uma denúncia ou uma queixa-crime) ou política (um pedido de *impeachment*).

Obviamente que, admitida a acusação pela Câmara dos Deputados por “crime de responsabilidade”, a autorização desta Casa já implica na abertura do processo de *impeachment*, pois o Senado (o órgão julgador) não poderá deixar de aceitá-la, o que não acontece no caso de uma acusação criminal, quando, ainda que autorizado o processo crime pela Câmara dos Deputados, a denúncia ou a queixa-crime poderá, posteriormente, ser, uma ou outra, rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, com base nos arts. 395 e 396, do Código de Processo Penal.

Em outras palavras: no caso de uma acusação por “crime de responsabilidade” o juízo positivo de admissibilidade da Câmara dos Deputados instaura formalmente o processo de *impeachment*, obrigando o Senado a processá-lo nos termos da referida lei;³ de outro modo, em caso de infração penal (crime ou contravenção penal), e ainda que autorizado o processo pela Câmara dos Deputados, a peça acusatória poderá não ser recebida, caso seja manifestamente inepta, não haja justa causa para o exercício da ação penal, falte uma das condições para a ação penal ou esteja ausente alguns dos pressupostos processuais (art. 395, I, II e III, do Código de Processo Penal).

Importante ressaltar, outrossim, que, antes mesmo da referida disposição (art. 86, *caput*), a própria Constituição já sinalizava no mesmo sentido, ao prever, no art. 51, I, que compete, privativamente, à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, não se fazendo diferença entre processo criminal e processo político (*impeachment*).

Ora, ambas as disposições constitucionais não deixam dúvidas acerca da imperiosa necessidade que, antes mesmo de uma análise jurídico-penal pelo Supremo Tribunal Federal, seja feito um juízo preliminar, e de natureza evidentemente política, sobre a admissibilidade (ou não) de uma acusação (pública ou de iniciativa privada) contra o Presidente da República.

Portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi equivocada – como já o tinha sido no julgamento anterior referido no voto vencedor –, pois não há margem para interpretação outra que não seja a de que, antes do recebimento (ou não) de uma peça acusatória oferecida contra o Presidente da República, faz-se imperioso colher o juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados; trata-se, por óbvio, de uma norma clara, incontestável, cogente e, portanto, de aplicação obrigatória.

Neste sentido, aliás, é o entendimento do próprio Ministro Gilmar Mendes (que neste julgamento acompanhou a divergência) quando, após afirmar que o processo-crime contra o Presidente da República é da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b*, da Constituição), conclui que “em relação aos atos praticados no exercício da função ou em razão dele (*in officio* ou *propter officium*), o processo somente poderá ser instaurado após a licença da Câmara dos Deputados.” Segundo Gilmar Mendes, “tal como para os fins de crime de

responsabilidade, a licença dependerá de autorização de 2/3 dos votos da Câmara dos Deputados em votação nominal (art. 86, *caput*).⁴

No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma tratar-se de uma atribuição privativa (e mais: exclusiva), “porque insuscetível de delegação, e que a Câmara dos Deputados exerce sozinha e por si, autorizando, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.”

Este mesmo autor, adiante, conclui que, “enfim, em se tratando de crimes comuns, *autorizado o processo pela Câmara*, este será instaurado pelo Supremo Tribunal Federal com o recebimento da denúncia ou queixa-crime, com a consequência, também imediata, da suspensão do Presidente de suas funções (art. 86, § 1º, I), *prosseguindo o processo nos termos* do Regimento Interno daquele Colendo Tribunal e *da legislação processual penal pertinente*.” (grifei).⁵

Ou seja, na esteira do entendimento de José Afonso da Silva, antes de se aplicar a legislação processual penal (mais especificamente os arts. 395 e 396 do Código de Processo Penal), deve a peça acusatória ser enviada à Câmara dos Deputados para fins de admissibilidade e autorização para o respectivo processo penal. Trata-se, como afirma Pinto Ferreira, de uma determinada competência privativa, a respeito de uma matéria que lhe é própria, e que não pode ser exercida por outro órgão.⁶

Aliás, e como é óbvio, esse “requisito de procedibilidade para o Presidente da República (seja ele declaração de procedência da acusação, seja ele autorização para o processo e julgamento por qualquer espécie de crime) justifica-se pela natureza do mandato que ele exerce, e pela repercussão do preenchimento desse requisito: o da suspensão de suas funções, que, no sistema de 1969, era imediata, e, agora, só depende do recebimento da denúncia ou da queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, ou só sobrevém com a instauração do processo pelo Senado.”⁷

Por fim, observa-se que, ao abrir a divergência, o Ministro Dias Toffoli perguntou em seu voto: “Se, em uma investigação criminal sob sua supervisão direta, esta Suprema Corte tem poderes para trancar um inquérito por falta de justa causa, ou para rejeitar, liminarmente, uma denúncia por esse mesmo fundamento ou por inépcia, qual a razão para se imunizar desse juízo preliminar uma denúncia oferecida contra o presidente da República?”

A resposta é simples: por se tratar de uma acusação contra o Presidente da República, por ser uma competência privativa da Câmara dos Deputados e em razão de um comando constitucional.

Também se consignou no voto vencedor uma outra indagação: “Se não houver representação do ofendido nas hipóteses de ação penal pública condicionada, o Supremo Tribunal Federal, automaticamente, encaminhará a respectiva denúncia contra o presidente da República à apreciação da Câmara dos Deputados, submetendo-se o chefe do Executivo a um constrangimento ilegal que não seria tolerado a nenhum outro cidadão?”

A resposta é positiva, e pela mesma razão anterior, acrescentando-se que neste caso, evidentemente, a denúncia será rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que admitida pela Câmara dos Deputados, com fulcro no art.

395, II, segunda parte, do Código de Processo Penal (falta de uma condição específica de procedibilidade para o exercício da ação penal). Ademais, convenhamos que o Procurador-Geral da República (a quem cabe oferecer a peça acusatória) dificilmente apresentaria na Suprema Corte uma denúncia por um crime de ação penal pública condicionada, sem estar acompanhada da respectiva representação; seria um erro grosseiro raro, até para um jejuno membro do Ministério Público.

Portanto, errou a Suprema Corte ao dispensar o juízo político (de conveniência e oportunidade) que se faria na Câmara dos Deputados, antes mesmo do Supremo Tribunal Federal proferir a sua decisão técnico-jurídica. Como se disse, é uma competência privativa (e exclusiva, conforme acrescenta José Afonso da Silva), deferida pela Constituição Federal, portanto, insuscetível de disposição por outro órgão da República. 

NOTAS

- 1 Segundo o art. 85 da Constituição Federal, são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a probidade na administração; VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais. “Tais infrações político-administrativas são definidas pela Lei nº 1.079/50 (arts. 5º a 12), que também estabelece as respectivas normas de processo e julgamento (arts. 14 a 38). Observa-se que a Lei nº 1.079/50, ao estabelecer as condutas ilícitas, não consigna sanção de natureza penal, mas político-administrativa, qual seja, a inabilitação para o exercício de qualquer função pública, além do impedimento imediato, obviamente. A propósito, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal considera “crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” (Decreto-Lei nº 3.914/1941).
- 2 Apud FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 584.
- 3 Neste sentido, afirma José Afonso da Silva que, recebida a autorização da Câmara dos Deputados para instaurar o processo, não cabe ao Senado Federal (transformado em tribunal de juízo político) decidir se instaura ou não o processo, não havendo para este a “possibilidade de emitir juízo de conveniência de instaurar ou não o processo, pois que esse juízo de admissibilidade refoge à sua competência e já fora feito por quem cabia.” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 519).
- 4 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 944.
- 5 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 493, 520 e 521.
- 6 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 584.
- 7 STF – Pleno – Queixa-crime nº 427-8/DF – Questão de Ordem – Relator Ministro Moreira Alves, decisão: 14/03/1990. Ementário STF, nº 1.721-1). Esta decisão, curiosamente, é citada na obra do Ministro Alexandre de Moraes (que também acompanhou a divergência): *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 960).



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.



Do estado soberano à diluição das fronteiras pelo ciberespaço

■ POR SANDRO ABREU TORRES E SAULO MATHEUS TAVARES DE OLIVEIRA

“O ambiente do ciberespaço e da nova sociedade reclamam um amplo diálogo político a ser estabelecido pelos atores internacionais, para que muitas diferenças possam ser superadas no contexto de uma conjuntura que na ótica de muitos entusiastas caminha para um regramento supranacional.”

Tratar do ciberespaço e seus reflexos nas fronteiras de fato dos Estados, sem, no entanto, abordar os institutos da soberania, do Estado e do poder, seria deixar inócua toda a tentativa de compreensão dos impactos que a internet promove no cenário mundial e inclusive, dentro dos próprios Estados, mormente na desmitificação dos conceitos tradicionais de soberania.

O artigo, buscará ao longo de sua exposição discorrer sobre as mais diversas conceituações de soberania, fixando-se em uma delas, fazendo-se um recorte epistemológico temporal e doutrinário, a fim de que os estudos ulteriores se esteiem nesta concepção, de que a soberania é um conjunto de poderes ou competências de um Estado e considerada também como supremacia ou independência do poder estatal.

Não podemos deixar de abordar, pela estirpe do trabalho as consequências advindas com o surgimento da Internet e de novas formas de comunicação, que não estão albergadas pelas conceituações – e limites – tradicionais dados à soberania, onde como se verá, engessando a burocracia Estatal, por inevitavelmente não conseguir acompanhar essas novas demandas, o poder estatal acaba por ruir, perdendo cogência tanto em um ambiente virtual, quanto transacional.

A título de compreensão, lançamos mão no decorrer da narrativa de um desses efeitos mais cristalinos, na diluição do poder de controle dos Estados, verificado na impossibilidade de gestão sobre todo o conteúdo que circula na rede, tornando-se mais evidente quando tal conteúdo, fere bem jurídico tutelado pela Jurisdição, cuja cogência, encontra sensíveis dificuldades para cumprimento.

No decorrer da segunda metade do século XX e início do século XXI o mundo vem assistindo a ascensão de uma nova sociedade que se sustenta em forte modo de produção tecnológica e tem o ciberespaço como base para sistemas vitais da comunidade.

O advento desse novo mundo passou a questionar os limites fronteiriços dos Estados e a própria subsistência da soberania que para resistir aos novos contornos do mundo globalizado necessita de uma base jusfilosófica e de uma perspectiva que possa sustentá-la, tendo o desafio de se fazer entendida além do mero espaço físico.

A jurisdição caminha no mesmo passo quando sua tradicional idealização voltada para a solução de conflitos no ambiente interno dos Estados parecia teoricamente satisfazer seus propósitos institucionais. Todavia, quando as fronteiras desses Estados são abertas e as sociedades são chamadas a conviver com um mundo globalizado em que as várias ordens jurídicas concorrem mutuamente, a jurisdição é chamada a se ressignificar diante um direito que se formata num novo ambiente e que promana da cooperação.

ESTADO, PODER E SOBERANIA: AS FRONTEIRAS TRADICIONAIS DA HUMANIDADE

Os ensinamentos de Eduardo Felipe P. Matias revelam-se com maestria incontestes. Em que pese a soberania ter ao longo da história sido conceituada de diversas formas, assumir a acepção dual do autor é a que se melhor revela filiar neste momento. Para ele, a soberania pode ser observada como um conjunto de poderes ou competências de um Estado e considerada também como supremacia ou independência do poder estatal.¹

Outrossim, logo que Jean Bodin definiu as características mais notáveis da soberania, considerando como soberano aquele que dita a lei a todos os sujeitos, que faz a paz e a guerra, que nomeia todas as autoridades e magistrados de

seu país, que cobra os impostos e liberta quem bem lhe aparece concedendo a graça a quem mereceu a morte, o estado soberano de lá para cá, foi alvo de uma evolução que acabou por tornar este poder, antes tão absoluto, para um cada vez mais relativo.²

Por sua vez, Jean Jacques Roche compulsando o conceito de soberania, afirmou que: “Misteriosa quanto às suas origens – em relação às quais juristas, filósofos ou historiadores não conseguem chegar a um acordo -, a soberania apresenta-se, não como um predicado absoluto e intangível, mas como o instrumento de legitimação de um poder, habilitado a se transformar e a organizar juridicamente as mudanças sociais”.³

Para Eduardo Matias⁴ inúmeras correntes advieram com o objetivo de explicar o sentido da soberania. A evolução desse conceito acompanhou a história das mudanças no poder político. Nesta toada, “de início, soberano foi qualificativo atribuído à monarquia e seu titular; depois com o progresso das ideias liberais, à nação, ao povo, ao Estado”.⁵

Quedando-nos, apenas neste momento, em não se aprofundar sobre a evolução e a marcha da soberania pelo decorrer da história, compreende-se que o surgimento do conceito de soberania deu-se a partir da formação do estado moderno.

Não podemos olvidar as contribuições filosóficas de Thomas Hobbes, para a explicação da natureza da soberania, assim como os outros “contratualistas” – filósofos que na tradição jusnaturalista, afirmam que o Estado se originou de um contrato – revelam-na como parte inerente ao Estado absoluto, que possuindo-a de forma incondicional, irresistível, inapelável e ilimitada, uma vez que somente um poder incontestável seria capaz de impedir que os indivíduos exercessem seu direito de natureza, promoveria portanto, a busca da paz e segurança daqueles que por meio da vontade racional, atribuíram ao Estado o uso da força e dos recursos de todos que possuíam anteriormente, mas de forma individualizada.⁶

Porém, indo de encontro com as convicções de Hobbes, temos John Locke e Jean-Jacques Rousseau, que demonstram, mesmo seguindo a vertente contratualista de surgimento do Estado, que no seu pressuposto de existência, que é a passagem do estado de natureza para o estado civil por meio do contrato social, denota em diferentes consequências deste “estado prévio” para o mundo das ideias.

Locke permanece com a compreensão do estado de natureza como sendo anterior ao estado civil, porém não adjetiva-o como espaço de insegurança e violência outrora afirmado por Hobbes, e sim, adjetiva-o como espaço pacífico, embora não se possa olvidar que existissem condutas humanas descompassadas, como a exemplo da violação da “propriedade” – nome dado à vida, à liberdade e aos bens – e que essas condutas tidas por inconvenientes foram as que fomentaram a necessidade de se pactuar, consensualmente, trocar a liberdade individual pela segurança proporcionada pelo Estado.⁷

Em arremate, Atila Özer pontua que, ao definir o Estado como simples instrumento destinado a preservar a propriedade dos indivíduos, Locke reverencia o individualismo e o caráter convencional do Estado.⁸

Continuando na narrativa de Rousseau, hipótese explicativa é como o Autor trata o estado de natureza; O filósofo mesmo seguindo a corrente contratualista de nascimento do Estado, o compreende como derivado de um contrato social instrumentalizado, havendo antes de sua existência não um estado de violência ou de inconveniências como delineado respectivamente por Hobbes e Locke, mas de paz, em que os seres humanos viviam de forma isolada, dispersa e solitária. Porém, Rousseau não deixa de reconhecer que com a atenuação desse isolamento e conseqüentemente maior proximidade entre os homens, passou a se perceber desavenças que tornaram premente a celebração do contrato social.⁹

Assim, sob a égide da tradição contratualista de formação do Estado podemos perceber que sua perspectiva antagônica é a visão essencialista, cujo destaque damos às ponderações de Immanuel Kant, que mesmo recusando o dilema de Hobbes, afirma que o estado adveio da ideia dos homens em constituí-lo e não do ato em si considerado, ressaltando que a subordinação dos indivíduos ao Estado deriva da própria liberdade de cada pessoa, logo, a soberania não emanando do indivíduo e sim atributo do Estado, este poderia então promover a realização de seus objetivos metaindividuais, independentemente da vontade dos membros que compõem a sociedade.¹⁰

A noção de soberania como um conjunto de poderes ou competências de um Estado e como supremacia ou independência do poder estatal manejados de forma absoluta, a muito já vem sendo preterida pela noção de soberania relativa. Como descrito anteriormente, Jean Bodin já vinha traçando a ideia de soberania limitada pelo direito natural, pelo direito divino e pelas obrigações assumidas pelo titular do exercício deste poder. Hugo Grotius, apontado por Eduardo Matias, também consignava a sua posição de que, o uso, pelo Estado, de seu poder soberano era limitado pelo direito natural.¹¹

Contudo, Hans Kelsen é aquele que com mais perfeição desenvolve a teoria de soberania limitada. Para o jurista e filósofo austríaco, o Estado teria a capacidade de determinar sua própria extensão e alcance de regulamentação.¹² Tal capacidade reverte-se na competência de impor obrigações e conferir direitos de forma relativa e não suprema.¹³

A órbita internacional impõe a aquiescência desta qualidade da soberania, uma vez que, o Estado não estaria submisso para com a soberania de um outro Estado, mas sim encontraria baliza para seu exercício no direito internacional.

Tal compreensão levou Georges Andrassy a propor que a noção de soberania não muda em sua essência, mas sim as regras de direito que delimitam o quadro de suas competências e o exercício delas o que acarreta uma modificação no exercício das competências reservadas ao Estado pelo direito internacional.¹⁴

Ademais, importa-nos abordar neste esboço, a soberania dos Estados, compreendidos no cenário Westfaliano, pois mesmo depois da derrocada do modelo feudal, o poder interno dos monarcas não poderia fundamentar-se de fato, sem que, externamente, o monopólio desse poder fosse reconhecido. Frise-se então, que esse necessário reconhecimento, inerente à consolidação dos Estados soberanos na Europa, adveio dos tratados de Westfália.

Sem nos atermos ao engendrado complexo de fatos e recortes dos momentos que precederam a “paz de Westfália”, com o fim da Guerra dos Trinta Anos, afirmou-se, então, a paridade jurídica entre os Estados, que teve sua presença percebida quando da aceitação do princípio da soberania estatal.

Assim sendo, como de bom alvitre, compreende-se tradicionalmente a soberania como um fenômeno jurídico que consiste no exercício do conjunto de atributos de liberdades positivas e negativas, supremacia e independência compreendidos inclusos no poder de um Estado reconhecido pela comunidade internacional, e que, no contexto atual, essa compreensão tradicional não encontra mais guarida, como se verá a seguir.

SOBERANIA ESTATAL E REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: A DERROCADA DO PODER ESTATAL

*En droit, il n'y a pas de choses, il n'y a que des noms de choses*¹⁵ é assim que Jean Combacau nos insere a narrativa de compreensão dos signos que permeiam o mundo dos fatos, pois agora em tradução: Em direito não há coisas, há somente nome de coisas. E com a soberania, tal compreensão não poderia ser díspare, uma vez que, ao estudarmos o poder estatal, atribuímos a esse poder, no mundo fático, a denominação de soberania.

Dois são os alcances que se destacam como principais, ao reverberarmos os conceitos de soberania. Segundo Carré de Malberg, a soberania poderia constituir o conjunto de poderes compreendidos no poder do Estado, sendo assim, até mesmo sinônimo deste e para além, poderia ainda inferir o caráter absoluto de um poder plenamente independente e, em particular, do poder estatal.¹⁶

Esse entendimento dual nos possibilita compreender que, quanto ao primeiro, a soberania seria o próprio conjunto de prerrogativas, poderes e competências, que o Estado possuiria, tanto de forma interior como exteriorizada, e quanto ao segundo, a soberania seria vislumbrada como supremacia, que equivale ao poder supremo que o Estado deteria dentro de suas fronteiras.¹⁷

Não obstante resultar de um engendrado processo histórico de sedimentação do poder, as duas concepções de soberania têm um caráter normativo e consistem em sua natureza jurídica. São, pelo direito internacional, portanto também pelos Estados, que não a questionam formalmente reconhecidas como soberania de direito.

Noutro giro, como percebido, para além da compreensão da soberania de direito, importa-nos destacar o quanto a soberania em seus aspectos jurídicos é de fato observada, não somente pelos Estados, mas por outros atores que advieram no decurso do tempo, desde o surgimento do Estado moderno.

Como então visto, a soberania, sendo a supremacia do Estado e de forma realmente autônoma, observando o *quantum* que aquele dever – ser jurídico corresponde a um ser de fato resistindo às pressões e influxos externos e internos na condução de suas políticas, falamos então em soberania de fato.

Quanto a soberania na forma jurídica, ela equivale a um direito, a um determinado *status* no âmbito internacional, que está relacionado a seu

reconhecimento por parte dos demais Estados. Esse *status* é vindicado a partir de dentro e conferido a partir de fora do Estado, vinculado ainda a questões de autonomia, capacidade militar, delimitação territorial e reconhecimento mútuo.¹⁸

Essa soberania de fato, como visto alhures, é desiderato do poder que os Estados historicamente reuniram de fato, ademais, F. H. Hinsley rememora que “a autoridade e o poder são fatos tão antigos e onipresentes quanto a própria sociedade”¹⁹, bem como “embora nós falemos dela imprecisamente como algo concreto que pode ser perdido ou adquirido, erodido ou aumentado, a soberania não é um fato. Ela é um conceito que os homens aplicaram a determinadas circunstâncias”²⁰ e arremata reverberando que soberania é “uma qualidade de lhe atribuíram ou representação que lhes apresentaram ao poder político que eles ou outros homens estavam exercendo”²¹.

E assim, verificando as compreensões de soberania, vemos que a ausência de soberania – de fato – implica em ausência de poder – efetivo – do Estado, uma vez que “o conceito de soberania é vazio, a menos que esteja associado ao poder expresso por uma estrutura que confere autoridade e competência a seus titulares para exercerem coercitivamente suas vontades seja essa vontade produto do arbítrio individual ou de leis e regras expressas”.²²

O aparecimento do ciberespaço, *locus* das transações comerciais e trocas de informações por meio eletrônico²³, influencia de forma sensível o modelo de Estado soberano. Modelo este que, como visto, atribui ao Estado um poder que só tem logicidade se for efetivo, verificado por meio da serventia da soberania de fato.

A soberania, sempre esteve junto a uma identificação de liames territoriais, relacionando-se com o controle do espaço físico e das pessoas localizadas em seus territórios. Atente-se que até então a noção de território não englobava o “território” virtual.

Nesse espeque, há de se verificar a discrepante diferença nítida entre as fronteiras físicas e a ausência de fronteiras na rede: “As fronteiras físicas tipicamente moldam as fronteiras legais, criando, de fato, sinais avisando que nós estaremos sujeitos a regras diferentes após cruzar tais limites”.²⁴

Assim podemos então compreender que o ciberespaço, no entanto, não se limita às fronteiras tradicionais, como já abordamos ao norte, e os sinais de alerta, qualidade da mudança de jurisdição, não existem na rede.²⁵

Como também esclarece Eduardo Matias²⁶, quando estamos falando de ciberespaço, tanto os custos quanto a velocidade da transmissão dos dados independem da posição física ou geográfica de seus usuários, o que culmina na eliminação dos entraves das mais distintas ordens que poderiam separar as pessoas.

Ademais, impende destacar na senda deste item que, mesmo que jurisdições distintas busquem regular a internet, a forma como cada uma delas procura fazê-la pode ser diferente, e a ausência de fronteira na rede causa necessariamente conflitos entre as partes do mundo que, nas palavras do Autor, são “fisicamente distantes, mas eletronicamente próximas”²⁷.

