

conceito jurídico

ano V | junho de 2021 | nº 54



Andrea Oricchio

Como expandir o projeto social de impacto

Pág. 7



 zakarewicz
editora

Perseguição, “stalking” ou assédio por intrusão Lei nº 14.132/21



DESTAQUE

José Pastore

A racionalização das normas trabalhistas



CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

Georgenor de Sousa
Franco Filho

Tutela internacional do direito à saúde



IN VOGA

Vera Lúcia Santana
Araújo

O crime de existir

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 Zymier, 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





Gonzalo Vecina Neto

ARQUIVO PESSOAL

Como enfrentaremos a próxima pandemia?

“Temos que fazer um esforço importante para coletar e interpretar os dados oriundos da assistência à saúde aí realizada. O sistema de informação que chamamos de vigilância epidemiológica é fundamental.”

Existirão mais crises sanitárias como esta? Infelizmente com certeza sim. Da forma como o homem está vivendo da terra e não na terra, ele cria um estresse ecológico cada vez maior. Esse estresse leva à caminhos alternativos, como fizeram o Sars-Cov-2, o Mers, o H1N1, a gripe aviária, a gripe suína, o ebola, a AIDS e a febre amarela. Essas manifestações são resultantes da ação do homem na natureza.

Para enfrentar essa próxima crise o Brasil tem que ter cinco instrumentos.

Primeiro, é necessário ter um sistema de saúde de base universal que possibilite acesso a diagnóstico e tratamento. Mas não basta ter a oferta de serviços de saúde, todos os cidadãos têm que sentir que podem acessá-los. Uma pessoa pode ter dificuldades econômicas para chegar a uma unidade de saúde, por falta de dinheiro para o ônibus, por falta de condição social para perceber que tem um problema de saúde. Assim, acesso é um conceito mais amplo do que ter uma unidade de saúde próxima.


Segundo, após o diagnóstico será necessário um sistema de acompanhamento e coleção dos dados. Um caso tem de ser visto com o conjunto de casos em uma base populacional. O espaço demográfico e suas condições são fundamentais para explicar a ocorrência de doenças. Temos na área hospitalar um bom sistema de registro de diagnósticos e tratamentos. O mesmo não se pode dizer do que ocorre na atenção ambulatorial, de emergência e principalmente na atenção primária. Temos que fazer um esforço importante para coletar e interpretar os dados oriundos da assistência à saúde aí realizada. O sistema de informação que chamamos de vigilância epidemiológica é fundamental.

Terceiro, entra em campo uma nova área, a da saúde populacional. Trata-se de interpretar essas informações da assistência à saúde juntando grandes massas de dados, como econômicos, sociais, educacionais, de emprego, de segurança, saneamento – em suma, cruzar arquivos que permitam realizar correlações que expliquem os fenômenos sanitários que não são determinados por agentes infecciosos. O vírus da Covid-19 não mata, o que mata é a pobreza que faz o pobre ir para a rua em busca de comida e aí ele encontra a morte. Somente enxergando toda a complexidade do viver em nossas sociedades e suas sinergias seremos capazes de entender a relação causal que determina a morte.

Quarto, é preciso buscar detalhar os diagnósticos observando a realidade através das ciências ôhmicas, como a genômica. Precisamos ter centros de produção de análises contínuas do que está sendo encontrado nos diagnósticos. São instituições que fazem perguntas complexas em relação a tudo que está ocorrendo no ambiente em que a sociedade está imersa. Identificar e sequenciar agentes infecciosos é fundamental para entender sua dinâmica e comportamento e que poderá criar formas de enfrentamento de novas ameaças.

Quinto, temos que desenvolver um movimento nacional junto as universidades para criar uma rede de formação de novos pesquisadores dessas novas ciências – epidemiologistas genômicos e gestores de saúde 4.0. Gente que seja capaz de entender novas e complexas realidades e de analisá-las e propor modelos disruptivos para enfrentá-las.

Noto que a tarefa primeira, trata da estruturação do sistema de saúde, ou seja, do SUS e principalmente da sua capacidade de formular as vigilâncias – epidemiológica e sanitária à saúde. A tarefa dois é tipicamente uma ação de polícia sanitária, ou seja, tarefa do Estado. As tarefas três e quatro podem ser realizadas fora do Estado. Já a quinta é uma tarefa eminentemente do Estado que pode ser executada por uma rede de instituições.

O que estamos colocando em discussão é a necessidade de um Centro de Controle de Doenças, um CDC brasileiro. O Todos pela Saúde identificou essa grave deficiência do Brasil e se dispôs a construir um caminho para vencê-la. A Fundação Itaú Unibanco fez uma doação para enfrentar esse desafio e criou, neste ano, o Instituto Todos pela Saúde. No caminho, tem uma pedra – parte desses desafios dependem da ação do Estado. Assim resolvemos pular a pedra e tentar criar respostas possíveis e preparar o terreno para no médio prazo, entregar ao Estado algo que poderá vir a se constituir em um CDC brasileiro. 

3

COM A
PALAVRA

Como enfrentaremos a próxima pandemia?

Gonzalo Vecina Neto

7

ENTREVISTA

Como expandir o projeto social de impacto

Andrea Oricchio

10

PAINEL
ECONÔMICO

Desempenho da economia brasileira em 2021: Perspectivas

José Matias-Pereira

13

DIREITO E
BIOÉTICA

A velhice é uma doença?

Eudes Quintino de
Oliveira Júnior

16

PROPOSTAS
E PROJETOS

Câmara avalia Projeto de Lei que pode dificultar o acesso das empresas a dados de inadimplentes

Lucélia Bastos Gonçalves Marcondes

18

PAINEL DO
LEITOR

Também nas locações a liberdade é a resposta

Alan Bousso

20

DESTAQUE

A racionalização das normas trabalhistas

José Pastore

22

CAPA

Perseguição, "stalking" ou assédio por intrusão Lei nº 14.132/21

Eduardo Luiz Santos Cabette

59

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

Efeitos Jurídicos da modulação do STF na exclusão do ICMS para apurar PIS e Cofins

Halley Henares Neto

64

PLANEJAMENTO
FINANCEIRO

Planeje antes de usar crédito

Márcia Dessen

66

**Princípios que Norteiam as
Condutas Vedadas**

CONTEXTO

Allan Titonelli Nunes

74

Nova lei de licitações.
A questão do alcance das penas de "impedimento de licitar e contratar" e "declaração de inidoneidade"

PORTAL
JURÍDICO

Sergio de Castro Junior

78

**COAF e a nova resolução
sobre PLDFTP**

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

Luís Rodolfo Cruz e Creuz e
Cláudio Felipe Cruz e Creuz

94

**Tutela internacional do
direito à saúde**

CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

Georgenor de Sousa
Franco Filho

99

**Canabidiol: julgamento do
RE nº 1165959-STF com
repercussão geral, uma vitória
dos pacientes de epilepsia!**

TENDÊNCIAS

Carlos Eduardo Rios do Amaral

102

**Supremo acertou os sintomas,
mas errou o remédio**

ENFOQUE

Floriano de Azevedo Marques
Neto e Humberto Gomes Ferraz

104

**Credibilidade é
essencial no mercado
para o sucesso dos
negócios**

GESTÃO
EMPRESARIAL

Conceição Montserrat

106

**Intensificação do combate
às fraudes praticadas nas
pirâmides financeiras**

CONJUNTURA

Jorge Calazans

109

O crime de existir

IN VOGA

Vera Lúcia Santana Araújo

111

A bala perdida tem nome

PONTO DE
VISTA

Haydée Paixão Fiorino Soula e
Monique Rodrigues do Prado



Andrea Oricchio

ARQUIVO PESSOAL

Como expandir o projeto social de impacto

No meio desta pandemia, uma das atitudes que realmente se destaca é a solidariedade. Muitos precisando de muito e poucos com disponibilidade ou recursos para ajudar. “Mas não é só de alimentos e ajuda financeira para a sobrevivência básica que a solidariedade é necessária”. E para falar sobre esse que é considerado um dos maiores desafios no momento e sobre os projetos sociais de impacto, convidamos a Especialista em Direito Empresarial Andrea Oricchio. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *Na sua visão, o que falta para termos mais projetos com o propósito de alcançar os menos favorecidos?*

ANDREA ORICCHIO – É importante registrar que não é só de alimentos e ajuda financeira para a sobrevivência básica que a solidariedade é necessária. Não faltam projetos na área de educação, cultura, esportes, lazer e saúde que têm o mesmo propósito de alcançar os menos favorecidos com atitudes que impactam positivamente a sociedade. Neste momento em que ainda estamos em estado de calamidade pública provocado pela pandemia do Covid-19, é ainda mais necessário alcançar mais e mais pessoas, comunidades, bairros e empresas, dado o estado de fragilidade, carência e desemprego que muitos vivem.

CONCEITO JURÍDICO – *E como alcançar os empreendedores sociais?*

ANDREA ORICCHIO – Projetos sociais bem-sucedidos, ou aquele que mal acabara de nascer com esse mesmo propósito, muitas vezes alcançam empreendedores sociais que querem implantar a mesma ação em sua localidade, sem qualquer finalidade de lucro, mas sim de impacto social.

CONCEITO JURÍDICO – *Mas como fazer essa expansão do projeto da mesma forma e com a mesma eficiência do projeto original?*

ANDREA ORICCHIO – É aí que o franchising aparece como mola propulsora desse desafio, aliás, dessa grande oportunidade de capilarizar uma ação social para outras regiões através do que denominamos de franquias sociais.

CONCEITO JURÍDICO – *E de que forma é utilizado o franchising para beneficiar esses projetos?*

ANDREA ORICCHIO – Utilizando as estratégias e ferramentas do franchising, que são normalmente usadas para replicar modelos comerciais de negócio com uma altíssima taxa de sucesso, também os projetos sociais, de inclusão social e negócios voltados a esses núcleos mais carentes e sem recursos podem se beneficiar do acesso ao know-how, técnicas, procedimentos e todo conhecimento desenvolvido por uma entidade sem fins lucrativos, além de toda experiência obtida por ela e seus fundadores, que passam a ser replicadores do projeto, na qualidade de franqueados.

CONCEITO JURÍDICO – *Existe alguma inovação para alcançar esse propósito?*

ANDREA ORICCHIO – Em relação a isso, não há muito o que inovar – a expansão das franquias sociais de maneira consciente e responsável, feita com um bom projeto de formatação de seus aspectos operacionais e jurídicos, é sinal de uma expansão que tende a ser eficiente e bem-sucedida para alcançar o propósito original do projeto social. Existem, entretanto, alguns elementos próprios do sistema de franchising que devem ser mantidos também para a sustentação de uma franquia social, e que à primeira vista afugentam os empreendedores sociais que querem se tornar franqueados de um projeto social.

CONCEITO JURÍDICO – *E a questão de recursos e de remuneração? Como é possível?*

ANDREA ORICCHIO – A resposta para as questões, a meu ver, é sim possível! Em como obter recursos para dar sustentabilidade ao projeto! A entidade franqueadora não deveria ser remunerada! Como também é possível alterar o projeto social para aplicação em uma determinada localidade em que o formato original não pode ou não consegue ser replicado, mas apenas aproveitado em parte.

CONCEITO JURÍDICO – *O que a Sr^a pode nos falar sobre a renúncia da padronização do franqueador?*

ANDREA ORICCHIO – Abrir mão da padronização é desafiador para um franqueador, mas à medida que reconhecemos que para cada grupo, comunidade ou localidade, as rígidas regras operacionais do franchising muitas vezes devem ser flexibilizadas para garantir a eficiência e o sucesso do projeto no local, as adaptações necessárias se tornam aliadas da entidade franqueadora e do próprio franqueado. O que não se pode perder de vista ao flexibilizar é a essência e o propósito do projeto, sem os quais corremos o risco de não estarmos tratando de um projeto de franquia, mas sim de mero licenciamento de marca ou apenas uma transferência de know-how.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual é o pilar para operacionalizar a franquia social?*

ANDREA ORICCHIO – O maior pilar, é, sem dúvida, a obtenção de recursos para operacionalizar a franquia social e remunerar a franqueadora pela marca que licencia e pelo know-how que transfere junto. Normalmente, em sua origem, os recursos de um projeto social vêm do patrimônio do instituidor de uma fundação, ou de doações ou patrocínios de empresas a entidades sem fins lucrativos, já que elas têm interesse, relação ou afinidade com o propósito de determinados projetos sociais, e destinam uma parte de seus lucros justamente para apoiar e financiar esses projetos.

CONCEITO JURÍDICO – *Mas para se ter apoio e financiamento, esses projetos sociais não precisam de uma certa experiência?*

ANDREA ORICCHIO – É justamente aqui que entra em cena a experiência da franqueadora na obtenção desses recursos, e o empreendedorismo social e o conhecimento do franqueado na sua região. Desenvolver novos filantropos, mecenas, doadores, patrocinadores, financiadores sociais, ou criar bazares, desfiles, rifas e gincanas beneficentes online, à distância ou presencial (na medida do possível), para angariar recursos nacionais ou regionais, vão contar com a união, vontade e empenho dos dois lados - franqueadora e franqueado.

CONCEITO JURÍDICO – *Como são pagos os royalties à franqueadora?*

ANDREA ORICCHIO – A franquia social já é figura conhecida dos projetos sociais, e é regulada pela atual Lei do Franchising (Lei 13.966/19, art. 1, § 2º). Os royalties pagos à franqueadora não têm mais caráter de lucro, mas sim de obtenção de recursos para investimento na estrutura da franqueadora que dá apoio, cria produtos ou serviços e melhorias para a rede como um todo. E se difere das franquias socialmente responsáveis, que apesar de visarem, sim, lucro na operação, mantêm e custeiam seus próprios projetos sociais.

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

ANDREA ORICCHIO – Para quem tem um projeto social de impacto e para quem se interessa em atuar com projetos sociais, vale a pena investigar as tantas oportunidades que já existem e devem se expandir por conta da pandemia.



Desempenho da economia brasileira em 2021: Perspectivas

■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

“Apoiado nos indicadores do desempenho da economia brasileira no primeiro trimestre, se pode argumentar que o crescimento da economia em forma de V é factível, sinalizando que o PIB pode alcançar o patamar de 5,5% no corrente ano.”

Para tratar da crise econômica que se abateu sobre a economia mundial, em especial, no Brasil é necessário recordar a origem e os efeitos das medidas adotadas para enfrentar a pandemia da Covid-19. A divulgação, em dezembro de 2019, pelo governo chinês da existência de uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), detectada na cidade de Wuhan, na China, com elevado nível de letalidade, alarmou o mundo. Ao longo de 2020 a doença se alastrou pelo planeta de forma devastadora, vitimando cerca de 1,8 milhão de pessoas. O agravamento da pandemia colapsou os sistemas de saúde dos países ricos e pobres, que passaram a adotar medidas restritivas (*lockdowns*), relegando a um plano secundário os seus efeitos na economia. Essas medidas provocaram fortes quedas nas economias da grande maioria dos países no mundo (exceto a China).

Os resultados do desempenho da economia em 2020 revelam que os custos das medidas adotadas para enfrentar a pandemia no Brasil, notadamente os *lockdowns*, foram bastante elevados. O Produto Interno do Brasil caiu 4,1% naquele ano (IBGE, 2021). Constata-se que, apenas a Agropecuária (+2%) teve crescimento na comparação com o ano de 2019. Por sua vez, a Indústria teve uma queda de -3,5% e Serviços de -4,5%. Os efeitos dessa recessão econômica em 2020 causaram a diminuição dos níveis de produtividade das indústrias; aumento do desemprego; diminuição da renda das famílias; queda nos níveis de investimento; perda de faturamento em comércios, serviços, entre outros efeitos danosos.


Diante desse cenário inquietante, agravado pela segunda onda da pandemia de Covid-19, a principal indagação dos especialistas e do mercado diz respeito à consistência do processo de recuperação da economia brasileira em 2021. Assim, indaga-se: Os indicadores do desempenho da economia brasileira no primeiro trimestre permitem afirmar que a recuperação em 2021 irá ocorrer em forma de V? A recuperação da economia em forma de V ocorre quando após uma queda abrupta da atividade econômica, acontece uma alta na mesma intensidade.

Os dados divulgados pelo Sistema de Contas Nacionais Trimestrais (IBGE), sobre o desempenho do PIB brasileiro no primeiro trimestre deste ano indicam, em princípio, que a recuperação da economia está ocorrendo de forma consistente. Esse cenário positivo está respaldado na comparação do primeiro trimestre de 2021, com os últimos três meses de 2020, o que resultou no crescimento de 1,2% do PIB. Observa-se que, a agropecuária foi favorecida pela melhora na produtividade e no desempenho de alguns produtos, sobretudo, a soja, que tem maior peso na lavoura brasileira e previsão de safra recorde este ano. O avanço das indústrias extrativas

(3,2%) ajudou a atividade industrial, que também registrou crescimento na construção (2,1%) e na atividade de eletricidade e gás, água, esgoto, atividades de gestão de resíduos (0,9%). O único resultado negativo ficou nas indústrias de transformação (-0,5%). Os resultados positivos nos serviços, que contribuem com 73% do PIB, ocorreram em transporte, armazenagem e correio (3,6%), intermediação financeira e seguros (1,7%), informação e comunicação (1,4%), comércio (1,2%) e atividades imobiliárias (1,0%). Outros serviços ficaram estáveis (0,1%). A única variação negativa ocorreu em administração, saúde e educação pública (-0,6%).

É importante destacar que, com esse crescimento de 1,2% no primeiro trimestre de 2021, o PIB retornou ao patamar do quarto trimestre de 2019. Os resultados positivos na agropecuária (5,7%), na indústria (0,7%) e nos serviços (0,4%) foram decisivos para a expansão da economia brasileira nesse primeiro trimestre de 2021. Registre-se que, esse é o terceiro resultado positivo, depois das quedas de 2,2% no primeiro e de 9,2% no segundo trimestre de 2020 (o que explica o recuo de 4,1% do PIB naquele ano).

Constata-se que, apesar dos efeitos trágicos da segunda onda da pandemia de Covid-19, que a diminuição das restrições que impediram o funcionamento das atividades econômicas no país em 2020 foi decisiva para o crescimento do PIB no primeiro trimestre de 2021. Os ganhos de eficiência e um ambiente externo favorável contribuíram para esse resultado animador. A elevação nos preços das commodities e a crescente adaptação das empresas e famílias ao cenário de pandemia também ajudaram para os resultados consistentes do PIB no período em análise. Isso explica a elevação, em cadeia, das projeções feitas pelos organismos internacionais, especialistas e mercado para o crescimento do PIB em 2021.

Assim, em que pese às variáveis econômicas que ainda pesam contra, como por exemplo, a chegada de uma terceira onda da pandemia, é possível afirmar que existem fortes indícios de que a economia vai continuar se recuperando nos próximos trimestres, em decorrência do cenário externo favorável, vacinação em massa contra a Covid-19 nos países desenvolvidos e emergentes (Brics), inclusive no Brasil, crescente abertura dos comércios, continuidade dos estímulos fiscais, elevação da confiança e do consumo das famílias. Nesse sentido, apoiado nos indicadores do desempenho da economia brasileira no primeiro trimestre, se pode argumentar que o crescimento da economia em forma de V é factível, sinalizando que o PIB pode alcançar o patamar de 5,5% no corrente ano. 



JOSÉ MATIAS-PEREIRA é economista, advogado, doutor em ciência política pela Universidade Complutense de Madri (UCM-Espanha), e pós-doutor em administração pela Universidade de São Paulo (FEA/USP). É professor-pesquisador de Administração Pública do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Universidade de Brasília.



A velhice é uma doença?

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“O homem deve organizar em sua fase derradeira o espaço que lhe seja mais conveniente e digno de sua condição, para se aproximar do Supremo Bem, assim referido por Aristóteles ao propor o caminho da realização e perfeição.”

A Medicina vem desenvolvendo um indisfarçável esforço científico para prolongar a vida humana, revestindo-a com qualidade e conteúdo participativo. É de se observar que a vida, tanto pela diretriz da Medicina como pela do Direito – ambas mirando no modelo bioético – vem descrita como um fatiamento etário, justamente para oferecer as melhores condições de existência, desde a fase inicial até a almejada longevidade. Basta ver que a tutela protetiva tem seu marco inicial na fecundação intrauterina, seguida do nascimento, ocasião em que imediatamente incorpora a criança e o futuro jovem ao Estatuto da Criança e do Adolescente e, após ingressar na fase adulta, com a constituição de família e ativa vida laboral, atinge o marco de 60 anos, quando se alinha ao Estatuto do Idoso. A legislação brasileira, abraçando a longevidade que já se faz presente, foi além e criou a figura do super idoso, a partir de 80 anos de idade, de acordo com a Lei 13.466/2017.

Contrariando o preceito legal previsto no Estatuto do Idoso no sentido de que o idoso “goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”, a Organização Mundial da Saúde, na contramão de direção do alinhamento mundial, incluiu a velhice como doença na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), com o código MG₂A.

Salienta a OMS que se trata de uma substituição na nomenclatura, consistente em retirar o rótulo senilidade, já existente (CID10), e substituí-lo por velhice, sem a intenção de transformar esse último em doença. A realidade, no entanto, como é sabido, é que a CID é um dispositivo de classificação de doença. Assim, para uma pessoa no Brasil que venha a falecer e tenha mais de 60 anos de idade, a *causa mortis* pode ser apontada como velhice, encobrindo, desta forma, o diagnóstico da doença responsável pelo óbito, como, por exemplo, as cardiológicas, neurológicas, oncológicas e muitas outras. E pior. Acarretará uma diminuição de pesquisas de doenças relacionadas com os idosos, como o Alzheimer e o mal de Parkinson.

Além do que vai quebrar toda a expectativa futura da velhice. O homem, antes e acima de tudo, é um ser temporal, com início, meio e fim. Assim é que vai superando cada tempo seu, ampliando suas expectativas e apostando em um futuro com mais esperança e até mais entusiasmo, pois contará com uma rica experiência adquirida ao longo da vida e encontrará um campo propício para demonstrar seu dinamismo, sua articulação e fertilidade em descobrir iniciativas e ideias novas, enfim promovendo tudo aquilo que lhe trouxer satisfação. Desta forma, com tal desiderato, o homem deve organizar


em sua fase derradeira o espaço que lhe seja mais conveniente e digno de sua condição, para se aproximar do Supremo Bem, assim referido por Aristóteles ao propor o caminho da realização e perfeição.

Por outro lado, pela própria definição de saúde da Organização Mundial da Saúde, de que se trata de um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não ausência de doença ou enfermidade, o estiolamento celular, em razão da idade, por si só, não indica a ocorrência de uma doença. Além do que, vai redescobrir o preconceito em razão da idade e dar azo ao ageísmo, pois qualquer cidadão que entrar na faixa de 60 anos de idade, parâmetro biomarcador preconceituoso, mesmo que seja saudável, passa a ser considerado um doente, tanto na convivência familiar como na comunitária, não potencial, mas por ficção etária.

As políticas públicas preconizadas para os idosos, com ênfase na conquista do ser humano de envelhecer com dignidade, conforme apregoa a Constituição Federal, cairão por terra, assim como os direitos fundamentais com relação à vida, à liberdade, à igualdade e ao respeito. É uma verdadeira operação de desmonte do futuro. A inclusão determinada leva a uma exclusão social.

As explicações científicas não trazem justificativas convincentes de que a velhice vem a ser sinônimo de doença, principalmente no momento atual em que se vivencia o crescimento plausível da longevidade, sabendo-se que as gerações infantis de hoje ultrapassarão a faixa dos 100 anos, como resultado de inúmeras pesquisas científicas desenvolvidas com essa finalidade. Se, de um lado, procura-se ampliar a proteção de saúde para o idoso a fim de que tenha melhores condições de vida, de outro, às avessas, reprime-se tal alargamento etário, rotulando-o como um doente. Pode-se concluir, sem exagero, que a pessoa que ingressar na faixa de idoso passa, doravante, a ser portador de comorbidade, em razão da idade.

Não só contraria preceitos universais de saúde, como também resvala no princípio da beneficência disciplinado na Bioética, pois todo o esforço deve ser concentrado para conferir à humanidade idosa tudo aquilo que for necessário, conveniente, adequado e ajustável à sua natureza humana, proporcionando a ela as melhores condições de uma vida saudável. É até incoerente considerá-la doente quando o sucesso da longevidade vem se alardeando e criando novas e esperançosas perspectivas de vida.

Já profetizava Machado de Assis, na obra Memórias Póstumas de Brás Cubas, que “a velhice ridícula é, por ventura, a mais triste e derradeira surpresa da natureza humana.” 



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

Câmara avalia Projeto de Lei que pode dificultar o acesso das empresas a dados de inadimplentes

■ POR LUCÉLIA BASTOS GONÇALVES MARCONDES



“É preciso ressaltar que as empresas sofrerão considerável impacto com a falta de informações caso o Projeto de Lei seja aprovado, uma vez que os serviços de proteção ao crédito poderão fornecer somente dados relacionados ao contrato ou transação não cumpridos.”

Na legislação atual, que contraria os princípios da LGPD, serviços de proteção ao crédito têm permissão para dispor de todos os dados dos consumidores.

Em 2020, o número de brasileiros endividados atingiu o maior índice em 11 anos, 66,5%, segundo estudo produzido pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). Em recente declaração, o presidente da CNC, José Roberto Tadros, lembrou que os impactos negativos em decorrência da COVID-19 exigiram a adoção de medidas de recomposição da renda, como o auxílio emergencial e o estímulo ao crédito, que ajudaram as


famílias a ampliarem a contratação de dívidas e negociar as já existentes. Ainda assim, a inadimplência familiar cravou 25,5% na média do ano. A novidade é que, apesar do aumento no número de endividados, a tarefa de encontrá-los pode exigir um pouco mais de trabalho das empresas com a aprovação de um Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados.

De acordo com a atual Lei do Cadastro Positivo (nº 12.414/2011), os serviços de proteção ao crédito podem dispor livremente de todos os dados que possuam sobre os consumidores. Não só isso: podem, inclusive, vedar que estabelecimentos ou operações impeçam, limitem ou dificultem a transmissão do banco de dados e, conseqüentemente, as informações dos cadastrados. Entretanto, o texto contraria diretamente os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em vigor desde setembro do ano passado.

Atualmente, a LGPD permite o tratamento de dados pessoais para a proteção do crédito, mas não define quais dados podem ser compartilhados. Na intenção de definir esta questão, o Projeto de Lei nº 4374/2020 busca fixar uma série de regras a serem observadas pelas empresas de prestação ao crédito. Nas palavras do deputado Wolney Queiroz (PDT-PE), autor do PL, a vedação estabelecida na Lei do Cadastro Positivo inverte o princípio da segurança previsto na LGPD, de modo que pela sua redação obriga os gestores de bancos a difundir os dados do cadastrado ao invés de protegê-los.