Para que possamos compreender, de pronto, a dificuldade do Estado – ou melhor, a impossibilidade – de regular tudo o que ocorre na *internet*, o Estado deveria ser capaz de detectar o fluxo de informações que se utiliza da rede para atravessar suas fronteiras (compreensão semelhante às fronteiras físicas) o que significaria tentar controlar uma quantidade surpreendente de caminhos eletrônicos e inúmeras formas pelas quais a informação trafega por cada caminho.

Muito embora esse controle não ser impossível, mostra-se cristalinamente de fato inviável, sem olvidar que, as informações, poderiam ser codificadas pelo emissor e depois de adentar ou sair do território estatal, serem decodificadas por seu receptor.²⁸

Na mesma senda, o surgimento da *internet* gera efeitos ainda mais perturbadores, quando vistos sob a ótica de que esses Estados sejam democráticos, pois inúmeros órgãos desses Estados podem ser afetados pelo ciberespaço, como exemplo, uma determinação judicial objetivando que uma determinada informação saia de circulação, por macular, por exemplo, a intimidade de uma determinada pessoa, passa a ser uma missão quase impossível após o surgimento da *internet*.

Isso representaria, para Manuel Castells, uma demonstração clara de que atualmente as decisões do governo ou dos tribunais sobre o acesso a informações jamais poderiam ser efetivadas. Essa diluição inelutável do controle sobre as informações e sobre o cumprimento de suas ordens – advindas do exercício de sua soberania – representaria a perda de “um dos principais sustentáculos do poder do Estado”.²⁹

Nas lições de Henry Peritt, a perda de controle sobre o que circula na rede afetaria uma das funções de caráter geral de todos os Estados, que é a de “promover e proteger valores cívicos e morais”.³⁰

Neste sentido percebe-se que os governos encontram óbices, por exemplo, no controle de conteúdos proibidos, o que em inglês designa-se costumeiramente como *objectionable content*. A Alemanha tem, muitas vezes em vão, processado, julgado e condenado neonazistas que, praticando seus delitos com ponto de partida nos Estados Unidos, onde estão sob a proteção de leis que defendem a liberdade de expressão, utilizam-se da *internet* para divulgar mensagens racistas.³¹

A bem da realidade, os Estados enfrentam dificuldades em regular as atividades tanto de quem criou quanto de quem disseminou originalmente a informação quanto tais encontram-se para além do território nacional.³²

O mais perceptível desses efeitos é que o ciberespaço promove sobre a soberania estatal esta diminuição, ou como dissemos, na diluição do poder de controle dos Estados sobre o conteúdo que circula na rede, tornando-se mais evidente quando tal conteúdo, fere bem jurídico tutelado pela Jurisdição, cuja cogência, encontra sensíveis dificuldades para cumprimento.

Portanto, a existência do ciberespaço contribui para a perda de efetividade do poder estatal, uma vez que, ao passo que não consegue lograr êxito em regular todas as atividades que se dão na rede, o Estado diminui seu controle sobre seu território, ao menos que “virtual”, sua população e sua autoridade.

O RESSIGNIFICADO DA JURISDIÇÃO NO CIBERESPAÇO

Tomando-se a lógica da jurisdição como uma expressão do exercício da soberania estatal, sua tradicional configuração reclama ressignificado frente aos novos contornos ditados pelo ciberespaço e devendo se apresentar como instrumento resiliente que a perspectiva westfaliana mostra-se incapaz de responder.

Menciona Eduardo Matias³³ que a paz de Westfália levou a afirmação de igualdade jurídica entre os Estados e consolidou a aceitação do princípio da soberania estatal e “nascimento de uma sociedade internacional, marcada pela aceitação pelos Estados, de regras e instituições obrigatórias e pelo seu interesse comum em mantê-las”.

Trouxe o acordo ao delineamento de dois planos: a concepção de um limite no cenário internacional onde os Estados passaram a se reconhecerem mutuamente como iguais e internamente a exclusiva noção de autoridade no âmbito de respectivos territórios, formatação que diante a atual conjuntura tecnológica e globalizada do ciberespaço exige revisitação.

Os temas relacionados ao uso do ciberespaço encontram-se na ordem do dia dos conflitos que envolvem a sociedade moderna, cujos métodos institucionais de pacificação jurisdicional tradicionalmente dispostos pelo Estado têm demonstrado questionável eficiência frente a nova realidade apresentada pelo Direito e o estreitamento dos meios de comunicação que passaram a suplantar as fronteiras físicas e suscitar reflexões acerca de um atual conceito de soberania.

Não obstante, a essência das questões a serem enfrentadas encontra-se mais na perspectiva de como a soberania pode ser reconstruída e atualizada aos novos aspectos sociopolíticos do Estado contemporâneo do que quanto ao restrito elemento territorial físico.

De acordo com as idealizações de Barlow³⁴ o espaço virtual formaria mesmo um espaço paralelo ao territorial que estaria acima dos Estados Nacionais.

Mas segundo Israel³⁵ tendo o ciberespaço a *Internet* como base técnica fundamental, sua operacionalização não se dá no vazio, pois sua compressão espaço-tempo é o resultado da fisicalidade e da materialidade dos cabos oceânicos que conectam os continentes, não havendo na prática nada que não esteja situado em um computador conectado a coordenadas geográficas precisas.

Badie³⁶ em posição controversa chegou mesmo a anunciar o fim dos territórios defendendo que o virtual e o espaço territorial estariam no cenário de dois planos irreconciliáveis e que a transnacionalização seria o limiar do fim dos territórios.

Em sensata posição, Lacoste³⁷ adverte que o debate acerca de um provável fim do território físico e a fragilidade do conceito de soberania diante a fática transnacionalização pode ser perfeitamente superado de acordo com a adequada perspectiva que se aplique a questão, pois a concepção de território pode assumir várias outras facetas e dimensões além do mero espaço tradicionalmente físico.

O território, assim, diante a nova concepção promovida pelo ciberespaço passa a ser concebido em diferentes tipos de perspectiva.

Para Israel³⁸ a reflexão acerca do conceito atualizado de soberania e território permite com que se faça uma releitura do exercício da atividade política e jurisdicional em tempos de globalização.

De acordo com Haerbaert³⁹ partindo-se de um critério de identificação cartográfico ou morfológico, o território pode ser compreendido como território-zona e território-rede, pressupondo o primeiro uma concepção zonal de fronteiras e limites estáveis; o segundo, uma concepção reticular, móvel, desenraizante e instável, portanto, de ideia destruidora de territórios. Mas esclarece que esses termos não se anulam, pois podem ser associados para a formação de base de um novo “processo de territorialização”.

Resolvido que a soberania subsiste e que pode ser atualizada no contexto transnacional, além de ser a jurisdição uma de suas mais fiéis expressões, então passamos a admitir a existência de pluralidade de jurisdições.

Aqui o debate ganha nova complexidade, pois para que se possa indagar se a jurisdição se encontra em crise ou não, haverá de ser testado inicialmente se o contexto cibernético é capaz de recepcionar a tradicional forma de composição de conflitos, com base nos seguintes princípios: inevitabilidade, investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência.

No caso brasileiro, relativamente ao princípio da aderência pressupõe-se que as lesões praticadas no espaço territorial do país possam estar sujeitas a apreciação da autoridade judiciária nacional.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1168547 RJ, enfrentou questão acerca da multiplicidade de jurisdição no ciberespaço, talvez tentando dar ao caso um esforço de simplicidade. Assim foi a *ratio decidendi*.⁴⁰

A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regulamente a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual.

Aplicou o Superior Tribunal a lei brasileira e supostamente resolveu litígio tendo como vítima jurisdicionado residente no Brasil, estabelecendo como critério de entrega de jurisdição o domicílio do usuário para a resolução do conflito. Todavia, no âmbito das relações jurídicas internacionais acerca do uso do ambiente virtual a situação toma complexidade diante a multiplicidade de jurisdições e de interessados que possuem domicílios em países diversos que se excluem mutuamente.

Outro caso brasileiro restou enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça que o argumento do domicílio não foi o suficiente para tornar prática a entrega

jurisdicional. É o caso envolvendo o bloqueio de uma foto histórica de 1909 pelo *Facebook* que apresentava uma indígena com os seios expostos.

A foto encontrava-se na plataforma e na página do Ministério da Cultura em razão do lançamento do portal Brasileira Fotográfica Digital, com o objetivo de publicar um acervo digital de fotos históricas. O Ministério da Cultura contestou o bloqueio e o *Facebook* sustentou ter normas próprias aplicadas no mundo global e que não estava submetido a legislações nacionais, conforme relatado em matéria da EBC⁴¹.

A multiplicidade de jurisdição traz pontos bem difíceis de resolução de modo prático no ciberespaço, quando nesse ambiente há o envolvimento de vários Estados que se associam na coleta (domicílio do usuário), no armazenamento (*data center*) da empresa e local de seu domicílio (Irlanda, por exemplo).

No caso do julgamento acima apontado, o argumento locacional do STJ foi o principal fundamento de sua decisão para resolução do conflito. Todavia, é no contexto das relações internacionais que o quadro não é simples diante a plurilocalização.

Enfim, enquanto a filosofia jurídica não suscitar um debate que ultrapasse a esfera de interesses particulares e isolados dos Estados, o problema da jurisdição no ciberespaço encontra-se longe de ser resolvido, mormente quando na atual conjuntura o isolado não mais se ajusta ao mundo globalizado.

Se o instituto da jurisdição quiser subsistir ao novo arranjo mundial que o desafia, terá que trazer respostas cuja pergunta central é: como resolver os conflitos no mundo informatizado em que as relações transcendem as fronteiras dos Estados e onde muitos se apresentam como concorrentes para resolver os conflitos no estrito interesse isolado de suas legislações?

Se vivemos numa sociedade globalizada, a regra ainda é bem evidente: não há sociedade sem um direito que estabeleça normas para um convívio social e que também solucione tais conflitos. Temos um fato, mas muitos Direitos que concorrem entre si.

Mas sendo o território-rede um dos novos planos a ser compatibilizado com a ideia de soberania e seu exercício ser verificado no ambiente virtual, as relações e conflitos nele ocorridas parecem preponderarem em termos de complexidade e onde o único e mais seguro cenário para que essa jurisdição seja efetiva, reclama uma necessária cooperação internacional. No mundo global o Direito começa a reclamar uma outra formatação;

Essa nova releitura do território-rede como concepção imprescindível para a manutenção da ideia de soberania exige um caminho de ampla cooperação.

Por mais que o exercício da jurisdição tradicional tenha como aparente pressuposto viável o limite territorial, essa configuração não representa uma barreira intransponível para o exercício de controle regulatório frente a instrumentos de cooperação internacional existentes.

Um exemplo nos traz Santos⁴² lembrando a Operação Buccaneer quando em 2001 foram expedidos 70 mandados de busca e apreensão para cumprimento simultâneos nos Estados Unidos, no Reino Unido, na Austrália, na Noruega, na Suíça e na Finlândia objetivando “desmantelar um grupo organizado de pirataria de softwares que atuava de forma global no âmbito online”.

Assim como a soberania exigiu uma nova perspectiva para subsistir diante as alterações da realidade político-social proporcionada pela tecnologia e o ciberespaço, o conceito de jurisdição para ser resiliente deve exigir um novo suporte ideológico e a construção de uma nova perspectiva em que se permita sua atualização.

O ciberespaço já assumiu a posição de grande força indutora das mudanças socioculturais com inarredável reflexo no âmbito regulatório internacional e de ressignificado da jurisdição.

Para Santos⁴³:

Cresce a necessidade de releitura dos critérios de aplicação da lei no espaço e de delimitação jurisdicional, nos quais seja possível, às atividades de caráter transnacional, o seguro estabelecimento de qual norma deverá ser aplicada a cada caso

Um grande aspecto de observância das regulações no contexto internacional é que, em razão das políticas internas de cada país, sua implementação é de extremo retardo, em especial e em razão da falta de consenso entre os Estados-Nação, circunstância que revela grande importância na necessária participação dos demais atores internacionais para o desenvolvimento dessas regras.

De relevo, portanto, as recomendações e as resoluções das Nações Unidas, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Organização Mundial do Comércio (OMC), do Banco Mundial, do Conselho da Europa, do Fundo Monetário Internacional (FMI), da Organização Mundial do Trabalho e outros organismos.

Com efeito, em termos práticos movimentam-se os privados na propositura de ideias para solução de questões que o Estado vem se mostrando inoperante.

Em 2012, as reflexões quanto a busca de solução de conflitos envolvendo várias jurisdições veio a ser talvez o objeto do Regulamento nº 1215/2012⁴⁴, de 12 de dezembro, que determina a competência judiciária, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial no espaço da União Europeia.

Talvez a grande resposta que buscamos para que a jurisdição seja efetivada e subsista no quadro do ciberespaço, resida dentro do contexto global em que deve estar inserida, não podendo mais sua configuração tradicional responder a algo que se tornou tão complexo e plurilateral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observamos durante a exposição narrada, que muito embora a soberania tenha ao longo da história por inúmeras formas sido conceituada, assumir a acepção de que a soberania se revela de significado em um conjunto de poderes ou competências de um Estado e considerada também como supremacia ou independência do poder estatal, mostrou-se a mais, técnica e historicamente, apropriada.

Para mais, compreende-se que, com o surgimento da Internet e de novas formas de comunicação, que não estão albergadas pelas conceituações – e limites – tradicionais dados à soberania, a burocracia Estatal, por inevitavelmente não conseguir acompanhar essas novas demandas, acaba por ruir, perdendo cogência tanto em um ambiente virtual, quanto transacional.

No que concerne aos impactos do ciberespaço na soberania dos Estados, percebeu-se que um desses efeitos mais cristalinos, está na diminuição, ou como dissemos, na diluição do poder de controle dos Estados sobre todo o conteúdo que circula na rede, tornando-se mais evidente quando tal conteúdo, fere bem jurídico tutelado pela Jurisdição, cuja cogência, encontra sensíveis dificuldades para cumprimento.

Notadamente, verifica-se que a existência do ciberespaço catalisa a perda de efetividade do poder estatal, utilizando-se do fato de que os Estados não conseguem lograr êxito em regular todas as atividades que se dão na rede, diminuindo-se assim seu controle sobre seu território, ao menos que “virtual”, sua população e sua autoridade.

A ascensão do mundo globalizado e o ambiente do ciberespaço, estimulou que institutos tradicionais fossem revistos sob novas perspectivas e fossem impulsionados para solução de problemas de ordem global que no período de outrora jamais se imaginou que existiriam.

A ordem dessas transformações apontou para novos formatos de percepção de territórios, além da concepção física e a produção de uma ordem jurídica acima de um contexto localizado, onde o fracasso e o sucesso das relações passam a demandar a compromissada cooperação de Estados e organismos internacionais.

O ambiente do ciberespaço e da nova sociedade reclamam um amplo diálogo político a ser estabelecido pelos atores internacionais, para que muitas diferenças possam ser superadas no contexto de uma conjuntura que na ótica de muitos entusiastas caminha para um regramento supranacional. ■

NOTAS

- 1 MATIAS. Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do estado soberano à sociedade global*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 23 e 24.
- 2 BODIN. Jean. *Lex six livres de la République*. Paris: Le Livre de Poche, 1992, p. 153. Compêndio do texto da edição de 1583 *apud* op. cit.
- 3 SENARCLENS. Pierre de. *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*. Paris: Armand Colin, 1998, p. 69.
- 4 MATIAS. Eduardo Felipe Pérez. _____ Pag. 31
- 5 RANGEL. Vicente Marotta. A soberania dos povos na era astronáutica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 49, v. 291, Jan. 1960, p. 30.
- 6 HOBBS. Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 13, 113-115, 144, 171 e 175.
- 7 MELLO. Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In WEFFORT, Francisco W (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1991. V. 1, p. 86.
- 8 ÖZER. Atila. *L'État*. Paris: Flammarion, 1998, p. 108. *Apud*. MATIAS. Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do estado soberano à sociedade global*. 5ªEd. São Paulo: Paz eTerra, 2014.
- 9 MATIAS. Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade*, p. 44.

- 10 Idem, p. 48,49.
- 11 ROCHE, Jean-Jacques. *Théorie des Relations Internationales*. Paris: Montchrestien, 1997, p. 59.
- 12 PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 199.
- 13 KELSEN, Hans. *Peace Through Law*. New York: The University of North Carolina Press, 1944, p. 35.
- 14 ANDRASSY, Georges. *La Souveraineté et la Société des Nations*. RCADI, t. 3, 1937, p. 660,663.
- 15 COMBACAU, Jean. *Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'État*, Paris nº 67, 1993, p. 48.
- 16 CARRÉ de MALBERG, Reymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Sirey, 1985. t. 1, p. 79. Reedição do original de 1920-1922.
- 17 MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade*, p. 72.
- 18 FALK, Richard A. *On Humane Governançe: Towards a New Global Politics*. Philadelphia: The Pennsylvania University Press, 1995, p. 81 *apud* MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do estado soberano à sociedade global*. 5. ed. São Paulo: Paz eTerra, 2014, p. 79.
- 19 HINSLEY, F. H. *Sovereignty*. 2nd ed. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1986. Edição original de 1966, p. 1.
- 20 *Ibidem*.
- 21 *Ibidem*.
- 22 SATO, Eiiti. O papel estabilizador dos países periféricos na ordem internacional: percepções e perspectivas. 1997. Tese (Doutorado) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997, p. 14.
- 23 MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade*, p. 158.
- 24 *Digital Equipment Corp. contra a Altavista Technology, Inc.* cf. em JOHNSON, David R.; POST, David G. Law and Borders: the Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, Stanford, nº 48, p. 1, May 1996. Disponível em: http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html. Acesso em 27 out. 2020.
- 25 O que faz que o ciberespaço represente “um desafio para as regras básicas de jurisdição sob o direito nacional e internacional”. BROWN, Bartram S. *Developing Countries in the New Global Information Order*. In BOISSON de CHAZOURNES, Laurence; GOWLLAND-DEBBAS, Vera. (ed.) *The International Legal System in Quest of Equity na Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001, Pág. 415.
- 26 MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *Op. cit.*, p. 159.
- 27 Idem.
- 28 A título de exemplo apresentado por Dertouzos, fotos pornográficas poderiam atravessar as fronteiras passando-se por hinos religiosos. DERTOUZOS, Michael. *What Will be: How the New World os Information Will Change our Lives*. San Francisco: Harper Edge, 1997, p. 290.
- 29 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 302.
- 30 PERRIT, Henry H. *The internet as a threat to sovereignty?: thoughts on the internet's role in strengthening national and global governance*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, Spring 1998, p. 427.
- 31 PERRIT, Henry H. *The internet as a threat to sovereignty?: Op. cit.*, p. 429.
- 32 HURLEY, Deborah; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Information Policy and Governance*. *Apud* NYE, Joseph S; DONAHUE, John D (ed.) *Governance in a Globalizing World*. Cambridge Mass: Brookings Institution Press, 2000, p. 339.
- 33 MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade*, p. 35, 36 e 37.
- 34 BARLOW, J. P. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Electronic Frontier Foundation. Davos, 8 Feb. 1996. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 29 nov. 2020, p. 20.

- 35 ISRAEL, C. B. Território, jurisdição e ciberespaço: entre os contornos westfalianos e a qualidade transfronteiriça da *internet*. Geosp – Espaço e Tempo (Online), v. 24, n. 1, p. 69-82, abr. 2020, ISSN 2179-0892, p. 71.
- 36 BADIE, B. O fim dos territórios. Lisboa: Instituto Piaget, 1995b, pág. 206.
- 37 ISRAEL, C. B. Território, jurisdição e ciberespaço: entre os contornos westfalianos e a qualidade transfronteiriça da *internet*. Geosp – Espaço e Tempo (Online), v. 24, n. 1, p. 69-82, abr. 2020, ISSN 2179-0892, p. 71. Apud LACOSTE, Y. Encore et toujours des territoires. In: LE TERRITOIRE, LIEN OU FRONTIERE? 1995, Paris. Anais... Paris: L'Orstom, 1995. Disponível em: [http:// deey.free.fr/documents/Documents%20territoires/Territoire,%20lien%20ou%20fronti%C3%A8re/TEXTES/ACTES.PDF](http://deey.free.fr/documents/Documents%20territoires/Territoire,%20lien%20ou%20fronti%C3%A8re/TEXTES/ACTES.PDF). Acesso em: 29 nov. 2020.
- 38 ISRAEL, C. B. Território, jurisdição e ciberespaço: entre os contornos westfalianos e a qualidade transfronteiriça da *internet*. Geosp – Espaço e Tempo (Online), v. 24, n. 1, p. 69-82, abr. 2020, ISSN 2179-0892, p. 72.
- 39 O mito da desterritorialização: Do “fim dos territórios” à multiterritorialidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- 40 REsp 1168547 RJ
- 41 LEAL, A. Ministério da Cultura aciona Facebook por censurar foto de casal indígena. Agência Brasil. Brasília, 17 abr. 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/cultura/noticia/2015-04/ministerio-da-cultura-aciona-facebook-por-censurar-foto-de-casal-indigena>. Acesso em 29 nov. 2020.
- 42 DOS SANTOS, Daniel Leonhardt. A territorialidade no contexto da criminalidade global: considerações sobre a influência do ciberespaço na delimitação jurisdicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 2, p. 597-622, 2019, p. 17.
- 43 DOS SANTOS, Daniel Leonhardt. A territorialidade no contexto da criminalidade global: considerações sobre a influência do ciberespaço na delimitação jurisdicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 2, p. 597-622, 2019, p. 17.
- 44 Também denominado de Bruxelas I, revogou os anteriores regulamentos nº 44/2001, de 16/01 e o nº 156/2012, de 22 de fevereiro.

REFERÊNCIA

- ANDRASSY, Georges. *La Souveraineté et la Société des Nations*. RCADI, t. 3, 1937.
- BADIE, B. *O fim dos territórios*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995b.
- BARLOW, J. P. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Electronic Frontier Foundation. Davos, 8 Feb. 1996. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- BERTRAND. *O mito da desterritorialização: Do “fim dos territórios” à multiterritorialidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- BODIN, Jean. *Lex six livres de la République*. Paris: Le Livre de Poche, 1992. Compêndio do texto da edição de 1583.
- BROWN, Bartram S. *Developing Countries in the New Global Information Order*. In BOISSON de CHAZOURNES, Laurence; GOWLLAND-DEBBAS, Vera. (ed.) *The International Legal System in Quest of Equity in Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001.
- CARRÉ de MALBERG, Reymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Sirey, 1985. t.1. Reedição do original de 1920-1922.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COMBACAU, Jean. *Pas une puissance, une liberte: la souveraineté internationale de l'État*, Paris nº 67, 1993.
- DERTOUZOS, Michael. *What Will be: How the New World of Information Will Change our Lives*. San Francisco: Harper Edge, 1997.

- DOS SANTOS, Daniel Leonhardt. *A territorialidade no contexto da criminalidade global: considerações sobre a influência do ciberespaço na delimitação jurisdicional*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 5, n. 2, p. 597-622, 2019. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/235>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- FALK, Richard A. *On Humane Governance: Towards a New Global Politics*. Philadelphia: The Pennsylvania University Press, 1995.
- HINSLEY, F. H. *Sovereignty*. 2nd ed. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 1986. Edição original de 1966.
- HOBBS. Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- HURLEY, Deborah; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Information Policy and Governance*. Apud NYE, Joseph S; DONAHUE, John D (ed.) *Governance in a Globalizing World*. Cambridge Mass: Brookings Institution Press, 2000.
- ISRAEL, C. B. *Território, jurisdição e ciberespaço: entre os contornos westfalianos e a qualidade transfronteiriça da internet*. Geosp – Espaço e Tempo (Online), v. 24, n. 1, p. 69-82, abr. 2020, ISSN 2179-0892. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/geosp/article/view/161521>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- JOHNSON, David R.; POST, David G. *Law and Borders: the Rise of Law in Cyberspace*. *Stanford Law Review*, Stanford, nº 48, p. 1, May 1996. Disponível em: http://www.cli.org/X0025_LB-FIN.html.
- LEAL, A. Ministério da Cultura aciona Facebook por censurar foto de casal indígena. Agência Brasil. Brasília, 17 abr. 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/cultura/noticia/2015-04/ministerio-da-cultura-aciona-facebook-por-censurar-foto-de-casal-indigena>. Acesso em 29 nov. 2020.
- KELSEN. Hans. *Peace Through Law*. New York: The University of North Carolina Press, 1944.
- MATIAS. Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do estado soberano à sociedade global*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.
- MELLO. Leonel Itaussu Almeida. *John Locke e o individualismo liberal*. In WEFFORT, Francisco W (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1991. V. 1.
- ÖZER. Atilla. *L'État*. Paris: Flammarion, 1998.
- PAUPÉRIO. A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- PERRIT, Henry H. The internet as a threat to sovereignty?: thoughts on the internet's role in strengthening national and global governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, Spring 1998.
- RANGEL. Vicente Marotta. A soberania dos povos na era astronáutica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 49, v. 291, Jan. 1960.
- ROCHE. Jean-Jacques. *Théorie des Relations Internationales*. Paris: Montchrestien, 1997.
- SATO, Eiti. O papel estabilizador dos países periféricos na ordem internacional: percepções e perspectivas. 1997. Tese (Doutorado) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.
- SENARCLENS. Pierre de. *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*. Paris: Armand Colin, 1998.
- STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1168547 RJ 2007/0252908-3. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 07/02/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19128034/recurso-especial-resp-1168547-rj-2007-0252908-3-stj>. Acesso em: 29 nov. 2020.

ARQUIVO PESSOAL



SANDRO ABREU TORRES é mestrando em Direito pela Universidade Católica de Santos - Unisantos. Especialista (Pós-Graduado) em Direito Constitucional. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas-Ciesa.

ARQUIVO PESSOAL



Saulo Matheus Tavares de Oliveira é mestrando em Direito pela Universidade Católica de Santos-Unisantos. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Advogado e Professor.



“Putting in long hours for a corporation is hard,” he says. “But putting in long hours for a cause is easy. I think it’s quite motivating for people.”
Elon Musk - CEO da Tesla

Startups e a Comercialização em Plataformas e Marketplaces – Benefícios de Uso de Estrutura no Exterior

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ

“É imprescindível saber que incorporar, constituir, possuir, manter ou ser titular de uma empresa no exterior é, no atual cenário regulatório brasileiro, absolutamente possível, real e legal.”

Cada vez mais, usuários dos mais distintos sistemas operacionais e de aplicativos acessam lojas, *hubs* de comércio eletrônico, plataformas, e *marketplaces* como *Amazon*, *Googleplay*, *Apple Store*, *E-bay*, *Alli Express*, *Shopify*, *Jingdong*, *Rakuten*, dentre tantas outras. O universo empresarial sofre, cada vez mais e com maior velocidade, mudanças e diminuições de barreiras, ampliadas e aprofundadas pela popularização e maior acesso da população mundial à *internet*.

Empreendedores e *startups* estão cientes desse movimento.

Alfred P. Sloan Jr., por volta de 1918, já alertava sobre questões de crescimento, dificuldades, obstáculos, problemas e soluções. Para ele, “crescimento

e progresso estão relacionados, uma vez que não existe um lugar de descanso para uma empresa numa economia competitiva. Obstáculos, conflitos, novos problemas em várias formas e novos horizontes surgem para agitar a imaginação e continuar o progresso da indústria. (...) O espírito empreendedor é perdido na inércia da mentalidade avessa a mudanças. Quando essas influências se desenvolvem, o crescimento pode ser detido ou entrar em declínio, devido à incapacidade para reconhecer avanços da tecnologia ou novas necessidades dos consumidores, ou talvez por uma concorrência mais viril e agressiva.”¹

Contudo, muitas vezes a localização dos bens e o fluxo de pagamentos pode comprometer negócios que não estejam preparados ou corretamente estruturados, ou ainda podem literalmente “corroer” os recebíveis e rendimentos por conta de altas taxas de transferência internacional e de conversões de moedas.

Para isso, um bom planejamento de negócios certamente envolverá (ou deveria envolver) um estudo mais aprofundado de custos de venda de mercadoria, inclusos os custos transacionais (tanto nacionais quanto estrangeiros). Sabemos o custo e o impacto que a carga tributária imposta pelo Estado à sociedade geram. Sabemos, igualmente, que não podem ser desprezados e por muitas vezes são determinantes na escolha da forma que um determinado agente econômico conduz seus negócios, chegando ao extremo de determinar a inviabilidade de determinada opção empresarial. Ronald Coase leciona: “*The way in which industry is organized is thus dependent on the relation between the costs of carrying out transactions on the market and the costs of carrying the same operations within that firm which can perform this task at the lowest cost*”². Ora, dentre os inúmeros custos envolvidos nas operações da empresa, os tributários não podem ser relevados, e sim, contabilizados e analisados à exaustão.

Impostos e custos bancários devem fortemente ser avaliados. E uma *startup* que tem como meta crescimento e escalabilidade deve obrigatoriamente levar estes pontos em consideração em suas premissas.

E neste ponto surge outra questão relacionada quanto se pensa que muito deste comércio passa digital ou fisicamente pelo mercado norte-americano. Trata-se da necessidade de identificação perante o Fisco norte-americano, o chamado “Tax ID”. Este é o número fiscal dos EUA que também é necessário também para abertura de conta bancária corporativa nos EUA, além de ser exigido para realização de outras negociações comerciais naquele país – como por exemplo para disponibilizar conteúdo para venda em plataformas locais ou globais como citado. A mesma preocupação vale ao Reino Unido – lembramos importante variável que a partir de 1º de janeiro de 2021 as novas regras aplicáveis a vendas entre o Reino Unido e a União Europeia entraram em vigor, dado que o período de transição do Brexit terminou em 31 de dezembro de 2020.

Aqui entra uma grande facilidade de utilização de estruturas internacionais.

Tanto uma empresa registrada nos EUA ou no Reino Unido oferecem um número de registro fiscal da empresa e com ele, o titular da empresa (o negócio) pode regularmente se registrar e realizar transações regulares em vários *web-sites* de *e-commerce*.

Ademais, com a devida inscrição e número fiscal de uma empresa registrada nos EUA ou Reino Unido, fica muito mais facilitado o processo abertura

de conta bancária corporativa para o empresário (tanto em questões de *compliance* quanto de cadastro e relacionamento bancário).

Abrir uma empresa no exterior é muito simples, especialmente mediante as vantagens oferecidas por ela como a abertura de uma conta bancária internacional e proteção patrimonial, entre várias outras. É imprescindível saber que incorporar, constituir, possuir, manter ou ser titular de uma empresa no exterior é, no atual cenário regulatório brasileiro, absolutamente possível, real e legal.

E com isso é importante que a *startup* e/ou o empresário busquem e contem com apoio profissional, que inclusive apresente formas de diversificar no exterior como forma de redução de riscos pessoais e patrimoniais. Afinal, não é ilegal abrir uma empresa, conta bancária ou ter patrimônio no exterior desde que a legislação do país permita e o cidadão faça corretamente a declaração de tais bens e direitos e que declare seu Imposto de Renda, pagando os impostos devidos relacionados às operações internacionais. Nem mais, nem menos, sempre conforme planejamento lícito estudado e estruturado previamente.

Assim, se o empresário sonha em potencializar e escalar suas vendas e faturamento, é importante saber que será necessário cumprir com as exigências das lojas, plataformas virtuais e *marketplaces*. O custo para abertura regular de uma empresa nos Estados Unidos ou Reino Unido certamente será relativamente baixo se comparado à potencialidade que o mercado virtual pode oferecer.

A atual possibilidade/facilidade de se constituir uma entidade legal em qualquer lugar do mundo, outorga maior flexibilidade ao empresário, maior escolha do ambiente regulatório mais favorável, maior proteção cambial e política e maior segurança jurídico-institucional, sempre tendo em vista que a operação do negócio deve guardar e respeitar o devido “propósito negocial”.

Por fim, lembramos que muitas destas lojas, plataformas virtuais e *marketplaces* não exigem que a empresa tenha uma conta bancária nos Estados Unidos ou no Reino Unido, conforme o caso. Ou seja, a receita de vendas realizadas e apuradas pode ser recebido em contas bancárias em localidades distintas, conforme a conveniência do próprio empreendedor (naturalmente recomendamos alguma jurisdição que mantenha contas em moeda norte-americana para fugir do custo bancário e monetário de conversão desnecessária de moeda). Um bom planejamento jurídico fiscal certamente contribui para a escolha de sua *startup*. 🇺🇸

NOTAS

- 1 SLOAN JR., Alfred P. *Meus Anos com a General Motors*. Tradução Nivaldo Montingelli. São Paulo : Negócio editora, 2001, Introdução, pag. XVIII.
- 2 COASE, Roland Harry. *The Firm, the market and the law*. The University of Chicago Press – 1988, pág. 63

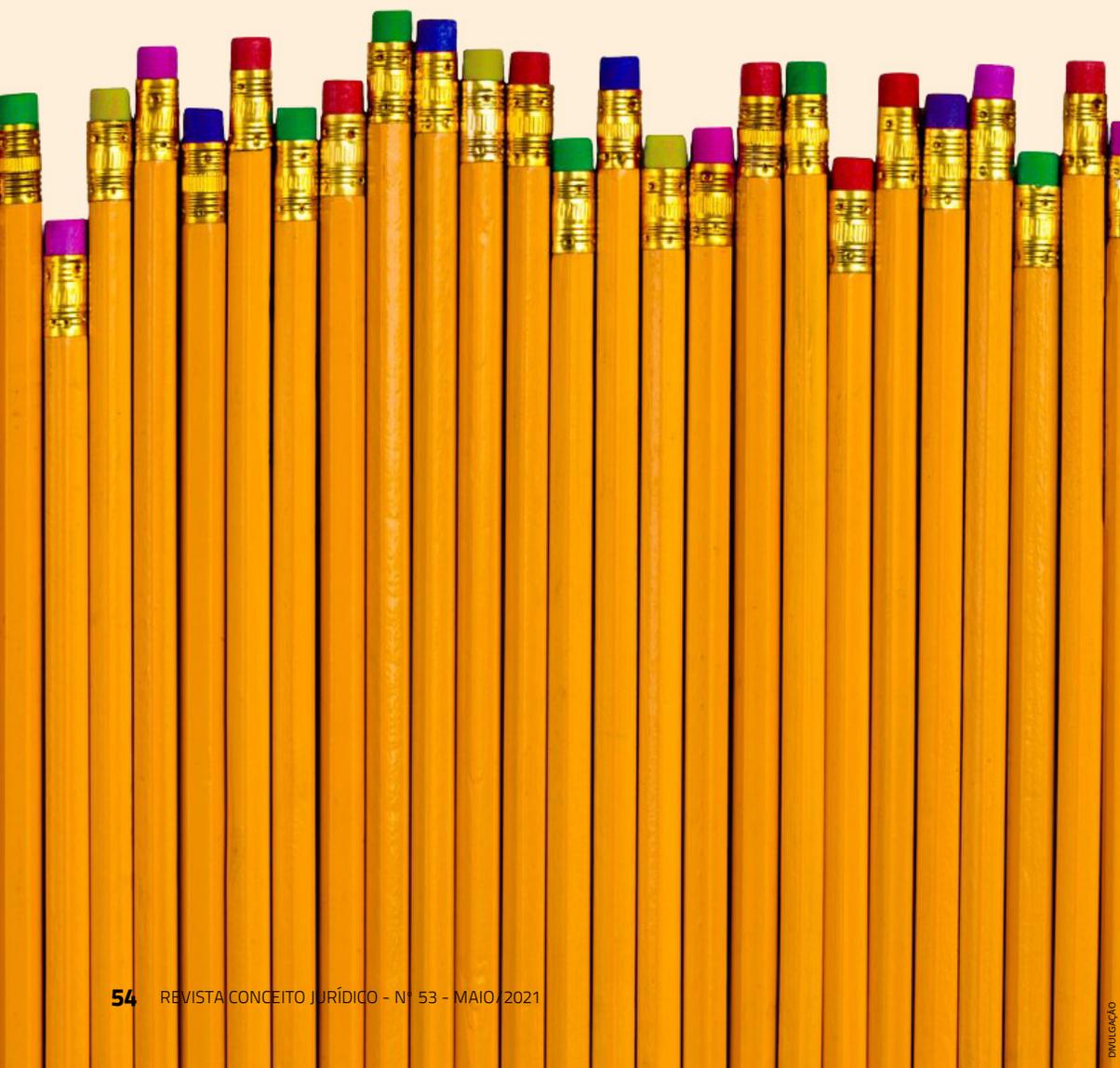


LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ é Advogado e Consultor em São Paulo. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP; Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne-Califórnia; Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago 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 controle social do novo Fundeb

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR

“Várias leis nacionais exigem a operação de conselhos sociais como os da saúde, assistência social, criança e adolescente, idoso, merenda escolar e, no objeto deste nosso artigo: o do Fundeb.”



A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE SOCIAL

O controle sobre o dinheiro público é exercido por três instâncias: a externa, a interna e a social.

O controle externo é de titularidade do Poder Legislativo, exercido, nos aspectos financeiros e operacionais, pelos tribunais de contas, aos quais a Constituição determina inúmeras funções (art. 71); entre tantas, a apreciação da gestão fazendária dos dirigentes estatais; o registro de admissões e aposentadorias; a avaliação operacional das ações de governo; o monitoramento dos repasses ao terceiro setor; o exame prévio de editais licitatórios e, à vista dessa diversidade temática e do volume de dinheiro envolvido, o exame, via de regra, é amostral, posto que impossível a verificação individual; de cada ato financeiro.

De seu lado, o controle interno é realizado pelos próprios servidores da entidade governamental. Em considerável parcela dos municípios, tal instância é ainda pouco eficiente, sobretudo porque ainda malvista pelos agentes políticos. Não bastasse isso, o controlador interno padece por falta de legislação nacional, a lhe assegurar autonomia, treinamento e garantias funcionais.

Já o controle social é desempenhado pela sociedade em geral, sobretudo pelos conselhos determinados em lei e, à priori, poderia apresentar maior efetividade. Afinal, os que estão mais próximos do governo local e deste são os usuários diretos de serviços, tais atores sociais melhor sabem da realidade local, tendo direto interesse na melhoria das ações governamentais.

De fato, os conselheiros sociais podem focar um único tema (saúde ou educação ou atenção ao menor), ou seja, livres estão da multiplicidade de assuntos tratados pelo controle externo; além do mais, esses agentes sociais, em parte das vezes, não guardam vinculação com os dirigentes governamentais, afastando-se das pressões que embaraçam os exercentes do controle interno. Isso, sem falar da possibilidade de os conselheiros serem treinados pelos tribunais de contas, o que a realidade vem-nos demonstrando com certa frequência.

É bem por tais motivos que várias leis nacionais exigem a operação de conselhos sociais como os da saúde, assistência social, criança e adolescente, idoso, merenda escolar e, no objeto deste nosso artigo: o do Fundeb.

O CONSELHO DE ACOMPANHAMENTO E CONTROLE SOCIAL DO FUNDO DA EDUCAÇÃO BÁSICA (FUNDEB)

Assim como já prescrevia a lei do antigo Fundo da Educação Básica (nº 11.494, de 2007), o diploma que regulamenta o novo Fundeb (lei nº 14.113, de 2020) persevera destacando o Conselho de Acompanhamento e Controle Social (Cacs-Fundeb) na fiscalização desse mecanismo que responde por alentada parte do financiamento da educação básica no Brasil (R\$ 162,4 bilhões em 2020).

De fato, aquela lei do novo Fundeb reservou 3 (três) robustos artigos para o Cacs-Fundeb (art. 33 a 35), colegiado que deveria estar constituído, mediante lei municipal, desde 31 de março de 2021 (art. 42).

Reunido, no mínimo, a cada três meses, tal colegiado acompanha a utilização dos recursos arrecadados, sem prejuízo de elaborar a proposta orçamentária do Fundo, também supervisionando o censo escolar anual do Município, pesquisa vital porque culmina na quota de participação municipal no “bolo” do fundo em questão. Além do mais, o Conselho emite parecer sobre as contas Fundeb a serem apresentadas, todo ano, ao respectivo tribunal de contas.

Também, compete ao Conselho Fundeb convocar, se necessário, o secretário municipal da educação (ou cargo equivalente); manifestar-se na Câmara de Vereadores sobre os registros contábeis do fundo; realizar visitas às unidades educacionais.

Não bastassem tais atribuições, o controle social do Fundeb ainda monitora o uso de certos recursos transferidos pela União: os do Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar (PNATE) e do Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos (PEJA). Para tanto, o Conselho emite pareceres conclusivos, depois enviados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), órgão onde estão cadastrados todos os conselheiros.

Para que o CACS-Fundeb bem desempenhe sua missão, deve a Prefeitura franquear-lhe, em prazo não superior a 20 (vinte) dias, os pertinentes documentos financeiros e contábeis, o que inclui comprovantes de liquidação da despesa, ordens de pagamento, processos de licitação, folhas salariais, entre outros registros. Além do mais, não pode a Administração impedir que os conselheiros vistorem obras escolares e os serviços de transporte escolar.

Em sua página oficial, a Prefeitura precisa divulgar os seguintes dados sobre o Conselho de Acompanhamento e Controle Social do Fundeb (Cacs-Fundeb):

- Nomes dos conselheiros, bem como das entidades ou segmentos que representam;

- E-mail de contato direto com o Conselho;
- Atas das reuniões;
- Relatórios e pareceres;
- Outros documentos produzidos pelo Conselho.

Apesar de vedar-se àqueles conselhos uma estrutura administrativa própria, deve a Prefeitura assegurar-lhes recursos administrativos e materiais para sua adequada operação.

À conta do Fundo da Educação Básica, ao menos 70% devem remunerar os profissionais da educação, quer dizer, os professores e os que lhes prestam apoio pedagógico, afastada desse benefício – vale frisar – os demais servidores da educação como os secretários de escola, os vigilantes, os bedéis, as merendeiras, entre tantos outros. Nesse contexto, resta claro, que, à conta de tal fundo, o gasto com pessoal é absolutamente majoritário.

Nessa prevalência da despesa laboral, entendem alguns tribunais de contas a possibilidade de manobra artificiosa, incluindo-se, na folha salarial do ensino, funcionários que, em verdade, atuam em outros setores municipais, especialmente professores em desvio de função, bem assim servidores que detêm cargos administrativos e operacionais, úteis em qualquer outro

setor da Administração (auxiliares administrativos, escriturários, braçais, atendentes, entre outros).

Bem por isso, algumas cortes de contas dispõem, em suas específicas instruções normativas, que as folhas salariais da Educação sejam rubricadas por todos os membros do Conselho Fundeb, exigindo, além disso, a existência de, ao menos, duas folhas de pagamento; uma para os beneficiados pelos 70% (professores, especialistas da Educação, psicólogos e assistentes sociais que atuam na rede básica de ensino); outra para os demais servidores da área (secretários de escola, vigilantes, merendeiras, bedéis, auxiliares administrativos etc.).

Afinal, os que estão mais próximos do governo local melhor sabem da realidade local, podendo municimar as cortes de contas para rumos mais certos, menos dependentes de amostras aleatórias.

O Conselho Fundeb é composto por 9 (nove) membros, assim distribuídos:

- 2 (dois) representantes da Prefeitura, dos quais ao menos 1 (um) provenha do órgão municipal que cuida da Educação, quer uma Secretaria, Diretoria ou Coordenaria;
- 1 (um) representante dos professores;
- 1 (um) representante dos diretores;
- 1 (um) representante dos servidores técnico-administrativos das escolas;
- 2 (dois) representantes de pais de alunos;
- 2 (dois) representantes dos estudantes.

A propósito, os conselheiros são indicados em processo eleitoral feito em suas próprias entidades representativas. Já, quanto aos dois membros da Administração Municipal, apenas nesses casos, a designação é prerrogativa do prefeito ou do secretário municipal da educação.

O Cacs-Fundeb pode ser também integrado por representantes dos conselhos Tutelar, da Educação e das organizações da sociedade civil; estas submetidas às condições ditas no § 3º, art. 34, da Lei 14.113, de 2020. Nesse caso, por óbvio, somente na existência, no Município, de tais conselhos e organizações.

Com a lei do novo Fundeb, o mandato dos novos conselheiros será de 4 anos¹, que assumem no 3º ano de gestão do prefeito; isso, para não haver coincidência entre o mandato dos conselheiros e o dos prefeitos. Nesse contexto, fez-se necessário uma regra de transição, qual seja, encerra-se em 31.12.2022, o mandato dos conselheiros eleitos a partir da criação do novo Conselho Municipal do Fundeb (até, como já antes se disse, 31.03.2021). É bem isso o que determina o § 2º, art. 42, da mencionada Lei nº 14.113:

Art. 42. (...)

§ 2º No caso dos conselhos municipais, o primeiro mandato dos conselheiros extinguir-se-á em 31 de dezembro de 2022.

Ao demais, há de haver um suplente para cada titular do Conselho do Fundeb.

À época do extinto Fundo do Ensino Fundamental, o Fundef, muito se reclamava que os prefeitos controlavam o respectivo conselho, dele retirando a desejada eficiência operativa.

Para inibir tal desvio, a lei do Fundeb proíbe que membros do Conselho mantenham laços de parentesco com agentes políticos, além de qualquer relação contratual com a Administração. Então, no Município, estão impedidos de compor o Cacs-Fundeb:

- Prefeito e Vice-Prefeito;
- Cônjuges e parentes consanguíneos ou afins, até 3º (terceiro) grau, do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais;
- Tesoureiro, contador ou funcionário de empresa que assessora a administração do Fundeb, bem como seus cônjuges, parentes consanguíneos ou afins, até 3º (terceiro) grau;
- Estudantes que não sejam emancipados;
- Pais de alunos que exerçam cargos em comissão na Prefeitura;
- Pais de alunos que prestem serviços terceirizados à Prefeitura.

Escolhidos pelos novos conselheiros, o presidente e o vice-presidente do Conselho não podem ser os 2 (dois) representantes do Executivo Municipal, privilegiando-se, mais uma vez, os segmentos não vinculados à Administração Pública.

A atuação dos Conselheiros não é remunerada, mas considerada de relevante interesse social.

E a lei do novo Fundeb confere estabilidade de emprego aos servidores que integram o Conselho, também lhes facultando isenção de testemunhar sobre informações obtidas no exercício dessa função.