Com a nova redação proposta pelo Projeto de Lei, os serviços de proteção ao crédito somente poderão usar informações fornecidas pelas empresas que efetuem registro do adimplemento do consumidor. Dessa forma, estaria proibida a utilização de dados de comunicação do consumidor em redes sociais, a interceptação de mensagens privadas enviadas por correio eletrônico e aplicativos para celulares, bem como a coleta de dados por meio de ferramentas de rastreamento de navegação na internet, como scripts de monitoramento ou *cookies*.

Ainda para atender ao que determina a LGPD, o texto propõe acrescentar à Lei do Cadastro Positivo a proibição de informações relativas a compras efetuadas por meio de pagamento eletrônico, bem como do patrimônio do consumidor e movimentação bancária em conta corrente. De acordo com o PL nº 4374/2020, essas informações, assim como investimentos e empréstimos, não poderiam ser usadas como critério na composição da nota ou pontuação de crédito da pessoa cadastrada em banco de dados destinados à proteção do crédito.

Dessa forma, entende-se que o tratamento de dados para a proteção de crédito não deve ser utilizado como meio para uma completa investigação sobre a vida do consumidor, por isso a importância de delimitar quais dados devem ser compartilhados para este fim. Todavia, sobretudo no cenário atual, tão agravado pela pandemia, é preciso ressaltar que as empresas sofrerão considerável impacto com a falta de informações caso o Projeto de Lei seja aprovado, uma vez que os serviços de proteção ao crédito poderão fornecer somente dados relacionados ao contrato ou transação não cumpridos. 



LUCÉLIA BASTOS GONÇALVES MARCONDES é Advogada e atuante em Proteção de Dados.


Também nas locações a liberdade é a resposta

■ POR ALAN BOUSSO

A liberdade de contratar está em xeque no que diz respeito à locação de imóveis. Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1026/21, que limita o reajuste dos contratos de aluguéis residenciais e comerciais à inflação oficial do país, medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Atualmente, a Lei das Locações (8.245/91) estipula que o índice a reajustar o aluguel deve ser definido entre as partes – um parâmetro que respeita a liberdade própria dos regimes democráticos e favorece uma tendência cada vez mais presente no campo do direito, a de conciliação e entendimento entre as partes.

A primeira objeção que cabe fazer à proposta formulada pelo deputado Vinicius Carvalho é a de que ela toma por base o efêmero cenário atual. Nele, o Índice Geral de Preços e Mercado (IGP-M), calculado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e usualmente eleito



“Para se manter de pé, o pacto locatício precisa de equilíbrio, com regras que contemplem os interesses de todas as partes envolvidas.”


como indicador de reajuste nos contratos de locação, acumulou alta de 23,14% em 2020 contra 4,52% do IPCA.

Por trás da disparada do IGP-M está um salto dos custos de produção, tanto na indústria quanto no campo. Esse aumento é registrado pelo Índice de Preços ao Produtor Amplo (IPA), o fator de maior peso na composição do IGP-M. Não é mera coincidência que a subida exponencial tenha ocorrido no ano do surgimento da pandemia de Covid-19, quando os custos de produção escaparam ao controle das planilhas nos mais variados setores e mesmo sob as mais diligentes administrações. Não fosse a crise sanitária, essa disparidade não seria tão grande. A situação, portanto, é conjuntural. Trocar o índice indicado nos contratos em decisão generalizada e sem espaço para as especificidades de cada situação não garantirá proteção perpétua aos inquilinos contra disparadas inflacionárias. Fatores imponderáveis poderiam também ter causado a alta do IPCA.

A melhor maneira de se obter o equilíbrio nos contratos é – por óbvio -- manter a liberdade para que as partes possam avançar entre si os aspectos contratuais que desejarem – inclusive o IPCA, se ambas considerarem essa a melhor opção. Nestes tempos de economia instável, mecanismos escolhidos de comum acordo, como por exemplo a fixação de um teto ou a média de diferentes índices, poderiam ser adotados. Mas, ressalte-se, sempre com a liberdade de contratar como pano de fundo.

Não se pode negar as dificuldades trazidas pela crise gerada pela pandemia. É claro que a queda na renda tornou mais desafiador para muito inquilinos o compromisso de pagar o aluguel em dia. As dificuldades, contudo, existem também para os locadores. Grande parte deles – lembremos – são pequenos investidores que apostaram no setor imobiliário como fonte ou complemento de renda.

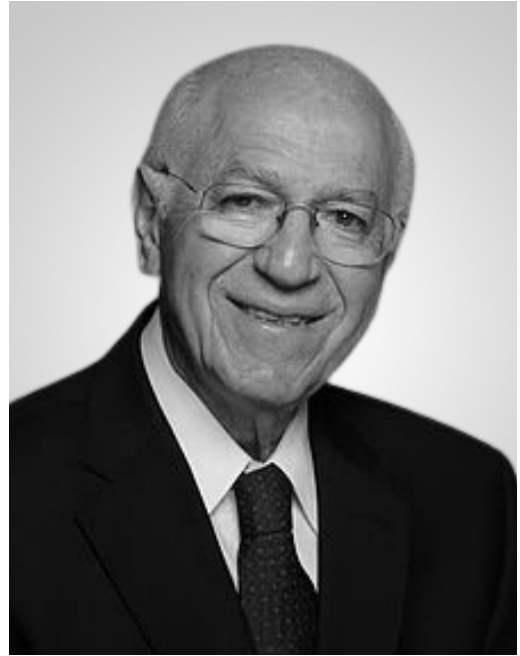
No caso das locações comerciais, não é razoável esperar que o faturamento substancialmente reduzido com as restrições, tanto de horários quanto de circulação de pessoas, seja compensado somente com um aumento menor no aluguel. A excepcionalidade do momento pede um socorro emergencial mais consistente. Em vez de sugerir interferências como a do Projeto de Lei 1026/21, é nessa linha que deveriam atuar os agentes públicos do Legislativo e do Executivo, trabalhando para a preservação dos empregos gerados pelo segundo setor.

Temos testemunhado um esforço de parte a parte, entre locadores e inquilinos, para a construção de soluções compatíveis com o momento, ainda que não previstas contratualmente, como o congelamento de valores, a redução dos reajustes e a dilação de prazo para o pagamento. Esse empenho prova que podemos confiar no bom senso e na boa fé dos brasileiros. Para se manter de pé, o pacto locatício precisa de equilíbrio, com regras que contemplem os interesses de todas as partes envolvidas. E isso só é possível com a benfazeja liberdade de contratar. 



ARQUIVO PESSOAL

ALAN BOUSSO é Advogado é mestre pela PUC, especialista em Direito Imobiliário.



José Pastore

ARQUIVO PESSOAL

A racionalização das normas trabalhistas

“Em boa hora tudo passou para o Ministério da Economia. Seus técnicos estão ultimando uma revisão detalhada das referidas normas, colocando-as em capítulos acessíveis por meios digitais, o que muito ajudará os atores do mundo do trabalho.”

Em lugar de facilitar o ambiente de negócios, a máquina administrativa do Brasil tende a gerar muita insegurança para os agentes econômicos. No campo do trabalho, a insegurança decorre principalmente de portarias, memorandos, instruções normativas, notas técnicas e outros atos infralegais confusos. É fato conhecido que a regulamentação das leis é o momento em que os maus burocratas procuram se vingar dos legisladores...

Um artigo recentemente publicado pelo IPEA, (Bruno Dalcolmo e colaboradores, Simplificação Normativa Trabalhista, Ipea: Mercado de Trabalho, março 2021) informa que mais de 2.000 normas infralegais do extinto Ministério do Trabalho estão sendo revistas com o propósito de dar a necessária orientação para quem tem de segui-las. São normas superadas, ininteligíveis e até contraditórias. Cito alguns exemplos.

Fiquei surpreso ao saber, por exemplo, que o Conselho Nacional do Trabalho (CNT) foi criado pelo Presidente Arthur Bernardes por meio do Decreto nº 16.027 de 1923. O Conselho foi recriado inúmeras vezes sem a revogação do decreto de origem o que só ocorreu em 2019 com o Decreto nº 9.757.


Totalmente ultrapassado é o Decreto nº 1.232 de 1962, assinado pelo Primeiro Ministro Tancredo Neves que proíbe o trabalho noturno às aeroviárias, ainda em vigor, e em choque com o art. 5º da Carta Magna.

Mais esdrúxula ainda era a Portaria 656 de 2018 que regulamentava a lei 3.857 de 1960 que exigia dos músicos estrangeiros o recolhimento ao sindicato dos músicos, 10% dos ganhos obtidos em apresentações realizadas no Brasil. O recolhimento foi obrigatório até a sua anulação pelo Supremo Tribunal Federal em 2019.

Normas complexas, superadas e descontraídas fazem lembrar a descrição de Caio Prado Jr. a respeito da administração dos tempos do Brasil Colônia: “... a complexidade dos órgãos, a confusão de funções e competências; a regulamentação esparsa, descontraída e contraditória que a caracterizava, (*era acompanhada*) por uma verbosidade abundante em que não faltavam até dissertações literárias... [resultando] na monstruosa, emperrada e ineficiente máquina burocrática que foi a administração colonial.” (*Formação do Brasil Contemporâneo*, edição 2008, p. 333).

Nas últimas décadas, o Ministério do Trabalho foi objeto de indecorosas barganhas políticas com ministros indicados pelo PT, PTB e PDT que lotearam as diversas secretarias para partidos coligados como o PCdoB, PCB, Solidariedade e outros. Cada secretaria criava suas próprias normas como se fossem capitânias de propriedade dos secretários. A impessoalidade da burocracia weberiana passou longe. Transparência nem pensar. Ao contrário, quanto mais obscuras as normas, maior era a possibilidade de se vender facilidades – literalmente.

Ministros foram afastados por suspeita de corrupção; outros foram impedidos de tomar posse por decisão judicial; processos de improbidade se multiplicaram e mesmo assim os infratores continuaram com seu balcão de negócios. Getúlio Vargas criou um sindicalismo que era apêndice do Estado e, os últimos ministros, com raras exceções, o fizeram dependente dos partidos políticos.

Em boa hora tudo passou para o Ministério da Economia. Seus técnicos estão ultimando uma revisão detalhada das referidas normas, colocando-as em capítulos acessíveis por meios digitais, o que muito ajudará os atores do mundo do trabalho. A revisão demandará ajustes. Mas o principal já foi feito. 

Perseguição, “stalking” ou assédio por intrusão Lei nº 14.132/21

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE



INTELIGÊNCIA

“Havia realmente uma lacuna quanto a condutas de perseguição reiterada, a qual já era indicada pela doutrina e foi colmatada pelo legislador de forma razoável, embora com alguns traços de insuficiência protetiva.”

Há mais de seis anos este autor já vinha estudando o fenômeno do denominado “Stalking”, “Assédio por Intrusão” ou “Perseguição” e a falta de uma tipificação adequada no ordenamento jurídico – penal brasileiro.¹

Destacava-se que a expressão “Assédio por Intrusão” e o termo em inglês “Stalking” designam a ação de perseguição deliberada e reiterada perpetrada por uma pessoa contra a vítima, utilizando-se das mais diversas abordagens tais como agressões, ameaças ou ofensas morais reiteradas, assédio por telefone, e-mail, cartas ou a simples presença afrontante em determinados lugares frequentados pela vítima (escola, trabalho, clubes, residência etc.). Com a disseminação da informática e telemática e o fenômeno das Redes Sociais, tem-se denominado especificamente de “Cyberstalking”, “Cyberviolência” ou “Cyberbullying” essa prática realizada por meio da internet.

A lição de Damásio, um dos precursores nacionais na abordagem do tema, já era e continua sendo válida:

“*Stalking* é uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O *stalker*, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela polícia etc. Vai ganhando, com isso, poder psicológico sobre o sujeito passivo, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos”²

Conforme se vê a conduta de “Stalking” é bastante variada, abrangendo uma série praticamente indeterminada de ações e podendo ter por sujeitos ativo e passivo qualquer pessoa.

A conduta varia desde agressões físicas, ofensas morais, ameaças, violações sexuais até práticas aparentemente menos graves ou mesmo de cunho afetivo, tais como mensagens amorosas e abordagens com propostas de relacionamento. Ocorre que mesmo nestes últimos casos a conduta do “stalker” é incomodativa, desagradável e insistente para além do tolerável, ocasionando inconveniências e constrangimentos.

Embora as condutas variem e mantêm em comum certos traços como a reiteração dos atos, a violação da intimidade e da privacidade da vítima e o constrangimento com conseqüente dano psicológico e emocional ao ofendido. Nesse quadro será também comum a ofensa à reputação da vítima, mudanças forçadas de seu modo de vida e restrições à sua liberdade de ação e locomoção.³

O “Stalking”, dada a já mencionada variedade de condutas que abrange, pode ensejar responsabilizações civis (danos materiais e/ou morais) e penais (crimes ou contravenções). Na seara criminal os casos mais simples podiam configurar a contravenção penal de “Perturbação da Tranquilidade” (art. 65, LCP). Mas, nem sempre, conforme já foi exemplificado, o “stalker” se limita a perturbar a vítima (lotando caixas de mensagens, fazendo ligações telefônicas

inoportunas etc.). Muitas vezes extrapola para práticas mais graves que podem configurar crimes de ameaça (art. 147, CP), constrangimento ilegal (art. 146, CP), crimes contra a honra (arts. 138 a 140, CP), estupro (art. 213, CP), lesões corporais (art. 129, CP) ou até mesmo homicídio (art. 121, CP). Note-se ainda que em alguns casos, dadas as circunstâncias de tempo, lugar, forma de execução e espécie delitiva, poderá configurar-se crime continuado nos termos do art. 71, CP. Também não é incomum constatar-se a ocorrência nesses casos da chamada “progressão criminosa” em que o agente inicia com uma conduta de “Stalking” que configura infração penal menos gravosa, mas vai aos poucos ou mesmo abruptamente tomando atitudes cada vez mais agressivas e invasivas e atingindo bens jurídicos mais e mais relevantes. Em sua obra sobre a violência entre casais, Hirigoyen expõe o fato de que normalmente as violências de gênero são progressivas, iniciando pela coação psicológica até atingir a agressão física que pode chegar não tão raramente na prática de homicídio.⁴

Outras contravenções, além da já mencionada “Perturbação da Tranquilidade”, podiam também ocorrer. São exemplos: Vias de Fato (art. 21, LCP), Importunação Ofensiva ao Pudor (art. 61, LCP, atualmente revogado pela Lei nº 13.718/18, mas se podendo falar em crime de Importunação Sexual, conforme redação dada pela mesma lei ao art. 215-A, CP) e Perturbação do Trabalho ou do Sossego Alheios (art. 42, LCP). Com o advento da Lei nº 13.718/18 também não se poderia descartar condutas como as que configuram o crime de “Divulgação de cena de estupro, de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”, conforme dispõe o atual art. 218-C, CP.

Como se percebe nem sempre a reação penal então disponibilizada pela legislação era proporcional aos danos físicos, psicológicos e emocionais ocasionados à vítima de “Stalking”, tendo em vista as especiais características dessa conduta dotada de diferenciada variação e, principalmente, em virtude de sua reiteração de atos que, mesmo aparentemente de pequena monta ou até inofensivos isoladamente, podem tornar-se altamente danosos em seu conjunto e persistência.

Vale o alerta de Gilaberte no sentido de que “a perseguição ou *Stalking* pode se revelar um comportamento grave, apto a limitar a liberdade individual alheia e, não raro, a causar transtornos diversos à pessoa perseguida, inclusive psicológicos”.⁵

Por isso mesmo, concluía-se à época assistir razão a Damásio quando aduzia que o “Stalking” em sua “ação global de perseguição” assume maior gravidade do que “os próprios delitos parcelares”, estando a merecer na ocasião “mais atenção e consideração do legislador brasileiro” quiçá “transformando-se em figura criminal autônoma e mais bem definida”.⁶

Enfatizava-se à época e continua sendo válido que a conduta do “Stalking” possa ser perpetrada e sofrida por qualquer pessoa (homem ou mulher). Não obstante, é estatisticamente mais comum a presença dos homens no polo ativo e das mulheres no polo passivo, especialmente no que se refere a relacionamentos amorosos pretensos ou findos em que o “stalker” passa a perseguir a vítima dos mais variados modos.

Hirigoyen comenta a questão do “Assédio por Intrusão” ou “Stalking”, chamando a atenção para o fato de que “a maioria dos homicídios de mulheres ocorre durante a fase de separação”. Aduz que “a violência e a opressão se acentuam nesse momento e podem perdurar por muito tempo, depois de separados. O homem se recusa a deixar livre sua ex-companheira, como se ela fosse propriedade sua. Não consegue aceitar sua ausência, e a vigia, segue-a na rua, assedia-a por telefone, espera-a à saída do trabalho. Muitas vezes acontece de a mulher ter de mudar de local de moradia. É como se a agressividade e a violência que haviam se mantido contidas durante a relação agora tivessem livre curso”. A autora destaca que em países como os Estados Unidos “foram tomadas medidas de proteção (*protective orders*) para as mulheres vítimas desse tipo de assédio, extremamente perigoso, porque pode terminar em homicídio”.⁷ Também em Espanha criou-se a “Lei de Proteção Integral contra a Violência de Gênero” com medidas de proteção que determinam o afastamento do agressor e sua prisão em caso de desobediência (“quebrantamiento de condena”).⁸ A partir do ano de 2004 em Madri são disponibilizadas às mulheres vitimizadas “pulseiras de proteção contra maus-tratos”, ligadas telematicamente a “uma manga especial de que deverão ser portadoras as pessoas condenadas por agressão”, de maneira que sinais são emitidos se o agressor se aproximar da vítima a uma distância inferior a cinco metros ou se ele tentar retirar o aparelho. Também a vítima pode acionar um dispositivo da pulseira se sentir-se em perigo, comunicando imediatamente os serviços de urgência.

Ainda sem dispor de toda essa tecnologia o Brasil ao menos já se adiantou na criação das chamadas “Medidas Protetivas de Urgência” que podem ser aplicadas em casos de “Stalking” envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, nos estritos termos dos arts. 5º, I a III; 7º, I a V; 11; 12, III e 22 I a V; 23, I a IV e 24, I a IV, todos da Lei nº 11.340/06.

Assim sendo, a legislação brasileira é dotada de medidas capazes de conter o “stalker” em sua sanha persecutória, inclusive tendo à disposição o importante instrumento da Prisão Preventiva para os casos de contumácia ou persistência, mesmo após a ordem judicial protetiva (arts. 20 c/c 42, da Lei nº 11.340/06 e art. 313, IV c/c 311 e 312, CPP).

Estes exemplos nacionais e estrangeiros são louváveis iniciativas de tratamentos especiais para a contenção dos “stalkers”, eis que essas condutas não se amoldam à costumeira lentidão das medidas penais definitivas, exigindo providências cautelares informadas pelo “*fumus boni juris*” e, principalmente, pelo “*periculum in mora*”.

Destaque-se que a Prisão Preventiva como instrumento para efetivar o cumprimento de medidas protetivas de urgência na legislação brasileira, nos termos do art. 313, IV, CPP, deve ser encarada não só como um novo caso de aplicabilidade da prisão provisória (crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher, independentemente da pena), mas também como um novo fundamento desta, objetivando garantir o cumprimento efetivo das medidas protetivas de urgência e somente então reclamando do art. 312, CPP os requisitos da prova do crime e dos indícios suficientes de autoria. Para além disso, é de se ver que a conduta do “Stalking” também normalmente se amoldaria

ao fundamento da preventiva previsto no art. 312, CPP, da “garantia da ordem pública”, certamente abalada com a atuação reiterada do infrator.

Contudo, restava ainda uma lacuna para o tratamento especializado e mais rigoroso do “Stalking” sob o aspecto penal. Neste passo era oportuna a sugestão de Damásio quanto à necessidade de criação de figura específica para a conduta do “Stalking”. Essa infração penal, viria a lume para afastar as contravenções penais em caso de “Stalking” e até mesmo alguns crimes de pequena gravidade, cuja pena venha a ser menor do que aquela a ser atribuída ao “Stalking” ou “Assédio por Intrusão”. Isso sem qualquer lesão à proporcionalidade, dadas as especiais características do “Stalking”, capazes de amplificar o potencial lesivo das condutas mais simples isoladamente consideradas, as quais ganham dimensões altamente lesivas em face da acumulação de atos e da persistência do agente. Note-se ainda que não se trata de previsão de mais uma forma dos chamados “crimes de acumulação” tão criticados pela doutrina.⁹ Nesses a conduta do agente é ínfima e muitas vezes não lesiona o bem jurídico, sendo criminalizada na perspectiva de que se fosse repetida por um sem-número de outras pessoas poderia tornar-se terrivelmente destrutiva. No “Stalking” não se trata de criminalizar um mero perigo de disseminação da conduta por terceiros. Refere-se, na verdade, à conduta do próprio agente que a perpetra de forma reiterada e insistente e efetivamente ocasiona uma sensível lesão aos bens jurídicos envolvidos com maior intensidade devido justamente à repetição dos atos, cuja acumulação produz lesão diferenciada da conduta isolada, merecendo proporcionalmente uma reação penal mais rigorosa. Não se trata, portanto, de qualquer espécie de prognóstico de disseminação da conduta por terceiros ou de uma lesão potencial ou suposta ao bem jurídico e sim da responsabilização adequada e proporcional do agente por sua conduta própria e pelos danos reais que ocasiona aos bens jurídicos de que é titular a vítima.

Finalmente esse projeto de criminalização especial do “Stalking” na legislação brasileira se concretizou com a criação do crime de “Perseguição”, ora previsto no art. 147-A, CP, conforme determinado pela Lei nº 14.132/21.

Seguem abaixo os comentários acerca dos principais aspectos do crime de “Perseguição” ora em vigor.

BEM JURÍDICO TUTELADO

O crime em estudo se encontra no Título I da Parte Especial do Código Penal, “Dos Crimes contra a Pessoa”, em seu Capítulo VI, “Dos Crimes contra a Liberdade Individual”. Com segurança, portanto, se pode afirmar que tutela a liberdade individual da pessoa humana. No entanto, também pode tutelar subsidiariamente outros bens jurídicos atingidos de acordo com a espécie de perseguição empreendida (crime de forma livre), tais como a honra, integridade física, inviolabilidade do domicílio, intimidade, vida privada, imagem, liberdade sexual etc.

Em acordo com esse entendimento da proteção subsidiária ou indireta de outros bens jurídicos, inclusive com base em decisão judicial do Direito

Comparado (Espanha) acerca da questão, se manifesta Callegari, aduzindo que “também podem ser afetados outros bens jurídicos (...), em função dos atos em que se concretize a perseguição”.¹⁰ Ademais, noticia o mesmo autor, também com sustento em pesquisa no Direito Comparado que

Na Espanha foi proferida decisão judicial afirmando que “mais que a liberdade de autodeterminação do sujeito, o que se defende com esse crime seria o direito de sossego e tranquilidade da pessoa”.¹¹

Afinal, a própria autodeterminação é certamente prejudicada quando lhe falta o pressuposto de uma condição psíquica de tranquilidade de ânimo para a tomada de decisões.

SUJEITO ATIVO

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de alguma especial qualidade. Como já destacado, o delito pode ser perpetrado tanto por homens como por mulheres. Não obstante, estatisticamente é mais comum sua prática por homens contra mulheres, envolvendo assim, muitas vezes, questões atinentes à violência doméstica e familiar contra a mulher. Observe-se, porém, que homens também podem ser vítimas de perseguição, seja por outros homens ou por mulheres. O crime em estudo, como já dito, é comum.

O concurso de pessoas é acidental, podendo ser praticado por um só indivíduo (crime unissubjetivo). Não há concurso necessário ou crime plurissubjetivo. É claro, no entanto, que nada impede o concurso de agentes.

Importa ressaltar a manifestação de Leitão Júnior que, com esteio no escólio de Belarmino Júnior e Pereira, sugere uma suposta “evolução” legislativa consistente na criação de uma figura que importe em responsabilidade penal de pessoas jurídicas por perseguição, sob o argumento de que estas também invadem corriqueiramente a “privacidade e liberdade” das pessoas “com práticas abusivas e lesivas”. No entender de Leitão Júnior e dos demais autores em que se escora, “a Constituição Federal prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de forma não restrita” e então “o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de versar sobre essa matéria”.¹²

Com o devido respeito, há que discordar dessas assertivas. Eventual responsabilização penal de pessoas jurídicas por perseguição seria inconstitucional. Isso porque a Constituição Federal somente prevê essa possibilidade para duas situações: crimes contra a ordem econômica e financeira e a economia popular, de acordo com o art. 173, § 5º, CF (hipótese que nunca foi posta em prática pelo legislador ordinário) e crimes ambientais, nos termos do artigo 225, § 3º, CF (já com previsão prática pelo legislador ordinário no art. 3º, da Lei nº 9.605/97).¹³ Não corresponde à realidade a afirmação de que a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica é irrestrita na ordem constitucional brasileira. Embora os sistemas de “common law” (anglo – saxão) e de “civil law” (romano – germânico) venham se aproximando cada vez mais no que diz respeito ao reconhecimento

da necessidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas¹⁴, fato é que tal modelo é tradicional no sistema de “common law” e uma novidade e, portanto, uma exceção, no sistema romano – germânico que informa o ordenamento jurídico brasileiro. Sem previsão constitucional expressa, ordenamentos de origem romano – germânica como o brasileiro não admitem, como regra, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, sendo regidos, de ordinário, pela máxima latina “societas delinquere non potest” (a sociedade não pode delinquir). Enfim, “a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em nosso ordenamento, constitui-se em novidade e excepcionalidade” que somente é constitucionalmente prevista de forma casuística em 1988, bem como regulada na lei penal ordinária em 1998, apenas no que diz respeito a crimes ambientais.¹⁵ Nem mesmo com relação à criminalidade econômica (outra excepcional permissão constitucional) houve até o momento previsão na legislação criminal. A abordagem é tão tímida e limitativa no ordenamento brasileiro que mesmo no que tange aos crimes ambientais existe discussão na doutrina se a responsabilidade penal de pessoas jurídica ficaria limitada aos delitos previstos na Lei nº 9.605/98 ou poderia se espriar para crimes de natureza ambiental com previsão em outros diplomas legais.¹⁶ E não há que confundir essa discussão acerca da restrição da responsabilidade penal de pessoas jurídicas à Lei Ambiental ou a sua expansão irrestrita a outros diplomas sobre o mesmo tema, com uma suposta previsão amplamente irrestrita de possibilidade de responsabilização criminal na legislação brasileira ao bel prazer do legislador ordinário. A Constituição, na verdade, é bastante limitativa no que diz respeito a isso. Eventual irrestrição dependeria de emenda constitucional, acaso se considere isso como algo adequado a se fazer em termos de Política Criminal. Nossas raízes romano – germânicas e a fórmula casuística e pontual com que o constituinte tratou do tema são incompatíveis com a hipótese de responsabilidade penal irrestrita das pessoas jurídicas. Para isso o modelo adotado pela Constituição teria de ter sido muito explícito no estabelecimento de norma permissiva genérica, o que afastaria a previsão específica para os casos de crimes ambientais e econômicos. Haveria uma guinada no modelo originário e não seria necessária a menção casuística, de modo que a sua própria previsão conforme consta dos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, CF, indica que se tratam de casos excepcionais, sendo a regra a vedação da responsabilização penal da pessoa jurídica.¹⁷

Assim sendo, eventuais abusos perpetrados por pessoas jurídicas no que diz respeito à violação da liberdade e privacidade das pessoas não deixarão de constituir atos ilícitos, mas sua solução deverá dar-se nos âmbitos civil e administrativo, não na seara penal.