PROPOSTA DE VERIFICAÇÕES POR PARTE DOS CONSELHEIROS DO FUNDEB

Por fim, apresentamos, sob a forma de quesitos, um elenco de verificações que poderiam ser objeto de atenção dos conselheiros do Fundeb:

- a) Quais as principais deficiências do ensino administrado pelo Município?
- b) Houve melhora (ou piora) na nota obtida no Índice de Desenvolvimento da Educação Básica – Ideb?
- c) Os professores têm feito, com regularidade, cursos de aperfeiçoamento?
- d) Nos termos do art. 69, § 5º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), o responsável pela educação em conjunto com o prefeito (ou autoridade por este delegada) movimentam a conta bancária do Fundeb?
- e) As recomendações e advertências do Tribunal de Contas e do Conselho Municipal de Educação vêm sendo acolhidas pelos gestores municipais?
- f) A ser utilizado até abril do ano seguinte, até 10% do Fundeb estão contabilmente bem identificados, de modo que não se confundam com os o Fundeb arrecadado no próprio exercício vindouro?
- g) Os recursos Fundeb estão sendo movimentados numa única conta específica, mantida no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal?
- h) O recebimento de bens e serviços é atestado por servidor especialmente designado pelo responsável do órgão municipal da Educação (Secretário, Diretor ou Coordenador)?
- i) Os pagamentos ainda são feitos por cheques e, não, por Internetbanking, o que se assim fosse, garantiria maior segurança e controle do real destinatário do crédito?

j) 50% do Complemento VAAT (valor total/aluno) estão sendo destinados à educação infantil (*creches e pré-escolas*)?

k) 15% daquele Complemento federal estão financiando despesas de capital (obras e equipamentos educacionais)?

l) 70% do Fundeb estão remunerando, de fato, os seguintes profissionais da educação?

- Professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio;

- Trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia, com habilitação em administração, planejamento, supervisão, inspeção e orientação educacional, bem como com títulos de mestrado ou doutorado nas mesmas áreas;

- Trabalhadores em educação, portadores de diploma de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim;

- Profissionais com notório saber reconhecido pelos respectivos sistemas de ensino para ministrar conteúdos de áreas afins à sua formação para atender o disposto no inciso V do caput do art. 36, da LDB;

- Profissionais graduados que tenham feito complementação pedagógica, conforme disposto pelo Conselho Nacional de Educação;

- Psicólogos e assistentes sociais que atuam na rede básica de ensino

m) Naquela vinculação de 70% só ingressaram os salários e os encargos patronais, e, não, tal qual impropriedade, as verbas indenizatórias como vale-transporte, vale-refeição, auxílio-creche, plano de saúde, entre outros pagamentos isentos de Imposto de Renda e contribuição previdenciária?

n) Nos restantes 30% do Fundeb estão sendo inclusos, de forma indevida, o pagamento de aposentadorias e pensões; despesas de exercícios anteriores; despesas com ensino à distância; despesa com transporte de alunos dos ensinos médio e superior; despesas com festas cívicas; aquisição de instrumentos musicais para fanfarras ou bandas escolares; construção e manutenção de bibliotecas, museus e ginásios esportivos, de uso coletivo, não restrito apenas aos alunos da rede municipal; despesas com uniformes escolares e alimentação infantil; aquisição de gêneros alimentícios e equipamentos para a merenda escolar; subvenção a instituições assistenciais, desportivas ou culturais?

o) As subvencionadas ONGs educacionais estão utilizando os repasses Fundeb somente nas despesas elencadas no art. 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB?

p) Há Plano de Carreira e Remuneração do Magistério?

q) Há professores que recebem menos que o piso remuneratório nacional? 

NOTA

1 Era antes de 2 (dois) anos, permitida a recondução.



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. Consultor da Fiorilli Software.

A Constituição de 1824 e os projetos para o Brasil

■ POR MARIA PAULA DALLARI BUCCI

“Os momentos constroem as lideranças. Não se trata tanto de personalidades, mas das dinâmicas que causam a transformação de dirigentes. Acredito nas condições políticas que produzem líderes.”

A Constituição de 1824 tem o seu aniversário celebrado no dia 25 de março. Refletir sobre a importância da data nos dá oportunidade de pensar sobre futuros “projetos para o Brasil”. Isso é particularmente importante num presente em que as crises contingentes mal nos permitem levantar a cabeça e procurar a direção para onde vamos. Enquanto a inteligência brasileira trabalha para documentar e analisar os retrocessos da democracia, estamos muito pobres de ideias sobre os rumos e estratégias para a construção de uma saída. Sem isso, a formação de uma frente ampla em defesa da democracia, que parece indispensável para 2022, é muito difícil de se pensar. A celebração de datas especiais tem esse sentido



de oferecer um horizonte de tempo mais largo, que transcende o cotidiano sem perspectiva, e pode oferecer luzes para um caminho de mais esperança. Pensando em prazo mais longo, quais serão os elementos de um projeto capaz de renovar o país? A Constituição de 1824, na sua preparação – a primeira constituinte brasileira – foi portadora dessa esperança, na medida em que traçaria o pacto de convivência política e social do Brasil, que nascera como país independente pouco tempo antes, cujo bicentenário, aliás, comemoraremos em 2022.

A constituinte de 1823 foi convocada por D. Pedro I, após o retorno de D. João VI para Portugal, para tentar frear a Revolução Liberal que eclodira na metrópole e manter a coroa. D. Pedro permanece no Brasil: “antes ti do que um aventureiro”, dissera-lhe o monarca, seu pai. Sob a condução política de José Bonifácio, que organizara a presença da bancada de representantes de São Paulo nas Cortes de Lisboa, realiza-se a constituinte brasileira, com o propósito de unificar o país e tolher o domínio português (José Bonifácio de Andrada e Silva. *Projetos para o Brasil*. Org. Miriam Dolnikoff. São Paulo: Companhia das Letras, 1998). Na verdade, o movimento para a constitucionalização do Brasil antecede mesmo a independência. Em reação às diretrizes de recolonização das Cortes de Lisboa, D. Pedro I edita o decreto de 3 de junho de 1822, que prevê uma “Assembleia Luso-Brasiliense” ou “Assembleia Geral Constituinte e Legislativa”, com a participação de deputados das províncias do Brasil e de portugueses domiciliados no Reino que se habilitassem conforme as regras de qualificação que viriam a ser expedidas, e realmente o foram, em 19 de junho, por José Bonifácio. A tese do governo constitucional abrigou “a fórmula indubitavelmente hábil de manter intacta por algum tempo a ressalva da união com Portugal pelas vias representativas” e significou, de fato, constitucionalmente a nossa independência. “Faltava apenas o grito simbólico, que se ouviu menos de três meses depois.” (Paulo Bonavides e Paes de Andrade. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004, cap. 2).

A peculiaridade desse processo, em que o herdeiro da metrópole tem a missão de fundar as instituições independentes da ex-colônia – em que pese marcar – não deve intimidar nossa leitura histórica. Na verdade, a história demonstra muitas peculiaridades em cada um de nossos modelos, o que nos deve alertar para não aderir facilmente ao “complexo de vira-lata” que nos faz olhar a nossa democracia, por princípio e antes de tudo, como marcada pela menoridade e fadada ao fracasso. Ao contrário, os primórdios do Brasil independente eram promissores, como narra José Reinaldo de Lima Lopes, professor de História do Direito da Faculdade de Direito da USP:

“Não houve falta completa de cultura jurídica de grande erudição entre nós, nem a luta pela liberdade foi inteiramente fracassada (embora também não tenha sido totalmente bem sucedida). (...) O aparente paradoxo (falta de cultura/criação do Estado) poderia ser resolvido, a meu ver, dando-nos conta, em primeiro lugar, do caráter instituidor que a cultura brasileira teve no século XIX. Com isso quero dizer que ela teve um viés essencialmente prático e não é de espantar que os juristas fossem, pois, homens de ação antes que

doutrinadores à moda da academia europeia (particularmente alemã) que hoje tomamos como referência. Havia duas tarefas simultânea e igualmente importantes. Uma era constituir um Estado nacional e, por implicação, um direito nacional, o quanto possível autônomo do direito português e do direito colonial (...). A outra era a de erguer um Estado constitucional liberal no qual as formas antigas de representação e participação política, como o velho municipalismo das câmaras, fossem substituídas pelo novo ideário do Estado-nação, organizado segundo os princípios constitucionais. Assim, se a tarefa jurídica na Europa era de reforma e modernização, no Brasil era de quase invenção. (José Reinaldo de Lima Lopes. *O Oráculo de Delfos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107)

Com esse espírito criador, embora dividida entre tarefas de difícil conciliação, como a produção das leis e a definição das estruturas jurídicas do país, a constituinte se reuniu. E produziu importantes debates, pouco conhecidos dos brasileiros hoje. Discutiu-se a adoção da monarquia federativa, que terminou rejeitada, ideia retomada no período regencial e no final do Império. Também se debateu o conceito de cidadania, tendo-se definido como cidadãos brasileiros, em termos gerais, “os homens livres habitantes do Brasil e nele nascidos”, em linha com o pensamento liberal da época, na prática vedando-se a cidadania aos escravizados, o que estruturou a exclusão étnica no Brasil. A pauta de direitos individuais própria do liberalismo foi desdobrada nos seguintes itens: “I – liberdade pessoal; II – júízo por jurados; III – liberdade religiosa; IV – liberdade de indústria; V – inviolabilidade da propriedade; VI – liberdade da imprensa” (Octávio Tarquínio de Sousa. *Três golpes de Estado*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1988, cap. 5).

A relação de direitos contida no art. 179 da Constituição de 1824 é considerada avançada para a época. A Constituição da Bélgica, da como referência de constituição liberal, foi promulgada apenas em 1831. É verdade que dada a pequena legitimação social da Constituição de 1824, mesmo para os padrões estreitos da representação política da época, nesse plano ela nunca foi um guia efetivo para a ação do Estado e dos fundadores do Brasil.

Os debates acompanharam o que se fazia no mundo liberal à época. Mas em vista dos limites impostos pelo Imperador, que condicionou a aprovação do texto a considerar a Constituição “digna do Brasil e de mim”, isso acabou resultando na traumática dissolução da primeira Assembleia Constituinte brasileira, em novembro de 1823. Seus protagonistas, entre eles José Bonifácio, o “Patriarca da Independência”, a despeito de seu conservadorismo liberal, é exilado do Brasil. Retornara dez anos depois, para ser tutor do príncipe regente, D. Pedro II, por ocasião da abdicação de D. Pedro I, em 1831, que não tinha conseguido conter as insatisfações com os rumos do país após a Constituição outorgada. A Constituição de 1824 vigorou durante todo o período imperial, tendo sido emendada apenas para a aprovação do Ato Adicional, de 1824, que tentou, mais uma vez sem sucesso, estabelecer a separação de poderes no Brasil nos três ramos clássicos, suprimindo o Conselho de Estado, órgão executivo do Poder Moderador. Terminado o Império, a Constituição de 1891 estabeleceu a

república e a federação, que nunca mais deixaram de ser cláusulas pétreas do Estado brasileiro, com exceção dos períodos ditatoriais.

A história da Constituição de 1824 das várias Constituições e processos constituintes no Brasil é mais rica e cheia de ideias do que fazem pensar narrativas às vezes simplificadoras que pretendem ver uma linha sólida numa única direção. Há tensões, avanços e recuos, enfim, movimentos que podem nos inspirar para o enfrentamento dos dilemas presentes.

Recentemente, alguns acenaram com a oportunidade de convocação de uma nova constituinte. O deputado Ricardo Barros (PP-PR), líder do governo Bolsonaro na Câmara, defendeu-a, em nome de suposta “governabilidade”, além da necessidade de reformas tais como a administrativa, a tributária e a federativa, já enviadas ao Congresso. Em que pese o fato de tais reformas em alguns casos serem mais iniciativas de marketing, como ocorre com a PEC 32/2020, que, se aprovada, não entregará as melhorias prometidas, essa agenda está estabelecida.

A oposição também havia considerado uma constituinte, com outra motivação, em versões iniciais dos documentos da campanha eleitoral de 2018. A versão final suprimiu essa proposta, pois é majoritariamente aceito que o ambiente político conservador de hoje favorece retrocessos nos direitos sociais, como já vem ocorrendo com propostas de redução do financiamento da saúde e educação, como por exemplo a supressão dos pisos orçamentários dessas áreas, defendida pelo Presidente da Câmara Federal, deputado Arthur Lira (PP-AL). Esse encolhimento, aliás, é o traço comum das propostas da “agenda de reformas”.

Até o professor americano da Universidade de Yale, Bruce Ackerman, arriscou-se a opinar sobre o assunto no Brasil, propondo a realização de uma constituinte, com o objetivo principal superar a “apatia democrática”, isto é, a indiferença do povo com os destinos da democracia. Para tanto, defendeu alterar o regime de governo para o parlamentarismo, dadas as informações sobre a maior conveniência desse regime para a permanência democrática. Após mesa do professor com Ministros do Supremo Tribunal Federal, os argumentos da proposta foram contestados, pelas mesmas razões acima referidas.

O fato é que o projeto da Constituição de 1988 precisa ser “vivificado”, para usar as palavras de Santiago Dantas em 1955, a propósito de uma das muitas crises políticas brasileiras (Francisco Clementino de San Tiago Dantas. A educação jurídica e a crise brasileira. In Rio de Janeiro: FGV, Cadernos FGV Direito Rio, 2010, p. 9-38). E isso dependerá de ideias e pessoas. E, como manifestou a cientista política canadense Naomi Klein, em entrevista recente a respeito do programa do Green New Deal sobre a emergência climática: “Os momentos constroem as lideranças. Não se trata tanto de personalidades, mas das dinâmicas que causam a transformação de dirigentes. Acredito nas condições políticas que produzem líderes.” 



MARIA PAULA DALLARI BUCCI é Professora da Faculdade de Direito da USP; Doutora e livre-docente pela USP; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estado, Direito e Políticas Públicas.



Nova lei de licitações Pode uma lei possuir diferentes artigos com idêntica redação?

■ POR SERGIO DE CASTRO JUNIOR

“Ainda que não pareça ser a melhor técnica legislativa, afinal, contribuiu para um texto menos enxuto, as disposições repetidas estão aí, postas na lei, e, como tais, devem ser observadas, de modo que caberá aos intérpretes admiti-las como tão relevantes que o legislador achou por bem duplicá-las.”

Muito tem se falado sobre a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, o novo marco regulatório de licitações e contratos administrativos e, a teor de suas disposições, não faltará assunto por um bom tempo¹.

Se a Lei nº 8.666/1993, mesmo após 28 anos, ainda suscita debates, gerando, inclusive, divergências jurisprudenciais e doutrinárias, o que dizer do novel diploma, que não só alterou regras, mas incrementou, por assim dizer, consideravelmente o texto que o antecedeu, superando-o em quase 70 artigos, em sua grande maioria, bem mais alentados que os previstos na norma precedente.

A despeito de algumas elogiáveis simplificações que introduziu, tal como a inversão de fases (enquanto regra geral) e a extinção de modalidades que pouco agregavam (convite e tomada de preços), o recente estatuto também tem sido alvo de críticas.

Diversas são as censuras que podem ser tecidas sobre aspectos substanciais da norma, conforme já se anotou acerca das invasões de competências dos demais entes federados, como é o caso, por exemplo, da provável inconstitucionalidade do art. 10, ao dispor de forma ampla e irrestrita sobre a advocacia pública, alcançando, indistintamente, outros entes que não a União².

A presumível ofensa ao pacto federativo transparece, inclusive, no art. 42, quando se alude a “órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior”, como se a União fosse ente de nível mais elevado em relação aos estados, e estes superiores aos municípios, numa potencial inobservância a princípio alçado à condição de cláusula pétrea pela Carta Maior, conduta essa, aliás, motivadora de boa parte dos 26 dispositivos objeto de vetos presidenciais.

De qualquer modo, sem embargo desse relevante olhar a partir do conteúdo da norma, outra espécie de crítica que se tem observado é quanto à prolixidade de que se valeu o legislador, característica que causou, inclusive, certa surpresa na comunidade jurídica, sobretudo naqueles que acompanharam os debates e audiências públicas que subsidiaram a tramitação do correspondente projeto de lei, já que as principais justificativas para deflagração do processo legislativo voltado à atualização do regulamento licitatório nacional eram a necessidade de simplificação e desburocratização dos certames, o que uma breve passada d’olhos no novo texto revela tratar-se de intento não plenamente alcançado.

Sob esse viés textual, o enfoque nesta oportunidade recai sobre situação no mínimo inusitada, qual seja, a repetição *ipsis literis* de algumas disposições presentes na nova lei.

Exemplo dessa ocorrência se verifica na redação do art. 6º, inciso XIX:

“XIX – notória especialização: qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho an-

terior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato;”

Conforme se verifica, o dispositivo traz o conceito de “notória especialização”, uma das sessenta definições elencadas no robusto rol presente no art. 6º do novo estatuto licitatório.

Não bastasse, entretanto, essa expressa conceituação, o legislador tratou de enfatizá-la no art. 74, § 3º, nos seguintes termos:

“§ 3º Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Por mais relevante que seja o assunto, é discutível a necessidade de, ao tratar das hipóteses de inexigibilidade de licitação, a norma repetir conceito que explicitamente nela já constou em capítulo que cuida justamente “Das Definições”.

Se o leitor achou estranho esse *bis in idem*, imagine-se tal prática sendo reiterada, agora no que tange aos serviços contínuos, conforme se vê, inicialmente, na redação do art. 25, § 8º, I e II:

“Art. 25. [...]”

§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:

I – reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II – repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.”

Para deixar bem claro o que se deve entender por “reajustamento em sentido estrito” e “repactuação”, o art. 92, § 4º, I e II, reproduz integralmente o mesmo teor dos dois incisos acima transcritos:

“Art. 92. [...]”

§ 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:

I – reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II – repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos”

É bem verdade que o art. 25 está a tratar da licitação, enquanto o art. 92 das cláusulas contratuais, todavia, a prevalecer a lógica da repetição, toda e qualquer disposição atinente ao edital que também fosse aplicável ao termo contratual haveria de ser reiterada no texto da lei, o que, felizmente, não ocorreu. À evidência, tal prática não seria razoável, revelando-se melhor solução tão somente referenciar o artigo onde consta a disposição inicial acerca do assunto, conforme, aliás, procedeu-se em diversas outras passagens da norma.

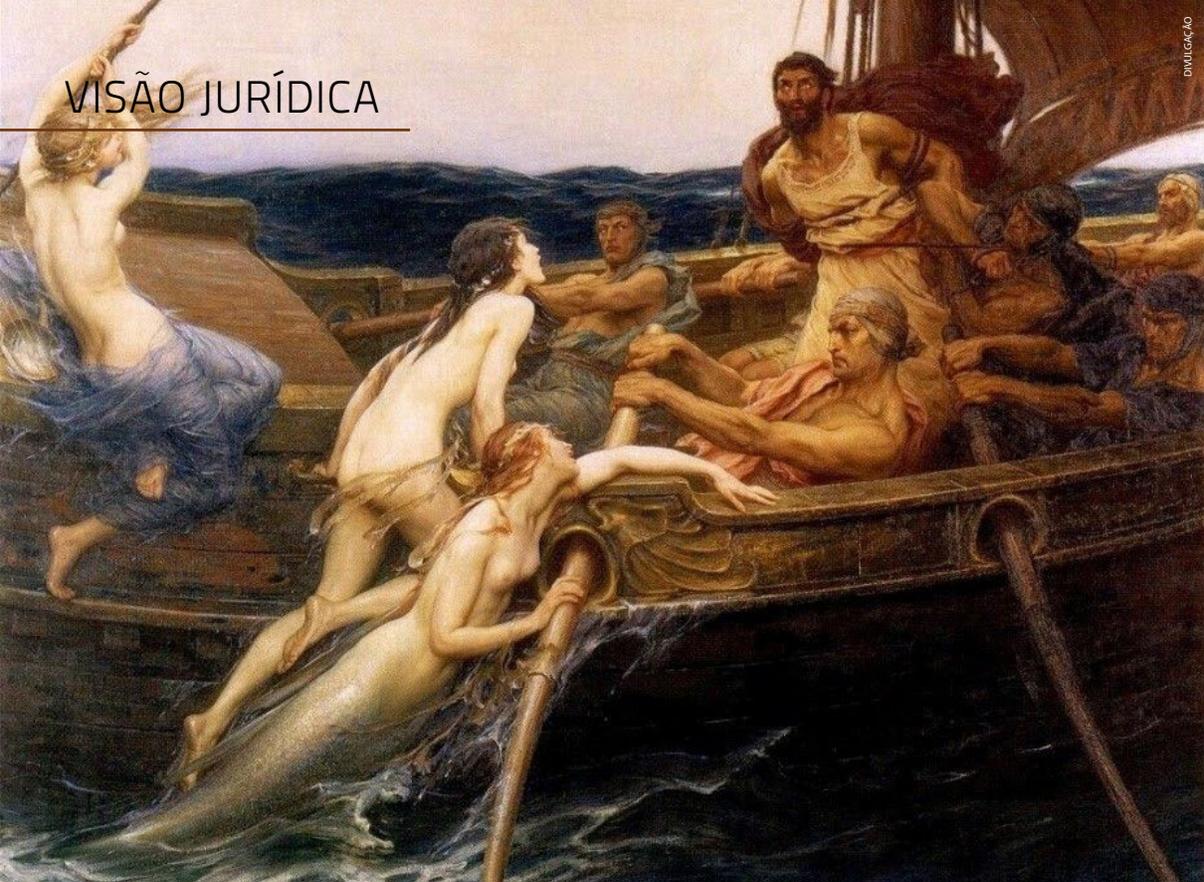
Talvez aqui, caso estivéssemos diante de um lapso, coubesse a velha máxima de que “quem muito escreve mais chances tem de errar”. Preferível, todavia, acreditar que se trata de opção deliberada do legislador e, assim, respondendo ao questionamento que intitula o presente artigo, ainda que não pareça ser a melhor técnica legislativa, afinal, contribuiu para um texto menos enxuto, as disposições repetidas estão aí, postas na lei, e, como tais, devem ser observadas, de modo que caberá aos intérpretes admiti-las como tão relevantes que o legislador achou por bem duplicá-las. 

NOTAS

- 1 Sobre o tema, vide: CASTRO JR., Sergio de. “A Nova Lei de Licitações – Primeiras impressões sobre alguns dispositivos da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021”, disponível em <http://www.mpc.sp.gov.br/a-nova-lei-de-licitacoes-primeiras-impressoes-sobre-alguns-dispositivos-da-lei-no-14-133-de-1o-de-abril-de-2021/> e “A questão do alcance de penas na nova Lei de Licitações”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-10/castro-jr-alcance-penas-lei-licitacoes>.
- 2 Acerca dessa e outras possíveis inconstitucionalidades, cita-se Edite Hupsel, *in* “Inconstitucionalidades na Nova Lei de Licitações e Contratações: desrespeito a competências constitucionais dos entes federados”, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/edite-hupsel/inconstitucionalidades-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratacoes-desrespeito-a-competencias-constitucionais-dos-entes-federados>, bem assim Luís Manoel Borges do Vale e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, *in* “A inconstitucionalidade do artigo 10 da nova Lei de Licitações”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-23/opiniao-inconstitucionalidade-artigo-lei-licitacoes>.



SERGIO DE CASTRO JUNIOR é Chefe de Gabinete do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo e especialista em Direito Administrativo Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.



A teoria do silêncio eloquente: O novo canto da sereia ecoando na justiça militar

POR JORGE CESAR DE ASSIS

“O Direito Penal Militar brasileiro precisa evoluir para acompanhar o momento atual da civilização ocidental, como nos mostra o exemplo marcante dos Estados Unidos da América. A evolução do Direito Militar deve ser contínua, pois as instituições militares e o Poder Judiciário estão inseridos na sociedade contemporânea e para ela prestam os seus serviços. Enfim, há que se deixar os ouvidos franqueados à Lira de Orfeu, e nunca ao Canto sedutor das Sereias.”