SUJEITO PASSIVO

Com as observações feitas no item anterior, é certo que qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do crime de perseguição.

Corretamente destacam Costa, Fontes e Hoffmann que o crime é “bicomum”, já que “o legislador não exigiu nenhuma qualidade especial do criminoso ou da vítima”. Não obstante, também asseveram com razão os mesmos autores

que a lei prevê uma causa especial de aumento de pena da ordem de metade sempre que a vítima for criança, adolescente, idoso ou mulher perseguida por razões da condição do sexo feminino (art. 147-A, § 1º, I e II, CP).¹⁸

Interessante essa observação dos mencionados doutrinadores, pois que ao chamar a atenção para a prevalência estatística da mulher como vítima no ambiente doméstico e familiar, não se pode deixar de considerar também que podem ser vítimas preferenciais outras pessoas em condição de hipossuficiência, tais como as crianças, adolescentes e idosos, dos quais do legislador positivamente não se olvidou.

Referindo-se o tipo penal a “alguém” como vítima, é de se concluir que a perseguição deve ter por objeto material pessoa determinada ou ao menos um grupo de pessoas determinado.¹⁹ Significa dizer que a perseguição, ainda que reiterada, a grupos indeterminados de pessoas, tais como judeus, negros, índios, mulheres, homossexuais, nordestinos etc., é ao menos fato relativamente atípico, ou seja, em relação específica ao crime previsto no art. 147-A, CP. Não há se falar em todos os casos em atipicidade absoluta, pois que condutas de perseguição contra grupos de pessoas indeterminadas podem chegar a configurar crimes muito mais graves, tais como “Racismo” ou “Genocídio”. Tudo depende de uma análise detida do caso concreto.

Também é interessante notar que em se tratando de crime contra a “pessoa” (física ou natural) e referindo-se a lei a “alguém”, não será viável que as “pessoas jurídicas” figurem na qualidade de sujeito passivo de perseguição. Ademais, não se pode afirmar que as pessoas jurídicas tenham capacidade de gozo do bem jurídico primordialmente tutelado, qual seja, a liberdade individual. Também não é possível atribuir às pessoas jurídicas algum tormento psíquico ou físico, nem o atingimento de uma condição de “tranquilidade pessoal”. Por obviedade, as pessoas físicas que compõem uma pessoa jurídica podem ser normalmente vítimas do crime de perseguição e se o fato se dá com uma conduta abrangente que visa às várias pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica, se configura concurso formal impróprio, tendo em vista a presença de desígnios autônomos, nos termos do art. 70, parte final, CP.²⁰

TIPO OBJETIVO

O verbo nuclear do tipo é “perseguir” e tal perseguição que, aliás, dá “nomen juris” ao crime, deve ser perpetrada de forma reiterada. Ou seja, não basta um único ato. Em casos tais (conduta única ou espaçada) haverá configuração de outros tipos penais, tais como ameaças, crimes contra a honra, vias de fato, lesões corporais etc. A conduta de perseguição pressupõe uma reiteração ou um cúmulo de condutas de forma a transtornar a tranquilidade e a liberdade da vítima com muito maior intensidade do que ocorreria com um ato isolado ou alguns atos espaçados entre si.

Tal como aduz Moreira:

Assim, cometerá o delito, objetivamente, quem de maneira repetida e sistemática perseguir alguém, seguindo-o de perto, indo ao seu enalço, acos-

sando-o, importunando a sua vida, incomodando a sua privacidade ou atormentando a sua paz e a sua tranquilidade.²¹

Mais singelamente, mas não menos objetivo, assim se manifesta Leitão Júnior:

“No aspecto conceitual podemos ter por perseguição a conduta a ser definida como aquela praticada por meios físicos ou virtuais que interfira na liberdade e na privacidade da vítima”.²²

A perseguição se refere a uma intensa perturbação corriqueira da vítima, chegando “a ponto de fazer com que se sinta tolhida na condução de sua vida cotidiana”.²³

Fazendo menção a uma decisão do Juizado de Instrução de Tudela (Navarra) na Espanha, Callegari afirma, com razão, ser necessária para a configuração da perseguição que esta se apresente como “uma estratégia sistemática”.²⁴

O tipo penal constitui crime de forma livre, mas, como visto, é habitual. Embora não se possa negar a habitualidade ínsita ao crime em estudo, não se trata de exigir que a perseguição seja um “modus vivendi” do agente. Tão somente é necessário que a conduta seja repetitiva, realizada de forma reiterada, conforme descrito na lei.

Como esclarecem Costa, Fontes e Hoffmann:

Ao fazer uso do termo *reiteradamente*, o legislador não deixa dúvidas de que o crime demanda habitualidade, por mais que isso não indique um verdadeiro *estilo de vida* do autor do fato. Mesmo que se trate de um crime habitual *sui generis*, o resultado prático é que um único ato de importunação não tem o condão de configurar o delito em estudo.²⁵

Não existe também um prazo delimitado para que a conduta passe a ser considerada como reiterada ou habitual. Tal como leciona Leitão Júnior, “basta que a perseguição reiterada seja contínua ou frequente”.²⁶

Trata-se claramente de crime de forma livre, tendo em vista a dicção do art. 147-A, CP, estabelecendo que a perseguição pode dar-se “por qualquer meio”.

Note-se que embora se exija reiteração (habitualidade) não há necessidade de que os meios de perseguição, invasão e perturbação sejam sempre idênticos em todos os atos que compõem a conduta criminosa. Vários meios ou formas de execução podem perfeitamente serem combinados. Um infrator pode perseguir a vítima na via pública, depois importuná-la com telefonemas e e-mails ou mensagens nas redes sociais, depois enviar-lhe cartas e assim por diante.²⁷

Essa perseguição deve resultar em ameaça ou risco à integridade física ou psicológica que ocasione restrições à capacidade de locomoção (direito de ir e vir) ou invasão ou perturbação de qualquer natureza à esfera de liberdade ou privacidade do sujeito passivo.

Costa, Fontes e Hoffmann observam, com acuidade, que numa primeira impressão pode-se considerar que a criação de ameaça ou risco à integridade

física ou psicológica da vítima seria apenas uma das maneiras de cometer o crime em estudo. Outras formas seriam a restrição da liberdade de locomoção ou a invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade. Esta, entretanto, não parece realmente ser a melhor interpretação, conforme esclarecem os autores citados. Na verdade, o mais correto é compreender que existe um liame necessário entre a prática ameaçadora ou a criação de um risco à integridade física e psicológica e os resultados necessários para que o crime ocorra, quais sejam, a restrição da liberdade de ir e vir ou a invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade da vítima. A ameaça ou risco criado é a conduta propriamente dita do infrator e a restrição, invasão ou perturbação seguintes são os resultados exigidos para que o crime se aperfeiçoe. A relação é de conduta e resultado ou de causa e efeito, sendo que tanto a conduta ameaçadora como os efeitos sobre a liberdade são exigidos para que o tipo se integre.

Os autores em destaque asseveram corretamente que:

A exegese que parece mais adequada é a sistemática ou teleológica. Haverá crime apenas diante da *perseguição reiterada que ameace a integridade física ou psicológica da vítima*, quando (a) restrinja sua capacidade de locomoção ou (b) por qualquer outra forma, invada ou perturbe sua liberdade ou privacidade (cláusula de interpretação analógica).²⁸

O tipo penal descreve a conduta consistente na perseguição reiterada, indica a forma pela qual tal perseguição deve se processar (ameaça à integridade física ou psicológica) e, finalmente, os resultados que dela devem decorrer (restrição da locomoção ou invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade por qualquer forma).

É importante ter em mente que a “ameaça” a que se refere o tipo penal em estudo é aquela decorrente da perseguição e não precisa, *necessariamente*, consistir na promessa de um mal injusto e grave, tal como é exigido para o crime específico de “Ameaça” (art. 147, CP).²⁹ Com isso não se quer dizer que qualquer bagatela irá configurar a perseguição, nem que a conduta de ameaça injusta e grave nos moldes do crime de ameaça não sirva para compor a perseguição. No entanto, não será preciso que o agente, *necessariamente*, ameace a vítima de agressão física, morte, causação de prejuízos financeiros, à imagem etc., como seria necessário no crime do art. 147, CP. Para a perseguição, outras condutas consistentes na presença física ostensiva do indivíduo em locais frequentados pela vítima e sua aproximação, ainda que sem expressar ameaças físicas; a remessa de cartas ou mensagens de e-mail, lotando a caixa postal da vítima e causando-lhe empecilhos, ainda que dali somente constem alusões de afeto, ou até mesmo o envio de flores, cartões e presentes inoportunamente pode perfeitamente configurar a perseguição obsessiva. Telefonemas reiterados com assuntos já rechaçados pela vítima, embora não versando sobre ameaça física, eventualmente até mesmo constituindo-se em lamentos e alegações de que se a vítima não lhe dá atenção pode vir a suicidar-se, ou seja, o mal prometido não se refere à vítima, mas ao próprio autor. Tudo isso configura a perseguição, embora não fosse configurar

o crime de ameaça. O termo “ameaça” no tipo penal em estudo é empregado de maneira ampla, podendo constituir também a ameaça de mal injusto e grave, mas abarcando uma acepção da palavra “ameaça” enquanto “*risco causado*” à integridade física ou psicológica da vítima. Na linguagem informática encontra-se uma expressão que pode aclarar a amplitude do termo “ameaça” neste tipo penal do art. 147-A, CP. É comum que um antivírus apresente na tela a mensagem de que foram encontradas “ameaças” ao seu computador ou que não foram encontradas “ameaças”. É evidente que o termo “ameaças” não é ali empregado no mesmo sentido utilizado no crime de “ameaça” (afinal, é impensável que alguém esteja “ameaçando” um computador), mas sim como sinônimo de “risco”. Este parece ser o emprego da palavra pelo legislador, de modo a ultrapassar seu sentido mais restrito no art. 147, CP. E nosso auxílio encontra-se o escólio de Lessa:

Defendemos que a expressão ameaça deva ser vista de maneira ampla, e não em simetria ao tipo penal do art. 147 do Código Penal, o qual exige mal injusto e grave. A ameaça, no delito de perseguição, deve ser encarada como sinônimo de intimidação, ainda que velada, e que dê a entender, na visão da vítima, que aquela atitude persecutória está eivada do desejo de lhe fazer mal ou prejudicar. A ameaça, assim, deve ser hábil a impingir promessa de mal físico (*vis corporalis*) ou mácula psicológica (que cause dano emocional), resultando em restrição da capacidade de locomoção (por medo) ou gerando perturbação (desestabilização emocional) ou invasão (ocupação por força) na esfera de liberdade ou privacidade da vítima (grifo nosso).³⁰

Essa ampliação da acepção de “ameaça” no crime de “Perseguição” (art. 147-A, CP) é constatada também por Callegari quando aduz que “em muitos casos não se enquadrava formalmente” a conduta ora prevista como de perseguição “a um tipo penal como o de ameaça ou perturbação”. Agora “de acordo com a tipificação conferida pelo legislador os casos de perseguição serão alargados com a nova redação do tipo penal”.³¹

Esses resultados são bastante abertos, pois realmente o legislador utiliza o sistema de “interpretação analógica”. Apresenta um exemplo casuístico de resultado negativamente valorado (restrição da locomoção) e, a seguir, expõe fórmula genérica ao referir-se a *qualquer outra forma* de invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade da vítima. Ora, não resta dúvida que o coartar da liberdade de ir e vir constitui uma invasão ou perturbação indevida da liberdade e privacidade da vítima. Esse é um exemplo específico, que é segundado pela referência a *qualquer outra forma de violação similar*.

Não há dúvida de que há aqui um recurso legislativo à “interpretação analógica”, que consiste basicamente em desvelar o sentido da norma com os próprios elementos por ela dispostos. Na lição de Masson, isso é possível quando a norma é dotada de “uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica”,³² o que é exatamente o que ocorre neste caso em estudo, conforme foi demonstrado. Não se trata de analogia maléfica ao réu, mas daquilo que também se denomina de “interpretação *intra legem*”, já que a solução não é

buscada por comparação externa à norma, mas em seu próprio bojo, de forma a não violar garantias individuais e o Princípio da Legalidade estrita.

Obviamente as mesmas condutas que poderiam configurar o crime de perseguição, quando praticadas por profissionais que atuam no cumprimento de suas funções legalmente permitidas e até mesmo impostas, não haverá incriminação, salvo em casos evidentes de abuso. Não é possível, por exemplo, pretender incriminar um Oficial de Justiça por perseguição quando este fica no encalço do citando que procura evadir-se à citação, pois age com sustento no Código de Processo Penal ou de Processo Civil. O mesmo se diga do Detetive Particular, que tem sua profissão regulamentada pela Lei nº 13.432/17. Diverso também não é o caso de Policiais Cíveis ou Militares que atuam com sustento nas leis penais e processuais penais vigentes. Finalmente, pode-se mencionar o caso de Operadores de Telemarketing, fotógrafos (“paparazzi”), jornalistas ou até mesmo meros “galanteadores” insistentes, salvo, como já dito, em casos de atitudes abusivas.³³

Não restam dúvidas de que o exercício de atividades que poderiam, em tese, subsumir-se ao tipo penal de “Perseguição”, quando perpetradas por pessoas no exercício regular e legal, permitido ou até mesmo determinado pelo conjunto do ordenamento jurídico, configura o que Zaffaroni e Batista denominam de “atipicidade conglobante”. Em suas palavras:

“A antinormatividade não se revela apenas na simples oposição entre a norma deduzida do tipo legal e a conduta, postulando também a consideração conglobada da norma deduzida do tipo com outras normas dedutíveis de outros tipos legais”.³⁴

Aspecto importante diz respeito à necessidade de que a conduta de perseguição de que alguém se diz vítima seja séria, a fim de que represente efetivo dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, satisfazendo, destarte, ao “Princípio da Lesividade” e afastando também a ocorrência de ilícito bagatela. Não é possível que o Direito Penal se ocupe de casos como o vivenciado na prática por este subscritor, quando uma dada pessoa compareceu à Delegacia (ainda não havia sequer previsão do delito de “Perseguição”) e reclamou que seu vizinho olhava para ela “com a cara feia”! Ora, isso é, no máximo, uma questão de estética subjetiva, jamais um problema real a ser solvido no mundo jurídico – penal. Nessa mesma trilha afirma Moreira:

De toda maneira, resta indubitável que, para a configuração do delito, é preciso que a perseguição seja efetivamente grave, crível, idônea, verossímil, concreta e séria, capaz de atingir a liberdade física ou psíquica da vítima, além de sua tranquilidade pessoal, podendo ser uma perseguição explícita (clara) ou às escondidas (implícita ou velada), contanto que a vítima tome conhecimento da conduta (...). Assim, simples e infundadas ilações ou mesmo manias de perseguição, não legitimam a intervenção do Direito Penal que, como se sabe, é regido pelo princípio da intervenção mínima.³⁵

Enfim, a paranoia e o capricho não são e nunca foram bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e nem mesmo por outros ramos jurídicos.

Nesses comentários acerca da necessária lesividade, tipicidade material e conglobante das condutas resta patente o fato de que o Direito Penal não se pode satisfazer simplesmente por meio do recurso silogístico lógico de mera adequação de premissas a uma conclusão pelo método dedutivo. Em suma, somente a subsunção da conduta ao tipo penal objetivo não é suficiente para a incriminação efetiva. Mister se faz um sucessivo esforço dialético no qual se confrontem discursos ou hipóteses contraditórias com o fim de obter uma espécie de percepção intuitiva (no sentido de evidência) de uma premissa que articule tais elementos contraditórios, ou reconhecendo um e afastando o outro ou concluindo que ambos são válidos, mas em circunstâncias ou planos diversos ou mesmo que são complementares entre si. Na verdade, a dialética opera exatamente ao reverso da lógica. Esta parte de premissas para obter conclusões, enquanto que a dialética parte de hipóteses contraditórias e remonta à premissa fundante que explique tais hipóteses de forma articulada. É somente para além do silogismo lógico (que é apenas uma fase inicial de raciocínio), adotando então o procedimento dialético, que se pode chegar a conclusões acerca da tipicidade conglobante, tipicidade material, lesividade, desvalor e significância de uma conduta formalmente típica.

O delito de “Perseguição” não se perfaz com uma simples perturbação ou incômodo. Sua configuração se dá quando o agente quer controlar, subjugar a vítima, causando-lhe medo, insegurança, ansiedade, angústia e temor. Conforme nos esclarecem Costa, Fontes e Hoffmann, em excelente pesquisa com exposição da normatização do crime de “Perseguição” no Direito Comparado (Austrália, Estados Unidos, Portugal, Irlanda, Holanda etc.), o assédio por intrusão limita a capacidade volitiva da vítima, condicionando intensamente suas “decisões e comportamentos”, ensejando alterações em seus “hábitos, horários, trajetos, número de telefone, e-mail e até mesmo local de residência e trabalho”. Ocorre uma degradação considerável da qualidade de vida do sujeito passivo, ocasionada pela atuação perseguidora do criminoso. Os autores em destaque chamam a atenção para o fato de que legislações estrangeiras usam nos tipos penais respectivos expressões como “alterar seus hábitos de vida” (Itália) ou “prejudicar sua liberdade de determinação” (Portugal).³⁶ Esse instrutivo passeio pelo Direito Comparado e o destaque para o grau de intimidação intenso que deve caracterizar a conduta criminosa, reforça a ideia já exposta de que a perseguição deve ser séria e concreta, a fim de satisfazer a lesividade, o minimalismo jurídico – penal e não dar abrigo à punição ou perseguição de condutas insignificantes (Princípio da Insignificância ou da Bagatela).

No exato mesmo sentido Callegari cita decisão jurisprudencial espanhola do Juizado de Instrução de Tudela (“Procedimiento, diligencias urgentes n. 0000260/2016 Juzgado de Instrucción n. 3 de Tudela, Navarra), com a seguinte dicção:

As condutas de stalking afetam o processo de formação de vontade da vítima no sentido de que a sensação de temor e intranquilidade ou angústia que produz o repetido ato de espreitar por parte do perseguidor e que lhe levam a mudar seus hábitos, seus horários, seus lugares de passagem, seus

números de telefone, contas de correio eletrônico e inclusive de lugar de residência e trabalho.³⁷

Sublinhe-se que quando a lei menciona a “restrição” da “capacidade de locomoção” da vítima, não há necessidade de que esta sofra uma “privação” do direito de ir e vir, tal como ocorre no crime de “Sequestro e Cárcere Privado” (art. 148, CP). Tal distinção é relevante, pois até mesmo os verbos dos dois tipos penais divergem, no art. 147-A, CP o verbo é “restringir”, enquanto no art. 148, CP o verbo é “privar”.

Releva ainda observar que o tipo penal faz referência à invasão ou perturbação da “privacidade”. Nesse passo é importante fazer a distinção entre “privacidade” e “intimidade”, bem como estabelecer se a segunda também conta com a tutela penal de acordo com o âmbito de incidência da norma em estudo.

Bulos bem expõe a distinção entre “vida privada” e “intimidade”:

A vida privada e a intimidade são os outros nomes do direito de estar só, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *rezervatezza* e os americanos *privacy*). (...). Amiúde, a ideia de vida privada é mais ampla do que a de intimidade. Vida privada envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário etc. Intimidade diz respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participam de sua vida pessoal.³⁸

No mesmo diapasão se manifesta didaticamente Nunes Júnior:

Dessa maneira, podemos afirmar que intimidade e vida privada são dois círculos concêntricos que dizem respeito ao mesmo direito: o direito à privacidade ou direito de estar só. A intimidade é um círculo menor, que se encontra no interior do direito à vida privada, correspondendo às relações mais íntimas da pessoa e até mesmo à integridade corporal, não se admitindo as “intervenções corporais” como em outros países.³⁹

Sendo assim, no que tange à proteção penal há que reconhecer que a proteção dada à inviolabilidade da “privacidade”, necessariamente abarca a “intimidade”. Aqui se pode dizer que quem não pode o menos (violar a privacidade – círculo maior de abrangência), não pode conseqüentemente o mais (violar a intimidade – círculo mais restrito). Se a reserva é menor quanto à “privacidade” e esta é tutelada, não é possível que se possa chegar licitamente à violação da “intimidade”, cuja reserva é mais intensa, mantendo-se incólume à aplicação da lei penal.

Bernardes e Ferreira, no campo constitucional, lecionam exatamente essa continência da intimidade na privacidade. Em outras palavras, ensinam que a intimidade está contida, é abarcada ou abrangida pela privacidade, o que é muito bem representado graficamente pela figura dos círculos concêntricos já anteriormente referenciada:

O direito à vida privada se refere àquela parte mais destacada da intimidade, que é a já mencionada esfera do segredo. Mas tem a ver, ainda, com a ampla liberdade assegurada à pessoa para desenvolver sua vida interior, bem como o direito de estar só (“right to be alone”) e o direito de não ser importunado. Nessa última acepção, o direito à vida privada está interligado à liberdade de consciência e de autodeterminação individual, incluindo as íntimas motivações, opções e/ou preferências pessoais (religiosas, filosóficas, sexuais etc.), tanto as que impulsionam atos eminentemente privados, quanto aquelas relacionadas a outros direitos fundamentais importantes, tais como a liberdade de escolha profissional, a liberdade de aderir ou não a um culto religioso, de associar-se ou deixar de associar-se.

A rigor, portanto, a “vida privada” acaba por integrar o conceito de “intimidade”. Assim, a proteção à vida privada já se incluiria na proteção geral à intimidade em si (grifos no original no primeiro parágrafo e grifo nosso do segundo parágrafo).⁴⁰

Finalizando importa acrescentar que o crime de “Perseguição”, também conhecido pela expressão em inglês “Stalking”, certamente abrange o que se convencionou denominar também por meio de uma expressão inglesa, de “Bullying”. Afinal, o “Bullying” “corresponde a um conjunto de atitudes de violência física e/ou psicológica, de caráter intencional e repetitivo, praticado por um ‘bully’ (agressor) contra uma ou mais vítimas que se encontram impossibilitadas de se defender”.⁴¹

O “Bullying” normalmente evoca o ambiente escolar, mas é preciso ter em mente que as condutas que o caracterizam são múltiplas, abrangendo situações e ambientes os mais diversos, bem como relações variadas (v.g. escola, trabalho, lazer, convívio social em geral).

Como bem expõe Nahur:

De qualquer modo, também não se pode deixar de assinalar que, como fenômeno detectado na sociedade moderna, nos tempos atuais, bullying e cyberbullying envolvem múltiplas formas, por muitas vias e por intermédio de vários instrumentos de “vitimização” por parte de grupos ou indivíduos, direta ou indiretamente, contra inúmeras pessoas, em contextos socioculturais de relações de pares. Manifestam-se essas práticas “vitimizadoras” em diversos espaços coletivos de convivência constante e não se restringem apenas a aspectos de gênero, faixa etária e nível socioeconômico. Trata-se de mais uma subcategoria da noção mais ampla da categoria violência que se exterioriza nas mais variadas, repetidas e sistemáticas práticas no mundo real e no virtual.⁴²

Portanto, é indubitável que, a depender da espécie de conduta caracterizadora do “Bullying”, conformar-se-á também o delito de “Perseguição”, “Stalking” ou “Assédio por Intrusão”, ora previsto no art. 147-A, CP.

Como afirma Calhau, “o ‘Bullying’ é um ato ilegal”, podendo caracterizar ilícitos civis, administrativos ou penais a depender das circunstâncias,⁴³ inclusive agora o art. 147-A, CP.

Vale ainda lembrar que a Lei nº 13.185/15, instituiu o “Programa de Combate à Intimidação Sistemática”. Tal legislação não criminaliza, mas define a prática de “Bullying” (art. 1º, § 1º), deixando bastante evidente que sua prática pode perfeitamente se subsumir ao tipo penal do art. 147-A, CP, senão vejamos:

No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Há ainda que citar o denominado “Mobbing”, primeira forma identificada de “assédio moral”, advindo do verbo inglês “to mob”, significando “tumulto, turba, confusão”. A intimidação se processa neste caso por meio da ação de vários indivíduos contra um, são “perseguições coletivas” que podem “culminar em violência física”.⁴⁴ Relembre-se que embora o delito de “Perseguição” não seja de concurso necessário, nada impede haver o concurso acidental de agentes.

A bem da verdade, “Stalking”, “Bullying” e “Mobbing” são espécies do gênero “Assédio Moral”, os quais muitas vezes se misturam e completam, cuja criminalização pode variar de acordo com as condutas praticadas pelo infrator para intimidar a vítima. Dessas práticas podem emergir crimes contra a honra, lesões corporais, vias de fato, crimes patrimoniais e, agora, também o crime de “Perseguição”.

TIPO SUBJETIVO

O crime de “Perseguição” é doloso, não havendo previsão de figura culposa. O dolo exigido é o dolo genérico, pois que não há descrição de especial fim de agir.

Tendo em vista a ampla aceção com que a ameaça é empregada no tipo penal, ensejando a aproximação com um conceito de “risco” que ultrapassa a restrita aceção de promessa de mal injusto e grave constante do crime de “Ameaça” (art. 147, CP), seria de se concluir tratar-se de “crime de perigo” (perigo concreto). Porém, como bem aduz Gilaberte, “esta não é a melhor interpretação”, sendo o crime do art. 147-A, CP classificado como “crime de dano, por exigir uma lesão à liberdade individual”.⁴⁵

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de crime habitual que exige a reiteração de atos de perseguição, não é possível a tentativa, tal qual ensina a grande maioria da doutrina.

Neste sentido vale o ensinamento tradicional de Mirabete:

“Nos crimes habituais, não se admite a tentativa, pois ou há reiteração de atos e, portanto, consumação, ou não há essa habitualidade e os atos são penalmente indiferentes”.⁴⁶

PENA E AÇÃO PENAL

A pena prevista para o crime de “Perseguição” é de “reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Trata-se, como se vê, de infração de menor potencial ofensivo, sendo acessíveis aos seus autores os benefícios previstos na Lei nº 9.099/95, salvo quando se tratar de situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 41, da Lei nº 11.340/06, que então veda a aplicação dessas normas mais brandas, isso sem falar do aumento de pena previsto no art. 147-A, § 1º, II, CP que, por si só, já elevaria o patamar da pena máxima para além daquele admissível para infrações de menor potencial. Também é viável a aplicação de Acordo de Não Persecução Penal, desde que o crime não seja informado por violência ou grave ameaça, nos termos do art. 28-A, CPP com nova redação dada pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19). Relembre-se que a “ameaça” descrita neste tipo penal é mais ampla do que aquela que conforma o crime de ameaça, razão pela qual pode sim haver “Perseguição” sem que haja efetiva “violência ou grave ameaça” à vítima, tal como já exemplificado linhas volvidas.

Em ocorrendo causas de aumento de pena previstas no § 1º, do art. 147-A, CP, o crime não será mais de menor potencial, eis que pena máxima ultrapassará o patamar de dois anos. O mesmo se diga se houver concurso com crime de lesões corporais ou outros crimes violentos. Nesses casos, a lei manda aplicar o cúmulo material (concurso formal impróprio) e então novamente a pena resultante necessariamente será maior do que dois anos (vide art. 147-A, § 2º). É oportuno lembrar que as Súmulas 723, STF e 243, STJ, estabelecem que no caso de concurso material ou formal de crimes ou mesmo crime continuado, a pena “in abstracto” considerada para benefícios da Lei nº 9.099/95 é aquela resultante da somatória (cúmulo material) ou do aumento aplicado (exasperação). Observe-se, porém, que em se tratando de vias de fato (art. 21, LCP) não haverá cúmulo material, mas absorção ou consunção.

Não parece ter agido o legislador com o devido rigor que o crime mereceria. Para que a questão fosse tratada como infração de menor potencial em regra, não seria necessária a elaboração de legislação nova. O art. 147-A, CP, em virtude da pena irrisória prevista, parece poder ser considerado um exemplo de insuficiência protetiva.

Também critica a incoerência do legislador quanto à eleição do preceito secundário o autor Bruno Gilaberte:

Perceba-se a incoerência do legislador ao criar um tipo penal de menor potencial ofensivo (sanção máxima de dois anos), ao mesmo tempo em que comina pena de reclusão, ao invés da detenção, mais adequada à sua extensão temporal. Entendemos injustificada e desproporcional a opção.⁴⁷

A inconsistência e erraticidade do legislador no estabelecimento da sanção penal são tamanhas que induzem a erro a melhor doutrina. No excelente trabalho de Costa, Fontes e Hoffmann, afirmam os autores que não seria possível o uso de interceptação telefônica para apuração do crime de “Perseguição”,

uma vez que tal somente é permitido para crimes apenados com “reclusão”.⁴⁸ Mas, o crime enfocado é *apenado com reclusão, cabendo, portanto, em tese, a interceptação!* É evidente que os autores foram induzidos a equívoco pela atuação errática do legislador que cria uma infração de menor potencial com pena de reclusão. Uma pequena distração e a aplicação de um raciocínio de coerência, leva os autores a um equívoco de pensarem que o crime seria apenado com detenção. Afinal, pensar com coerência vai à contramão daquilo que norteou a conduta do legislador! Por outro lado, estão corretos os autores quando informam que não será possível o uso de captação ambiental, já que esta somente pode ser aplicada em crimes de pena máxima acima de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 8º-A, II, da Lei nº 9.296/96.⁴⁹ E estão certos até mesmo se houver causas de aumento de pena previstas no art. 147-A, § 1º, I, II e III, já que o acréscimo é de metade e então a pena máxima chegaria somente a 3 (três) anos. A única hipótese em que poderia ser cabível, em tese, essa espécie de investigação, seria no caso do cúmulo material com violência, mesmo assim em se tratando de lesões graves, gravíssimas, seguidas de morte ou qualificadas por violência doméstica (inteligência do art. 147-A, § 2º c/c art. 129, §§ 1º a 3º e 9º, CP).

A ação penal é pública condicionada à representação do ofendido, nos termos expressos do art. 147-A, § 3º, CP.

O prazo decadencial de seis meses para representação começa a correr do conhecimento da vítima sobre a identidade do infrator (art. 38, CPP). Portanto, em situações de atuação anônima em geral ou, como é bastante comum, em meios informáticos, o prazo decadencial somente passará a correr a partir da identificação do autor.

Mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher a ação penal é pública condicionada à representação da ofendida, pois que não houve qualquer excepcionalidade quanto a isso por parte do legislador. No entanto, se houver prática de violência física, ainda que com lesões corporais de natureza leve ou vias de fato, a ação penal será pública incondicionada, nos termos do art. 101, CP (crime complexo) e de acordo com a Súmula 542, STJ (“A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”). No mesmo sentido decidiu o STF na ADI 4424 e ADC 19.⁵⁰ Além disso, quanto às vias de fato (art. 21, LCP), STF e STJ têm reconhecido a abrangência de contravenções penais pela Lei nº 11.340/06, aplicando-se, portanto, as limitações do art. 41 desse diploma e afastando a Lei nº 9.099/95 nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Conforme destaca Cunha:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando quanto à natureza pública incondicionada da ação penal em caso de delitos de vias de fato praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher” (AgRg no REsp 1.738.183/AM, Sexta Turma, j. 27/11/2018).⁵¹

Como já exposto, sabe-se que no caso das vias de fato a contravenção penal será absorvida pelo crime de Perseguição. Mas, isso não afasta, como

se entende neste trabalho, a alteração da ação penal para incondicionada, já que se tratará de violência doméstica e familiar contra a mulher em situação de complexidade infracional, não se podendo olvidar que as vias de fato serão “elemento ou circunstância do tipo penal” do art. 147-A, CP (inteligência do art. 101, CP).

COMPETÊNCIA PARA PROCESSO E JULGAMENTO E ATRIBUIÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

A competência para o processo e julgamento do crime de “Perseguição” será, em regra, da Justiça Comum Estadual. A atribuição de Polícia Judiciária, portanto, será também em regra da Polícia Civil.

Como bem observam Costa, Fontes e Hoffmann, a competência poderá ser da Justiça Federal e a atribuição de investigação da Polícia Federal, acaso o crime seja perpetrado pela internet com característica de transnacionalidade, nos termos do art. 109, V e 144, § 1º, I, CF. Também poderá ocorrer essa competência e atribuição federal se a vítima for agente público federal no exercício ou em caso relacionado à função, nos termos do art. 109, IV e 144, § 1º, I, CF. Também mencionam os autores referidos o caso de atribuição da Polícia Federal (sem que a competência seja da Justiça Federal), quando o fato ocasionar “repercussão interestadual ou internacional e exigir repressão uniforme”, bem como se praticado contra mulher em caso de misoginia via internet (inteligência dos arts. 1º, III e VII da Lei nº 10.446/02 e art. 144, § 1º, I, CF).⁵²

CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA

No art. 147-A, § 1º, são previstas causas especiais de aumento de pena da ordem de metade para o crime de “Perseguição”. São elas:

I – Crime cometido “contra criança, adolescente ou idoso”. A exasperação da reprimenda se justifica diante da hipossuficiência em geral de tais pessoas, bem como do tratamento constitucional e ordinário que lhes confere especial proteção. Crianças serão os menores de 12 anos e adolescentes aqueles com doze anos completos, mas menores de 18 anos, nos termos do art. 2º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Por seu turno, os idosos serão aquelas pessoas com 60 anos completos ou mais, de acordo com o art. 1º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Tendo em vista que ambas as causas de aumento têm razões etárias, sua comprovação nos autos deve dar-se pela juntada de documento comprobatório da idade da vítima (v.g. Certidão de Nascimento). Observe-se que não há necessidade de que o crime enfocado se dê em situação de violência doméstica e familiar para que esta causa de aumento de pena seja aplicada. Considera-se a situação de maior vulnerabilidade das pessoas ali elencadas em qualquer circunstância. É lamentável, conforme bem destaca Gilaberte, que o legislador tenha se olvidado dos deficientes, não sendo possível utilizar analogia para a aplicação do aumento.⁵³

II – Crime cometido “contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código”. O aumento é aplicável



“Estariam abrangidos nessa causa de aumento de pena os casos em que a vítima for um transexual do sexo masculino ou mesmo um travesti?”

sendo a vítima “mulher” e havendo a situação de violência doméstica e familiar ou misoginia em identidade ao tratamento dado à configuração da qualificadora do “Feminicídio”.

Não resta dúvida de que em sendo a vítima “mulher”, a exasperação deverá ocorrer independentemente da espécie de relação (heterossexual ou homoafetiva feminina). Lembra com percuciência Gilaberte que o conceito de gênero é acatado, com centralidade, pela Lei nº 11.340/06 para caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher.⁵⁴ Acrescente-se que a Lei Maria da Penha é explícita em estabelecer que a proteção especial à mulher independe de “orientação sexual” (art. 2º, da Lei nº 11.340/06), conceituando a violência doméstica e familiar contra a mulher como ações ou omissões lesivas “baseadas no gênero”, enquanto cultura de dominação e discriminação da mulher (art. 5º, “caput”, da Lei nº 11.340/06). Finalmente, é de se salientar que o art. 5º, em seu Parágrafo Único, deixa claro o fato de que “as relações pessoais” tipificáveis como violência doméstica e familiar contra a mulher “independem de orientação sexual”. Portanto, não resta dúvida de que a mulher em relação homoafetiva que sofra “Perseguição” de parceira será especialmente protegida pela causa de aumento em estudo e isso não configura analogia “in mallam partem” contra a infratora, mas simplesmente uma interpretação sistemática que dá o devido alcance à norma.

Não obstante resta uma dúvida: estariam abrangidos nessa causa de aumento de pena os casos em que a vítima for um transexual do sexo masculino ou mesmo um travesti?

Nesses casos, não se trata propriamente de uma “mulher” ou de envolvimento de uma “condição do *sexo* feminino”, conforme a dicção legal e também não há menção na lei, como poderia ocorrer, de especial proteção aos transexuais e travestis.

Acontece que tendo em vista decisões do STF a respeito do tratamento a ser dado a transexuais e travestis, reconhecendo-os como “mulheres” por meio da simples impressão subjetiva externada, sem necessidade de sequer alteração do registro civil e/ou realização de cirurgia de redesignação sexual, é de se esperar que a maioria da doutrina e, com ainda mais certeza, a jurisprudência, equipare os transexuais e travestis para fins de configuração da causa de aumento em estudo, afastando a argumentação de analogia “*in mallam partem*” com relação ao condenado(a).

Essa posição que radicaliza a influência do gênero já era reconhecida em março de 2018 no julgamento pelo STF da ADI 4275, sendo fato que em data de 15.08.2018 (RE 670.422) foi firmada a seguinte tese por aquele Tribunal:

“O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa”.⁵⁵

Em que pese ser este o provável norte interpretativo predominante na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista o “*status quo*” da mentalidade reinante, inclusive no mundo jurídico, moldada sob o influxo da chamada “Ideologia de Gênero”, discorda-se de tal orientação e considera-se que a causa de aumento de pena somente poderia ser aplicada sendo a vítima realmente uma “mulher” (sexo feminino) ou, no máximo, uma pessoa que teve seu registro civil alterado e agora, para todos os fins legais, é uma “mulher”, certamente havendo se submetido a procedimento de mudança de sexo. O mais configura malsã analogia “*in mallam partem*” escancarada.

É preciso não se deixar enredar por uma cômoda atitude que Anders denominaria de “congruista”, ou seja, pensar e agir (por covardia, preguiça mental ou conveniência) da forma que lhe é imposta ou destinada pelo entorno sócio – cultural, deixar-se fazer o que quiser de si e sentir somente o que se espera que se sinta.⁵⁶ Enfim, entregar-se ao que o autor chama de um “monólogo coletivo”, caracterizado por uma sociedade “conformista” em altíssimo grau, a ponto de o conformismo não ser mais notado como tal, mas como se fora um elevado senso de responsabilidade. Isso nos faz sermos “duplamente não livres”, eis que “somos privados até da liberdade de perceber nossa falta de liberdade”.⁵⁷

A “Ideologia de Gênero”, chamada de “Teoria” com pretensões “científicas” na área das “Ciências Humanas”, chega a ser histriônica, valendo lembrar a assertiva de Sertillanges:

“A ciência só é o que deve ser nas naturezas fortes. Em raras mãos ela é um cetro; nas outras não passa de um cetro de bobo”.⁵⁸

Dip com razão manifesta sua estranheza quanto ao fato de que, de acordo com a “Ideologia de Gênero” a “identidade biológica, que é física, seja, segundo alguns, um construto social, mas a ‘identidade psicológica’, não, e que se possa preferir esta àquela, não somente num plano individual, senão que imposto a toda a sociedade”.⁵⁹

Ocorre que, como acontece com toda ideologia, “a ideologia de gênero fundamenta-se não na realidade, mas numa concepção de mundo. Ela parte do ‘dever ser’ tal qual entendido por alguns, e não do mundo como ele é”.⁶⁰

Exatamente por seu caráter ideológico essa linha de pensamento torna-se praticamente irrefutável (o que a afasta novamente de qualquer caráter científico). Afinal é sabido que *a ideologia é invencível*, não se permitindo atingir nem mesmo pela notoriedade do erro e tornando-se, dessa forma, “dogmática e fideísta”. Nesse passo é até mesmo difícil encontrar argumentos capazes de convencer seus adeptos de seu equívoco. Quanto mais absurda uma “teoria”, “impressão” ou “ideia”, mais difícil é demonstrar o erro para seus aderentes. Não sem razão aduzem Oliveira e Serpentino ser “das atividades intelectuais mais difíceis, convencer alguém de que existem diferenças entre quadrados, círculos e triângulos”. Isso porque “se um simples olhar intelectualmente honesto não convence o indivíduo de que quadrados, círculos e triângulos são diferentes, há poucos argumentos (se é que haverá algum) capazes de convencê-lo”. O trabalho deletério da “desonestidade” ou da “deformação intelectuais” é de tal forma profundo “que argumentos (que pressupõem sempre a abertura do interlocutor ao convencimento) dificilmente o demoverão de sua posição”.⁶¹

Pode-se dizer que como na frase atribuída a Nelson Rodrigues, trata-se de um caso em que “o fracasso subiu à cabeça”. Acata-se como máxima insuperável de intelectualidade a adoção de uma espécie de *nominalismo mágico* que se mostra capaz, supostamente, de identificar o *dever ser*, ou *pior*, o *querer ser com o próprio ser*. O *signo* se confunde com o *referente*. O signo não é mais apenas um símbolo, uma forma de expressão linguística. Magicamente, ele se materializa na realidade da vida. Usam-se os signos “mulher” e “homem” sem mais necessidade de referentes concretos da vida real e nessa confusão de signo e referente também se perde o alcance do significado das palavras e sua correspondência ou não com as coisas ou as pessoas. Não é possível perder a capacidade de discernir entre o signo e a coisa em si sem perder a coerência. Necessário lembrar o dito atribuído a Aristóteles: “A palavra cão não morde”.⁶² É claro que as palavras muitas vezes são dotadas de polissemia, mas isso ocorre em situações ou contextos nos quais é possível facilmente distinguir o sentido empregado. Trata-se exatamente do oposto de buscar uma identidade no que é diverso ou unicidade no que é plural. A função polissêmica das palavras serve exatamente para marcar seus diversos significados em circunstâncias ou contextos diferentes, não para homogeneizar aquilo que é distinto.

Essa diluição dos seres em uma espécie de massa indeterminada, descon siderando seus componentes sexuais, biológicos, genéticos etc., não se adequa à vida concreta, gerando uma série de problemas (v.g. encarceramento em mesma cela de homens e mulheres com base no gênero; homens disputando

lutas e levantamento de peso em prejuízo esportivo para mulheres, entre outras situações aberrantes). Em suma, a “Ideologia de Gênero” nunca satisfaz e nem satisfará a prova proposta pelo filósofo Brunschvicg, qual seja, a de suportar o seu “próprio ideal”.⁶³

Aplicar um “Princípio de Identidade” quando isso não corresponde à realidade é uma forma de criar deliberadamente um paralogismo, usando os esquemas lógicos para abrigar a insanidade e tentar justificá-la formalmente, olvidando ou ocultando o vazio material ou substantivo que ali se encontra. Essa espécie de racionalização sem sustento na “presença” real dos seres certamente seria capaz de fazer com que um filósofo do “Realismo do Bom Senso ou do Senso Comum”, como Thomas Reid,⁶⁴ se sentisse diante de uma barbáridade. Isso porque o primeiro alvo atingido de morte por essas “teorias” (sic) é exatamente o mais mínimo bom senso. E como nos lembra Dostoiévski, “é preciso ser um grande imbecil para saber resistir ao bom senso”.⁶⁵ Para Reid a filosofia “não tem outra raiz senão os princípios do bom senso; cresce desses princípios e tira sua nutrição deles”. O bom senso é para o mencionado autor “a experiência pré-teórica” fornecedora do material inicial para as teorias filosóficas, científicas, morais etc. Então, “o papel da filosofia é explicar *por que* é possível saber as coisas que já sabemos por experiência”. O conhecimento experiencial, por presença, serve para testar o erro de supostas teorias. Se um filósofo ou cientista elabora um sistema abstrato que é contraditório com “verdades evidentes por si mesmas”, pode-se ter certeza de que há algo de errado. Enfim, “adotar uma filosofia que nega as verdades conhecidas pela experiência é arrematada loucura”.⁶⁶ Como afirma Chesterton, com a sabedoria que lhe é peculiar, não é uma boa ideia tentar libertar um triângulo da suposta “prisão” de ter três lados. Isso pode ter efeitos nefastos.⁶⁷

Não é que as pessoas sejam em sua maioria imbecis, incapazes, desdotadas de intelecto e do mais mínimo bom senso. Acontece que sofrem um influxo muito pungente e sutilmente constrangedor, o qual acaba moldando suas mentalidades, ainda que em prejuízo das noções mais notórias. Dessa forma, “há quem julgue estar voando, quando, na verdade, apenas serrou o galho sobre o qual estava sentado”.⁶⁸

A situação é similar àquela descrita pelo personagem Laurent Pasquier do romance de Duhamel:

Ingeri, desde o começo, certas beberagens que me envenenaram para o resto dos meus dias. É preciso que me debata agora com uma razão pesada que me não satisfaz, mas que me deu hábitos tirânicos, dos quais pressinto que nunca me verei livre.⁶⁹

A falta de uma reação a demonstrar a absurdidade de certos malabarismos jurídicos levados a termo por um ativismo judicial injustificável permite até mesmo que legislações com conteúdo semântico bem determinado e induvidoso, sejam manipuladas diante de um público leigo e mesmo profissional inerte ou condescendente. E isso é derivado das circunstâncias “congruístas” do “monólogo coletivo” que a tantos atinge e domina, em prejuízo do exercício

individual do simples bom senso. Está então exposta a fragilidade dos princípios e da autoridade da lei diante de condicionamentos os mais diversos, movidos por ideologias de toda sorte, ao ponto em que pensar em segurança jurídica já é algo quase inviável.

Como ensina Torres:

Os princípios de legitimidade são, diz Ferrero, fios de seda que seguram dragões. São inteiramente inúteis se a vontade livre dos homens se recusa a obedecê-los – surgem inesperadamente como fortíssimos nas horas solenes em que queremos justificar o direito de obediência que normalmente existe por força do hábito e de necessidade e pela ausência de meios da maioria para desobedecer.⁷⁰

Quando, com sustento em um suposto “Princípio de Legitimidade”, a própria legitimidade se sobrepõe à autoridade da lei ao ponto de perverter ou contradizer sua expressão semântica de forma grotesca, percebe-se, conforme ilustra Torres, citando Guglielmo Ferrero numa belíssima figura de linguagem, que a legitimidade como limite ao arbítrio equivale a “fios de seda que seguram dragões”. Nesse passo, ideologias, por mais estapafúrdias ou absurdas que sejam, podem desconstruir todos os alicerces do edifício jurídico baseado na legalidade, no rigor hermenêutico, na segurança jurídica possível e até mesmo na correspondência mínima entre a abstração legal e o mundo concreto.

Ciente de que a crítica ora exposta seja ainda menos que um “fio de seda”, é assim mesmo gratificante não se render à massificação de ideologias, propondo uma contenção da consideração das questões de gênero, cujo limite não permita a infração cega às ciências naturais e nem às ciências normativas, tal qual ocorre com o Direito no que tange à questão da analogia “in mallam partem” e da interpretação violadora da carga semântica da lei.

É preciso reconhecer e denunciar que a radicalização das questões de gênero é uma hipótese ideológica de caráter dogmático – religioso, informada por traços fideístas e fanáticos que se mostram irracionais e anticientíficos, pois perpetram, de um só roldão, um radical negacionismo injustificável de várias áreas do conhecimento, tais como a ontologia, a antropologia, a história, a biologia, a genética, a medicina, a fisiologia e até mesmo a anatomia. Tudo isso submetendo o objetivo ao meramente subjetivo e voluntarista e pretendendo que o primeiro e não o segundo seja produto de uma suposta “construção social”.

III – Crime cometido “mediante concurso de duas ou mais pessoas ou com o emprego de arma”. Tanto o concurso de agentes como o emprego de arma são circunstâncias que aumentam consideravelmente o potencial lesivo e intimidativo da conduta criminal, razão pela qual são também eleitos como causas especiais de incremento da pena.

Haverá concurso de agentes ainda que o coautor seja inimputável (menor de 18 anos ou alienado mental). É claro que o menor será processado e julgado por “ato infracional” no respectivo “Juízo da Infância e Juventude”. Quanto ao

inimputável mental, poderá ser processado e julgado no juízo comum, mas receber absolvição imprópria, com aplicação de medida de segurança. Não obstante, esses fatores diferenciadores do procedimento não afastam o fato de que há concurso de “pessoas”, já que tanto o menor como o alienado não perdem sua personalidade devido à questão etária ou à doença mental. Também há de reconhecer o concurso quando apenas um dos envolvidos for responsável pelos atos de assédio ou perseguição, enquanto que o outro é o mandante ou autor intelectual do ilícito. Note-se que o inciso III em estudo menciona como causa de aumento o “concurso de pessoas”, de modo a abranger suas duas espécies (coautoria e participação).⁷¹ Entretanto, há que mencionar o fato de que se um maior atuar em concurso de agentes com um menor, além de responder pelo crime majorado pelo concurso de pessoas, deverá ser responsabilizado pelo delito de “Corrupção de Menores” previsto no art. 244-B do ECA (Lei 8.069/90), em concurso formal. Não há falar em “bis in idem”, pois que os ilícitos perpetrados tutelam bens jurídicos diversos. O art. 147-A, CP tutela da liberdade individual e tem por vítima a pessoa objeto da perseguição. Já o art. 244-B, do ECA se refere à conduta de praticar infração penal com um menor, provocando sua corrupção moral, sendo, portanto, o bem jurídico visado a formação moral da criança ou do adolescente. Ademais, a vítima do art. 244-B, do ECA também é diversa, pois que é o próprio menor (criança ou adolescente) envolvido em atividade criminal.⁷²

No que tange ao emprego de arma, o termo deve ser interpretado em um sentido amplo, abrangendo tanto armas próprias (pistolas, revólveres, facas militares etc.) como impróprias (faca de cozinha, machado, foice, enxada, tesoura etc.).⁷³ Também podem ser armas de fogo ou armas brancas, já que não há limitação na dicção legal. No entanto, é necessário que a arma seja efetivamente utilizada na ação, ao menos através de seu porte ostensivo, intimidando a vítima. No que tange à arma de brinquedo, com o cancelamento do Súmula 174, STJ, entende-se que não serve para qualificar o crime.⁷⁴

REVOGAÇÃO DA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE

Em seu art. 3º, a Lei nº 14.132/21, responsável pela criação do crime de “Perseguição”, revogou expressamente o art. 65 da Lei de Contravenções Penais (Perturbação da Tranquilidade).

Pertinente a crítica a essa revogação formulada por Costa, Fontes e Hoffmann, pois que poderia continuar em vigor como infração penal subsidiária em casos de perturbações que não se tipificassem perfeitamente no art. 147-A, CP. Ademais, é fato que na falta de habitualidade não se poderá cogitar de aplicação do crime de “Perseguição”, de forma que seria útil a continuidade da vigência do art. 65, LCP para esses casos.⁷⁵

Também lamenta a revogação contravencional Leitão Júnior:

Nossa argumentação é de que o legislador ordinário poderia ter optado pela manutenção do aludido dispositivo, já que agora poderá deixar a porta

aberta para a impunidade em condutas de poluição sonora e similares que não se enquadrem no art. 54 da Lei do Meio Ambiente e nem no art. 42 da LCP – em que o operador subsidiariamente tinha o art. 65, da LCP. Logo, teria um possível vácuo criado.⁷⁶

Conforme já consignado, se está de acordo com a crítica formulada pelos autores acima mencionados. Entretanto, quando Leitão Júnior afirma que no caso de barulho, gritaria, algazarra etc., poderia não haver possibilidade de aplicação do art. 42, LCP, não se enxerga essa lacuna. Afinal o dispositivo, denominado “Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios” descreve em seus incisos exatamente tais condutas. O problema, a nosso ver, se reduz à questão da perturbação pontual, sem habitualidade por acinte ou motivo reprovável, nos termos do revogado art. 65, LCP. Aí sim, haverá uma lacuna legal no caso de perturbações sem habitualidade ou reiteração.

Interessante observar a questão da lei penal no tempo com relação à revogação do art. 65, LCP e o advento do crime de “Perseguição” (art. 147-A, CP).

Considerando que a dicção do antigo art. 65, LCP era bem mais aberta que a do atual art. 147, CP, se houver pessoas que estejam respondendo pela contravenção penal em casos que hoje configurariam “Perseguição”, não será possível aplicar o art. 147-A, CP retroativamente (“novatio legis in pejus”), de modo que haverá a ultratividade da lei penal mais benéfica, no caso a contravenção. Doutra banda, nos casos em que a contravenção foi perpetrada sem os requisitos específicos do art. 147-A, CP (em especial a habitualidade ou reiteração), opera-se “abolitio criminis”. Doravante, em casos ocorridos após o vigor da Lei nº 14.132/21, somente serão incriminados os casos tipificáveis no art. 147-A, CP, pois que operou-se, sem dúvida, “abolitio criminis” com relação à contravenção outrora prevista no art. 65, LCP.⁷⁷

CONCURSO DE CRIMES, DISTINÇÃO DELINQUENCIAL E CASOS DE CONSUNÇÃO

Abuso de autoridade

Acaso a perseguição consista em conduta praticada por agente público dotado de autoridade no exercício ou em razão da função, fica afastado o crime do art. 147-A, CP e se aplicam as normas da Lei nº 13.869/19.⁷⁸ Somente haverá aplicabilidade do art. 147-A, CP ao agente público quando atuando fora da função ou mesmo na função ou em razão dela, não havendo previsão da conduta específica na Lei de Abuso de Autoridade, operando o crime de “Perseguição” por subsidiariedade.

Falsa identidade

No caso de uso de perfis falsos em redes sociais ou falsa identificação em geral, entendem Costa, Fontes e Hoffmann que haverá concurso de crimes do art. 307, CP com o art. 147-A, CP. A nosso ver esse entendimento é acertado e o

concurso seria formal impróprio, tendo em vista a dualidade de desígnios, de modo que haveria o cúmulo material das penas. Efetivamente, como afirmam os autores, a falsa identidade não é meio necessário para a prática do “Stalking”.⁷⁹ Além disso, acrescenta-se que os bens jurídicos tutelados são diversos (liberdade individual e fé pública).