Recentemente, vem ganhando espaço entre os que militam no Direito Militar, a tese de que institutos despenalizadores não encontram guarida na Justiça especializada, por conta, exatamente do “silêncio eloquente” com que a legislação específica sepultaria essa pretensão.

É o caso do advento do acordo de não persecução penal, trazido a lume pela Lei nº 13.964/2019, ao criar um novo dispositivo no Código de Processo Penal comum, o art. 28-A, que prevê que não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal – ANPP, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, e mediante as condições previstas nos seus incisos e parágrafos, ajustadas cumulativa e alternativamente.

Em síntese, os adeptos dessa teoria alegam que a Lei nº 13.964/19 (a Lei Anticrime) fez algumas alterações na legislação processual penal, buscando, ao que tudo indica, espelhar seus dispositivos com os do CPP comum, *v.g.*, a inclusão dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM, para garantir a defesa de policiais e militares na investigação de fatos relacionados ao uso, por eles, da força letal praticados no exercício profissional.

Assim, advogam que como a Lei Anticrime não alterou o CPPM, não tratando do ANPP, representa o silêncio eloquente afastando tal pretensão.

A teoria do silêncio eloquente é o novo canto da sereia que ecoa na Justiça Militar.

Na Mitologia Grega as sereias eram seres metade mulher e metade peixe (ou pássaro, segundo alguns escritores antigos) capazes de atrair e encantar qualquer um que ouvisse o seu canto. Viviam em uma ilha do Mediterrâneo, em algum lugar do Mar Tirreno, cercada de rochas e recifes ou nos rochedos entre a ilha de Capri e a costa da Itália. A sedução provocada pelas sereias era através do canto. Os marinheiros que eram atraídos pelo seu canto e se aproximavam o bastante para ouvir seu belíssimo som, descuidavam-se e naufragavam. Elas participam da lenda de Odisseu e dos Argonautas, em ambos os casos eles resistiram ao seu canto. Os argonautas, por causa da música de Orfeu¹, e Odisseu por causa do conselho recebido de ser amarrado ao mastro e ordenar à tripulação tapar os ouvidos com cera para não escutarem o canto das sereias².

Mas afinal, o que significa a expressão “silêncio eloquente”?

A fim de deixar o debate mais ameno vamos buscar apoio na literária definição de James Kudo, ou seja, trata-se de um oximoro, que se caracteriza por ser uma figura de linguagem que justapõe termos aparentemente contraditórios, é termo vindo do grego *oxymoron*, que combina as palavras *oxys* (aguçado) e *moron* (estúpido).

Existem oximoros em diferentes contextos, desde vícios de linguagem até expressões usadas para enfatizar um paradoxo e assim criar um efeito retórico: inocente culpa, declaração tácita, ilustre desconhecido, doce veneno,

morto-vivo, mais é menos ... tolerância zero ... pacifista militante, mentira sincera etc.

Lembrando que a literatura e a música têm vários exemplos de oximoros, cita Camões, proclamando que amor é fogo que arde sem se ver/é ferida que dói e não se sente/é um contentamento descontente/é dor que desatina sem doer.

Para ele, o melhor exemplo dos oximoros é o SILÊNCIO ELOQUENTE. À primeira vista a expressão parece estúpida. Afinal, como o silêncio pode falar? Mas todos nós sabemos que na vida há momentos em que não dizer nada pode ter um efeito avassalador, como não aplaudir alguém que está acostumado a ser bajulado, ou ficar quieto junto a uma pessoa amada quando a relação está se deteriorando.

E aí, James Kudo lembra que em 1937, pouco antes de morrer aos 26 anos de idade, Noel Rosa compôs Último Desejo, dedicado a Ceci, sua grande paixão. Nessa canção ele admite a verdade verdadeira quando confessa: “Perto de você me calo / tudo vejo e nada falo / tenho medo de chorar”. E desfecha: existe declaração de amor mais eloquente que este silêncio?³

Claro que existia o silêncio eloquente ansiosamente aguardado, o dos noivos frente a antiga fórmula (precursora dos proclamas) “aquele que tiver alguma coisa contra esse casamento, que fale agora ou cale-se para sempre”, já que se uma eventual quebra era temida a toda evidência que uma plateia silente era sempre motivo de comemoração.

Trazendo agora a discussão para o mundo jurídico, veremos que Arilson Garcia Gil analisou o Silêncio Constitucional e sua categorização pela Teorias do Silêncio Eloquente na doutrina nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Para ele, no contexto jurídico brasileiro surgido após a Constituição Federal de 1988 houve a expansão em extensão e em complexidade da regulamentação normativa sob um novo paradigma constitucional: o Estado Democrático de Direito. Dentre os objetivos apresentados por este novo paradigma destacam-se a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão. Tem sido cada vez mais frequente a provocação do Supremo Tribunal Federal para decidir questões derivadas deste novo paradigma constitucional. Porém, a implementação, via controle de constitucionalidade, dos objetivos do Estado Democrático de Direito enfrenta como obstáculo a complexidade que esses casos trazem à racionalidade jurídica, muitas vezes sem uma regulamentação clara diante das hipóteses de Silêncio Constitucional.

Garcia Gil apresenta exemplos de que os casos de Silêncio Constitucional são fartos. A Constituição Federal de 1988 tutela o Direito à Vida em seu artigo 5º, porém, silencia quanto à existência do Direito ao Aborto, seja em casos gerais (proibição ou autorização geral), seja em casos específicos, por exemplo, de feto anencefálico. A problemática que se apresenta: é aqui identificada uma hipótese normativa de Silêncio Constitucional? É um Silêncio Eloquente com intenção de proibir o aborto em qualquer caso? Trata-se de Lacuna Normativa

que mantém espaço aberto à regulamentação por Lei e pela interpretação em sede de Controle de Constitucionalidade?

Argumenta que o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso das Pesquisas com Células Troncos Embrionárias, aqui com o detalhe da impossibilidade de a Constituição Federal manifestar-se sobre fato que sequer era alcançado pela evolução científica na data de sua elaboração em 1988. Além da evolução científica, há também casos de reconhecimento de novos valores sociais, como o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo gênero. A Constituição Federal utilizou as palavras “Homem” e “Mulher” ao tratar da Família, do Casamento e da União Estável. Silenciou, porém, quanto à produção de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo gênero. Identifica-se, neste caso, hipótese de Silêncio Eloquente (que proibiria outras entidades familiares) ou há aqui Lacuna Axiológica (que abre espaço ao reconhecimento de novos valores sociais)? Sua conclusão é pela inadequação da Teoria do Silêncio Eloquente, seja tal como elaborada pela Doutrina, seja tal como aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, para explicar o instituto do Silêncio Constitucional conforme o paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988⁴.

Eis, então, o ponto que nos interessa em termos de Justiça Militar: a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão, inclusive o cidadão militar, mesmo que na condição de agente do fato criminoso.

Quando se fala em acordo de não persecução penal, pode-se constatar, então, que a Constituição Federal previu em seu art. 5º, XLVI (*dos direitos e deveres individuais e coletivos*), que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. O dispositivo constitucional, dirigido a todos, permite concluir que ele é vedado ao militar?

Da mesma forma, ao olharmos o art. 98 (capítulo do Poder Judiciário brasileiro), segundo o qual a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, permite, igualmente, concluir pela impossibilidade de Juizado Especial Criminal na Justiça Militar – que é parte integrante do Poder Judiciário (CF, art. 92, VI)?

Conforme dito alhures⁵, com todo o respeito por aqueles que advogam a tese do silêncio eloquente para afastar a aplicação da ANPP da Justiça Militar, entendemos que de silêncio eloquente não se trata.

É que o silêncio eloquente, no magistério de Luís Roberto Barroso (ainda que se referindo à questão dos fetos anencéfalos – ao encerrar entrevista concedida em 24.05.2010 ao Blog Os Constitucionalistas), é quando você, ao

não dizer, está se manifestando. Lacuna é quando você não cuidou de uma matéria. E omissão é quando você não cuidou tendo o dever de cuidar. No caso dos fetos anencéfalos, estamos diante de uma omissão inconstitucional. E na vida política existem espaços que não foram legislados. Nesses espaços, quando você precisa tomar uma decisão, você deve tomá-la à luz dos princípios constitucionais⁶.

Seguindo o entendimento do Professor Luís Roberto Barroso, agora Ministro do Supremo Tribunal Federal, veremos que o Superior Tribunal Militar exercita o “silêncio eloquente”, ao menos por 02 (duas) fórmulas, durante as sessões de julgamento do seu Plenário, transmitidas inclusive pelo seu Canal do Youtube. Após a leitura do voto do(a) relator(a), o Presidente anuncia em voz alta: “*em discussão*” e, não havendo nenhuma interferência de algum ministro, com todos permanecendo silentes considera-se ultrapassada essa fase. Logo em seguida, anunciará novamente, “*em votação*”, e, se todos permanecerem silentes significa que a decisão será unânime porque estão de acordo com o Relator, ou seja, ao não dizerem nada os ministros estarão com certeza se manifestando!

Da mesma forma, havendo espaços que não foram legislados, quando você precisa tomar uma decisão, você deve tomá-la à luz dos princípios constitucionais.

Claro, tomar uma decisão à luz dos princípios constitucionais, implicar em aceitar não ser crível que um diploma que completou mais de 50 anos de acentuada defasagem em relação ao processo penal comum, possa ser tido como capaz de decretar o afastamento de modernos institutos despenalizadores e garantistas da dignidade humana, que mostram, antes de tudo a evolução do próprio direito e o reconhecimento de que o militar também é sujeito de direitos e garantias.

E é exatamente por isso que a aplicação do ANPP na Justiça Militar, por força do art. 3º, letra ‘a’, do Código de Processo Penal Militar que a autoriza, em nada ofende a índole do processo penal castrense, que está diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações, que, sendo inerentes aos membros das Forças Armadas, devem ser observados no decorrer do processo, enquanto o acusado mantiver o posto ou graduação correspondente, e que é dirigida também à observância das prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente), dentre outras.

Nunca é demais lembrar que, com a edição da Lei nº 13.491/17, e com ela o aumento do rol dos crimes militares e da competência da Justiça Castrense, advogamos que o caráter castiço da tão defendida especialidade do Direito Castrense deixou de existir, e assim, principalmente nos novos crimes por extensão, até mesmo a Lei do Juizado Especial Criminal deve ser aplicada na Justiça Militar, aceitando-se sua vedação tão-somente nos crimes militares contra a hierarquia e a disciplina militar, merecendo uma releitura as súmulas e entendimentos que a desautorizam. E pela mesma razão, a ANPP é perfeitamente aplicável na Justiça Castrense.

Há que se conscientizar que a busca pelas transformações que nos levem a uma nova Justiça Militar passa, invariavelmente pela moldura de um novo modelo de Juiz.

Vicente de Paula Ataíde Júnior assevera que, “quando se reflete sobre a necessidade de um novo juiz, é porque se tem em conta que o juiz de hoje não mais pode estar identificado com o juiz de ontem, ou seja, diante de uma nova sociedade, com inéditas demandas e necessidades, o novo juiz é aquele que está em sintonia com a nova conformação social e preparado para responder, com eficácia e criatividade, às expectativas da vida moderna, tendo em consideração as promessas do direito emergente e as exigências de uma administração judiciária comprometida com a qualidade total”⁷.

Adverte o autor, entretanto, que para se falar em *novo juiz*, é preciso antes questionar em que contexto social ele está inserido, e, em razão disso, quando se fala aqui em novo juiz, deve-se compreender o novo juiz latino-americano (dentre os quais está situada a reflexão de um novo juiz brasileiro), ou seja, o juiz que vive e trabalha em um ambiente social contrastante, heterogêneo, com grandes demandas marcadas pela intensa diferenciação de classe e poder. Esse juiz que é impactado pelas profundas deficiências da prestação de serviços estatais, os quais não conseguem fazer frente às necessidades sociais básicas. Um juiz que é convocado, muitas vezes, a substituir as expectativas frustradas que deveriam ser atendidas pelas demais parcelas do poder estatal⁸.

Para o surgimento da figura desse *novo juiz* não é necessário aguardar-se novos concursos, com a seleção de novas pessoas, com novas ideias; basta que todo juiz se conscientize deste novo papel, o qual independe tão somente das reformas materiais e estruturais que se apregoam para a Justiça, mas depende exclusivamente da retomada de consciência do magistrado, ou, para se utilizar a feliz expressão de José Renato Nalini, lembrado por Helena Delgado Ramos Fialho Moreira de que talvez fosse preciso apenas o massagear das consciências amortecidas. Recordar-se o juiz de seu compromisso ético é talvez a melhor reforma do Judiciário que se poderia fazer. Pois o juiz conseqüente com suas responsabilidades éticas encontrará soluções viáveis no universo em que atua, a despeito das carências materiais, das falhas da legislação, dos vícios estruturais e de quaisquer outros entraves que se lhe antepõem à outorga da melhor justiça⁹.

Mas a versão deste novo juiz não deve ser ideológica, e por isso é de se levar em conta a observação do jornalista Reinaldo Azevedo de que um juiz tem de ouvir o espírito das leis, não o espírito das ruas. Porque o espírito das ruas ou é a voz indistinta da maioria, embriagada de sua força, ou é a voz de uma minoria influente que transforma em demanda coletiva o seu interesse particular. A lei? A lei é de todos. Não enxerga classe, cor de pele, origem, confissão religiosa ou o que seja¹⁰.

É evidente que este novo juiz deve estar presente também na Justiça Militar, e os que nela atuam devem atentar para a advertência feita por Rodrigo Foureaux quando lembrou que o Código de Processo Penal Militar data de 21.10.1969 e

sofreu apenas 06 (seis) alterações, enquanto que o Código de Processo Penal Comum data de 03.10.1941 e passou por 57 alterações, o que demonstra o esquecimento, por parte do legislador, na legislação militar, sendo necessário aplicar institutos previstos para o processo penal comum no processo penal militar, até porque o CPPM autoriza no art. 3º, “a” a aplicação, nos casos omissos, da legislação processual penal comum¹¹.

Também levar em conta a precisa observação de Fernando Galvão, no sentido de que para a doutrina penal militar brasileira, entretanto, a preocupação é outra. A rejeição aos institutos negociais se fundamenta em uma suposta índole mais rigorosa do Direito Penal Militar e no potencial controle da tropa por meio da força coercitiva que a ameaça de privação da liberdade exerce. Não há a mesma preocupação com os direitos do indiciado ou acusado que se verifica no Direito Penal comum. Esta distinção, por si só, já demonstra a existência de um descompasso preocupante que coloca nossa doutrina militar alguns passos atrás dos paradigmas do Estado Democrático de Direito. E, no Brasil, somente se pode pensar em um Direito Penal Militar absolutamente conciliado com o Estado Democrático de Direito.

Galvão lembrou ainda que em 2016 ocorreu importante reforma na Justiça Militar americana, que visou modernizar os seus institutos e conferir maior transparência aos seus julgamentos. A mudança foi promovida pelo general do Exército Martin Dempsey, que propôs uma revisão sistemática do Código Uniforme de Justiça Militar (UCMJ) e Manual para Tribunais Marciais (MCM) ao Secretário de Defesa em 2013, defendendo que as mudanças são necessárias para garantir que as leis e os regulamentos militares acompanhem momento atual da sociedade americana.

A Lei de 2016 introduziu expressamente a possibilidade do *plea agreement* (modalidade de *plea bargain*) no Código Uniforme de Justiça Militar e no Manual para Tribunais-Marciais. No Código Uniforme de Justiça Militar o instituto é previsto no art. 53a de seu § 853a, e permite que, a qualquer momento antes do julgamento do processo criminal, a autoridade de convocação (comandante militar) e o acusado firmem acordo de confissão de culpa com a redução de acusações e/ou de penas. O instituto é regulamentado pela regra 705 do Manual para Tribunais-Marciais. O *plea agreement* se assemelha ao acordo de não persecução penal previsto na legislação brasileira.

E, mediante recomendação do advogado do julgamento, em troca de assistência substancial do acusado na investigação ou na ação penal de outra pessoa que cometeu um crime, o juiz militar pode aceitar um acordo de confissão que preveja uma pena inferior à que é estabelecida como mínima obrigatória pelo crime praticado (art. 53a (c)(1)e(2)). Esta outra modalidade de acordo é equivalente à colaboração premiada prevista na legislação brasileira.

Galvão conclui que o Direito Militar do país que possui o Exército mais poderoso do mundo constitui uma importante referência para a compreensão da essência e fundamentos desse ramo especializado, sendo necessário refletir melhor sobre os institutos negociais que podem ser aplicados aos nossos crimes militares.

Certamente, se a Justiça Militar americana aceita acordos para a imposição de penas não privativas de liberdade, a imposição de tais penas não afronta a índole do Direito Militar. Os fatos evidenciam que os acordos e a aplicação de penas não privativas de liberdade não tornaram as Forças Armadas americana milícias indisciplinadas. O Direito Penal Militar brasileiro precisa evoluir para acompanhar o momento atual da civilização ocidental, como nos mostra o exemplo marcante dos Estados Unidos da América. A evolução do Direito Militar deve ser contínua, pois as instituições militares e o Poder Judiciário estão inseridos na sociedade contemporânea e para ela prestam os seus serviços¹².

Enfim, finalizando este ensaio, há que se deixar os ouvidos franqueados à Lira de Orfeu, e nunca ao Canto sedutor das Sereias. 

NOTAS

- 1 Ele teria sido o mais talentoso dentre todos os músicos. Orfeu era filho da musa Calíope e, segundo alguns, do deus Apolo, que presenteou o filho com uma lira. Quando Orfeu a tocava, os pássaros paravam para escutar, os animais selvagens perdiam o medo e as árvores se curvavam para pegar os sons que o vento trazia.... – Veja mais em <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/artes/orfeu-e-euridice-mitos-inspiram-a-arte.htm?cmpid=co-piaecola>
- 2 Para maiores informações acesse <https://www.infoescola.com/mitologia-grega/sereias/>
- 3 Kudo, James. *Silêncio eloquente*. Almanaque Literário. Disponível em <https://mosqueteirasliterarias.comunidades.net/silencio-eloquente> acesso em 29.04.2021.
- 4 GIL, Arilson Garcia. *Silêncio Constitucional: a inadequação da teoria do silêncio eloquente para interpretação da Constituição Federal de 1988* Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/20056> acesso em 02.05.2021.
- 5 ASSIS, Jorge Cesar de. *Código de Processo Penal Militar Anotado*, vol. 1, 5. ed., Curitiba: Juruá, 2020, p. 167.
- 6 Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i> acesso em 30.04.2021.
- 7 JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. *O Novo Juiz e a Administração da Justiça*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 68.
- 8 *Ibidem*, p. 68.
- 9 MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Poder Judiciário no Brasil. Crise de Eficiência...*, p. 179.
- 10 AZEVEDO, Reinaldo. *Máximas de um país mínimo*. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 105.
- 11 FOUREAUX, Rodrigo. *O acordo de não persecução penal na Justiça Militar*. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/29/O-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-na-Justi%C3%A7a-Militar> acesso em 30.04.2021.
- 12 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Militar negocial: a experiência norte-americana*. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/05/20/Direito-Penal-Militar-negocial-a-experi%C3%A7%C3%A3o-norte-americana> acesso em 30.04.2021.



JORGE CESAR DE ASSIS é Advogado. Membro aposentado do Ministério Público Militar da União. Integrou o Ministério Público paranaense. Oficial da reserva não remunerada da Polícia Militar do Paraná. Sócio Fundador da Associação Internacional de Justiças Militares e atualmente seu Secretário-Geral. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.



Proteção ou penalização das mulheres?

■ POR JOSÉ PASTORE

“É impossível querer acertar as diferenças salariais por lei quando se sabe que o mercado leva em conta dezenas de fatores individuais e econômicos. Na prática, os empregadores ficarão com medo de empregar mulheres que, por força de lei serão transformadas em profissionais de alto risco. A pretendida proteção vira penalização.”

No meio desta pavorosa pandemia, quando grande parte das empresas não tem receita nem para pagar luz, água e impostos, o Senado Federal aprovou um projeto de lei (PLC 130/2011) que obriga os empregadores a pagar uma multa de até cinco vezes o valor da diferença entre o salário do homem e o da mulher na mesma função se assim for determinado pela Justiça do Trabalho. O projeto está na Câmara dos Deputados onde se cogita passar esse poder aos auditores fiscais.

A decisão está sendo (ou foi) baseada em fatos questionáveis e interpretações equivocadas. O relator na matéria, Senador Paulo Paim, argumentou haver uma diferença salarial de 23% em favor dos homens – por ele atribuída inteiramente à discriminação das mulheres.

Pela PNAD-Contínua, de fato, a média da diferença é essa. Mas, essa média não separa os salários de trabalho formal do informal. As mulheres trabalham bastante na informalidade como diaristas, faxineiras, empregadas domésticas, cuidadoras etc., que concentra salários baixos. As mulheres são também a maioria entre os subutilizados que trabalham poucas horas por semana e usufruem baixa remuneração.¹ Esses fatos puxam os seus salários para baixo e afetam a média geral (23%) utilizada pelos senadores.

Quando se analisa apenas o mercado formal, a diferença de salários entre mulheres e homens cai para 17%. E quando se analisa a remuneração do trabalho-hora, a diferença cai ainda mais – para apenas 10%.

Mesmo assim, essas diferenças de remuneração não podem ser inteiramente atribuídas à discriminação das mulheres. A remuneração é fruto de procedimentos complexos que levam em conta competência, experiência, idade, senioridade, escolarização, qualidade da educação, experiência na profissão, experiência na função, desempenho pessoal (produtividade), especialização, jornada de trabalho, horas trabalhadas, assiduidade, pontualidade, zelo, relacionamento com colegas, liderança, curiosidade, criatividade, satisfação pelo que faz, domínio de línguas e das tecnologias digitais e habilidades socioemocionais. Além disso, a remuneração considera a complexidade do local de trabalho. Um gerente de um grande shopping center tem responsabilidades que uma gerente de uma loja não tem. Como provar que isso é discriminação?²

Nos Estados Unidos o Site PayScale³ procura descrever com detalhes as atividades praticadas pelos profissionais de mesmo salário e/ou de salários diferentes. Para tanto, os técnicos fazem uma análise acurada dos fatores acima indicados para depois anunciar o salário médio para as várias funções dentro da mesma profissão. Isso requer um conhecimento profundo da semântica utilizada pelas empresas para descrever as atividades que entram nas funções dos profissionais.

Há diferenças que não têm nada a ver com a discriminação. Por exemplo, a remuneração das médicas nos Estados Unidos é 29% menor do que a dos médicos. Mas, depois de controlar pelos fatores acima indicados, a diferença cai para 4,6%. Na advocacia, as mulheres ganham 14,8% menos do que os homens. Mas, depois dos referidos controles, a diferença cai para 4,1%.

Por mais justo e desejável que seja o propósito da regra aprovada pelo Senado Federal, será difícil para os auditores fiscais ou magistrados separarem os efeitos dos vários fatores que determinam a remuneração e identificar com precisão o que é devido à discriminação. Os senadores criaram mais uma fonte de grave insegurança jurídica e, ao mesmo tempo, estimularam o litígio entre empregadas e empregadores.