Não obstante, poderá surgir entendimento quanto a ser a prática de falsa identidade crime – meio para a “Perseguição”, de modo que deveria ser absorvida pela última.

Entende-se, como já dito, mais correta a posição que advoga o concurso de crimes. No entanto, é de se consignar que seria interessante que o legislador houvesse previsto uma causa de aumento de pena para o uso de falsa identidade, nome suposto ou anonimato, o que então solucionaria essa eventual controvérsia e prestaria homenagem à proibição de anonimato constitucionalmente prevista (art. 5º, IV, CF). Porém, a própria falta de previsão do legislador está a indicar e confirmar que o concurso delinquencial é a solução mais acertada, de forma a não deixar bem jurídico constitucionalmente previsto sem a devida tutela penal.

Crimes contra o sentimento religioso

Não são raros os casos em que cerimônias religiosas ou funerárias podem ser perturbadas por atos de “Stalking”. Nesses casos, entende-se que os crimes previstos, por exemplo, nos arts. 208 e 209, CP devam ser imputados em concurso formal impróprio com cúmulo material de penas em relação ao crime de “Perseguição” (art. 147-A, CP). Torna-se muito difícil defender a tese de consunção como crime – meio, tendo em vista a extrema especificidade do bem jurídico em jogo no que diz com os crimes contra o sentimento religioso. Inclusive normalmente haverá vítimas diversas da pessoa visada pelo perseguidor, mas que participam do culto, cerimônia ou funeral (trata-se do chamado “dolo direto de segundo grau, mediado ou de consequências necessárias”).⁸⁰

Invasão de dispositivo informático

Em casos de “Cyberbullying” ou “Cyberstalking” poderá ocorrer que o infrator, além de perturbar a vítima, venha a invadir seus dispositivos informáticos de acordo com o art. 154-A, CP. Novamente a solução mais correta parece ser o concurso, que poderá ser formal impróprio ou material, tendo em vista não se tratar de meio necessário para o crime de “Perseguição”.- Também serão violados bens jurídicos diversos: liberdade individual, intimidade, vida privada e segurança dos sistemas informáticos.⁸² Anote-se, porém, que para quem não aponte a “segurança dos sistemas informáticos” como bem jurídico tutelado afora a liberdade individual, intimidade e vida privada, tornar-se-á mais difícil sustentar a tese do concurso, prevalecendo, nesse caso, a absorção do art. 154-A como crime – meio. Não obstante, razão parece assistir ao entendimento que advoga o concurso.

Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia

Outra situação nada incomum será aquela em que o autor da “Perseguição” atuar na forma do que se convencionou chamar de “Revenge Porn” ou “Pornografia de Vingança”. Haverá nesse caso infração a delitos de natureza sexual previstos nos arts. 216 – B, CP ou 218 – C, CP, sendo o caso indubitado de concurso material de delitos.

Perturbação do trabalho ou do sossego alheios

Acaso em conduta reiterada de “Perseguição” nos termos do art. 147-A, CP, o indivíduo praticar perturbação do trabalho ou sossego alheios, de acordo com o disposto no art. 42, LCP, em se tratando de contravenção penal, entende-se que deve haver consunção do crime – anão⁸³ pelo crime de “Perseguição”. Doutra banda, havendo perturbação do trabalho ou sossego sem que seja de forma reiterada, afastada, portanto, a habitualidade, haverá a possibilidade de imputar subsidiariamente ao infrator a contravenção em destaque.

Armas de fogo irregulares

Já se sabe que o emprego de arma em geral, incluindo as de fogo, conduz a incremento de pena do crime de “Perseguição”, nos termos do art. 147-A, § 1º, III, “in fine”, CP.

Pode acontecer que além de ser empregada arma de fogo, seja esta irregular, de forma que haja incidência nos arts. 12, 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03). Também pode haver o disparo da referida arma (art. 15 da Lei nº 10.826/03).

A incidência dos arts. 12 e 14 será com relação ao emprego de armas de fogo de uso permitido. Do art. 16, com relação a emprego de armas de fogo de uso restrito ou proibido.

No caso do indivíduo exibir, por exemplo, uma arma irregular de dentro de sua casa para a vítima por via telemática, sem portá-la na via pública, sendo localizada e apreendida a arma, ensejará concurso material de crimes entre o art. 147-A, CP e os arts. 12 ou 16 da Lei nº 10.826/03, conforme se trate de arma de uso permitido ou restrito ou proibido. Já se o infrator chegar a portar a arma na via pública, por exemplo, seguindo a vítima, será também o caso de concurso de crimes entre o art. 147-A, CP e os arts. 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento, conforme seja a arma de uso permitido ou restrito ou proibido.

Pode parecer que haveria “bis in idem” devido ao fato de que o emprego de arma já é uma majorante. Acontece que, em primeiro lugar, a arma não precisa necessariamente ser de fogo e, além disso, não precisa a posse ou o porte ser ilícito. A causa de aumento se aplica isoladamente, sem o concurso com infrações do Estatuto do Desarmamento no caso de emprego de armas de fogo legais.

No caso de eventual disparo irregular de arma de fogo, mesmo sendo a arma legalizada, restará o concurso de crimes (formal impróprio com cúmulo das penas dos arts. 147-A, CP e 15 da Lei nº 10.826/03). Acaso a arma ainda seja ilícita nada se altera a respeito a respeito do concurso com o crime de “Perseguição”. Contudo, há que verificar como ficaria a questão entre a posse ou porte irregular, necessários ao disparo e o crime de disparo de arma de fogo. Pois bem, em sendo a arma de uso permitido, o disparo (art. 15) absorve tanto a posse (art. 12) como o porte (art. 14), eis que estes serão crimes – meio. Mas, se a arma for de uso restrito ou proibido ocorrerá o contrário, o art. 16 absorverá o art. 15, tendo em vista que tem pena maior. Assim sendo, no caso de disparo de armas de fogo ilegais, poderá haver concurso formal impróprio entre o art. 147-A, CP e o art. 15 do Estatuto do Desarmamento (no caso de armas de uso permitido), ou o art. 16 do Estatuto no caso de armas de uso restrito ou proibido.⁸⁴ Em todos os casos o aumento de pena do emprego de arma do crime de “Perseguição” seria normalmente aplicável. Não há “bis in idem”, tendo em vista que o aumento se dá pelo “emprego” da arma de fogo nos atos de perseguição, que não é meio necessário e os crimes do Estatuto se referem à posse, ao porte e/ou ao disparo ilícitos da arma de fogo.

Agora, se a posse ou porte ocorrem em contextos fáticos distintos, poderá haver o concurso material. Por exemplo, um sujeito porta uma arma de uso permitido, seguindo a vítima de “Stalking” por horas. Em dado momento, saca e efetua o disparo. Haverá os três crimes (art. 147-A, CP e arts. 14 e 15 da Lei nº 10.826/03). O mesmo raciocínio valerá para o caso de contextos distintos e o disparo e a posse ou porte de arma de uso restrito ou proibido.⁸⁵ Permanece incólume a observação a respeito da aplicabilidade, sem dupla apenação pelo mesmo fato, da majorante do crime de “Perseguição”, devido ao “emprego” da arma.

Não há falar em consunção dos crimes do Estatuto do Desarmamento pelo crime de “Perseguição”, tendo em vista a tutela de bens jurídicos diversos pelos tipos penais em concurso.⁸⁶

Descumprimento de medida protetiva de urgência da Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/06 prevê, em seu art. 24-A, o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência pelo praticante de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesses casos, havendo a medida protetiva e seguindo o infrator na prática da “Perseguição”, a melhor solução será o concurso formal impróprio de infrações (cúmulo material). Certamente o concurso se dará com o delito de “Perseguição” com aumento de pena devido à circunstância de violência contra a mulher, nos termos do art. 147-A, § 1º, II, CP. Não há também aqui “bis in idem”, tendo em vista a tutela de bens jurídicos diversos (liberdade individual da vítima e administração da justiça).⁸⁷

Lembram ainda Costa, Fontes e Hoffmann que pode haver descumprimento de medidas de proteção ao idoso (art. 45 da Lei nº 10.741/03) ou criança ou adolescente (art. 101 da Lei nº 8.069/90), caso em que não haverá possibilidade de aplicação do art. 24-A da Lei Maria da Penha, que é exclusivo para a violência

contra a mulher. Também não caberá o crime de desobediência (art. 330, CP), tendo em vista que já existe sanção processual para inibir o descumprimento, qual seja o decreto de Prisão Preventiva, nos termos do art. 313, III, CPP.⁸⁸

Acrescente-se que também no caso de descumprimento de cautelares protetivas ora previstas no art. 319, II e III, CPP, mesmo não se tratando de menores ou idosos, também caberá o decreto de preventiva, de acordo com o art. 312, Parágrafo Único c/c 282, § 4º, CPP, de modo que também não será possível a cumulação do crime de “Perseguição” com o crime de “Desobediência”.

Crime de sequestro e cárcere privado

Como já visto anteriormente, na “Perseguição” (art. 147-A, “caput”, CP) há mera “restrição” da liberdade de locomoção, enquanto no crime de “Sequestro e Cárcere Privado” (art. 148, CP) há “privação”. O segundo verbo pressupõe um ataque mais intenso ao bem jurídico.

Feita a distinção entre os delitos, há que considerar o caso em que haja a prática de perseguição por outros atos e em dado momento o “stalker” pratique o sequestro da vítima, passando, numa espécie de progressão criminosa, da “restrição” para a “privação” da liberdade de ir e vir. Nessas situações não parece haver outra solução senão o concurso material de infrações.

Crimes patrimoniais

Não é incomum que em casos de “Stalking” o infrator perpetre crimes patrimoniais contra o perseguido(a). A prática de crimes de dano (v.g. arremesso de pedras quebrando vidraças da casa da vítima, furar o pneu do carro, riscar a pintura etc.) é usual. Outro caso que inclusive já tive oportunidade de registrar trata-se de perseguição por motivos de atração sexual e subtração (furto) de roupas íntimas da vítima (calcinhas). Nesse caso concreto o indivíduo seguia a vítima constantemente sem nada dizer, mas a importunando indiretamente e depois invadiu seu quintal diversas vezes, subtraindo calcinhas de seu varal. Interrogado, informou que cheirava as peças íntimas em estado de excitação sexual e depois as vestia, raspava os pelos das pernas e nádegas, se olhava num espelho de costas com outro espelho à frente e se masturbava! Na época respondeu apenas pelos furtos continuados e pela contravenção penal de “Perturbação da Tranquilidade” (art. 65, LCP), então vigente e hoje revogada. Não havia ainda sido criado o crime de “Perseguição” (art. 147-A, CP) pela Lei nº 14.132/21.

Parece que os crimes patrimoniais devem ser imputados em concurso material ao infrator, tendo em vista a tutela de bens jurídicos diversos (liberdade individual e patrimônio).

Violação de correspondência, interceptação telefônica, e violação de domicílio

Embora o crime de “Perseguição” já proteja os bens jurídicos da intimidade e da vida privada, não parece que violações como as de correspondência

epistolar, telefônica e de domicílio possam ser absorvidas. Um aspecto é a perturbação causada pelo “stalker”, objeto por excelência do crime de “Perseguição”, outra são as violações especialmente incriminadas que não podem restar impunes, devendo haver concurso formal ou material conforme o caso concreto. Porém, pode haver pensamento que pugne pela consunção do crime maior pelo crime menor nesses casos, somente admitindo o concurso material em havendo atos de perseguição autônomos às violações, embora não pareça ser o mais certo.

Pichação

Uma das formas de importunar uma pessoa pode ser a realização de pichações em sua propriedade, com impropérios, ameaças ou mesmo símbolos ou manifestações de suposto afeto.


Não se vislumbra motivo para que não haja o concurso formal impróprio de infrações entre o art. 147-A, CP e o art. 65 da Lei nº 9.605/98, mesmo porque há novamente diversidade de bens jurídicos (liberdade individual e meio ambiente).

Crimes de perigo comum e individual

Não será impossível que em meio a uma conduta de “Perseguição” o infrator acabe praticando crimes como incêndio ou explosão. Novamente a solução somente pode ser o concurso formal impróprio, pois há bens jurídicos diversos em jogo, inobstante sejam os crimes de perigo comum subsidiários (liberdade individual e incolumidade pública). O mesmo se pode afirmar com relação a crimes de perigo individual como, por exemplo, perigo para a vida ou a saúde de outrem, perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave etc. Tendo em vista a alteridade de bens jurídicos, não parece que a subsidiariedade dos crimes de perigo seja suficiente para elidir sua aplicação. Malgrado isso, admite-se que pode surgir entendimento quanto ao afastamento dos crimes de perigo exatamente devido à sua característica subsidiária.

CONCLUSÃO

Foram abordados os principais temas referentes ao crime de “Perseguição”, criado pela Lei nº 14.132/21, mediante a inclusão do art. 147-A no Código Penal.

Havia realmente uma lacuna quanto a condutas de perseguição reiterada, a qual já era indicada pela doutrina e foi colmatada pelo legislador de forma razoável, embora com alguns traços de insuficiência protetiva. 

NOTAS

- 1 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. “Stalking” ou Assédio por Intrusão e violência contra a mulher. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/264233531/stalking-ou-asse-dio-por-intrusao-e-violencia-contra-a-mulher>, acesso em 05.06.2021.

- 2 JESUS, Damásio Evangelista de. Stalking. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>, acesso em 06.06.2021.
- 3 Op. Cit.
- 4 HIRIGOYEN, Marie – France. *A violência no casal*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, “passim”.
- 5 GILABERTE, Bruno. Crime de Perseguição (art. 147-A, CP). Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1182713240/crime-de-perseguiacao-art-147-a-cp>, acesso em 10.06.2021.
- 6 JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit.
- 7 HIRIGOYEN, Marie – France. Op. cit., p. 56-57.
- 8 MOLLAR, Rubén Martínez. Quebrantamiento de condena o medida. Disponível em <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4460-quebrantamiento-de-condena-o-medida/>, acesso em 05.06.2021.
- 9 BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos de Acumulação e Racionalidade da Intervenção Penal. *Boletim IBCCrim*. n. 208, mar., 2010, p. 3-5.
- 10 CALLEGARI, André. *Primeiras Linhas sobre o Delito de Stalking*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/andre-callegari-primeiras-linhas-delito-stalking>, acesso em 10.06.2021.
- 11 CALLEGARI, André Luis. *Stalking*. Disponível em callegariadvogados.com.br/www.instagram.com, acesso em 10.06.2021.
- 12 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O Stalking como Infração Penal no Ordenamento Pátrio. Disponível em <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-stalking-como-infracao-penal-no-ordenamento-patrio>, acesso em 10.06.2021. Vide também: BELARMINO JÚNIOR, Antonio, PEREIRA, Emanuela de Araújo. Stalking, uma nova lei e sua aplicação parcial! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mar-16/opinio-stalking-lei-aplicacao-parcial>, acesso em 10.06.2021.
- 13 GALVÃO, Fernando. *Teoria do Crime da Pessoa Jurídica*. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, p. 53-54.
- 14 Op. Cit., p. 11-12.
- 15 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Breve Estudo Crítico*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 13.
- 16 GALVÃO, Fernando, Op. cit., p. 64-66.
- 17 Também entendem não ser possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por “Perseguição”, ainda que o pretendesse o legislador ordinário, dada a restrição constitucional, Costa, Fontes e Hoffmann. Cf. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. ct.
- 18 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policia-stalking-crime-perseguiacao-ameacadora#:~:text=Consiste%20em%20forma%20de%20viol%C3%Aancia,%C3%A0%20integridade%20psicol%C3%B3gica%20e%20emocional.>, acesso em 05.06.2021.
- 19 MOREIRA, Rômulo de Andrade. Perseguição, o novo crime do art. 147-A, do Código Penal. Disponível em <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1188694462/perseguiacao-o-novo-crime-do-art-147-a-do-codigo-penal#:~:text=147%2DA%2C%20do%20C%C3%B3digo%20Penal,-8&text=O%20novo%20crime%20consiste%20em,esfera%20de%20liberdade%20ou%20privacidade.%E2%80%9D>, acesso em 05.06.2021.
- 20 Op. cit.
- 21 Op. cit.
- 22 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. cit.
- 23 GILABERTE, Bruno, Op. cit.
- 24 CALLEGARI, André. *Primeiras Linhas sobre o Delito de Stalking*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/andre-callegari-primeiras-linhas-delito-stalking>, acesso em 10.06.2021.
- 25 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 26 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. Cit. Gilaberte também chama a atenção para a inexistência de um prazo de atuação para os perseguidores e lembra que isso é algo que normalmente ocorre com os crimes habituais, os quais não são crimes a prazo ou a termo. GILABERTE, Bruno. Op. cit.

- 27 GILABERTE, Bruno, Op. cit.
- 28 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. Parece discordar desse entendimento Lessa, já que divide o crime em três linhas de conduta. Em suas palavras: “O crime, assim, tem três vertentes. A perseguição, reiterada, com ameaça à integridade física ou psicológica; a perseguição, reiterada, com o fim de restrição de capacidade de locomoção e, enfim, – note-se que a lei usa a expressão ‘ou’ – a perseguição, reiterada, com invasão ou perturbação de liberdade ou privacidade”. Cf. LESSA, Marcelo de Lima. Primeiras Impressões sobre o Novo Crime de Perseguição (Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021). Disponível em <https://jus.com.br/artigos/89565/primeiras-impressoes-sobre-o-novo-crime-de-perseguiçao-lei-n-14-132-de-31-de-março-de-2021>, acesso em 10.06.2021.
- 29 Cf. GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 481.
- 30 LESSA, Marcelo de Lima, Op. cit.
- 31 CALLEGARI, André, Op. cit.
- 32 MASSON, Cleber. *Direito Penal Parte Geral*. Volume 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 111.
- 33 Os exemplos são de Costa, Pontes e Hoffmann. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.
- 34 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 233.
- 35 MOREIRA, Rômulo de Andrade, Op. cit.
- 36 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 37 CALLEGARI, André, Op. cit.
- 38 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 429.
- 39 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017, p. 873-874.
- 40 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 126.
- 41 ILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas nas Escolas Bullying*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 21.
- 42 NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Violência (Bullying e Cyberbullying) – Modernidade e crise de sentido, ética e direitos humanos. In: ALKIMIN, Maria Aparecida (org.). *Bullying Visão Interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011, p. 65-66.
- 43 CALHAU, Lélío Braga. *Bullying: o que você precisa saber*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Rodapé, 2018, p. 98. No mesmo sentido, indicando a ilegalidade do “Bullying” sob os aspectos constitucional, civil e criminal, vide: ALKIMIN, Maria Aparecida. O Bullying e a Responsabilidade Jurídica. In: IDEM. *Bullying Visão Interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011, p. 111-145.
- 44 FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. 2. ed. Campinas: Russel, 2010, p. 57.
- 45 GILABERTE, Bruno, Op. cit. No mesmo sentido: LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. xcit.
- 46 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 163.
- 47 GILABERTE, Bruno, Op. Cit. Realmente é de concordar com o autor quanto à incoerência do legislador. Afinal, já que pretendia criar um crime de menor potencial, o que nos parece inadequado diante da gravidade da infração, então por que escolheu a pena de reclusão e não de detenção? Se o laxismo penal impera, então que impere ao menos de forma coerente.
- 48 COSTA, ADRIANO SOUSA, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit. No original: “Alguns meios de obtenção de prova não são cabíveis: interceptação telefônica (que exige pena de reclusão – art. 2º, III, da Lei 9.296/96)”.
- 49 Op. cit.
- 50 AÇÃO Penal em caso de lesão corporal contra mulher é incondicionada. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-04/acao-penal-lesao-corporal-mulher-incondicionada>, acesso em 11.06.2021.
- 51 CUNHA, Rogério Sanches. A ação penal na contravenção de vias de fato cometida contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/01/30/acao-penal-na-contravencao-de-vias-de-fato-cometida-contra-mul>

- her-no-ambito-domestico-e-familiar/ , acesso em 11.06.2021. Também o STF no HC 106.212/MS declarou expressamente que o art. 41 da Lei 11.340/2006 (que impede a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes cometidos contra a mulher em violência doméstica e familiar) atinge não somente os “crimes” em acepção restrita, mas também abrange as contravenções penais.
- 52 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 53 GILABERTE, Bruno, Op. Cit. No mesmo sentido, apontando o olvido legislativo, se manifestam Costa, Fontes e Hoffmann. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 54 GILABERTE, Bruno, Op. cit.
- 55 Cf. COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar de nome sem cirurgia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia> , acesso em 17.06.2021. A mesma orientação já é também adotada em decisões do STJ e do TSE.
- 56 ANDERS, Günther. L'uomo è antiquatto. Sulla distruzione dela vita nell'epoca dela terza rivoluzione industriale. Vol. II. Trad. M. A. Mori. Turim: Bollati Boringhieri, 2007, p. 135.
- 57 Op. cit., p. 156.
- 58 SERTILLANGES, A. D. *O Mito Moderno da Ciência*. Trad. Lucas de Oliveira Fófano. Campinas: Calvarie Editorial, 2020, p. 10.
- 59 DIP, Ricardo. Prefácio. In: MARTINS NETO, Felipe Nery “et al.” *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015, p. 9.
- 60 OLIVEIRA, Alexandre Semedo de, SERPENTINO, Daniel. Ideologia de Gênero – Da aversão à realidade ao totalitarismo estatal: uma breve abordagem juspolítica e jurisprudencial. In: MARTINS NETO, Felipe Nery “et al.” *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015, p. 109.
- 61 Op. cit., p. 109-110.
- 62 Cf. BOUGNOUX, Daniel. *Introdução às Ciências da Comunicação*. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2000, p. 206.
- 63 BRUNSCHVICG, Léon. *Le Progrès de la Conscience dans la Philosophie*. Tome I. 2. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1953, p. 148.
- 64 Cf. REID, Thomas. *Investigação sobre a mente humana segundo os princípios do senso comum*. Trad. Aline Ramos. São Paulo: Vida Nova, 2013, “passim”.
- 65 DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Os Demônios*. Obra Completa. Volume 3. Trad. Natália Nunes. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004, p. 1013.
- 66 PEARCEY, Nancy. *Verdade Absoluta*. Trad. Luis Aron. Rio de Janeiro: CEPAD, 2020, p. 348.
- 67 CHESTERTON, G.K. *Ortodoxia*. Trad. Altamiro Pisetta. 2ª. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2012, p. 61.
- 68 KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Trad. Luís Marcos Sander “et al”. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, P. 85.
- 69 DUHAMEL, Georges. Cécile Parmi Nous. Paris: Mercure de France, 1938, p. 291.
- 70 TORRES, João Camilo de Oliveira. *A Ideia Revolucionária no Brasil*. Brasília: Edições Câmara, 2018, p. 338.
- 71 Isso sem falar na chamada “Teoria do Domínio do Fato”. Cf. ROXIN, Claus. Autoría y dominio de hecho en derecho penal. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000, “passim”.
- 72 É deselembrar ainda o conteúdo da Súmula 500, STJ, esclarecendo ser o crime de corrupção de menores em destaque de natureza formal, prescindindo, portanto, da efetiva corrupção. “In verbis”: “A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.”
- 73 Armas próprias são aqueles instrumentos produzidos especificamente para fins de ataque e/ou defesa. Armas impróprias são aqueles instrumentos produzidos para outras finalidades, mas que, impropriamente, podem ser utilizados para ataque e/ou defesa. Adota também o sentido amplo de arma para configuração da majorante Bruno Gilaberte, aduzindo tratar-se de “qualquer instrumento dotado de potencialidade lesiva e que possa ser usado para ataque

- ou defesa”. GILBERTE, Bruno, Op. Cit. No mesmo sentido Lessa: “Note-se que a lei fala em emprego de arma, sem especificar o tipo. Assim, seja ela de fogo, menos letal (arma de descarga elétrica, espargidor etc.), branca (lâmina) ou até mesmo imprópria (tesoura etc., mas usada no contexto do delito), cremos que o aumento incide”. LESSA, Marcelo de Lima, Op. cit.
- 74 A Súmula 174, STJ estabelecia que a arma de brinquedo devesse ser equiparada a “arma” para ocasionar aumento de pena no crime de roubo. No entanto, por ferir o “Princípio da Legalidade”, foi objeto de severas críticas e acabou cancelada, de modo que atualmente se entende que a arma de brinquedo não deve ser equiparada ao termo “arma” quando o legislador o utiliza.
- 75 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 76 LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, Op. cit.
- 77 Neste sentido: COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit. E também: GILBERTE, Bruno, Op. cit.
- 78 Neste diapasão: MOREIRA, Rômulo de Andrade, Op. cit.
- 79 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 80 Sobre o “dolo direto de segundo grau” vide: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p 272.
- 81 Neste sentido: COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 82 CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Os crimes digitais e as Leis 12.735/2012 e 12.737/2012. *Boletim IBCCrim*. n. 244, mar., 2013, p. 9.
- 83 Nelson Hungria afirmava que a contravenção penal não é “senão crime de menor entidade, crime anão”. Cf. HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 39.
- 84 Cf. CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 102. “Disparo de Arma de Fogo X Porte ilegal de Arma de Fogo: Nesse caso, via de regra, não será possível o concurso de crimes, aplicando-se o princípio da consunção, pois a posse de arma de fogo (legal ou ilegal) é meio necessário para se efetivar o disparo. Consigne-se, todavia, que o crime prevaiente deve ser sempre o mais grave, o que pode variar de acordo com o tipo de arma ou munição (se de uso permitido ou restrito). Assim, em se tratando de arma de uso permitido, o crime do art. 14 será absorvido pelo do art. 15. Por outro lado, se a arma for de uso restrito, prevalecerá o crime do art. 16 em detrimento do disparo, vez que a pena deste último é mais branda”.
- 85 Op. cit., p. 102-103.
- 86 Seguem em parte nosso entendimento, quanto ao caso de armas de fogo legais, Costa, Fontes e Hoffmann. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit. No entanto, divergem afirmando que o concurso somente seria possível se o porte ilegal se desse em contextos distintos, no mais havendo consunção dos crimes do Estatuto do Desarmamento, tendo em vista sua condição de crime – meio e aplicando-se tão somente a causa de aumento de pena. Não nos parece a mais correta essa posição, tendo em vista os bens jurídicos diversos em pauta (liberdade individual e incolumidade pública e segurança pública), bem como o fato de que qualquer dos crimes do Estatuto do Desarmamento tem penas maiores do que o art. 147-A, CP, não sendo possível o raciocínio de sua absorção pelo crime menor (o maior absorve o menor e não o contrário).
- 87 Costa, Fontes e Hoffmann apresentam a mesma solução, apenas indicando que o concurso seria material. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit. Parece, entretanto, que o concurso é formal impróprio devido à duplicidade de desígnios com a prática de duas infrações num só ato.
- 88 Op. cit.

REFERÊNCIAS

AÇÃO Penal em caso de lesão corporal contra mulher é incondicionada. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-04/acao-penal-lesao-corporal-mulher-incondicionada>, acesso em 11.06.2021.

- ALKIMIN, Maria Aparecida. O Bullying e a Responsabilidade Jurídica. In: IDEM. *Bullying Visão Interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011.
- ANDERS, Günther. L'uomo è antiquatto. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale. Vol. II. Trad. M. A. Mori. Turim: Bollati Boringhieri, 2007.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos de Acumulação e Racionalidade da Intervenção Penal. *Boletim IBCCrim*. n. 208, p. 3-5, mar., 2010.
- BELARMINO JÚNIOR, Antonio, PEREIRA, Emanuela de Araújo. Stalking, uma nova lei e sua aplicação parcial! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mar-16/opiniao-stalking-lei-aplicacao-parcial>, acesso em 10.06.2021.
- BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOUGNOUX, Daniel. *Introdução às Ciências da Comunicação*. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2000, p. 206.
- BRUNSCHVICG, Léon. *Le Progrès de la Conscience dans la Philosophie*. Tome I. 2. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1953.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. "Stalking" ou Assédio por Intrusão e violência contra a mulher. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/264233531/stalking-ou-assedio-por-intrusao-e-violencia-contr-a-mulher>, acesso em 05.06.2021.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Breve Estudo Crítico*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.
- CALHAU, Lélío Braga. *Bullying: o que você precisa saber*. 4. ed. Belo Horizonte: Rodapé, 2018.
- CALLEGARI, André Luis. Stalking. Disponível em callegariadvogados.com.br/www.instagram.com, acesso em 10.06.2021.
- CALLEGARI, André. Primeiras Linhas sobre o Delito de Stalking. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/andre-callegari-primeiras-linhas-delito-stalking>, acesso em 10.06.2021.
- CHESTERTON, G.K. *Ortodoxia*. Trad. Altamiro Pisetta. 2. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2012.
- COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar de nome sem cirurgia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia>, acesso em 17.06.2021.
- COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policia-stalking-crime-perseguiacao-ameacadora#:~:text=Consiste%20em%20forma%20de%20viol%C3%Aancia,%C3%A0%20integridade%20psicol%C3%B3gica%20e%20emocional>, acesso em 05.06.2021.
- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Os crimes digitais e as Leis 12.735/2012 e 12.737/2012. *Boletim IBCCrim*. n. 244, p. 9-10, mar., 2013.
- CUNHA, Rogério Sanches. A ação penal na contravenção de vias de fato cometida contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/01/30/acao-penal-na-contravencao-de-vias-de-fato-cometida-contr-a-mulher-no-ambito-domestico-e-familiar/>, acesso em 11.06.2021.
- DIP, Ricardo. Prefácio. In: MARTINS NETO, Felipe Nery "et al." *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015.
- DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Os Demônios*. Obra Completa. Volume 3. Trad. Natália Nunes. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004.
- DUHAMEL, Georges. *Cécile Parmi Nous*. Paris: Mercure de France, 1938.
- FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. Assédio moral nas relações de trabalho. 2. ed. Campinas: RUSSEL, 2010.
- GALVÃO, Fernando. *Teoria do Crime da Pessoa Jurídica*. Belo Horizonte: D'Placido, 2020.

- GILABERTE, Bruno. Crime de Perseguição (art. 14-A, CP). Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1182713240/crime-de-perseguiacao-art-147-a-cp>, acesso em 10.06.2021.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- HIRIGOYEN, Marie – France. A violência no casal. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Stalking. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>, acesso em 06.06.2021.
- KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Trad. Luís Marcos Sander “et al”. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O Stalking como Infração Penal no Ordenamento Pátrio. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-stalking-como-infracao-penal-no-ordenamento-patrio>, acesso em 10.06.2021.
- LESSA, Marcelo de Lima. Primeiras Impressões sobre o Novo Crime de Perseguição (Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021). Disponível em <https://jus.com.br/artigos/89565/primeiras-impresoes-sobre-o-novo-crime-de-perseguiacao-lei-n-14-132-de-31-de-marco-de-2021>, acesso em 10.06.2021.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal Parte Geral*. Volume 1. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOLLAR, Rubén Martínez. Quebrantamiento de condena o medida. Disponível em <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4460-quebrantamiento-de-condena-o-medida/>, acesso em 05.06.2021.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. Perseguição, o novo crime do art. 147-A, do Código Penal. Disponível em <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1188694462/perseguiacao-o-novo-crime-do-art-147-a-do-codigo-penal#:~:text=147%2DA%2C%20do%20C%3%B3digo%20Penal,-8&text=O%20novo%20crime%20consiste%20em,esfera%20de%20liberdade%20ou%20privacidade.%E2%80%9D>, acesso em 05.06.2021.
- NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Violência (Bullying e Cyberbullying) – Modernidade e crise de sentido, ética e direitos humanos. In: ALKIMIN, Maria Aparecida (org.). *Bullying Visão Interdisciplinar*. Campinas: Alínea, 2011.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017.
- OLIVEIRA, Alexandre Semedo de, SERPENTINO, Daniel. Ideologia de Gênero – Da aversão à realidade ao totalitarismo estatal: uma breve abordagem juspolítica e jurisprudencial. In: MARTINS NETO, Felipe Nery “et al.” *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katchesis, 2015.
- PEARCEY, Nancy. *Verdade Absoluta*. Trad. Luis Aron. Rio de Janeiro: CEPAD, 2020.
- REID, Thomas. *Investigação sobre a mente humana segundo os princípios do senso comum*. Trad. Aline Ramos. São Paulo: Vida Nova, 2013.
- ROXIN, Claus. Autoría y dominio de hecho en derecho penal. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.
- SERTILLANGES, A. D. *O Mito Moderno da Ciência*. Trad. Lucas de Oliveira Fófano. Campinas: Calvarie Editorial, 2020.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas nas Escolas Bullying*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- TORRES, João Camilo de Oliveira. *A Ideia Revolucionária no Brasil*. Brasília: Edições Câmara, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.



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



Efeitos Jurídicos da modulação do STF na exclusão do ICMS para apurar PIS e Cofins

■ POR HALLEY HENARES NETO

“Após quatro anos, depois de muito “zigue zague” jurisprudencial acerca da discussão sobre tributo poder incidir sobre tributo (“efeito cascata”) e quais os limites em nosso ordenamento, o STF fechou o tema em 2017, contudo, outros dois foram propostos, em decorrência daquele julgamento, pela União Federal, em sede de embargos.”

Os efeitos jurídicos da decisão do Supremo Tribunal Federal que modulou o alcance da decisão sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Confins extrapolam o caso julgado em 13/05/2021. Numa primeira observação sobre os conceitos utilizados, o contexto nos quais foram aplicados, as referências citadas e a recorrente utilização de subterfúgios para fundamentar argumentos contra situações factuais, pode-se entender o *leitmotiv* para expressar preocupação dominante em equilibrar política e financeiramente mais uma disputa gerada pelo Estado.

O que deve ficar claro é que, ao contrário do discurso prevalecente, a decisão do STF não impôs perda de estimados 230 bilhões de reais ao Estado. A modulação determina critérios para a devolução do que foi arrecadado indevidamente. E, infelizmente, afeta o direito dos titulares de 50 mil ações judiciais propostas pelos contribuintes após a decisão de 2017, como proclamado pelo Min. Alexandre de Moraes.

Estas 50 mil empresas são de médio porte, que por falta de recursos, falta de estrutura de informação ou insegurança em ingressar antes de um pronunciamento do STF, aguardaram que a Suprema Corte sinalizasse o que fazer sobre esta disputa. E a decisão foi de que a forma de cálculo exigido pela Receita Federal estava errada, que, portanto, estava ocorrendo cobrança e arrecadação irregulares e, conforme expressa lei ordinária, as empresas têm o direito de requerer a devolução destas verbas.

Após quatro anos, depois de muito “zigue zague” jurisprudencial acerca da discussão sobre tributo poder incidir sobre tributo (“efeito cascata”) e quais os limites em nosso ordenamento, o STF fechou o tema em 2017, contudo, outros dois foram propostos, em decorrência daquele julgamento, pela União Federal, em sede de embargos: (i) a modulação de efeitos; (ii) o esclarecimento sobre qual o valor de ICMS deveria ser excluído da base do PIS e da Cofins, o valor líquido recolhido ou o valor bruto destacado na nota.

Sobre esses dois pontos, o STF decidiu, a partir do voto da relatora, Min. Carmen Lúcia, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devem ser modulados. Seguida pelos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Lewandowski, Fachin, Marco Aurélio e Rosa Weber (com divergência dos Ministros Gilmar Mendes, Kassio Nunes e Luis Roberto Barroso. (Ver detalhes no quadro abaixo)

PONTOS CHAVE

A decisão, a partir das manifestações dos ministros, contém aspectos centrais para a discussão sobre a cidadania tributária do país.

1. A relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (nulidade), a partir do julgamento em 2017 pelo STF, conforme proposto pela Min. Relatora Carmen Lúcia e acatado por maioria pela Corte Suprema, confere o direito aos contribuintes de excluir e restituir por integral o valor

do ICMS da base do PIS e da Cofins apenas a partir de março de 2017. Contudo, em relação ao passado, apenas os contribuintes que já possuíam ação ajuizada antes do julgamento de 2017 poderão exercer o direito à restituição ou compensação de valores pagos indevidamente antes dessa data (março de 2017 para trás, relativo a pagamentos efetuados cinco anos antes do respectivo ajuizamento).

Assim, por exemplo, uma empresa que tenha ingressado com ação judicial em março de 2018, somente terá um ano a restituir (até março de 2017), não podendo retroagir a março de 2013, como aquela que, tendo ingressado, por exemplo, em fevereiro de 2017, poderá retroagir até fevereiro de 2012.

2. Para a maioria dos ministros, todos os contribuintes podem se beneficiar do entendimento a partir do dia 15 de março de 2017, o que reduz o impacto da decisão para a União. Isso significa que os contribuintes podem se beneficiar da decisão desta data em diante.

3. Essa situação tem o seguinte contrassenso: retira o direito do contribuinte que não ingressou com ação judicial justamente porque não tinha estrutura e informação adequadas (advogados, consultores etc.) ou porque, mais cauteloso, aguardou um posicionamento final do STF para não correr riscos, mediante a plêiade de ações e temas tributários que pululam o cenário jurídico do país, de perda de ações, de incorrer em custos incertos, de ônus de sucumbência, dentre outros.

4. Com isso, o STF vai na contramão do CNJ e dos movimentos de diminuição de litígios que hoje sabidamente afogam o próprio Poder Judiciário, na medida em que todos os contribuintes terão que ficar propondo medidas judiciais para, no mínimo e por precaução, não perderam o direito de exercer o seu direito no futuro. A lógica é perversa à paz tributária e à boa-fé do contribuinte.

5. A modulação em favor da Fazenda em matéria tributária premia a irresponsabilidade do gestor público. Segundo o Ministro Fux, no julgamento em análise, o número expressivo de modulações gera estímulo a inconstitucionalidade “conveniente e útil”. Ou, nos dizeres mais agudos de Fachin, não se pode validar a “displícência” do gestor e “imputar aos contribuintes o ônus de arcar com valores que foram indevidamente arrecadados”. Contudo a Corte entendeu por bem modular, fundando-se ora em questões de interesse social excepcional, confundindo, interesse financeiro com interesse social ou público.

6. O fundamento jurídico invocado pela União não pode ser o interesse social, pois ele não se confunde com o interesse financeiro. Segundo Min. Fachin e Min. Rosa Weber, importante distinguir segurança financeira de segurança jurídica. O interesse social está atrelado “não à segurança orçamentária, mas à segurança jurídica, base do Estado Democrático de Direito”. Esse posicionamento deve ser mais bem examinado nas próximas modulações, já que elas são uma tendência doravante, mesmo que com cautelas na seara fiscal tributária.

7. Nessa linha, ainda, o Min. Marco Aurélio ressalta que a modulação amplia muito o poder do STF e que se há manicômio tributário ele se deve à voracidade do Estado e a insegurança jurídica que o STF deve reparar. Outros passos devem e precisam ser dados neste aspecto, pois o STF deve buscar sempre a segurança jurídica do contribuinte em primeiro lugar, sobretudo se ela for qualificada porque tem como causa contribuintes de menor porte, mudança de jurisprudência ou precedentes vinculantes em repetitivo.

8. Preocupou, embora sem prevalecer, a tese do Ministro Gilmar, que, citando o jurista português Casalta Nabais e o espanhol Eduardo García de Enterría, postulou a “impositividade de se modular”, ou seja, que o juiz responsável não declara inconstitucionalidade para não provocar o caos. Segundo ele, essa situação não se configuraria consequencialismo judicial porque faz parte da própria força normativa da Constituição coibir o caos. A modulação compõe o próprio sistema de Estado de Direito, na versão mais em prol da segurança jurídica do que da legalidade formal. Essa posição preocupa para futuras modulações, sobretudo porque não leva em conta que o modelo europeu de sociedade e produção de leis não passa pelo teste de exame de constitucionalidade constante como o nosso – e quando passa, geralmente não é maciçamente reprovado como o nosso. Outra realidade social e normativa, outro viés interpretativo.

9. Nesse cenário de “caos” (Min. Gilmar) e “manicômio” (Min. Marco Aurélio), o que foi bom?

a) Sem dúvida, o melhor ponto foi não apenas garantir o direito à restituição aos contribuintes que ajuizaram ação antes de 2017, a partir de cinco anos antes da propositura da referida ação judicial, mas, sobretudo, que se fixou ao menos um norte em matéria de modulação de efeitos na área tributária.

b) Todo os ministros voltaram ao passado para fazer uma retrospectiva da força da jurisprudência e como ela estava cristalizada, restando fixado o elo entre os seguintes aspectos: mudança de jurisprudência dominante – quebra de segurança jurídica – aplicação do art. 927, parágrafo 3º. do CPC – necessidade de modulação de efeitos.

c) Em outros dizeres, fixou-se que o pressuposto autorizador inarredável para a modulação é a segurança jurídica e que a quebra do fluxo jurisprudencial a afeta diretamente, sobretudo em casos de decisões em repetitivos ou repercussões gerais, que têm efeitos vinculantes.

d) Lembramos que a segurança jurídica em decisões de repetitivos deve ser ainda mais evidente, pois estes têm natureza de precedente vinculante decorrente de lei. A segurança jurídica decorrente de mudança jurisprudencial é segurança jurídica especial, pois não decorre apenas da lei, mas da interpretação técnica e reiterada dos tribunais sobre a lei.

10. Na decisão em análise, o Ministro Fachin se referiu à segurança jurídica como sinônimo da “proteção a confiança, calculabilidade e cognoscibilidade.


A Min. Rosa Weber, a seu turno, pontuou, em brilhante voto, sobre o “estado de estabilidade necessária para fundar a segurança jurídica”. Adiante traz conceitos importantes como o da “probabilidade de confiança justificada”. “Sempre esteve ao lado do contribuinte a probabilidade do direito alegado”, sustenta, citando, ainda, o conceito de zona de penumbra – de autoria do Prof. Luiz Guilherme Marinoni – aplicado ao campo das decisões do STJ ante o STF: “Ao decidir, o STJ agrega conteúdo à ordem jurídica vinculante, que deixa, assim, de constituir sinônimo de ordem legislada. Por consequência, a “decisão” da Corte passa a orientar a vida em sociedade e a regular os casos futuros. Se a Corte reconstrói o produto do legislativo para atribuir sentido ao direito, a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica apenas não serão violadas se o precedente instituído for respeitado pelos juízes e tribunais inferiores. De modo que a obrigação de respeito é tão somente consequência da função contemporânea da Corte” (genjuridico.com.br 15/4/19)

11. O pano de fundo foi a estabilidade jurisprudencial sobre o tema. O Min. Fux e a Min. Rosa Weber destacaram bem isso. “Organizou-se um quadro caótico que nos deparamos sobre a interpretações na própria seara judicial”, constatou o Min. Gilmar Mendes. O STF agora precisa manter isso para não mudar a jurisprudência sobre a fixação de critérios para modulação de efeitos da própria jurisprudência, e não cair, assim, numa “espiral hermenêutica” condutora ao “caos e ao manicômio” que hoje, reiteradas vezes, ele próprio sustentou que estava rechaçando.

11. Prevaleceu o entendimento, favorável ao contribuinte, de que a base de cálculo a ser excluída a título de ICMS é efetivamente o valor bruto destacado na nota e não o valor líquido (efetivamente pago).

12. A decisão, mesmo a partir de março de 2017, contudo, não tem efeito “erga omnes” (a norma abstrata não foi retirada do mundo jurídico, o que demandaria resolução do Senado Federal), lembrando que não se trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas sim de decisão em sede repercussão geral, com efeito vinculante para as demais instâncias do Poder Judiciário. Portanto, cada contribuinte deve buscar, se ainda não o fez, a sua respectiva medida judicial.

13. Atenção deve ser dada para o voto do Min. Fux, Presidente da Corte, que pontuou que a segurança jurídica é um “fator relevante de investimento no país” e deve servir o contribuinte particular, o capital estrangeiro e o nacional.

14. Assiste razão a ele, senão na modulação ou assertiva sobre a falta de força global em prol de vencer a pandemia, mas com certeza na situação de o Princípio da segurança jurídica ser um fator relevante de investimento no país e, complementando, de fomento da estabilidade das decisões judiciais na vida das pessoas. 



ARQUIVO PESSOAL

HALLEY HENARES NETO é Presidente da ABAT – Associação Brasileira de Advocacia Tributária.



Planeje antes de usar crédito

■ POR MÁRCIA DESSEN

ENDIVIDAR-SE É UTILIZAR DINHEIRO EMPRESTADO PARA COMPRAR AGORA E PAGAR MAIS TARDE

“Muitas pessoas têm conceitos equivocados sobre crédito e acabam se prejudicando em vez de usá-lo em benefício próprio.”

É praticamente impossível passarmos a vida toda sem dívidas. A maioria de nós não pode comprar à vista uma casa ou um carro, por exemplo. Entretanto, dívida não planejada provoca estragos em qualquer orçamento e pode elevar os gastos fixos a níveis insustentáveis.

Uma boa gestão de dívidas, utilizar o crédito de forma inteligente, contribui para melhorar o padrão de vida, solucionar emergências financeiras e manter o custo das operações de crédito em níveis razoáveis.

Entretanto, muitas pessoas têm conceitos equivocados sobre crédito e acabam se prejudicando em vez de usá-lo em benefício próprio. Vamos revisar conceitos e crenças.

O crédito nos permite dispor de dinheiro extra. Erra quem acredita que a afirmativa é verdadeira. Crédito não é dinheiro extra. O dinheiro

emprestado simplesmente nos permite gastar hoje o salário de amanhã, o que nos deixa com menos dinheiro para o futuro.

Com crédito podemos comprar bens que não poderíamos e melhorar nosso padrão de vida. Cuidado! Comprar algo que está fora do nosso alcance prejudica o orçamento e diminui nosso padrão de vida, seja qual for a forma de pagamento. Tudo o que compramos com crédito custa mais caro.

Em caso de necessidade, se faltar dinheiro para pagar coisas imprescindíveis, sempre poderemos utilizar empréstimos. Outra crença perigosa. A possibilidade de um banco ou outra instituição financeira lhe conceder crédito depende de suas informações pessoais e de seu histórico de crédito. Todas as entidades têm acesso ao nosso histórico de crédito, detalhes de empréstimos, atuais e anteriores, e se deixamos de pagar empréstimos e outras faturas.

Quem tem um histórico de crédito ruim não terá acesso a boas condições de crédito. É possível que os únicos dispostos a correr o risco sejam entidades duvidosas que cobram taxas e juros abusivos. Não são soluções recomendáveis, muitos perderam imóveis e bens por terem recorrido a alternativas extremas.


Uma instituição financeira sabe até que nível podemos nos endividar, sendo assim, se nos empresta mais dinheiro do que podemos pagar, assume a responsabilidade.

Errado, a responsabilidade principal é sempre nossa. Muitas vezes somos bombardeados com facilidades para comprar agora e pagar depois. É nossa responsabilidade saber quando convém utilizar crédito e quanto podemos pagar de juros e outros custos.

Se acontecer alguma coisa que nos impeça de quitar os empréstimos, sempre será possível renegociar as condições, trocar o tipo e o montante de juros e alongar os prazos de pagamento. Cuidado, não é bem assim.

Uma operação de crédito não é um jogo em que podemos entrar e sair segundo nos convenha. Quando parcelamos uma compra ou aceitamos um empréstimo, firmamos um contrato segundo o qual nos comprometemos formalmente a devolver todo o dinheiro, mais juros e outras despesas, nas condições especificadas. Em certas situações, é possível renegociar, entretanto, normalmente haverá sérias consequências se não cumprirmos o contratado.

Comprar a crédito é o mesmo que comprar à vista, adiando o desembolso do dinheiro. Não, não é a mesma coisa. Quando uma instituição financeira nos concede crédito, está prestando um serviço que não é de graça. Esse é um serviço pelo qual pagamos, além do custo original do produto. Dependendo da percentagem de juros e prazo de pagamento, o custo do crédito pode ser igual, ou superior, ao preço do produto que compramos.

Em outras palavras, compramos um produto e pagamos o dobro ou o triplo por ele. 



ARQUIVO PESSOAL

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



Princípios que Norteiam as Condutas Vedadas

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES

“Considerando que o Brasil é um dos países que mais cassam políticos no Mundo, bem como que, na média das últimas eleições, considerando desde 2012, cassa em torno de um prefeito a cada 8 dias, e que mesmo aplicando essas sanções os abusos continuam, é fundamental fortalecer medidas preventivas.”

Noberto Bobbio adverte há tempos sobre a necessidade do direito resguardar os abusos, os quais só serão tolhidos quando houver um regramento específico, sob pena de prevalecer o anarquismo ou o despotismo, assim¹:

Direito e poder são duas faces da mesma moeda. Uma sociedade bem organizada precisa das duas. Nos lugares onde o Direito é impotente, a sociedade corre o risco de se precipitar na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco oposto, do despotismo. O modelo ideal do encontro entre o Direito e poder é o Estado Democrático de Direito, isto é, o Estado no qual, através das leis fundamentais, não há poder, do mais alto ao mais baixo, que não esteja submetido a normas, que não seja regulado pelo Direito, e no qual, ao mesmo tempo, a legitimidade do sistema de normas derive, em última instância, do consenso ativo dos cidadãos.

A Justiça Eleitoral tem o dever de eliminar práticas que afetem a *pars conditio* ou promovam o abuso do poder econômico e político (art. 14, §9º, da Constituição Federal; art. 237 do Código Eleitoral; art. 19 da LC nº 64/90 e art. 22 da LC nº 64/90). Da mesma forma, é responsável pela regular fiscalização e prestação de contas dos partidos e candidatos (arts. 17 a 32, da Lei nº 9.504/97).

Manter o eleitor blindado contra as práticas ilegais no período eleitoral tem sido um desafio para o legislador e operadores do direito no Brasil. A cada eleição, repetem-se notícias que candidatos, partidos, coligações e agentes públicos praticaram atos de corrupção e de abuso de poder para conseguir o sucesso nas urnas. O mais grave dessa infeliz reincidência é que muitos desses abusos são cometidos com uso do Poder Público.

PARS CONDITIO

Um dos princípios que norteiam o Direito Eleitoral é a igualdade de condições aos candidatos, o que se convencionou nominar de “*pars conditio*”, cuja força normativa deriva do que dispõe o art. 5º, caput; o art. 14 da CF/88; os arts. 36-A, I e 73 da Lei nº 9.504/1997, entre outros.

Alberto Rollo assim define a necessidade de paridade de armas entre os candidatos²:

é a desejável condição de igualdade que deve existir entre diferentes candidatos postulantes ao mesmo cargo e originários de diferentes partidos.

José Jairo Gomes aprofunda o debate sobre o mesmo princípio³:

O princípio em tela adquire especial relevo nos domínios do Direito Eleitoral, já que rege diversas situações. Basta lembrar que os concorrentes a cargos políticos-eletivos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei – que têm em vista o resguardo de outros valores – e as naturais desigualdades que entre eles se verificam.

A igualdade almejada é resguardada por diversas normas proibitivas, seja na propaganda eleitoral, na desincompatibilização, nas condutas vedadas, quanto nas que tipificam diversas condutas abusivas. Nesse sentido leciona Pedro Henrique Távara Niess⁴:

Deseja o legislador que os candidatos concorram ao pleito eleitoral em igualdade de condições uns com os outros, pois, caso contrário, não se teria uma competição justa. Daí porque são estabelecidas regras rigorosas atinentes a doações para as campanhas, à propaganda eleitoral, ao afastamento de candidatos de cargos ou empregos públicos, ou de funções, mesmo privadas, como os daqueles que apresentam programas de rádio e televisão, ou nos quais são comentaristas, à participação de candidatos nas programações das emissoras radiofônicas e televisivas, assegurada idêntica oportunidade a todos eles.

DO CONTROLE DOS ABUSOS

Quando o legislador previu as figuras do abuso de poder político, econômico e dos meios de comunicação social, definiu-lhes procedimento próprio para apurar os referidos desvios e criou a severíssima pena da inelegibilidade para alguns casos. A finalidade da sanção é expurgar da dinâmica eleitoral condutas capazes de macular, concretamente, o princípio da igualdade de oportunidades entre os concorrentes e da lisura do processo eleitoral.

A cidadania, diz Jacinto Coutinho, reclama uma postura – uma tomada de posição – de todos⁵; mormente da Justiça Eleitoral, sendo preciso ser duro com o abuso do poder econômico e político, tal como dispõe o art. 237 da Lei nº 4.737/65 (CE).

Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

A respeito do Abuso do Poder Político Adriano Soares da Costa assevera⁶:

Abuso do Poder Político é o uso indevido de cargo ou função pública, com a finalidade de obter votos para determinado candidato. Sua gravidade consiste na utilização do múnus público para influenciar o eleitorado, com desvio de finalidade.

Note-se, oportunamente que, tendo algum investigado praticado conduta abusiva do Poder Político ou do Poder Econômico poderá sofrer a pena de inelegibilidade, pois é assim que determina nossa Legislação Eleitoral, conforme coaduna Fávila Ribeiro⁷:

O fato propulsor da inelegibilidade é o abuso do poder, para benefício próprio ou de terceiros, por ocupantes de cargos públicos, consoante apuração em devido processo legal, tornando-se por isso passível de inelegibilidade, (...)

Ora, ambas as hipóteses, como exigência da própria essência do abuso de poder, referem-se a causações econômicas ou políticas.

Em linhas gerais como a possibilidade de abusos são muitas, o legislador optou por positivar algumas condutas que pretendia reprimir, precipuamente aquelas ligadas ao uso da máquina pública, positivando-as na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS

Com a introdução do instituto da reeleição para os chefes do Poder Executivo pela Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997, que permite a reeleição mais uma vez ao mesmo cargo sem a necessidade de renunciarem, facilitou-se a prática dos atos de abuso de poder nas eleições com a utilização ilegal da máquina administrativa em benefício desses candidatos.