A insegurança é agravada na medida em que as mulheres podem reclamar diferenças relativas aos últimos cinco anos. Nesse período, pode ter havido uma grande variação nas atividades exercidas pelas reclamantes. Como detectar o ato de discriminação em cada fase da carreira das empregadas?

Na pesquisa econômica, para determinar discriminação com precisão, há um método completo e complexo que afasta todos (ou a maioria) dos fatores que entram na determinação dos salários. A diferença que resta é devida à discriminação.⁴ Isso vale para qualquer tipo de discriminação. Um homem pode ganhar menos do que outro na mesma profissão e função a depender das atividades específicas que realiza e das características pessoais como apontadas acima.

A reforma trabalhista de 2017 procurou reduzir o subjetivismo da matéria ao definir o que é uma função de igual valor. Mas, a função também é um atributo cheio de nuances. Na prática, há inúmeras sub-funções que não são

registradas nas Carteiras de Trabalho.⁵ Por exemplo: os médicos que trabalham em um centro cirúrgico costumam ser registrados na Carteira de Trabalho como cirurgiões. Sua função é de operar. Ocorre que, dentro do centro cirúrgico, um neurocirurgião (chefe da equipe) tem responsabilidades que os outros cirurgiões não têm. No relatório da cirurgia enviado para as operadoras de planos de saúde, costuma haver especificações detalhadas: chefe da equipe, 1º assistente, 2º assistente, cardiologista, anestesista etc. Mas, na Carteira de Trabalho essas nuances não são registradas. Como atribuir à discriminação a diferença salarial entre os vários cirurgiões nesse caso?

O mesmo pode ocorrer com advogadas em um grande escritório de advocacia. O advogado líder da ação tem responsabilidades de defesa nos tribunais em vários níveis de recursos. A advogada que prepara o processo não tem. Mas, essa distinção de atividades raramente é explicitada na Carteira de Trabalho. Ou seja, estamos diante de um problema para o qual as provas judiciais são impraticáveis para os dois lados.

O fato de as reclamações poderem retroagir no tempo cria um passivo trabalhista monumental (e não planejado) para as empresas como, aliás, ocorre com a lei do aviso prévio que concedeu uma indenização proporcional ao tempo de firma para todos os empregados. Afinal, elas não fizeram provisão para uma eventual sanção que não existia quando contrataram as funcionárias. É isso que leva os analistas dizer que no Brasil nem o passado é previsível.

A nova regra prejudica muito as empresas que têm política de retenção de recursos humanos com baixa rotatividade. Por mais minucioso que seja o plano de cargos e salários, muitas nuances escaparão da análise, o que dará ensejo a conflitos trabalhistas de enorme complexidade. As pequenas e microempresas – que não possuem planos de cargos e salários e são mais de 90% das empresas brasileiras – serão ainda mais afetadas por uma lei que vai gerar multas gigantescas e indefensáveis. A estimulação do conflito trará grande prejuízo para o bom ambiente de negócios que, em última análise, pode levar as empresas a evitar a contratação de mulheres.

Convém observar que a mera aplicação de multa para penalizar a discriminação tem caráter subjetivo. As dificuldades são imensas. É impossível querer acertar as diferenças salariais por lei quando se sabe que o mercado leva em conta dezenas de fatores individuais e econômicos.

Na prática, os empregadores ficarão com medo de empregar mulheres que, por força de lei serão transformadas em profissionais de alto risco. A pretendida proteção vira penalização.

Convenhamos, não cabe aos políticos fixar valores salariais – exceto para o salário mínimo. E, muito menos no meio de uma terrível pandemia em que muitas empresas estão fechando e os donos morrendo.

Para evitar a discriminação, o caminho é outro. Há que se aumentar a inclusão social por meio das habilidades requeridas pelo mercado de trabalho. Nos dias atuais, quem domina as dimensões tecnológicas das várias profissões é valorizado. O advogado que lida bem com inteligência artificial e Big Data tem vantagem para preparar ações judiciais com potencial de êxito. Por isso, são bem remunerados. O mesmo ocorre com os médicos cirurgiões

que dominam as tecnologias da física médica para bem utilizar os recursos de som e imagem nos vários procedimentos. E com o contador, o auditor e o administrador – e até mesmo com os profissionais de recursos humanos que hoje recrutam, remuneram e promovem com precisão por meio de tecnologias avançadas do campo da inteligência artificial. Na função de CEOs, então, nem se fala. O domínio dessas tecnologias faz a diferença entre êxito e fracasso.

Este não é o momento de tratar de assunto tão complexo e de maneira açodada. Melhor seria discutir o tema, com calma, depois da pandemia e buscando soluções em medidas afirmativas como as previstas no art. 7º, inciso XX da Constituição Federal: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos”, e não com base em punições.

As entidades de formação profissional já estão intensificando a capacitação tecnológica dos profissionais em geral, em especial, das mulheres. A alta demanda pelos cursos *on line* na área tecnológica do SENAI e do SENAC, por exemplo, ilustra o interesse dos jovens por esse tipo de habilidade. Não se trata de formar tecnólogos e sim de capacitar quase todos os profissionais no campo tecnológico.

Esse é apenas um exemplo dos vários estímulos que podem ser dados para melhorar o conteúdo tecnológico das mulheres que já desfrutam de um nível de educação geral superior ao dos homens. 

NOTAS

- 1 Ademais, os senadores não utilizaram o salário mensal e não o salário-hora para as devidas comparações – o que dá outra distorção.
- 2 Inúmeros trabalhos mostram a complexidade de fatores que entram da determinação de salários de homens e mulheres. Ver, por exemplo, Katy Mais e colaboradores, “Discriminação salarial por gênero e cor no Brasil: uma herança secular”, Revista Espacios, Vol. 38, 2017; Paulo Mendes de Almeida e colaboradores, “Desigualdades salariais: uma análise do segmento formal e informal do mercado de trabalho baiano”, Desigualdades salariais – uma análise sobre o segmento formal (bnb.gov.br); Kaiane Lipsuk e colaboradores, “Diferenças salariais entre mulheres e homens: uma análise por tipo de emprego, região, qualificação e raça”, V Encontro de Economia da UEPG, 2019; Irene Pietropaoli e Narciso L. X. Baez, “Gender discrimination in Brazilian labor Market and the role of private sector”, Revista Quaestio Iuris, vol. 13, nº. 2, 2020.
- 3 PayScale - Salary Comparison, Salary Survey, Search Wages. Há várias empresas do mesmo gênero que usam metodologia de fatores múltiplos para determinar salários.
- 4 Oaxaca, R. “Male-Female wage differentials in urban labor markets”, International Economic Review, v. 14, n. 3, 1973; Oaxaca, R., Ransom, M., “Using Econometric Models for Intrafirm Equity Salary Adjustments”, Journal of Economic Inequality, vol. 1(3), 1994, p. 221-249.
- 5 Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).



JOSÉ PASTORE é Professor da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo.

Treinamento em LGPD: o que as empresas precisam saber

■ POR PEDRO SANCHES



“Em matéria de privacidade e proteção de dados, a conscientização é fator chave, independentemente do grau de maturidade e do poder de investimento que sua empresa tem em relação ao tema.”

Se você faz parte do mundo corporativo, já deve ter participado de alguma sessão de treinamento sobre um assunto importante relacionado a sua área de atuação. Agora, em uma reflexão sincera, tente pensar quantos treinamentos verdadeiramente fisgaram a sua atenção a ponto de trazer alterações positivas em sua rotina de trabalho. Fique tranquilo. Não há motivos para se culpar se a resposta foi “poucos” ou “quase nenhum”, pois a razão pode estar associada à forma com que estes treinamentos foram conduzidos.

Apesar de ocuparem papel de destaque no contexto corporativo para, dentre outras coisas, garantir o cumprimento de regras de governança, é bastante perceptível que os treinamentos, geralmente, acabam trazendo conteúdo padronizado, superficial e em formato não interativo, o que, como pudemos constatar a partir da resposta para o questionamento acima, talvez não seja a melhor opção.

Bom, se cativar a atenção das pessoas com temas relacionados a sua área de atuação não parece fácil, imagine tentar alcançar este mesmo objetivo com assuntos razoavelmente “novos” no cenário brasileiro, como a proteção de dados pessoais no ambiente de trabalho. No entanto, apesar das dificuldades, os treinamentos corporativos em privacidade e proteção de dados são parte essencial da adequação à LGPD, pois a meta da conformidade jamais será alcançada caso os colaboradores não estejam plenamente conscientes de suas missões enquanto pessoas que lidam com dados pessoais no dia a dia. Inclusive, arriscamos a dizer que, no geral, se o orçamento para o tema estiver extremamente curto, a frente da conscientização deve ser aquela a ser priorizada, considerando seu sedutor custo-benefício.

Pensando em tornar menos árduo o planejamento das iniciativas de conscientização, separamos algumas práticas a serem evitadas e, em seguida, trouxemos uma palhinha das principais dicas para estruturar um plano de treinamentos eficaz.

O QUE NÃO FAZER

Não adianta tentar matar dois coelhos em uma só cajadada: Quando o assunto é treinamento sobre proteção de dados, muitas empresas acabam optando por estratégias que basicamente consistem na aplicação do mesmo conteúdo – muitas vezes, superficial e sem aprofundamento prático – a todos os seus colaboradores, independentemente da área de atuação ou nível de gerência. Na prática, o departamento de recursos humanos acaba recebendo o mesmo conteúdo que os funcionários responsáveis pela área de marketing, o que faz os colaboradores pensarem: “isso não tem a ver com a minha realidade”.

Fazer por fazer, é melhor nem fazer: É comum o equívoco de achar que treinamentos devem ser realizados para “cumprir tabela” ou resolver pendências,

ainda mais quando a prática destas sessões consta daqueles extensos planos de ação (geralmente desenvolvidos por consultorias terceirizadas) para atendimento da LGPD, sem que a empresa entenda a real importância deste recurso ou como colocá-lo em prática.

Treinamento não é igual ao teste do pezinho: na mesma pegada do “fazer por fazer”, não adianta aplicar um treinamento e nunca mais repeti-lo. Recorrência é uma das chaves para o sucesso.

A fome talvez não seja a melhor cozinheira: seguindo o ditado popular de que “quando a coisa aperta, damos um jeito”, muitas empresas acabam deixando para pensar na realização de treinamentos após verificar alguma deficiência em seu programa de governança, ou pior, após vivenciar um incidente de segurança, esquecendo que educação não se constrói da noite para o dia.

Não existe solução mágica que funcione para todos: quando pensamos em treinamentos, naturalmente, vêm à nossa mente aquelas palestras expositivas, cansativas (que só de pensar já começa a dar sono), com limitada possibilidade de interação, que normalmente acontece aos 47 minutos do segundo tempo – quando o palestrante abre para rápidas perguntas, pois o tempo já está estourado. Treinamentos que nos lembram as aulas que tínhamos na faculdade ou no colégio, definitivamente, não são práticas adequadas no mundo corporativo.

Mas, então, o que deve ser feito? A seguir, compartilhamos algumas dicas que podem ser valiosas na hora de definir como e quando realizar seus treinamentos corporativos.

O QUE FAZER

Planeje: inicialmente, tire um tempo suficiente para planejar a sua estratégia de treinamento. Pense quem deve ser impactado por estas sessões, defina a recorrência (lembre-se: treinamentos não devem ser realizados apenas uma vez ao ano) e planeje a distribuição dos seus recursos (dica: investimentos em treinamentos – desde que realizados da forma correta – nunca são perdidos). Por fim, elabore métricas que tragam indicadores sobre a sua estratégia de treinamento, permitindo que sejam ajustados os pontos que não performaram como havia originalmente imaginado (PS: errar, especialmente no começo, é natural e fortalecerá o seu planejamento).

Diferencie o joio do trigo: treinamentos não são a mesma coisa que medidas de conscientização, e um bom plano deve beber um pouco de ambas as estratégias. Treinamentos têm como intuito comunicar uma mensagem institucional, como uma nova regra para a coleta ou exclusão de dados pessoais, e geralmente são realizados através de sessões convencionais e expositivas (presenciais ou remotas) ou por meio de workshops, oficinas e experiências de gamificação – com uma pegada um pouco mais prática. Já

as medidas de conscientização devem ser utilizadas para reforçar a importância dos temas transmitidos através dos treinamentos e geralmente são realizadas por meio de quizzes, curtos vídeos gravados pela alta direção da empresa, eventos como cafés da manhã ou almoços dedicados ao tema (sempre pense em atribuir nomes interessantes, chamativos e criativos para estas iniciativas, pois isso ajuda na fixação), dentre outras medidas que o seu orçamento comportar.

Customize sempre: para não cair no erro de aplicar o mesmo conteúdo a todos os colaboradores, reflita sobre os tópicos de cada sessão de acordo com o público-alvo e o papel desempenhado por estes indivíduos no programa de governança. Entenda com quem você está falando e molde o seu discurso ao que é realmente importante para essas pessoas.

Não deixe tudo com o Encarregado: mesmo considerando que a LGPD atribuiu ao Encarregado (ou Data Protection Officer) o dever de orientar os colaboradores sobre as melhores práticas para a proteção de dados pessoais no ambiente corporativo, não significa que este deve carregar esta tarefa sozinho. Reúna um grupo de trabalho interdisciplinar para discutir a melhor estratégia e as pautas para cada sessão de treinamento, vez que, quanto mais áreas contribuírem, maiores são as chances de cobrirmos as dúvidas e dores mais relevantes para a empresa.

Vá além do básico: pense em como proporcionar a melhor experiência aos participantes de cada sessão. Como exemplo, em sessões convencionais e expositivas, considere elaborar infográficos com os pontos-chave abordados na palestra, permitindo que os participantes refresquem a memória após o término do evento. Lembre-se, quanto mais conteúdo for absorvido, menor será o risco aos titulares de dados pessoais e à própria organização.

Dê um passo de cada vez: por fim, dois pontos. Primeiro, não tenha pressa, pois é natural que a empresa leve algum tempo para experimentar os resultados de um bom plano de treinamento. Segundo, não tente enxergar os resultados “a olho nu”, pois grande parte do retorno do investimento relacionado à performance de treinamentos está na diminuição de riscos, sendo que o grande resultado pode ser a não materialização de eventos indesejados. Os ganhos certamente serão reais, mesmo que invisíveis.

Para fechar, lembre-se: não existe solução única que sirva para tudo, sendo que as considerações deste artigo não fogem a essa regra. Assim, antes de sair colocando em prática cada ponto percorrido neste texto, avalie a sua realidade e molde estas dicas para as suas necessidades. O único fato que serve para todos é: em matéria de privacidade e proteção de dados, a conscientização é fator chave, independentemente do grau de maturidade e do poder de investimento que sua empresa tem em relação ao tema. 



PEDRO SANCHES é Advogado, especializado em Direito Digital, Privacidade e Proteção de Dados; professor e palestrante, especialista em Proteção de Dados pela FGV-SP, certificado pela International Association of Privacy Professionals (CIPP-E/IAPP).



A morte e a morte das reformas tributárias na América Latina

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES E DANIEL GIOTTI DE PAULA

“O quadro social aponta para ausência de diálogo, agonismo político, e mexer na tributação é como mexer em vespeiro. Será que realmente chegamos à terceira e derradeira morte das reformas tributárias?”

No dia 11 de maio, a Colômbia assistiu em transe a uma comoção que levou milhares de pessoas às ruas contra a proposta de reforma tributária encaminhada pelo presidente Iván Duque, que aumenta tributos sobre itens de necessidade básica para compensar os gastos públicos da pandemia.

A relação da tributação com o desempenho econômico, tentando encontrar a melhor equação entre a tributação, a receita gerada e as despesas do Estado, de modo a viabilizar a necessidade do Estado e a satisfação do contribuinte foi objeto de vários estudos, entre eles, o de Adam Smith, em sua obra “A Riqueza das Nações”, na qual alertava para o perigo de se taxar exorbitantemente sem ensejar um correspondente aumento da receita e gerar a insatisfação do contribuinte¹.

A revolta na Colômbia se parece com a jornada de junho de 2013 no Brasil, em que o aumento das passagens de ônibus gerou um estopim de mobilizações, em que questões de finanças públicas, em sentido mais largo, consubstanciadas no aumento do preço das passagens do transporte coletivo, acirraram a polarização na sociedade, mas há questões remotas mais instigantes a se analisar.

Ainda no antigo Estado Absolutista, na Inglaterra, quando o Rei João Sem Terra começa a aumentar a tributação sem antes comunicar aos senhores feudais, os barões ingleses, simultaneamente a um processo de perda de terras anteriormente conquistadas (notadamente o norte da França), instaura-se uma rebelião comandada por aqueles. Eles invadem Londres e forçam o Rei a assinar a Magna Carta (1215), um documento precursor das Constituições contemporâneas, que determina limitações às arbitrariedades da Monarquia, trazendo conceitos importantes de defesa dos direitos individuais em detrimento do Poder Estatal. Entre suas disposições exigem que os novos tributos sejam antes aprovados por um Conselho de Barões.

Com esse exemplo, impossível não se relembrar do que muitos apontam como próprio de qualquer grande revolução na história mundial se dar por questões tributárias, como a Independência norte-americana e o movimento do *Tea Party*, a Conjuração ou Inconfidência mineira e seu problema com a derrama - talvez o primeiro tributo presumido no Brasil e que levou a muitos devedores da Coroa portuguesa a se insurgir - e, ainda, na Revolução Francesa, quando o terceiro estado, fazendo um bom uso das massas populares, se insurgiu contra os privilégios de classe da nobreza e da monarquia, entre os quais as imunidades tributárias de que dispunham.

No Brasil, também de tanta polaridade, o presidente da Câmara Federal encerrou a Comissão Especial de Reforma Tributária, ao que consta, pelo noticiário político, porque há um conflito entre o que quer o governo - uma reforma contida e apenas para a tributação federal - em contraposição à proposta que se delineava, de bases amplas, defendida pelo relator, Deputado Aguinaldo Ribeiro. A Comissão Mista, no Congresso Nacional, persiste, tendo no dia 12 de maio o deputado Aguinaldo Ribeiro, relator da Comissão extinta na Câmara, com a leitura de um parecer com 100 sugestões.

Discute-se se viria uma reforma fatiada ou não, e o argumento de encerramento da Comissão Especial, que tratava da PEC 45, concebida por alguns tributaristas e economistas, é que ela já tinha encerrado o número máximo de sessões.

Refletindo sobre os acontecimentos, tendo a Colômbia, terra do realismo fantástico por excelência, e abrindo uma conexão com o mais fantástico dos escritores nacionais, Jorge Amado, é de se perguntar: chegamos à morte e à morte das reformas tributárias, aludindo ao clássico “Quincas Berro D’Água”?

Explicamos: em sistemas democráticos, que primam pela estabilidade política, alterações tributárias não devem mais se dar por revoltas, talvez nem sejam aconselháveis discussões sobre o tema em momentos de ausência de consenso.

Essa seria a primeira morte das reformas tributárias, uma boa morte permita-se dizer, porque vivemos nas últimas décadas, graças à democracia, um momento de maior estabilidade e de níveis sociais e econômicos melhores, como aponta o filósofo Steven Pinker² com ampla base estatística, a afastar qualquer arroubo autoritário, sangrento e afirmar a crença dos países na paz. Assim, as revoluções pelos tributos devem ficar nos livros de história. Se isso é verdade, resta que as mudanças tributárias se deem por reformas constitucionais ou não, a depender do tema e do sistema tributário.

Mas as democracias modernas, sobretudo as latino-americanas, ainda resistem sob bases populacionais em que a inimizade, numa forma exacerbada de agonismo político, tem dificultado a formação de consensos. É um dos fatores que Cláudio Pereira de Souza Neto aponta para a polarização e crise da democracia no Brasil, propondo que se volte a cultivar uma cidadania para além dos conflitos ideológicos e orientações partidários, uma espécie de “amizade cívica”³.

Aí vem a segunda morte, absolutamente lamentável, pois parece faltar razão para as discussões. Não se chega a consenso no Brasil sobre uma reforma geral ou fatiada, sobre a uniformização ou não sobre a tributação sobre o consumo, sobre como simplificar, essa polarização já gerou discussões acaloradas entre tributaristas em congressos, de uma forma algo diversa de uma discussão sob agir comunicativo cultuada entre pensadores.

E longe do altiplano das reformas constitucionais, temas mais fáceis – menos difíceis? –, como uma reforma por parte de cada fisco para reduzir obrigações acessórias, a definição por parte da União do que seja insumos, preservando a não-cumulatividade do PIS e da COFINS, possibilidade de tributar dividendos, a reversão da jurisprudência estendida para entidades religiosas e a ausência tributação de embarcações e aeronaves, não são atingidos. O que fazer?

Somos entusiastas de uma reforma tributária brasileira. Uma que fique a meio caminho entre uma reforma igualitária, mudando a matriz de desigualdade na tributação sobre o patrimônio e a renda, e uma reforma pela simplicidade, que acabe com tantas fontes conflitantes e sobrepostas sobre o consumo. Afinal, como diria Márcio Pochmann⁴, “no desenvolvimento das nações, a tributação exerce um papel importante no enfrentamento das desigualdades. Quanto mais justo o sistema tributário, menor tende a ser o grau de concentração de riqueza e renda nacional.”

São tempos difíceis, porém. A OCDE às voltas com a tributação no contexto da digitalização da economia, por mais que diga que quer simplicidade nas mudanças da tributação direta e indireta, cogita formas de tributar receitas residuais e, enquanto não se chega ao consenso, “permite” que países estabeleçam um tributo sobre serviços digitais, com aparência das contribuições sociais, como o PIS e a COFINS, que tanto são criticadas no Brasil. Estaria o Direito Internacional se apercebendo de que a realidade da economia trouxe pitada de complexidade para os sistemas tributários?

A mesma OCDE, que iniciou um grande projeto contra a erosão das bases tributárias, se viu no meio da pandemia em um dilema: não se deve prejudicar o desenvolvimento tecnológico pela via da tributação – a ênfase nos relatórios da OCDE é sempre em resguardar *startups* e pequenas empresas -, mas ao mesmo tempo é tempo de melhorar as finanças públicas mundiais, o que exige um redesenho da tributação.

Por mais que a bola da vez seja tributar mais conglomerados digitais como *Facebook*, *Apple*, *Microsoft*, *Uber*, *Airbnb* e outros *marketplaces*, e se possa pensar que algumas dessas empresas enfrentam recessão nos seus setores, os déficits orçamentários dos países mostram que os 100 bilhões de dólares arbitrados como receitas residuais sem tributação no âmbito digital não resolvem as

finanças. Só o Brasil já tem um déficit acumulado desde o início da pandemia maior que um trilhão de reais.

No romance de Jorge Amado, Quincas Berro D'Água teria tido duas mortes, o que qualquer leitor pode perceber. Mas a genialidade do escritor ainda acusa que haja uma terceira morte, a social, quando ele resolveu se distanciar de sua tradicional família. O receio exposto nesse artigo é justamente antever uma terceira morte para os projetos de reforma tributária nas democracias latino-americanas e, no Brasil, em especial.

Enquanto assistimos ao mundo, com Biden nos Estados Unidos e outros países da Europa, tentando realmente reduzir fossos de desigualdade, não por uma agenda socialista ou socializante, mas por se ver um problema claro e de repercussões nunca antes vistas nas democracias modernas, nós nos perdemos sobre os consensos mais básicos, sobre como repartir competências tributárias, o que fazer com o SIMPLES, como evitar efeitos antissísmicos de decisões do STF em matéria tributária, o que é precedente etc.