Para tentar frear a utilização indevida do Erário nas eleições, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, conhecida como “Lei das Eleições”, inovou ao trazer

o rol de condutas vedadas aos agentes públicos em período eleitoral (arts. 73 a 78). Essa lista surgiu, portanto, com o fim basilar de ser um freio, um antídoto contra os efeitos indevidos do instituto da reeleição e do uso do Poder Público durante o pleito. Da mesma forma, tais dispositivos também tutelam a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais.

Essas proibições, como já informado, da mesma forma, possuem o propósito de coibir abusos do poder de administração, por parte dos agentes públicos, em período de campanhas eleitorais, em benefício de determinados candidatos ou partidos, ou em prejuízo de outros. Assim, a lei procura manter a isonomia ou a paridade de armas entre os candidatos e partidos, evitando que qualquer agente público possa abusar de suas funções, com o propósito de trazer com isso algum benefício para o candidato ou para o partido de sua preferência.

Algumas das condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais elencadas no art. 73. da Lei nº 9504/97 serão aqui perfunctoriamente analisadas.

O inciso I, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, proíbe terminantemente “ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios, ressalvada a realização de convenção partidária”.

Trata-se de vedação genérica, não dependendo do tempo (aplica-se mesmo fora do ano eleitoral) e da esfera administrativa envolvida no pleito.

A única ressalva à realização de convenção partidária decorre do disposto no art. 8º, § 2º da Lei, de acordo com o qual, “para a realização das convenções de escolha de candidatos, os partidos políticos poderão usar gratuitamente prédios públicos, responsabilizando-se por danos causados com a realização do evento”.

De outro giro, tal vedação já resultava implícita do inciso II, do art. 24 da Lei nº 9.504/97, que proíbe a partidos e candidatos receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do poder público. Como o uso de bens móveis ou imóveis da administração pública em benefício de partido, coligação ou candidato certamente seria estimável em dinheiro, a proibição já estava implícita.

Portanto, nenhum bem, de qualquer natureza que seja, pertencente à administração pública direta ou indireta da União (governo federal), dos Estados, do Distrito Federal ou dos municípios, pode ser utilizado em benefício de qualquer candidato, partido político ou coligação.

O inciso II, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, proíbe o uso de materiais e serviços colocados a serviço de mandatários, para o desempenho de suas tarefas ou meios propagandísticos eleitorais. Não impedindo sua divulgação para caráter informativo do mandato, bem como aquelas ações previstas no art. 36-A da Lei nº 9.504/97.

O inc. III, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, proíbe aos agentes públicos em geral a cessão de servidores públicos ou empregados da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou o uso de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação.

O inciso IV, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, proíbe “fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público.”

Já o inciso V, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, se destina a coibir a contratação, nomeação, demissão sem justa causa, alterações de vantagens ou dificultar o exercício funcional nos três meses que antecedem o pleito, até a posse dos eleitos, cujas ressalvas são descritas nas alíneas.

O inciso VI, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, traz as vedações referentes às transferências financeiras de recursos, publicidade institucional e pronunciamentos em cadeia de rádio e televisão, nos três meses que antecedem o pleito.

O inciso VII, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, estabelece que a publicidade nos seis meses do ano eleitoral não pode exorbitar a média semestral dos três anos anteriores.

O inciso VIII, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, proíbe “fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo (...)”

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS

A regulamentação das matérias afetas à Administração Pública foi incluída dentro capítulo VII do título III da Constituição, destinado à organização do Estado. Assim, logo no primeiro dispositivo referente a esse capítulo (art. 37, *caput*), elencam-se princípios de observância obrigatória por parte da administração, entre eles: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

A legalidade encontra fundamento expresse no artigo 5º, II, da CF/88, prescrevendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Helly Lopes Meirelles exemplifica⁸:

(...)a legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (...)

A Administração Pública se confunde com o Estado propriamente dito, cuja função é regular as relações sociais, preservar a lei, efetivar a democracia, a Justiça; enfim, um conjunto de atividades que exige uma função social e possui como fim último promover o bem comum. Nesse sentido, a impessoalidade seria exatamente exigir que a Administração Pública se pautasse na defesa do interesse público, sem discriminações odiosas. Celso Antônio Bandeira de Mello assevera sobre a impessoalidade⁹:

A Administração Pública tem de tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas

não podem interferir na atual administrativa e muito menos interesses secundários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Segundo Hely Lopes Meirelles a moralidade seria “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”¹⁰. O art. 2º, IV, da Lei nº 9.784/99, colocou entre os deveres da Administração “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, o que pode ser um resumo da moralidade.

A publicidade, a qual também pode se desdobrar na exigência da transparência, uma vez que onde houver publicidade de todos os atos da administração haverá, da mesma forma, acesso à informação e conseqüentemente clareza das atividades administrativas realizadas.

O acesso à informação, a transparência e a publicidade são fundamentais para a prestação de contas à sociedade, consistindo em deveres da administração para com o cidadão. Considerando essas premissas e objetivando dotar da máxima efetividade esse direito foi aprovada a Lei nº 12.527/2011, também conhecida como lei da transparência, a qual trata do grau de publicidade a ser conferido aos documentos oficiais da administração, onde a publicidade é a regra e o sigilo é a exceção.

Já a eficiência está ligada à necessidade da administração se organizar gerencialmente objetivando alcançar os resultados almejados da maneira mais econômica, rápida e eficaz. Maria Zanella Di Pietro assevera¹¹:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Enfim, esses princípios norteiam a atuação da administração pública, cuja infração pode ensejar a invalidação do ato, sendo a ação popular (art. 5, LXXIII, da CF/88 e Lei nº 4.717/1965) e a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) alguns dos meios capazes de resguardar sua observância.

As condutas vedadas, embora descritas de forma literal, objetivam resguardar o cumprimento desses princípios, entre outros já descritos (*pars conditio* e controle dos abusos), tendo, portanto, como fundamento de validade resguardá-los. Não precisando de qualquer menção expressa, pois estão associados intrinsecamente.

DAS PUNIÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DAS CONDUTAS VEDADAS

O § 4º, do art. 73 da Lei nº 9.504/97, pune com a suspensão imediata da conduta vedada, qualquer violação às proibições contidas no mesmo artigo.

Além disso, os responsáveis pela realização da conduta proibida ficam sujeitos, ainda, à multa no valor de cinco mil a cem mil UFIRs. Por responsáveis devem ser entendidos, aqui, não apenas os agentes públicos que praticaram os

atos vedados pelo artigo, como também os partidos e especialmente os candidatos que com a violação se tenha almejado beneficiar.

Além da suspensão imediata do ato e do pagamento de multa, o § 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 acrescenta que, em se tratando de violação ao disposto nos incisos I, II, III, IV ou VI do caput do artigo, e sendo o violador candidato, ficará ele também sujeito à cassação do registro de sua candidatura ou do seu diploma, caso tenha obtido sucesso na eleição.

A realização por ele de alguma das condutas proibidas mencionadas naqueles incisos pode realmente caracterizar abuso do poder de autoridade, que, a seu turno, acarreta mesmo cassação de registro ou de diploma, nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990 – Lei das Inelegibilidades.

Outrossim, o § 6º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 determina a duplicação das multas a cada reincidência. Note-se que, reincidência significa aqui reiteração da conduta proibida, e não reincidência em seu sentido técnico-penal. Ademais, destaca-se, mesmo que a primeira violação ainda não tenha sido julgada, a multa pela prática da segunda já será dobrada.

Em outro ponto na norma verifica-se que, o § 7º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 caracteriza a violação às proibições contidas em seu caput como atos de improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Neste pensar, o § 7º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 enfatiza, em particular, a aplicação, aos infratores das proibições contidas nesse artigo, das punições previstas pelo inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, que incluem a suspensão dos direitos políticos do responsável por tais atos de improbidade administrativa e a perda da função pública que exerçam, além de multa civil.

Essas punições previstas naquela lei serão aplicáveis ao agente público faltoso, sem prejuízo da suspensão da conduta vedada e da aplicação da multa administrativo-eleitoral, prevista pelo § 4º do art. 73 da Lei Eleitoral.

O § 8º, do art. 73 da Lei 9504/97, aplica de forma solidária a responsabilidade dos agentes públicos, dos candidatos, estes muitas vezes agentes públicos também, e ainda dos partidos políticos e das coligações que foram beneficiadas com as condutas vedadas praticadas.

Nesse sentido, inclusive, se a violação tiver tido por escopo beneficiar uma coligação, por exemplo, os partidos dela integrantes poderão ser excluídos do rateio da parte do fundo composta com as multas previstas no § 4º do art. 73 da Lei Eleitoral.


Por fim, o art. 78 da Lei nº 9.504/97 também afirma, expressamente, que as punições previstas nos §§ 4º e 5º do art. 73 da mesma lei, serão aplicadas sem prejuízo de outras de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar, que as demais leis possam prever. A responsabilidade pela infração eleitoral será distinta, portanto, da responsabilidade penal, constitucional ou administrativa, pela mesma conduta.

CONCLUSÃO

Considerando que o Brasil é um dos países que mais cassam políticos no Mundo, bem como que, na média das últimas eleições, considerando desde 2012,

cassa em torno de um prefeito a cada 8 dias, e que mesmo aplicando essas sanções os abusos continuam, é fundamental fortalecer medidas preventivas¹²⁻¹³⁻¹⁴.

Apesar dos princípios e normas jurídicas destacadas no presente texto serem os grandes vetores para fundamentar as respectivas cassações seria interessante investir mais em medidas protetivas/preventivas.

Nesse sentido, relevante a disseminação das cartilhas explicativas sobre as condutas vedadas aos agentes públicos nos anos que ocorrem as eleições, assim como já ocorre na União. O mapeamento junto aos órgãos de controle do respectivo ente, aos Tribunais de Contas e Corregedorias, quais são as principais imputações a servidores públicos relacionadas às infrações eleitorais, como forma de entendimento e aperfeiçoamento da legislação também seria uma medida relevante. Além da necessidade dos órgãos de controle interno incorporarem entre suas atividades a aferição das atividades financeiras relacionadas às condutas vedadas (Ex: gasto com publicidade em ano eleitoral, gastos com programas sociais em ano eleitoral), o que ajudaria a inibir tais condutas. 

NOTAS

- 1 BOBBIO, Norberto. *O Tempo da Memória: De Senectute e Outros Escritos Autobiográficos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.
- 2 ROLLO, Alberto (Org.). *Princípios de Direito Eleitoral: Pars Conditio e segurança jurídica. Propaganda eleitoral: teoria e prática*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.
- 3 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 44/45.
- 4 NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2000, p. 197.
- 5 COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (Por Prefácios Seleccionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 128.
- 6 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2000. pág. 309.
- 7 RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 5. ed. 2000. pág. 297.
- 8 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87.
- 9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 115.
- 10 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.
- 11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 18. ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 84.
- 12 MARTINS, Rafael Moro. Brasil é o país que mais cassa mandatos de prefeitos, afirma advogado. Valor Econômico. Política. 14/06/2018. Disponível: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/06/14/brasil-e-o-pais-que-mais-cassa-mandatos-de-prefeitos-afirma-advogado.ghml>>. Acesso em: 07/05/2021.
- 13 SOARES, Jussara. Brasil tem um prefeito cassado por semana. Jornal O Globo. 01/10/2017. Disponível: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-um-prefeito-cassado-por-semana-21893239>>. Acesso em: 07/05/2021.
- 14 GOMES, Helton Simões; REIS, Thiago. Brasil tem 1 prefeito retirado do cargo a cada 8 dias pela Justiça Eleitoral. G1. Eleições 2016. 26/02/2016. Disponível: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/02/brasil-tem-1-prefeito-retirado-do-cargo-cada-8-dias-pela-justica-eleitoral.html>>. Acesso em: 07/05/2021.



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).

Nova lei de licitações.

A questão do alcance das penas de “impedimento de licitar e contratar” e “declaração de inidoneidade”

■ POR SERGIO DE CASTRO JUNIOR

“Caberá aos intérpretes conferir sentido adequado à prescrição legal sob análise, já que tão inadmissível quanto excluir Tribunais de Contas e Ministério Público do âmbito de abrangência da lei seria restringir os efeitos das sanções administrativas de impedimento e declaração de inidoneidade à esfera do Poder Executivo.”

Assunto dos mais falados atualmente no universo administrativista brasileiro, o ingresso da nova lei de licitações no ordenamento jurídico tem sido comparado ao que foi o Código Civil de 2002 para os civilistas, ou o Código de Processo Civil de 2015 para os processualistas.

Guardadas as devidas proporções, a renovação do estatuto licitatório nacional após quase 28 anos de vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, acarreta profundo impacto nas atividades da Administração Pública e dos que com ela se relacionam, demandando dos operadores empenho para decifrar o novo diploma em sua integralidade.

É bem verdade que, em grande parte, as soluções adotadas são herança do antigo regime, mas não há como negar a existência de consideráveis novidades dentre os 194 artigos que compõem o recente normativo, tais como: extinção de algumas modalidades licitatórias (“convite” e “tomada de preços”) e criação de outra (“diálogo competitivo”); inversão de fases como regra geral (julgamento antes da habilitação); adoção de novos critérios de julgamento (“maior desconto” e “maior retorno econômico”); regulamentação de procedimentos auxiliares (como é o caso do “credenciamento” e da “manifestação de interesse”); possibilidade de orçamento sigiloso; admissibilidade de adesão



a posteriori no sistema de registro de preços (“carona”); criação de um “Portal Nacional de Contratações Públicas” para divulgação obrigatória dos certames e contratos; dentre diversas outras inovações.

Um dos temas que, por sua relevância, merece destaque é o das sanções administrativas (artigos 155 a 163 do novo diploma). O assunto sob enfoque nesta oportunidade encontra-se disciplinado especificamente no art. 156, cujo teor assemelha-se ao do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, porém, com nuance bastante interessante: diferente da redação adotada na antiga norma, que estabelece, no caso de inexecução contratual, possibilidade de a Administração aplicar sanções ao contratado, a nova lei dispõe sobre quais penalidades serão impostas ao responsável.

Essa mudança se deve ao fato de que, na conformidade do novo regime, além do contratado, também o licitante poderá ser responsabilizado administrativamente, ampliando-se, com isso, o universo dos que se sujeitam às sanções administrativas, seja por práticas posteriores à assinatura do ajuste, seja ainda na fase da licitação, numa elogiável iniciativa que confere maior rigor ao procedimento já no momento da disputa.

As prescrições contidas nos §§ 2º a 5º do art. 156 também representam certo aprimoramento em relação à disciplina da Lei nº 8.666/1993, eis que buscam indicar qual a sanção cabível para cada uma das doze infrações agora expressamente previstas (art. 155, incisos I a XII).

A ausência de tal correlação configura falha grave no texto da Lei nº 8.666/1993, posto que, embora estabeleça sanções, o faz sem observância a preceito basilar do Direito Penal Constitucional, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inciso XXXIX, CF); *mutatis mutandis*, a norma só poderia fixar pena, ainda que administrativa, caso previsse especificamente a conduta que lhe é ensejadora, desacerto que o novo estatuto tencionou reparar, embora ainda remanesça considerável subjetividade na avaliação das condutas e consequente subsunção à norma legal em abstrato.

Referido cuidado na adequada correlação entre causa e consequência não se restringe ao campo teórico, mas traz relevantes implicações de ordem prática, pois tende a evitar que uma mesmíssima conduta possa ensejar penas absolutamente distintas, sobretudo quando aplicadas no âmbito de diferentes Administrações.

Essa falta de delimitação possibilitava, por exemplo, que um atraso na entrega do bem licitado ensejasse, numa dada Administração, advertência ou multa, enquanto noutra, impedimento, e, numa terceira, quiçá, declaração de inidoneidade. Tal desproporção na dosimetria da pena revelava ser a norma por demais aberta, acabando por relegar aos regulamentos infralegais demarcação que cabia ao legislador estabelecer, ocorrência que, com o novo diploma, espera-se ver diminuir.

Outra boa intenção que merece destaque foi a tentativa de solucionar antiga controvérsia doutrinária acerca do alcance das penas de impedimento e declaração de inidoneidade: agora, de forma expressa, a lei estabelece que a primeira está adstrita ao âmbito da “Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção”, ao passo que a segunda alcança a “Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos”.

Resta clara a intenção do legislador de, no caso de impedimento, restringir os efeitos da sanção ao universo do ente federativo do órgão sancionador. Desse modo, por exemplo, referida pena aplicada pela Secretaria de Estado da Saúde impossibilita que a empresa sancionada participe de licitação, ou seja, contratada por quaisquer outras Secretarias, autarquias e fundações daquele específico ente federativo.

O texto legal, entretanto, restringe a sanção à “Administração Pública direta e indireta”. Eis aqui aspecto merecedor de análise. Embora o novo diploma tenha sido pródigo em definições – seu art. 6º conta com nada menos que sessenta incisos –, restringe-se a conceituar “Administração” e Administração Pública”, repetindo o teor da Lei nº 8.666/1993 em artigo de mesmo número, nada mencionando, todavia, acerca de “Administração Pública direta e indireta”.

É sabido que, ao se levar em conta quem exerce a atividade administrativa, a expressão “administração direta” é largamente utilizada para se referir ao próprio ente da federação que executa um serviço público de forma centralizada (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), enquanto “administração indireta” quando referido serviço é prestado de forma descentralizada, por intermédio de pessoas jurídicas ao ente vinculadas (basicamente, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Não obstante essa conhecida subdivisão, o conceito de “administração direta” pode ser considerado aberto, sendo, para uns, o conjunto de órgãos de função administrativa de todos os Poderes, enquanto, para outros, somente do Poder Executivo. Nesse segundo sentido é o teor do art. 4º, I, do Decreto-Lei nº 200/1967:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

A questão que se coloca é que, em seu art. 1º, o novo estatuto licitatório dispõe:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as *Administrações Públicas diretas*, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I – *os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário* da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; [...]. (grifei)


Partindo da opção do próprio legislador, que apartou Legislativo e Judiciário no inciso I, de se presumir que foi adotado entendimento segundo o qual a Administração Pública “direta” estaria restrita aos órgãos do Poder Executivo, tal como delineado no citado Decreto-Lei nº 200/1967. Afinal, se assim não fosse, não haveria razão para mencionar, expressamente e em inciso próprio, os outros dois Poderes, levando à conclusão de que, para o legislador, não estão eles abarcados na expressão “Administrações Públicas diretas”¹ contida na cabeça do art. 1º, daí porque entendeu necessário consigná-los no inciso I.

Por essa mesma razão, Tribunais de Contas e Ministério Público, por exemplo, também não estariam abrangidos pelo *caput*, e, por se tratarem de órgãos de direta extração constitucional, não se inserindo na estrutura de qualquer dos

Poderes, igualmente não poderiam ser considerados albergados no inciso I, que se restringe aos Poderes Legislativo e Judiciário, restando, portanto, indesejável omissão em relação a essas instituições que, à evidência, também licitam².

Assim, a teor do art. 1º, *caput* e inciso I, chegar-se-ia à impraticável conclusão de que os efeitos da sanção de impedimento de licitar e contratar, prevista no art. 156, III, não se estendem a órgãos não pertencentes ao Poder Executivo, ainda que do mesmo ente federativo. Desse modo, na situação hipotética antes mencionada, a pena de impedimento aplicada pela Secretaria de Estado da Saúde não obstaría que a empresa sancionada participasse de licitação ou fosse contratada por órgãos do Poder Judiciário, Poder Legislativo, Tribunal de Contas ou Ministério Público, ainda que do mesmo Estado.

Tal restrição causa ainda mais estranheza no que concerne à declaração de inidoneidade. Não obstante a cristalina intenção do legislador de estender seus efeitos a todos os órgãos, de todos os entes federativos, conferindo-lhe, portanto, abrangência geral e nacional, o § 5º do art. 156 também utiliza a expressão “no âmbito da Administração Pública direta e indireta”, o que, pelas mesmas razões, significa que, também neste caso, a redação adotada não estaria a estender os efeitos da pena para órgãos que não compõem o Executivo, tornando o dispositivo bastante inconsistente, afinal, não se pode ser inidôneo perante um órgão ou Poder e não sê-lo perante outros.

É, portanto, bastante discutível se a nova redação logrou êxito em aprimorar o texto anterior. De qualquer modo, a despeito do que acabou constando na norma e criando essa ao menos aparente reserva – que, aliás, não existe na Lei nº 8.666/1993³ – tudo leva a crer que, ante a inconcebível restrição de efeitos aludida, caberá aos intérpretes conferir sentido adequado à prescrição legal sob análise, já que tão inadmissível quanto excluir Tribunais de Contas e Ministério Público do âmbito de abrangência da lei seria restringir os efeitos das sanções administrativas de impedimento e declaração de inidoneidade à esfera do Poder Executivo. 

NOTAS

- 1 Observa-se certa imprecisão na utilização das expressões “Administração” e “Administração Pública” pelo legislador, que, em diferentes passagens, deixa de observar as definições que ele mesmo adota no art. 6º, III e IV, segundo as quais, por exemplo, não haveria espaço para “Administrações Públicas”, no plural.
- 2 A confirmar tal omissão, o art. 156, § 6º, II, ao indicar as autoridades competentes para aplicação da declaração de inidoneidade, diferentemente do art. 1º, menciona, ao lado dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública (silente o dispositivo, todavia, no que toca aos Tribunais de Contas).
- 3 A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 87, incisos III e IV, distingue a abrangência dos efeitos das penas de impedimento e de declaração de inidoneidade tão somente no âmbito da “Administração” e da “Administração Pública”, respectivamente, sem utilizar a expressão “Administração Pública direta e indireta”; em seu art. 117, por seu turno, expressamente estabelece que os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas suas normas, no que couber, nas três esferas administrativas, silenciando, todavia, acerca do Ministério Público.



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



COAF e a nova resolução sobre PLDFTP

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ E CLÁUDIO FELIPPE CRUZ E CREUZ

“Criar um efetivo ambiente organizado de *compliance* com o envolvimento de toda a organização e criar uma estrutura coerente com o tamanho de suas operações evita que ela seja alvo de crime ou de sanções pelos órgãos reguladores.”

Questões Pontuais sobre a Portaria nº 36/2021 sobre adoção de políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa (“PLDFTP”)

Em março de 2021 foi publicada a Resolução nº 36, de 10 de março de 2021, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (“COAF”) (“Resolução 36/2021”)¹, disciplina a forma de adoção de políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa (“PLDFTP”), que permitam o atendimento ao disposto nos arts. 10, inciso III e 11 da Lei nº 9.613/1998 (“Lei de Lavagem de Dinheiro”), por aqueles que se sujeitam à supervisão do COAF.

O combate a este tipo de crime tem sua origem, no plano internacional, desde fins da década de 70 e início da de 80, inicialmente com o combate ao narcotráfico. Este crime busca legalizar o dinheiro obtido com a prática de atividades ilícitas das mais diversas formas, sendo o mecanismo conhecido como lavagem de dinheiro ou operações de branqueamento de capitais, na

denominação do FATF-GAFI (*Financial Action Task Force on Money Laundering*), um dos principais organismos internacionais no combate à lavagem de dinheiro, vinculado à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O Brasil fixou seu marco regulatório com a edição da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998² (“Lei de Lavagem de Dinheiro”), que trata de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na Lei e cria o COAF. Referida norma foi considerável e conceitualmente alterada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012³, que alterou inclusive a própria tipificação do ilícito, revogando toda a listagem taxativa de crimes que decorreriam a lavagem de dinheiro, passando o conceito ser amplo e decorrente de qualquer infração penal.

Segundo a Lei vigente, incorre no referido ilícito a pessoa, ou grupo de pessoas, que ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal⁴. Da mesma forma, também será responsabilizado quem utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, penalizando-se inclusive a tentativa⁵.

Vale destacar, segundo Marcelo Mendroni, que o agente criminoso – sujeito ativo do ilícito pode ser qualquer pessoa que realize quaisquer das condutas previstas no artigo 1º, destacando que “há vezes em que quem pratica o crime é o mesmo autor do crime precedente, processando, ele mesmo, os ganhos ilícitos. Trata-se de crime dependente da configuração do anterior, mas autônomo, com condutas e punição distintas e previstas. Pode, por outro lado, ser autor dos delitos de lavagem de dinheiro outra pessoa, que não aquela que praticou o crime antecedente, como na hipótese de quem, conhecendo a procedência ilícita do dinheiro (dolo direto), ou desconfiando e devendo suspeitas por qualquer razão (dolo indireto), mas assumindo o risco, promova, em nome daquele, o processamento dos ativos, passando-o por alguma ou por todas as fases que integram os estágios da lavagem – colocação, ocultação e integração.”⁶

A Resolução 36/2021 entrou em vigor no dia 1º de junho de 2021.

A novel regulação determina que todas as entidades supervisionadas pelo COAF devem implementar e manter uma Política de PLD/FTP, que deve ser formulada com o objetivo de assegurar minimamente o cumprimento dos deveres estabelecidos na norma, de modo compatível com o porte, volume de operações, e proporcional aos riscos inerentes às suas atividades. Toda a estrutura de governança deverá ser devidamente documentada e deve ficar à disposição do COAF pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Estruturalmente, a Resolução 36/2021 inicia definindo distintos aspectos relacionados à forma e ao conteúdo mínimo das políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa, a chamada Política de PLD/FTP, que todos os citados supervisionados devem adotar, bem como também trata de outras questões correlatas.

Importa pontuar que as entidades reguladas (supervisionados) são divididas por setores de atuação, sendo que muitos tem seu(s) próprio(s) órgão(s)

regulador(es), como bancos (BACEN), corretoras e distribuidores de valores mobiliários (CVM), seguros (SUSEP). Outras entidades, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, são reguladas diretamente pelo COAF, como é o caso de setores que trabalham com: a) bens de luxo ou de alto valor, b) cartões de crédito ou de credenciamento, c) *factoring* e securitização de ativos, títulos ou recebíveis mobiliários, d) comercialização de jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades e) direitos de transferência de atletas e artistas, g) remessas alternativas de recursos e h) serviços de assessoria, consultoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, exceto contadores, economistas e corretores imobiliários, que são pessoas já submetidas à regulação de órgão regulador próprio.

Desta feita, segundo o art. 1º da Resolução 36/2021⁷, a norma disciplina a forma como aqueles que se sujeitem à supervisão do COAF, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei de Lavagem de Dinheiro⁸, devem adotar, no cumprimento do dever estabelecido no seu art. 10, III⁹, políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa – PLD/FTP que lhes permitam atender ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei.

A art. 9º da Lei nº 9.613/98 determina que se sujeitam às obrigações referidas nos arts. 10 (Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros) e 11 (Da Comunicação de Operações Financeiras) da norma, dentre outras situações, as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, quaisquer das atividades referidas nos inúmeros e detalhados incisos artigo¹⁰.