É como se estivéssemos próximos, não da inimizade política absoluta, mas de uma incapacidade de diálogo sobre premissas, pois além do “é necessário simplificar”, “é preciso melhorar a tributação sobre a renda e seu aspecto distributivo”, “é imperativo olhar a tributação sobre o consumo para ser mais justa e eficiente”, nós acabamos nos perdendo nas ideias gerais sem conseguir dela extrair propostas concretas consensuais.

O quadro social aponta para ausência de diálogo, agonismo político, e mexer na tributação é como mexer em vespeiro. Será que realmente chegamos à terceira e derradeira morte das reformas tributárias?

P.S.: No dia em que terminamos de escrever este artigo, o STF decide a chamada “tese do século”, de uma forma em que contribuintes e União não levaram tudo que queriam em decorrência da modulação de efeitos. Sabe-se, porém, que perda de receita houve pelo passado e haverá pela retirada de parte da base de cálculo do PIS e da COFINS. Se política é a arte do possível e as finanças públicas serão ainda mais afetadas, a busca pela reforma tributária persiste sem a terceira morte apontada? 

NOTAS

- 1 SMITH, A. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 145.
- 2 PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do iluminismo*. Trad. por Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- 3 SOUZA NETO, Cláudio Peira. *Democracia em crise no Brasil: Valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica constitucional*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2019, p. 295.
- 4 POCHMANN, Márcio. *Desigualdade e Justiça Tributária*. Brasília, 15/05/2008. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/arquivos_upload/2008/05/197_1548-DesigualdadeJustica-Tributaria-CDES.pdf> Acesso em: 03/02/2016.



ARQUIVO PESSOAL

ALLAN TITONELLI NUNES é Procurador da Fazenda Nacional, Mestre em Administração Pública pela FGV, MBA em Gestão Pública pela FGV, Especialista em Direito Tributário, Ex-Presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz. Membro da Academia Brasileira de Direito Político e Eleitoral (ABRADEP).



ARQUIVO PESSOAL

DANIEL GIOTTI DE PAULA é Procurador da Fazenda Nacional, Doutor em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela UERJ, Professor de Direito Financeiro e Tributário.

Direito ao silêncio

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“A população brasileira, aquela que não conhece a técnica jurídica, vê dinamitar e implodir os conceitos tão arduamente construídos pela crença popular e, no exercício de sua indignação, conclui, de forma frustrada, que o direito individual deve prevalecer sobre o coletivo, mais uma vez desprestigiado.”

De quando em quando a ocorrência de um fato de grande repercussão no Brasil traz à baila um instituto jurídico devidamente assentado e estabilizado, mas que aguça a curiosidade popular que, com sua costumeira medida de justiça, não se conforma com o regramento estabelecido. A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada pelo Senado Federal para apurar eventual omissão do Governo Federal durante o período pandêmico, além de investigar as verbas públicas encaminhadas aos governadores dos estados e prefeitos, deparou-se com uma decisão determinada pelo ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, que concedeu ordem de *habeas corpus* ao ex-ministro da saúde Eduardo Pazuello para que possa valer-se do direito de manter-se silente durante sua oitiva, vez que não é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

A decisão colidiu com o inconformismo popular que já tem como jurisprudência remansosa consagrada pela sabedoria do cidadão, no sentido de que quem for indagado a respeito de ter praticado uma determinada conduta considerada ilícita e nada responder a respeito para justificá-la, concorda com a imputação. É a regra do quem cala, consente. Uma vez que não se defendeu e teve oportunidade para tanto, o silêncio passa a ser incriminador. O julgamento popular é instantâneo, produz coisa julgada e se torna rapidamente imutável, sem qualquer chance de reversão.

Ao leigo passa a impressão de que a postura de indiferença, de antipatia e de arrogância daquele que está sendo inquirido e se cala, representa um deboche às autoridades encarregadas da arguição e já proporciona um julgamento antecipado. Diante de tal cena, a população brasileira, aquela que não conhece a técnica jurídica, vê dinamitar e implodir os conceitos tão arduamente construídos pela crença popular e, no exercício de sua indignação, conclui, de forma frustrada, que o direito individual deve prevalecer sobre o coletivo, mais uma vez desprestigiado.

A verdade que se extrai do pensamento jurídico penal confronta o adágio popular, pois o Direito é fruto de um sistema jurídico devidamente regulamentado e assentado em princípios e regras que vão se aperfeiçoando com o passar do tempo, sempre visando atender de forma justa e correta os reclamos

sociais. Cai por terra, da mesma forma, justificadamente, a sabedoria popular que proclama ser a voz do povo a voz de Deus.

O direito ao silêncio não é uma prática exclusiva da Comissão Parlamentar de Inquérito e sim faz parte da legislação processual penal, podendo ser utilizado por qualquer pessoa que se encontra respondendo a um processo criminal. É um instrumento de tutela conferido constitucionalmente para que o acusado possa se recusar a responder às perguntas que venham incriminá-lo. Cinge-se na esfera protetiva da ampla defesa, corolário inseparável dos direitos da personalidade, assim denominado por Pontes de Miranda. Não compreende somente a zona de intimidade do infrator, mas, também, o alargamento das fronteiras defensivas, não permitindo, desta forma, que produza provas contra si mesmo, quando for convidado a testemunhar o próprio opróbrio, como diz Tomás de Aquino. Narra o texto evangélico que Cristo, em razão de sua missão, lançou mão do direito ao silêncio quando interrogado perante Pilatos. Várias perguntas feitas pelo príncipe dos sacerdotes e pela turba ficaram sem respostas.¹

A Carta Constitucional, desta forma, estende os braços e alcança o princípio da presunção da inocência, que guarda estreita vinculação com a regra do *nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo), direito assegurado nas constituições democráticas, conforme se constata da norte-americana no instituto do *privilege against self-incrimination* (privilégio da não autoincriminação). O exercício desse direito não pode ser visto como uma penalização, um suplício, um antídoto da liberdade consagrada.

Tanto é verdade que o juiz, antes de iniciar o interrogatório do acusado, irá adverti-lo a respeito do seu direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, assim como o seu silêncio não será interpretado em prejuízo de sua defesa e nem importará em confissão, segundo a regra estabelecida no artigo 186 do Código de Processo Penal. No caso citado, na realidade – uma vez que a Comissão Parlamentar de Inquérito é detentora de poderes próprios das autoridades judiciárias – nem haveria necessidade de pleitear a tutela jurisdicional, pois trata-se de direito que pode ser invocado pela pessoa no exato momento de sua arguição.

Todo este arsenal protetivo ao acusado é resultante do próprio sistema acusatório brasileiro. Incumbe ao Estado – por meio de seus agentes persecutórios quando se tratar de ação pública incondicionada e ao particular no âmbito da ação privada - demonstrar a prática de um ilícito pelos meios probatórios admissíveis nas regras jurídicas e não coagir o eventual infrator a consentir na realização de provas espúrias, prostrando-o diante de sua própria cidadania. É o aniquilamento de direitos obtidos com muito custo pela população brasileira. É a reserva que assegura ao cidadão o direito de não realizar provas contra si mesmo. 

NOTA

1 Evangelho São Mateus, 27.13,14.



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

A culpa anterior dos agentes públicos por ferimento ao princípio da precaução e gestão de riscos ao meio ambiente

■ POR LUCIANO OLIVEIRA ARAGÃO

“O ecossistema equilibrado como legado para as gerações futuras continua ameaçado, pois o princípio da cooperação das gerações anteriores e, mormente dos agentes públicos que detém o monopólio do dever de polícia, não cumpre com o dever de precaução e preservação do ambiente, fato que os torna um poluidor *lato sensu*.”

A Constituição brasileira é antropocêntrica e humanista, o que significa dizer que o ser humano é o centro e destinatário final de todo o sistema jurídico positivado que, por finalidade, tem na melhoria da qualidade de vida, no bem-estar social, na harmonia e na pacificação social e no solidarismo o seu ideal abstrato.

Para tanto, todos os recursos naturais devem estar disponíveis para deleite da vida dos humanos, porquanto, o direito ambiental constitucional brasileiro não é biocêntrico e isso reflete na jurisprudência da Suprema Corte e em decisões administrativas de órgãos ambientais.

Contudo, no plano infraconstitucional, já existem decisões que sinalizam vertente para interpretação da norma ambiental pelo viés biocêntrico. A evolução do pensamento jurídico, ao menos no plano do direito ambiental, é de que os animais não humanos sejam sujeitos de direitos *sui generis* por possuírem sentimentos, memória, níveis de inteligência, capacidade de organização, entre outras características que os aproximam mais a nós do que às coisas.

O problema repousa no fato de o ser humano se alimentar de carne de animais não humanos, de domesticá-los para uso como meio de transporte e força de trabalho. Quando falamos de animais não humanos, não estamos a tratar apenas de pets, mas de toda forma de vida animal não humana.

A pergunta que se faz é como será a questão de direitos dos animais que são criados para abate; da vaca que para produzir o leite tem que ter um filhote que logo é retirado de seu convívio; do cavalo que faz trabalhos forçados para o cavaleiro; da posição de subserviência dos pets criados no cativeiro das residências dos humanos sem que isso tivessem escolhido para si.

A venda das crias de pets em lojas especializadas em venda de animais não humanos será legal ou violadora de direitos?

Será possível *habeas corpus* para os animais exóticos que vivem enclausurados em zoológicos para apreciação de animais humanos?

Essas são questões sensíveis e que necessitam de estudos aprofundados, pois a matriz do sistema jurídico mundial, a milênios, é antropocêntrica e os humanos desde que aprenderam a domesticar os animais e o fogo, passaram a caçá-los e os utilizarem como meio de transporte e força de trabalho.

Quando o direito ambiental entra em rota de colisão com o Poder econômico, invariavelmente a força econômica se sobrepõe aos princípios da precaução e preservação.

O que assistimos é que desde a entrada e vigor da Constituição Brasileira em outubro de 1988 os agentes públicos negligenciaram com o dever de precaução que seu *múnus* público lhe impõe, o que nominamos de culpa anterior, cujo aspecto principal de sua natureza jurídica é a omissão não ser contemporânea ao dano.

Defendemos que a culpa anterior nasceu no direito mundial com o princípio da precaução do direito ambiental.

VISÃO ANTROPOCÊNTRICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL BRASILEIRO

Luciano Aragão e Reis Friede¹ destacam a visão antropomórfica de Kant quando citam que:

“O homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. (KANT, 1980, p. 134-5).

Prosseguindo, Kant reforça ainda mais a sua visão antropomórfica, afirmando que: “em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele (o homem) tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim”. (KANT, 1980, p. 134-5).

Para o filósofo, os seres cuja existência depende somente da natureza são denominados irracionais, sendo tratados como coisas, ao passo que os seres racionais são concebidos como pessoas, cuja natureza os distingue como fins em si mesmos, limitando, por conseguinte, todo o arbítrio. (KANT, 1980, p. 134-5).

Maria Celina Moraes (2003, p. 80-1) argumenta que a concepção de dignidade de Kant tem como consequência a exigência de que o ser humano jamais possa ser visto ou usado como um meio para se atingir fins supostamente maiores do que o homem singular, mas sempre como o próprio fim. Em razão disso, toda a atividade estatal deve ser dirigida para o homem, tendo-o como finalidade a ser alcançada, de modo a possibilitar a realização máxima do valor da dignidade da pessoa humana. Aliás, para Kant, as coisas têm preço; as pessoas, dignidade.”

A declaração do Rio de Janeiro para o meio ambiente de 1992, em seu princípio nº 1 instrui que:

“Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”

Em uma análise mais rasa do direito, nosso sistema de normas e, porquanto, nosso sistema jurídico positivado é antropocêntrico, porque somente o homem como ser racional é quem pode gerar as normas, cumpri-las e organizar a sociedade para o bem-estar social e convívio social harmônico e digno.

A carta político-jurídico brasileira², coloca o homem como centro de nosso sistema jurídico e expressa que o direito ambiental tem por finalidade a satisfação das necessidades humanas³.

Neste sentido, a Constituição Federal Brasileira permite até mesmo práticas desportivas que submetam os animais a crueldade, se essas forem consideradas práticas culturais populares indígenas, afro-brasileiras ou de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional⁴, ou seja, vale mais a preservação cultural de um povo do que os maus tratos aos animais não humanos.

A Constituição Brasileira deixa claro em seus artigos, conforme citado alhures, que não há uma igualdade biocêntrica entre seres humanos e animais não humanos, e isto, porque o entendimento é de que a natureza deve ser preservada para o bem estar e melhor qualidade de vida do ser humano, devendo a questão do uso cultural, econômico e social dos recursos naturais para deleite dos humanos se sobrepôr aos maus tratos dos animais não

humanos, é o que nos revela também a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira⁵.

A questão econômica se evidencia quando o abate do animal deve ser feito de uma forma menos traumática, não por uma questão de poupar o animal de perder sua vida por meio menos cruel, mas sim em razão das toxinas que o estresse pré-morte pode gerar e disseminar na carne destinada ao consumo humano e os malefícios que essas toxinas possam causar aos humanos, ou seja, mais uma vez a preocupação é com a vida humana e não do animal não humano.

A questão econômica dos recursos naturais em prol dos seres humanos, destinatário final de seu uso, gozo e fruição, segundo nossa Magna Carta, foi o parecer do IBAMA a respeito de maus tratos na exportação de gado vivo por meio de navios⁶.

Resta claro que, a Constituição Brasileira e a interpretação da Suprema Corte é de que os animais não humanos não são sujeitos de direito, mas sim, objeto de direito, por serem considerados como coisas e, para que isso se modifique, todo o sistema jurídico constitucional brasileiro tem que deixar de ser humanista.

Celso Fiorollo⁷ destaca que:

“Se a Política Nacional do Meio Ambiente protege a vida em todas as suas formas, e não é só homem que possuiu vida, então todos que a possuem são tutelados e protegidos pelo direito ambiental, sendo certo que um bem, ainda que não seja vivo, pode ser ambiental, na medida que possa ser essencial á sadia qualidade de vida de outrem, em face do art. 225 da Constituição Federal (bem material ou mesmo imaterial).

Dessa forma, a vida que não seja humana só poderá ser tutelada pelo direito ambiental na medida em que sua existência implique garantia da sadia qualidade de vida do homem, uma vez que numa sociedade organizada este é destinatário de toda e qualquer norma”

Para Fiorollo⁸ o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto, o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria. Por isso, devemos questionar, segundo ainda Fiorollo⁹, a quem o direito ambiental serve? Quem é o seu destinatário? Seria a pessoa humana ou seria a vida em todas as suas formas?

Há, todavia, teses e mesmo legislação em países como Suíça, Alemanha, Áustria, França e Nova Zelândia que consideram os animais não humanos como sujeitos de direitos, por entenderem que eles possuem sentimentos, memória, níveis de inteligência, capacidade de organização, entre outras características que os aproximam mais a nós do que às coisas.

Ingo Sarlet¹⁰, festejou a decisão no âmbito do direito infraconstitucional do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.797.175/SP, que reconheceu a *dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e, ademais disso, atribuiu dignidade e direitos aos animais não-humanos e à Natureza*, inclusive avançando rumo a

um novo *paradigma jurídico biocêntrico*, quando o relator, em seu voto, determinou: “por não acolher o pedido do órgão ambiental federal (Ibama) e manter a guarda de um papagaio que vivia há 23 anos em cativeiro com a pessoa que o detinha na sua residência, ressaltando apenas alguns requisitos a serem cumpridos periodicamente para assegurar o seu bem-estar: “a) visita semestral de veterinário especializado em animal silvestre, comprovada documentalmente, para que realize um treinamento educativo com a recorrente, ensinando os cuidados necessários e adequados para com a ave; b) fiscalização anual das condições do recinto e do animal, com emissão de parecer, cujas observações devem ser implementadas *in totum*, sob pena de perdimento da guarda – a visita técnica deve ser realizada pelo Ibama local”.

Quis o STJ preservar o vínculo afetivo do animal não humano com o ser humano, pois essa separação e reintegração da ave ao seu habitat natural poderia ser mais prejudicial do que continuar o convívio.

Sem dúvidas no âmbito infraconstitucional esse julgado foi um grande avanço para a adoção de um sistema jurídico ambiental biocêntrico, porém, no Brasil, será preciso alteração das regras constitucionais ambientais, pois toda a Constituição Brasileira é antropocêntrica e humanista e, qualquer regra infraconstitucional que com ela conflitar não pode ter vigência no mundo jurídico.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Há vários tipos de ambiente que não só o natural, temos o ambiente artificial, o cultural e o do trabalho. O bem ambiental é de uso comum do povo não podendo o ser humano, para seu deleite individual, apropriar-se ou mesmo fazer uso de bem ambiental de forma lesiva, por isso não há bem ambiental privado, mas sim coletivo e seu equilíbrio deve ser preservado e defendido pelo Poder público e pela coletividade para as presentes e futuras gerações, é o que expressa o art. 225¹¹ da Constituição Brasileira.

J.J. Gomes Canotilho¹² nos ensina que o tema da responsabilidade de longa duração ganhou acuidade depois da Conferência do Rio de Janeiro de 1992 ancorada no princípio de “Sustainable Development”. Em termos jurídico-constitucionais, ela implica, desde logo, a obrigatoriedade de os Estados (e outras constelações políticas) adotarem medidas de protecção ordenadas à garantia da sobrevivência da espécie humana e da existência condigna das futuras gerações. Neste sentido, medidas de protecção e de prevenção adequadas são todas aquelas que, em termos de precaução, limitam ou neutralizam a causação de danos ao ambiente, cuja irreversibilidade total ou parcial gera efeitos, danos e desequilíbrios negativamente perturbadores da sobrevivência condigna da vida humana (responsabilidade antropocêntrica) e de todas as formas de vida centradas no equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas naturais ou transformados (responsabilidade ecocêntrica).

A Constituição Brasileira determina então, que o bem ambiental é um bem de uso comum do povo, sendo o Poder Público não seu proprietário, mas

sim seu gestor, seu gerente e seu defensor, neste sentido é a posição de Paulo Afonso Leme Machado¹³:

“O Poder Público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais – das águas e da fauna –, mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a melhor informar, a alargar a participação da sociedade civil na gestão dos bens ambientais e ater que prestar contas sobre a utilização dos bens “de uso comum do povo”, concretizando um “Estado Democrático e Ecológico de Direito” (arts. 1º, 170 e 225)”.

Desta forma a Constituição Brasileira definiu o ambiente equilibrado como bem de uso comum do povo e, porquanto, não é um bem público ou privado, mas sim difuso e, nos dizeres de Fiorillo¹⁴, é um bem que ao mesmo tempo a todos pertence, mas ninguém em específico o possui. Seus titulares são indeterminados porque não temos como precisar quais são os indivíduos afetados por ele.

Assim, por determinação constitucional, o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as gerações presentes e futuras.

Esse dever constitucional instituiu um dos principais princípios do direito ambiental, que é o princípio da precaução, pois determina o dever de se proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado e isso, diga-se, porque os danos ambientais geralmente, são irreversíveis e irreparáveis.

O princípio da precaução é essencial ao direito ambiental, pois nenhum sistema jurídico do mundo é capaz, por si só, de determinar a reparação ou a reversão de um dano ambiental, sua atuação é apenas punitiva-pedagógica, vez que o poluidor não tem condições de trazer ao ecossistema aquilo que foi retirado.

Por isso, o princípio da precaução constitui o objetivo principal do direito ambiental, pois de nada adianta medidas de compensação ambiental para tentar mitigar danos ao meio ambiente, visto que compensar não é preservar e sim alterar de acordo com a vontade humana o que pelo homem não foi criado, pensado, planejado ou definido.

O princípio 15 da ECO-92 ressaltou sua importância:

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Fernanda Viegas Reichardt e Mayara Regina Araújo dos Santos¹⁵ nos alertam que apesar das várias formulações existentes sobre o princípio de

precaução pela doutrina brasileira, segundo é possível destacar dele algumas características comuns. Entre elas destaca-se a incerteza/certeza do dano ambiental. Isto é, o Princípio de Precaução é aplicável quando ainda existe a incerteza. Em outras palavras, não se deve aguardar que o dano se torne certo. Outra característica versa sobre sua relação com os princípios constitucionais da Administração Pública brasileira. O Princípio de Precaução entra no domínio do direito público através do “poder de polícia” conferido à Administração. Em nome desse Princípio, o Estado pode/deve suspender uma grande liberdade, ainda mesmo que ele não possa apoiar sua decisão em uma certeza científica.

O art. 225 da Constituição brasileira e o Direito infraconstitucional ambiental possuem conceitos abertos ou indeterminados, como por exemplo “sadia qualidade de vida”. Sem uma referência do que seja uma “sadia qualidade de vida” o meio ambiente fica sujeito a toda forma de interpretação que, invariavelmente, é sempre benéfica ao poder econômico, sob o manto da expressão “desenvolvimento sustentável”

No Brasil, mesmo existindo legislação que tenha criado, em obediência ao princípio da Precaução mecanismos de proteção à danos ambientais, como EIA/RIMA – Estudo de Impactos ambientais, áreas de reserva ambiental, tombamentos, manejos ecológicos, leis penais ambientais mais rigorosas, sanções administrativas, multas ao poluidor, exigência de licenças e autorizações etc., isso não tem impedido que desmatamentos ocorram, que barragens se rompam, que rios e lagos fiquem poluídos, que o pantanal pegue fogo, que animais silvestres sejam caçados, vazamento de óleo em baías e rios, mortalidade de peixes em lagoas, soterramento de casas e pessoas em razão de fortes chuvas tropicais etc.

Mas não é só no Brasil, no mundo os principais desastres ambientais foram a bomba de Hiroshima e Nagasaki – Japão em 1945, Explosão de Chernobyl -Ucrânia em 1986, acidente nuclear em Fukushima – Japão 2011, Ciclone Idai – Moçambique em 2019, Big Smoke – Londres em 1952 etc.

O lucro e as vantagens indevidas, ainda se sobrepõe aos direitos ambientais e atinge sobremaneira o ecossistema ao desestabilizar a fauna e a flora gerando problemas de saúde e sanitário, pessoas desabrigadas e prejuízos econômicos.

A norma jurídica que não é efetiva fica apenas no papel ou é utilizada de acordo com a conveniência do agente público, pois fecham-se os olhos para as ações de certos poluidores e a outros examinam seus projetos de impacto ambiental com rigor excessivo, inviabilizando a atividade pretendida, seja por interesses políticos ou mesmo econômicos.

Por isso, urge no Brasil, em matéria ambiental, se criar critérios objetivos mínimos para esses termos abertos/indeterminados como “sadia qualidade de vida”, “necessário a vida humana” e “desenvolvimento econômico sustentável”, além de criar ambiente normativo propício para um direito ambiental biocêntrico.

A gestão do risco ambientalmente danoso não pode ficar ao alvedrio de interpretação oportunistas de ocasião, deve obedecer a padrões objetivos

mínimos que devem ser revisados de tempos em tempos de acordo com o avanço fiscalizador da tecnologia disponível.

Neste sentido é o que nos ensina Canotilho¹⁶:

O direito constitucional acompanha o esforço da doutrina no sentido de se alicerçar a determinação jurídica dos valores limite do risco ambientalmente danoso através da exigência da protecção do direito ao ambiente segundo o estágio mais avançado da ciência e da técnica. Isto significa que o princípio da melhor defesa possível dos perigos e os princípios da precaução e da prevenção do risco ambiental segundo o patamar mais avançado da ciência e da técnica marcam também os limites da razão prática no plano do direito constitucional. E não cabe a uma Constituição aderir a postulados filosóficos de segurança (“segurança deterministicamente determinada”, “segurança probabilisticamente determinada”) para extrinsecar o desenvolvimento jurídico-constitucional de concretização do risco. De qualquer modo, o que parece constitucionalmente aceitável é tentar uma aproximação à fixação normativa de valores limite através de princípios jurídico-constitucionais. Neste contexto, o primeiro princípio a ter em conta é o princípio da proporcionalidade dos riscos que se pode formular assim: a probabilidade da ocorrência de acontecimentos ou resultados danosos é tanto mais real quanto mais graves forem as espécies de danos e os resultados danosos que estão em jogo. Esta fórmula, que não anda muito longe da seguida pela jurisprudência alemã, põe em evidência que o risco, ao exigir particulares deveres de precaução, não pode ser determinado independentemente do potencial danoso.

O princípio da precaução é na verdade um instrumento que serve também como ferramenta meditativa proativa e de suporte à tomada de decisão. O princípio da precaução foi apresentado na ECO-92 como uma recomendação oficial aos governos, para que a ausência de garantias científicas não pudesse justificar atrasos na adoção de medidas preventivas elaboradas para evitar riscos que poderiam provocar danos graves e/ou irreversíveis ao meio ambiente¹⁷.

Desde o período que deixamos de ser tribais e passamos a ser uma sociedade feudal, no período pós colonização, há uma relação de estresse da sociedade com o meio ambiente, o que aumentou com a revolução industrial e agora também com a revolução tecnológica. O princípio da precaução é, na verdade, o instrumento que o Poder Público dispõe, em razão do seu poder de polícia, de fazer a gestão da constante incerteza do risco de dano ambiental gerado por uma sociedade que constantemente produz risco, seja como sociedade industrial, como sociedade burguesa (construção de imóveis em santuários ecológicos) ou como sociedade que vive na extrema pobreza, com a poluição de rios e lagoas por despejo de esgotos, depósitos de lixo e construções irregulares.

Desde que firmamos o contrato social para vivermos em harmonia e paz social, conhecida como pela metáfora contratualista de Hobbes, Locke e Rousseau¹⁸, passamos a produzir riscos que devem ser previsíveis e evitáveis e, no

direito ambiental, em caso de dúvida se certa atividade produzirá ou não risco ambiental, devemos seguir o princípio *in dubio pro ambiente*.

CULPA ANTERIOR

Culpa no direito brasileiro se define como sendo um erro de conduta moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada em iguais circunstâncias de fato¹⁹.

O princípio da confiança legítima, a presunção de legalidade dos atos administrativos e o dever de eficiência do Poder Público, dá ao administrado a confiança nos atos dos agentes públicos de que a atividade estatal administrativa não será omissa na proteção de direitos fundamentais, pois o direito à boa administração pública executada por meio de agentes públicos, em especial por agentes administrativos qualificados, é um direito fundamental do administrado. A violação ao direito à boa administração pública causa danos que devem ser reparados, pelo estado (responsabilidade objetiva), se praticado por agente político em razão da teoria do domínio do fato²⁰ e, até pessoalmente, pelo agente administrativo²¹ que tem sua atividade profissional estritamente vinculada a legislação de regência e dela não pode se afastar, a não ser nos limites da discricionariedade plenamente motivada, quando a situação permitir que sejam utilizados os critérios de conveniência e oportunidade para decidir sobre determinado fato se comprovado que agiu com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva).

Neste sentido também é o entendimento de Tamira Almeida Martins²²:

A atuação insuficiente da administração pública pode gerar e gerar-se da não ação. Viola os deveres correlatos ao direito fundamental à boa administração pública, e, de consequência, o próprio direito fundamental referido, o comportamento administrativo que seja omissivo, “por descumprir um dever de agir estatuído para a Administração Pública”. A omissão administrativa configura afronta ao próprio direito fundamental à boa administração pública.

Importa perceber que, como esperado, a inobservância dos deveres referidos, com violação ao direito fundamental à boa administração, ocasiona consequências jurídicas, dentre as quais, destaca-se, para os fins aqui pretendidos, ao lado da responsabilização pessoal dos agentes públicos eventualmente responsáveis pelo descumprimento e do controle interno e/ou externo do ato praticado em desconformidade com o direito discutido, o fato de que eventuais prejuízos sofridos por terceiros em decorrência da atuação estatal insuficiente implicará o dever de reparação do dano (se presentes seus pressupostos), havendo responsabilidade civil do Estado por sua atuação desconforme.

Não se aplica na responsabilidade civil brasileira, a ideia de culpa *in abstracto* e de culpa *in concreto* aos agentes públicos, em especial aos agentes administrativos, ainda que a matriz da responsabilidade civil no Brasil seja pela aplicação da culpa *in abstracto*, por construção pretoriana, os Tribunais regionais,

estaduais e superiores adotam uma teoria mista da culpa *in abstracto* e culpa *in concreto*²³. Neste caso estamos tratando de agente que se presume altamente qualificado para exercer sua função, vez fora aprovado em concurso público de provas e títulos e, por isso, deve-se exigir dele a máxima eficiência e eficácia administrativa e não a de um homem médio comum, mas sim de uma pessoa altamente qualificada a exercer seu *munus publico*.

A culpa anterior procedimental²⁴, ainda sem uma natureza jurídica aceita pela doutrina e pelos Tribunais, nasceu no direito ambiental com o princípio da precaução, existente na maioria das Constituições dos Países ou mesmo em leis ambientais infraconstitucionais e fora referendada pelo princípio nº 15 da ECO-92 citados alhures.

No direito constitucional brasileiro nasceu com o art. 225 e, passados quase 33 anos, se verifica, de forma incontestada, a omissão do estado brasileiro por meio de seus agentes (políticos e administrativos) no que tange a precaução e prevenção com o bem que não é público e sim difuso, por ser um bem coletivo do povo brasileiro e não um bem do estado brasileiro. O estado foi omisso em seu dever de precaução e, por conseguinte, de preservação de um bem que não é seu. Esse dever de administração e gestão do meio ambiente além de ser um dever imposto pela Constituição Federal é também uma questão de competência, pois somente o estado detém o monopólio do poder de polícia, necessário para gestão e fiscalização do maior e mais valioso bem coletivo do povo brasileiro.

Então, a culpa anterior tem sua natureza jurídica como sendo uma culpa causal (procedimental) por ato de negligência (omissão) do agente público, não contemporânea ao ato ilícito, capaz de gerar a piora na qualidade de vida dos administrados (saúdavel, social, econômica, financeira e cultural) por ineficiência e ineficácia administrativa na gestão de riscos ambientais, com danos ao meio ambiente, bem difuso de propriedade coletiva do povo a qual tem o dever de precaução e preservação²⁵.

O dano ambiental no sentido da culpa anterior do agente público, não está direcionado ao poluidor em sentido estrito (pois a culpa e o dolo desse será contemporânea ao ato ilícito), ou seja, aquele que por interesse próprio e individual causa lesão ao meio ambiente equilibrado, mas sim aquele que por dever de ofício deveria ter zelado e defendido o meio ambiente e negligenciou com o seu dever de cautela e cuidado, ou seja, nesta situação classificamos o agente público como poluidor *lato sensu*.

Apesar de toda preocupação mundial ambiental tivemos dois encontros mundiais, o primeiro em Johannesburgo em 2002 onde pouco se avançou com a tentativa de diminuir o uso de combustíveis fósseis, por obvio, prevaleceu o interesse econômico sobre o interesse ambiental, vez que a matriz energética mundial ainda continua sendo o petróleo. O segundo foi na Cidade do Rio de Janeiro em 2012, cuja preocupação foi a não regressão com os princípios ambientais definidos na ECO-92, ocasião em que ficou definido a não regressão como meta de desenvolvimento sustentável, ou seja, vinte anos após, não falamos de avanços e sim de não retrocesso, esse é um sinal de que a

culpa anterior deve ser institucionalizada e internalizada no direito ambiental mundial pela ONU.

CONCLUSÃO

A conclusão que chegamos com o presente trabalho é que o direito constitucional ambiental brasileiro é antropocêntrico e que a interpretação das regras constitucionais ambientais segue a mesma direção. Porém, no plano infraconstitucional a jurisprudência vem sinalizando para viés biocêntrico.

Podemos verificar que as questões econômicas, como por exemplo as dos combustíveis fósseis, ainda se sobrepõe ao princípio da precaução, fato que levou o mundo a fazer um novo encontro mundial em 2012 na Cidade do Rio de Janeiro, para cancelar o comprometimento da regressão dos princípios e compromissos assumidos na ECO-92.

A mudança da matriz do direito ambiental de antropocêntrico para biocêntrico, fazendo com que os animais não humanos sejam sujeitos de direitos e não objeto de direito, ainda é um tema que necessita de muitos estudos, sobretudo ao aspecto econômico e social e, segue ainda sem uma definição de pauta de transição.

O ecossistema equilibrado como legado para as gerações futuras continua ameaçado, pois o princípio da cooperação das gerações anteriores e, mormente dos agentes públicos que detém o monopólio do dever de polícia, não cumpre com o dever de precaução e preservação do ambiente, fato que os torna um poluidor *lato sensu*.

Por fim, muito ainda há o que se fazer, mas nosso tempo é rarefeito, e por isso, temos que escolher estarmos economicamente saudáveis e convivermos com desastres ambientais (chuvas, terremotos, nevascas, desertificação, furacões etc.) ou termos uma qualidade de vida saudável, integrado a natureza e com respeito a todos os animais sancientes²⁶. 

NOTAS

- 1 ARAGÃO, Luciano e FRIEDE, Reis. In Danos Sociais. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro n° 75, v. 19, set-2016 págs.207-233, disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_207.pdf, acesso em 16/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
- 2 Inciso III do art. 1° e Inciso II do art. 4° ambos da Constituição Federal Brasileira. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em 16/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro-Brasil.
- 3 Art. 225 da CRFB: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (g.n)
- 4 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1° Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

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

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

- 5 Recurso Extraordinário 494.601/RS – Autorizou o sacrifício de animais em rituais religiosos afro-brasileiros. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE494601MMA.pdf>. Acesso em 16/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro-Brasil
- 6 Parecer 00017/2018/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU. Disponível em <https://agrolei.files.wordpress.com/2018/03/parecer-17-2018-cojud-exportacao-gado-abate-religioso-inex-maus-tratos-nt-27-18-dipro.pdf>. Acesso em 16/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro-Brasil
- 7 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 16.ed.ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.
- 8 Idem.
- 9 Op. cit., p. 52.
- 10 SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. In STJ, A dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em 16/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro-Brasil.
- 11 Op.Cit
- 12 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. In *Tékhnē – Revista de Estudos Politécnicos* nº 13, Barcelos jun.2010. disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002. Acesso em 17/02/2021 Na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
- 13 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 137.
- 14 Op. cit., p. 41-42.
- 15 REICHARDT, Fernanda Viegas e SANTOS, Mayara Regina Araújo dos. In (In) eficácia do princípio de precaução no Brasil. *Revista Estudos Avançados* Vol.33 nº 95, São Paulo Jan/Abr.2019. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142019000100259. Acesso em 17/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro-Brasil.
- 16 Op. cit.
- 17 COUSY, H. A propos de la notion de précaution. *Risques*, nº 21, jan-mar, 1995. *Apud* BRUNET, Sébastien; DELVENNE, Pierre e JORIS, Geoffrey. O princípio da precaução como uma ferramenta estratégica para redesenhar a (sub)política. *Compreensão e perspectivas da ciência política de língua francesa*. In *Sociologias*, Porto Alegre, ano 13, no 26, jan./abr. 2011, p. 176-200. Disponível em <https://irisfch.paginas.ufsc.br/files/2014/10/Principio.pdf>. Acesso em 17/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
- 18 Segundo Juliana Bezerra, o contrato social é uma metáfora usada pelos filósofos contratualistas para explicar a relação entre os seres humanos e o Estado. Esta figura de linguagem foi utilizada especialmente por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. In *O contrato Social*. Disponível em <https://www.todamateria.com.br/contrato-social/#:~:tex>

- t=O%20contrato%20social%20%C3%A9%20uma,Locke%20e%20Jean%2DJacques%20Rousseau. Acesso em 17/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
- 19 ALVINO LIMA. Culpa e Risco. 2°.ed. atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.69
 - 20 A teoria do domínio do fato foi criada pelo Professor Claus Roxin em matéria penal, mas pode ser plenamente utilizada para os casos de responsabilidade civil dos agentes públicos, sejam eles políticos ou administrativos, por serem os responsáveis finais, ou seja, por desempenharem papéis decisivos e determinantes na ação ou omissão danosa. A teoria do Domínio do Fato está disponível em (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzon Pena et all. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2014.p.70)
 - 21 A possibilidade do estado cobrar regressivamente do agente público administrativo está na segunda parte do §6º do art. 37 da Constituição Brasileira: art. 37 (...) §6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
 - 22 MARTINS, Tamira Almeida. A responsabilidade civil objetiva do estado por omissão violadora do direito fundamental à boa administração pública no ordenamento jurídico brasileiro. In e-Pública vol. 2 n. 1, Lisboa: jan. 2015. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100009. Acesso em 18/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
 - 23 Em capítulo de livro escrito por mim, destaquei a diferença entre culpa *in abstracto* (pautada na ideia do discernimento do homem médio e, em razão da impossibilidade de se criar regras de condutas para cada indivíduo particularmente, definiu-se, em doutrina, que culpa é a falta do dever de cautela, de cuidado e zelo do homem médio, criou-se então a teoria do homem ideal o *bônus pater familias*). Contudo, essa ideia do homem ideal contrasta com a do homem real, em razão do seu nível de informação, condições sócio-econômica-cultural e o ambiente em que vive. Porém, tratando-se de agente público administrativo a ideia é de que se trata de pessoa altamente qualificada para exercer seu *múnus público* vez que, para tanto, foi submetido a concurso público de provas e títulos. (ARAGÃO, Luciano Oliveira. Culpa Anterior. Diálogos em Direitos Humanos, Estado e Cidadania. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Reis Friede. Organizadores: FONTES, André. R.C; MORAES MELLO, Cleyson de; GUERRA, Sônia. Rio de Janeiro. Ed. Processo, 2018, p.427-438.)
 - 24 Há uma diferença na culpa anterior defendida pelo Professor Alvino Lima e a por mim defendida. O Professor Alvino Lima defende a culpa anterior orgânica, ou seja, causado por demenciados ou por pessoas com comportamentos alterados por alcoolismo ou drogas. Divirjo desta posição, com o máximo respeito ao mestre, pois o alcoolismo ou consumo contumaz de drogas ilícitas é considerado doença para Ministério da Saúde brasileiro e, inclusive, motivo de afastamento das atividades laborais pelo INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social. Defendo a Culpa Anterior procedimental (causal) e não a orgânica. (ARAGÃO, Luciano Oliveira. Op.Cit. p.437 – nota 16)
 - 25 Trata-se de uma adequação da natureza jurídica da culpa Anterior que publicamos em (ARAGÃO, Luciano Oliveira. Op.Cit. p.437)
 - 26 Senciência, é a “capacidade de sofrer ou sentir prazer ou felicidade”. Não inclui, necessariamente, a auto-consciência. A palavra sentiência é muitas vezes confundida com sapiência, que pode significar conhecimento, consciência ou percepção. As duas palavras podem ser diferenciadas olhando-se suas raízes latinas: sentire é “sentir” e sapere é “saber”. Senciência, portanto, é a capacidade de sentir.
Citando as palavras de Charles Darwin (1809 a 1882): “Não existe nenhuma diferença fundamental entre o ser humano e os animais superiores em termos de faculdades mentais. A diferença entre a mente de um ser humano e de um animal superior é certamente em grau e não em tipo”. São sencientes, tem sentimentos, dor, medo, e querem preservar

suas vidas tanto quanto nós humanos. Disponível em <https://www.dicionarioinformal.com.br/senciente/>. Acesso em 21/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.

BIBLIOGRAFIA

- ALVINO LIMA. *Culpa e Risco*. 2. ed., atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- ARAGÃO, Luciano e FRIEDE, Reis. In Danos Sociais. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro n° 75, v. 19, set-2016 p. 207-233, disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_207.pdf, acesso em 16/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
- ARAGÃO, Luciano Oliveira. Culpa Anterior. Diálogos em Direitos Humanos, Estado e Cidadania. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Reis Friede. Organizadores: FONTES, André. R.C; MORAES MELLO, Cleyson de; GUERRA, Sônia. Rio de Janeiro. Ed. Processo, 2018, p.427-438.)
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- CANOTILHO. José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. In Tékhne – Revista de Estudos Politécnicos n°13, Barcelos jun.2010. disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002. Acesso em 17/02/2021 Na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
- COUSY, H. A propos de la notion de précaution. Risques, n° 21, jan-mar, 1995. *Apud* BRUNET, Sébastien; DELVENNE, Pierre e JORIS, Geoffrey. O princípio da precaução como uma ferramenta estratégica para redesenhar a (sub)política. Compreensão e perspectivas da ciência política de língua francesa. In Sociologias, Porto Alegre, ano 13, no 26, jan./abr. 2011, p. 176-200. Disponível em <https://irisfch.paginas.ufsc.br/files/2014/10/Principio.pdf>. Acesso em 17/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 16. ed., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2015.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Tamira Almeida. A responsabilidade civil objetiva do estado por omissão violadora do direito fundamental à boa administração pública no ordenamento jurídico brasileiro. In e-Pública vol.2 no.1 Lisboa jan. 2015. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100009. Acesso em 18/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro – Brasil.
- REICHARDT, Fernanda Viegas e SANTOS, Mayara Regina Araújo dos. In (In) eficácia do princípio de precaução no Brasil. Revista Estudos Avançados Vol. 33 n° 95, São Paulo Jan/Abr.2019. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142019000100259. Acesso em 17/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro-Brasil.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzon Pena et all. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. In STJ, A dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em 16/02/2021 na Cidade do Rio de Janeiro-Brasil.



ARQUIVO PESSOAL

LUCIANO OLIVEIRA ARAGÃO é Advogado Militante em Direito Empresarial, Aluno nos Cursos Válidos para Doutorando em Direito Civil da Universidade de Buenos Aires/AR, Mestre em Direito das Relações Econômicas/UGF-BR, Mestrando em Cultura Jurídica/UdG-ES, Pesquisador do NUTECA da UniAraras-BR, Presidente da Comissão de Direito dos Transportes da OAB/RJ e Membro da Comissão de Mobilidade Urbana e Direito dos Transportes da OAB Nacional.



Cristiane Romano

ARQUIVO PESSOAL

Como ser uma organização que transforma diversidade em múltiplas habilidades

“O conflito é vivenciado como uma janela de oportunidade para um pensar mais avançado. Convida a decisões mais compartilhadas e inclusivas. Com isto, promove a busca criativa por soluções mais abrangentes.”

Este tempo de transição nos têm obrigado a rever nosso modelo de relação com o mundo, com as pessoas e conosco. Somos provocados diariamente a reconsiderar uma certa forma linear de pensamento para uma abordagem sistêmica e complexa de lidar com as situações mais rotineiras.

Nas organizações, o momento é bastante desafiador. Ambientes de incertezas, ambiguidade e complexidade, onde temos que lidar com um alto nível de estresse cotidiano, numa busca frenética pelo atingimento de grandes resultados, no menor tempo possível.

Esse cenário contribui imensamente para uma incapacidade de relacionamentos conectados e autênticos. Nesta emergência, na qual parece não haver mais espaço para reflexão, diálogo e empatia, nos perdemos em nossos sentimentos, nas expectativas, nos julgamentos, nas necessidades, percepções e ações.

A tecnologia na pandemia, embora vital, gerou distanciamento, individualismo, superficialidade nas relações e ilusão de que somos separados uns dos outros. Enfim, são muitos os fatores que provocam relações conflituosas.

PERSONIFICAMOS OS “CONFLITOS” E “COISIFICAMOS” AS PESSOAS

O conflito está presente nas relações humanas, é natural e pode ser compreendido como positivo ou negativo, de acordo com cada experiência. Os aspectos negativos do conflito são bastante conhecidos para todos nós e tomam corpo efetivamente quando o espírito da competição supera o da cooperação, transformando os personagens do conflito em adversários e inimigos.

Personificamos os conflitos e “coisificamos as pessoas” quando mergulhamos nas polaridades, aumentando o grau de agressividade e violência. Seja por vaidade, interesses pessoais, agendas ocultas, ignorância, percepções equivocadas, cristalização dos pontos de vista, falta de contato com nossas próprias necessidades e sentimentos ou, ainda, ausência de empatia, gerando uma grande desconexão entre as pessoas.

Entretanto, também é possível experimentar o conflito como uma experiência positiva e transformadora, na qual liberamos poderosas energias criadoras que podem ser convertidas em diferentes resultados e gerar oportunidades nas organizações.

O CONFLITO GERANDO OPORTUNIDADES NAS ORGANIZAÇÕES

Em uma organização que necessita do trabalho coletivo para o atingimento de objetivos comuns, a abordagem positiva de conflitos oportuniza diálogos mais abertos e autênticos. Considera a ambiguidade, a complexidade a volatilidade, as incertezas e as múltiplas inteligências.

O conflito é vivenciado como uma janela de oportunidade para um pensar mais avançado. Convida a decisões mais compartilhadas e inclusivas. Com isto, promove a busca criativa por soluções mais abrangentes. Uma cultura que acolhe o conflito como uma possibilidade de aprender, promove relações de confiança e maturidade.

Por refletirmos amplamente sobre suas causas e efeitos, exercitarmos a suspensão de julgamentos, compreendendo pontos de vista diferentes. Passa por mudar a visão do outro como um adversário para um parceiro de conflitos. Por aprender a dialogar. Por ouvir mais e falar menos. Por investigar mais e responder menos. Pelo autoconhecimento. Buscas estas que vão definir parte da nossa sobrevivência hoje. 

APROXIMADAMENTE
500.000* CRIANÇAS E ADOLESCENTES
SÃO VÍTIMAS DA EXPLORAÇÃO SEXUAL
NO BRASIL. A MAIORIA DELAS
TEM ENTRE 7 E 14 ANOS*.

EXPLORAÇÃO SEXUAL
DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

OS NÚMEROS ASSUSTAM.
UM NÚMERO SALVA.
DISQUE 100.

DENUNCIE. É ANÔNIMO.
SUA ATITUDE PODE SALVAR UMA VIDA.



BADRE E APLICATIVO



APÓIO:



MINISTÉRIO DA
JUSTIÇA E CIDADANIA



*BASE DE CÁLCULO: ESTIMATIVA REAL DE DENÚNCIAS AO DISQUE 100 ENTRE 2012 E 2016 COM 84 DENÚNCIAS SEMPRE E DISQUE 100, APENAS 73% DOS CASOS SÃO DENÚNCIAS, BASE DA ESTIMATIVA: PESSOA NACIONAL DE VITIMIZAÇÃO DE SEUS DENÚNCIAS DA ONSIP DA UNICEF E ONSIP DISQUE 100 BRASIL.