Segundo o art. 10 da Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, as pessoas referidas são obrigadas à identificação dos clientes e manutenção de cadastro e registros apurados, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes. Devem, ainda, manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas e devem atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo COAF. Os cadastros e registros devem ser conservados durante o período mínimo de 05 (cinco) anos a partir da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente. Vale destacar, também, que o registro deve ser efetuado quando a pessoa física ou jurídica, e seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente¹¹. E exatamente neste relacionado artigo temos a obrigação de adoção de políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto no artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes, especialmente no caso em tela, a *Política de PLD/FTP* determinada pela Resolução 36/2021.

Já o art. 11 da mesma Lei¹² trata das comunicações de operações financeiras. Segundo a norma, as pessoas supra indicadas devem dispensar especial

atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se, devendo comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, às autoridades competentes: a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do art. 10; e b) das operações referidas no referido inciso I. Devem, ainda, comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao COAF, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos Lei. No caso transferências internacionais e os saques em espécie, estes deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil.

Vale lembrar, sempre, que a Lei determina que as comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

Especificamente no tocante à Política de PLD/FTP, determinada e exigida pela Resolução 36/2021, o art. 2º regulamenta o conteúdo mínimo da mesma, cujo objetivo é assegurar o cumprimento dos seus deveres PLD/FTP, devendo ser devidamente documentada e mantida constantemente atualizada e aprovada.

Deverá a *Política de PLD/FTP* contemplar, no mínimo, a) diretrizes para definição de papéis e responsabilidades em relação ao cumprimento dos deveres especificados nas normas do COAF, sem prejuízo da ampla responsabilização prevista na Lei de Lavagem de Dinheiro; b) definição de procedimentos voltados à avaliação prévia de novos produtos e serviços, bem como da utilização de novas tecnologias, no tocante a riscos de lavagem de dinheiro, de financiamento do terrorismo e de financiamento de armas de destruição em massa – LD/FTP; c) avaliação interna de riscos de LD/FTP; d) promoção de cultura organizacional de PLD/FTP, contemplando, inclusive, funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, levando em conta as atividades correspondentes; e) seleção e contratação de funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, tendo em vista os riscos de LD/FTP relacionados à correspondente atuação; f) contínua capacitação de funcionários sobre o tema da PLD/FTP; g) implementação de procedimentos de: (i) coleta, verificação, validação e atualização de informações cadastrais, visando a conhecer clientes e outros sujeitos relevantes no contexto de suas atividades; (ii) devido registro de operações, independentemente do modo como possam ser formalmente designadas no âmbito da entidade supervisionada; (iii) monitoramento, seleção e análise de operações e situações atípicas ou suspeitas e (iv) de encaminhamento de comunicações devidas ao Coaf¹³.

Deve haver necessário comprometimento formal da alta administração com a efetividade e a adequação da política, dos procedimentos e dos controles internos de PLD/FTP.

A norma determina que a Política de PLD/FTP deve ser amplamente divulgada aos funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem deve também ser divulgada e dado o conhecimento da mesma aos parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pela empresa supervisionada, sempre com utilização de linguagem clara e acessível, em nível de detalhamento compatível com os papéis que desempenhem e com a sensibilidade das informações.

Vale pontuar que é admitido que a empresa supervisionada que integre conglomerado ou grupo econômico, inclusive com controle situado no exterior, possa cumprir o dever mediante adoção de política única de PLD/FTP porventura observada no âmbito do conglomerado ou grupo, desde que essa política única contemple o conteúdo mínimo supra indicado¹⁴.

Segue a Resolução 36/2021 dispondo sobre a estrutura de governança da *Política de PLD/FTP* de que os supervisionados devem possuir para assegurar o cumprimento da mesma¹⁵. Neste sentido, todas as entidades legais supervisionadas devem dispor de estrutura de governança, compatível com seu porte e volume de operações e proporcional aos riscos de LD/FTP relacionados às suas atividades, visando assegurar o cumprimento da política, bem como dos correlatos procedimentos e controles internos. Não obstante, independentemente do modo como se estabeleça a estrutura de governança prevista no caput, os administradores, em todo caso, não se eximem da sua responsabilidade.

Passa a Resolução 36/2021 a tratar dos procedimentos e dos controles internos de PLD/FTP, sobre a avaliação interna de risco pela qual hão de pautar-se as entidades supervisionadas, com o objetivo de identificar e mensurar tais riscos¹⁶. E em tais atividades, a avaliação interna deve considerar, no mínimo, os perfis de risco a) dos clientes; b) do próprio supervisionado, levando em conta seus modelos de negócio e áreas de atuação, inclusive geográficas; c) das operações, independentemente do modo como possam ser formalmente designadas no âmbito da entidade supervisionada, levando em conta suas características, notadamente no que se refere a forma e meio de pagamento, bens, valores, ativos, produtos ou serviços envolvidos e instrumentos, tecnologias ou canais utilizados em sua realização; e d) dos funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como dos parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, levando em conta as atividades correspondentes.

Os riscos identificados devem ser avaliados quanto à sua probabilidade de ocorrência e quanto à magnitude dos impactos a eles associados, devendo ser definidas categorias de risco que possibilitem a adoção de procedimentos e controles reforçados, para as situações de maior risco, e simplificados, para as de menor risco. Quando possível e/ou disponíveis, devem ser utilizadas como subsídio para a avaliação interna de risco eventuais avaliações correlatas realizadas pelo Poder Público.

A Resolução 36/2021 determina que a avaliação interna de risco deve ser: a) devidamente documentada e aprovada, no âmbito de pessoa jurídica supervisionada, por pelo menos um administrador formalmente designado; b) divulgada aos funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores

de um modo geral, mediante linguagem clara e acessível, em nível de detalhamento compatível com as funções que desempenhem e com a sensibilidade das informações e c) revisada no mínimo a cada 2 (dois) anos, ou quando ocorrer alteração significativa em perfil de risco.

O Capítulo V da Resolução 36/2021 trata de procedimentos necessários à observância dos princípios consagrados na legislação nacional e internacional no sentido de que se conheça seu cliente (conhecidos por *know your customer* ou *know your cliente* – KYC)¹⁷. Devem os supervisionados implementar e manter, de modo compatível com seu porte e volume de operações, procedimentos destinados a conhecer seus clientes que assegurem devida diligência na sua identificação, qualificação e classificação quanto ao risco, e devem abranger a verificação e a validação da identidade do cliente, inclusive no contexto de operações não presenciais.

Inclusive, é vedado, para efeito de cumprimento das regras de KYC, iniciar relação negocial sem a prévia adoção dos procedimentos de identificação e qualificação nele previstos¹⁸.

Segundo a norma, tais procedimentos devem considerar: a) os perfis de risco do cliente e da operação a ele associada, contemplando medidas reforçadas para hipóteses que envolvam maior risco; b) a política de PLD/FTP e c) a avaliação interna de risco. Tais procedimentos devem ser formalizados em manual específico, mantidos regularmente atualizados e aprovados, no âmbito de pessoa jurídica supervisionada, por pelo menos um administrador formalmente designado.

Especificamente, os procedimentos de qualificação de clientes devem abranger providências voltadas a: a) avaliação da compatibilidade entre a capacidade econômico-financeira do cliente e a operação a ele associada; b) verificação da condição do cliente como pessoa exposta politicamente, nos termos da regulamentação estabelecida pelo Coaf a respeito e c) obtenção das informações destinadas ao conhecimento de clientes necessárias à composição dos conjuntos mínimos de dados cadastrais especificados em normas do Coaf aplicáveis ao segmento em que o supervisionado atue. Por outro lado, os procedimentos de classificação quanto ao risco devem considerar as categorias de risco definidas na avaliação interna de risco e contemplar as informações obtidas nos procedimentos de qualificação do cliente.

A Resolução 36/2021 estabelece que tais procedimentos devem ser estendidos, de modo proporcional aos perfis de risco envolvidos, para administradores e sócios, sempre que se tratar de clientes pessoas jurídicas (qualquer que seja seu tipo societário), abrangendo ainda representantes, procuradores ou prepostos que se envolvam no contexto de operação associada ao cliente. Para o caso de pessoas jurídicas sob a forma de companhia aberta ou cooperativa, os procedimentos de KYC podem ser dispensados em relação a sócios, salvo quanto àquele(s) que deva(m) ser identificado(s) como beneficiário(s) final(is)¹⁹.

E neste sentido, na esteira de recentes normas internacionais e fiscais/tributárias internas, a norma determina que nos procedimentos de qualificação de cliente pessoa jurídica devem ser incluídas diligências visando a identificação de beneficiário(s) final(is), condição em que se enquadra(m) a(s)

pessoa(s) física(s) que detenha(m), em última análise, o controle sobre a pessoa jurídica ou que detenha(m) poder determinante para a induzir, influenciar e utilizar ou para dela se beneficiar, independentemente de condições formais como as de controlador, administrador, dirigente, representante, procurador ou preposto. Também é considerado beneficiário final de pessoa jurídica o seu representante, inclusive na condição de procurador ou preposto, que sobre ela detenha comando de fato²⁰.

Na sequência, a norma também trata de procedimentos destinados a conhecer seus funcionários, prestadores de serviço terceirizados ou enquadrado como qualquer outro tipo de colaborador (conhecidos por *know your employee* – KYE), além de práticas para investigação de parceiros em qualquer modelo de negócio (conhecidos por *know your partner* – KYP)²¹. Segundo a norma, as entidades supervisionadas devem implementar e manter procedimentos destinados a conhecer tais pessoas, com o objetivo de assegurar devida diligência na sua identificação, qualificação e classificação quanto ao risco, nos mesmos moldes dos procedimentos indicados para as práticas de KYC.

Devem ser mantidas atualizadas todas as informações relativas aos seus funcionários, prestadores de serviços terceirizados, colaboradores de um modo geral e parceiros relevantes em modelos de negócio que adotem, notadamente em relação a eventuais alterações que impliquem mudança no tocante a sua classificação quanto ao risco.

Cabe indicar, ainda, uma grande inovação trazida pelo normativo. É prevista na Resolução 36/2021 a possibilidade de dispensa da aplicação das disposições e regras estabelecidas, caso a entidade supervisionada se enquadre em categoria(s) de menor porte e volume de operações, sempre a critério do COAF, e desde que, mediante justificativa circunstanciada, o supervisionado conclua que se encontra alcançado por esse enquadramento e que sua avaliação interna de risco evidência serem baixos os riscos de LD/FTP em relação às suas atividades²². A avaliação interna de risco referida deve ser atualizada no mínimo a cada 2 (dois) anos, ou quando ocorrer alteração significativa em perfil de risco correlato.

A justificativa circunstanciada deve ser documentada e aprovada, no âmbito de pessoa jurídica supervisionada, pelos seus administradores, devendo a entidade supervisionada comprovar documentalmente, quando requisitado, as condições exigidas para a dispensa. Por meio de ato próprio, pessoal e vinculado, cabe ao Presidente do COAF estabelecer parâmetros para que se admita a referida dispensa, inclusive com a fixação de critérios para o enquadramento em categoria(s) de menor porte e volume de operações.

Vale destacar que a conclusão do supervisionado mediante justificativa circunstanciada não elide a possibilidade de sua responsabilização por descumprimento dos deveres de que trata a Resolução, sempre mediante processo administrativo sancionador em que se assegure às partes interessadas a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, caso se verifique a inconsistência da mencionada conclusão.

Encaminhando ao fechamento, podemos indicar de forma sintética, que as principais orientações que a nova regulação instituída pela Resolução 36/2021

traz, e que devem ser seguidas irrestrita e diligentemente por todas estas entidades reguladas dizem respeito à:

a) adotar e definir políticas, procedimentos e controles internos, levando em conta a avaliação prévia de novos produtos e/ou serviços, bem como avaliar o impacto da utilização de novas tecnologias que impactem esses produtos/serviços no que diz respeito aos assuntos de LD/FTP.

b) avaliar os riscos de LD/FTP a que a entidade possa estar exposta. Sendo que deve-se levar em conta uma avaliação sobre o próprio negócio e as operações de seus clientes.

c) promover uma cultura organizacional de PLD/FTP. Seja por meio de divulgação de políticas, treinamentos, comunicados internos e ações entre seus funcionários.

d) definir procedimentos internos e avaliação dos riscos de LD/FTP para a contratação, e desde sua seleção, para seus funcionários, prestadores de serviços terceirizados, colaboradores e parceiros.

e) capacitar e treinar seus funcionários de forma contínua, por meio de treinamento, palestras e ações sobre o tema da PLD/FTP.

f) monitorar e analisar as operações de seus clientes que possam indicar ou serem consideradas suspeitas ou atípicas. O monitoramento, muitas vezes envolve não somente a área responsável por PLD/FTP, mas integra outras áreas da organização como por exemplo: departamentos de controladoria, contabilidade, produção e estoque.

Lembramos que qualquer projeto desta natureza deve necessariamente começar pelo envolvimento da alta administração. Todas as políticas, devem ser aprovadas pela diretoria, com nomeação de um diretor responsável pela área de *compliance* ou PLD/FTP.

A integração com outras áreas da empresa torna todos estes procedimentos acima mencionados e estabelecidos na regulação viáveis. Contudo, reforçamos e fortemente reafirmamos que nada adiantará se não há real e efetivo envolvimento, suporte e comprometimento da alta diretoria, assim como os mais diversos e dispersos postos decisórios de toda a organização.

Um sólido projeto de estruturação de uma área de *compliance* independente e atuante deve como norte a preservação da empresa, e de sua visão de futuro, o que certamente não somente pode garantir como pode colaborar para agregar real valor ao negócio. Queremos dizer com isso que uma área de *compliance* efetiva pode certamente contribuir com melhorias no *valuation* da companhia.

Nesse sentido, destacamos que um programa de *compliance* não é um processo rápido ou simples de se implementar, mas certamente permitirá verificar benefícios como (dentre outros):

- a) redução de gastos a médio e longo prazo;
- b) prevenção de fraudes – reduzindo prejuízos e aumentando valor da companhia;
- c) transmissão de crenças e valores da instituição para seus stakeholders;
- d) aumento da qualidade do trabalho de seus colaboradores;
- e) mitigação de riscos;

- f) aumento da credibilidade da instituição perante clientes;
- g) aprimoramento da governança corporativa.

Ressaltamos alguns pontos e tópicos relevantes e importantes que devem ser seriamente levados em conta para se montar uma estrutura de *compliance*:

1 – Necessário envolvimento da diretoria (alta e baixa) e os gestores nos processos, ou seja, educar pelo exemplo, sem isso não há engajamento da organização. Se os executivos entenderem os processos de *compliance* como algo positivo, gerador de valor e reforçar a cultura, o restante da organização seguirá os passos;

2 – Aprimoramento de processos e controles que estão em vigor. Ao invés de criar novos processos e controles, busque olhar os processos e controles atuais. Eles serão um bom ponto de partida e mostrará o caminho a seguir (inclusive para mostrar se eram ou estavam falhos e eventuais pontos positivos existentes). Depois comece a preencher as lacunas gradativamente;

3 – Evite muitos processos. Processos e controles lógicos que trarão vantagens, mas evite a sobrecarga. Isso poderá afetar o cronograma de implementação. Analise quais deverão ser implementados primeiramente e que trarão um impacto positivo para a organização. Criando uma base sólida, permitindo que a equipe aprenda e possa implementar com sucesso os processos futuros;

4 – Determine quais indicadores de desempenho devem ser implementados para monitorar a implementação. De nada adiantará todo o trabalho de implementação se não puder mensurar os resultados. É por meio deles que será possível saber quais estratégias funcionam e as que precisam ser repensadas e reformuladas. Garantir a correta identificação dos riscos e a forma de mitigá-los é o resultado que deve ser almejado e mostrará que os indicadores de desempenho estão funcionando corretamente;


5 – Seja transparente. Sempre! Para que todos os processos e controles funcionem bem, é crucial que todos os funcionários e colaboradores saibam quais são as regras da instituição que devem seguir. Evitando assim interpretações equivocadas e riscos possíveis. Criar relatórios periódicos mostram os resultados dos processos e permite uma melhor avaliação e eventuais mudanças dos riscos a que a instituição esteja exposta. Além disso, é possível avaliar a evolução da implementação e reforça a importância destes processos e controles;

6 – Use a tecnologia ao seu favor. Tendo os processos e controle no lugar, pense como *softwares* de gestão e de automação das atividades de *compliance* podem facilitar e agilizar as atividades da área, deixando os processos pesados para ele (sistema) e reduzindo burocracias. Controles, e não burocracias sem sentido, devem ser o Norte.

Muito da nova regulação não só diz respeito a estes procedimentos, mas se trata de criar um efetivo ambiente organizado de *compliance* com o envolvimento de toda a organização e criar uma estrutura coerente com o tamanho de suas operações para evitar que ela seja alvo de crime ou de sanções pelos órgãos reguladores.

Importante destacar, encaminhando-nos ao final, que em caso de faltas ou infrações, descumprimento integral ou parcial de uma ou mais disposições da Resolução 36/2021, estarão os supervisionados, bem como, em se tratando

de pessoas jurídicas, seus administradores, sujeitos à aplicação pelo COAF, cumulativamente ou não, das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998²³, por meio do competente processo administrativo sancionador. São sanções que vão desde advertência, multa pecuniária variável que pode chegar ao dobro do valor da operação ou do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, até a inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador de pessoas jurídicas, dentre outras penalidades e condições agravantes²⁴.

Por fim, apontamos que as disposições da Resolução 36/2021 não revogam nem modificam normas anteriormente editadas pelo Coaf, destinando-se a complementá-las na disciplina da forma de cumprimento do dever estabelecido no art. 10, III, da Lei nº 9.613, de 1998 (art. 1º, parágrafo único). 

NOTAS

- 1 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. Disciplina a forma de adoção de políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa que permitam o atendimento ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, por aqueles que se sujeitem, nos termos do seu art. 14, § 1º, à supervisão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021
- 2 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm . Acesso em 16.jun.2021
- 3 Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm . Acesso em 16.jun.2021
- 4 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm . Acesso em 16.jun.2021
- 5 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. “§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa..” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm . Acesso em 16.jun.2021
- 6 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Lavagem de dinheiro*. IN Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/436/edicao-1/lavagem-de-dinheiro>. Acesso em 16.jun.2021
- 7 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “CAPÍTULO I – DO OBJETO E DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO – Art. 1º Esta Resolução disciplina a forma como aqueles que se sujeitem à supervisão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, devem adotar, no cumprimento do dever estabelecido no seu

art. 10, III, políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa – PLD/FTP que lhes permitam atender ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei. Parágrafo único. As disposições desta Resolução não revogam nem modificam normas anteriormente editadas pelo Coaf, destinando-se a complementá-las na disciplina da forma de cumprimento do dever estabelecido no art. 10, III, da Lei nº 9.613, de 1998.” Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021

- 8 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. “Art. 14. Fica criado, no âmbito do Ministério da Economia, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo das competências de outros órgãos e entidades. § 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12. § 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. § 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm . Acesso em 16.jun.2021
- 9 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. “*Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros – Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: (...) III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;*” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm . Acesso em 16.jun.2021
- 10 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. “DAS PESSOAS SUJEITAS AO MECANISMO DE CONTROLE – Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I – a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III – a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; II – as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; III – as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; IV – as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; V – as empresas de arrendamento mercantil (leasing), as empresas de fomento comercial (factoring) e as Empresas Simples de Crédito (ESC); VI – as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado; VII – as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; VIII – as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; IX – as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo; X – as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; XI – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades. XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermediem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII – as juntas comerciais e os registros públicos; XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; XV – pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; XVI – as empresas de transporte e guarda de valores; XVII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediem a sua comercialização; e XVIII – as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm . Acesso em 16.jun.2021

- 11 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. “CAPÍTULO VI – Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros – Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; V – deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. § 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários. § 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente. § 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente. Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm . Acesso em 16.jun.2021
- 12 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. “CAPÍTULO VII – Da Comunicação de Operações Financeiras – Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I – dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II – deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) das operações referidas no inciso I; III – deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. § 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos

utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista. § 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. § 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em 16.jun.2021

- 13 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “DA POLÍTICA DE PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO E AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO – Art. 2º Os supervisionados devem implementar e manter política formulada com o objetivo de assegurar o cumprimento dos seus deveres PLD/FTP estabelecidos nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 1998, de modo compatível com seu porte e volume de operações e proporcional aos riscos correspondentes. § 1º A política de que trata o caput deve contemplar, no mínimo: I – diretrizes para: a) definição de papéis e responsabilidades em relação ao cumprimento dos deveres especificados nas normas do Coaf, sem prejuízo da ampla responsabilização prevista no art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998; b) definição de procedimentos voltados à avaliação prévia de novos produtos e serviços, bem como da utilização de novas tecnologias, no tocante a riscos de lavagem de dinheiro, de financiamento do terrorismo e de financiamento de armas de destruição em massa – LD/FTP; c) avaliação interna de riscos de LD/FTP; d) promoção de cultura organizacional de PLD/FTP, contemplando, inclusive, funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, levando em conta as atividades correspondentes; e) seleção e contratação de funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, tendo em vista os riscos de LD/FTP relacionados à correspondente atuação; f) contínua capacitação de funcionários sobre o tema da PLD/FTP; g) implementação de procedimentos de: h) coleta, verificação, validação e atualização de informações cadastrais, visando a conhecer clientes e outros sujeitos relevantes no contexto de suas atividades; i) devido registro de operações, independentemente do modo como possam ser formalmente designadas no âmbito da entidade supervisionada; j) monitoramento, seleção e análise de operações e situações atípicas ou suspeitas; k) encaminhamento de comunicações devidas ao Coaf; e II – comprometimento formal da alta administração com a efetividade e a adequação da política, dos procedimentos e dos controles internos de PLD/FTP. § 2º A política referida no caput deve ser divulgada aos funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como aos parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, mediante linguagem clara e acessível, em nível de detalhamento compatível com os papéis que desempenhem e com a sensibilidade das informações. § 3º A política referida no caput deve ser documentada, mantida atualizada e aprovada, no âmbito de pessoa jurídica supervisionada, por seus administradores, sem prejuízo, em todo caso, da sua ampla responsabilização, conforme o previsto no art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998, mesmo na ausência de aprovação devida. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911>. Acesso em 12.mai.2021
- 14 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “Art. 3º Admite-se que supervisionado que integre conglomerado ou grupo econômico, inclusive com controle situado no exterior, cumpra o dever de que trata o art. 2º mediante adoção de política única de PLD/FTP porventura observada no âmbito do conglomerado ou grupo, desde que essa política única contemple o conteúdo mínimo indicado no § 1º do art. 2º. Art. 4º A política de PLD/FTP adotada por supervisionados que integrem conglomerados ou grupos econômicos, na forma admitida pelo art. 3º ou não, deve contemplar, em todo caso, diretrizes para implementação de procedimentos de compartilhamento de informações no âmbito do conglomerado ou do grupo para fins de PLD/FTP, sem prejuízo de eventuais limites legais que devam ser observados no tocante a esse compartilhamento. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911>. Acesso em 12.mai.2021

- 15 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “Art. 5º As pessoas jurídicas supervisionadas devem dispor de estrutura de governança, compatível com seu porte e volume de operações e proporcional aos riscos de LD/FTP relacionados às suas atividades, visando a assegurar o cumprimento da política de que trata o art. 2º, bem como dos correlatos procedimentos e controles internos. Parágrafo único. Independentemente do modo como se estabeleça a estrutura de governança prevista no caput, os administradores, em todo caso, não se eximem da sua responsabilidade, na forma do art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998, pelo cumprimento dos deveres atribuídos a pessoas jurídicas supervisionadas pelos arts. 10 e 11 da Lei e pelas correlatas normas do Coaf”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021
- 16 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “DA AVALIAÇÃO INTERNA DE RISCO – Art. 6º Os supervisionados devem realizar avaliação interna dos riscos de LD/FTP relacionados a suas atividades, de modo compatível com seu porte e volume de operações, com o objetivo de identificar e mensurar tais riscos. § 1º Para identificação dos riscos de que trata o caput, a avaliação interna deve considerar, no mínimo, os perfis de risco: I – dos clientes; II – do próprio supervisionado, levando em conta seus modelos de negócio e áreas de atuação, inclusive geográficas; III – das operações, independentemente do modo como possam ser formalmente designadas no âmbito da entidade supervisionada, levando em conta suas características, notadamente no que se refere a forma e meio de pagamento, bens, valores, ativos, produtos ou serviços envolvidos e instrumentos, tecnologias ou canais utilizados em sua realização; e IV – dos funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como dos parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, levando em conta as atividades correspondentes. § 2º Os riscos identificados devem ser avaliados quanto à sua probabilidade de ocorrência e quanto à magnitude dos impactos a eles associados. § 3º Devem ser definidas categorias de risco que possibilitem a adoção de procedimentos e controles reforçados, para as situações de maior risco, e simplificados, para as de menor risco. § 4º Devem ser utilizadas como subsídio para a avaliação interna de risco, quando disponíveis, avaliações correlatas realizadas pelo Poder Público. § 5º Admite-se que supervisionado que integre conglomerado ou grupo econômico, inclusive com controle situado no exterior, cumpra o dever de que trata o caput mediante assunção da avaliação interna de risco de LD/FTP porventura realizada de forma centralizada no âmbito do conglomerado ou grupo, desde que essa avaliação centralizada contemple os parâmetros mínimos previstos neste artigo. § 6º A avaliação interna de risco deve ser: I – documentada e aprovada, no âmbito de pessoa jurídica supervisionada, por pelo menos um administrador formalmente designado; II – divulgada aos funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, mediante linguagem clara e acessível, em nível de detalhamento compatível com as funções que desempenhem e com a sensibilidade das informações; e III – revisada no mínimo a cada dois anos, ou quando ocorrer alteração significativa em perfil de risco mencionado no § 1º”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021
- 17 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “DOS PROCEDIMENTOS DESTINADOS A CONHECER OS CLIENTES – Art. 7º Os supervisionados devem implementar e manter, de modo compatível com seu porte e volume de operações, procedimentos destinados a conhecer seus clientes que assegurem devida diligência na sua identificação, qualificação e classificação quanto ao risco. § 1º Nos procedimentos referidos no caput, deve-se considerar: I – os perfis de risco do cliente e da operação a ele associada, contemplando medidas reforçadas para hipóteses que envolvam maior risco; II – a política de PLD/FTP; e III – a avaliação interna de risco. § 2º Os procedimentos de que trata o caput devem ser formalizados em manual específico, mantidos atualizados e aprovados, no âmbito de pessoa jurídica supervisionada, por pelo menos um administrador formalmente designado. § 3º Os procedimentos de identificação de clientes devem abranger a verificação e a validação da identidade do cliente, inclusive no contexto de operações não presenciais. § 4º Os procedimentos de qualificação de clientes devem abranger providências voltadas à: I – avaliação da compatibilidade entre a capacidade econômico-financeira do cliente e a operação a ele associada; II – verificação da condição do cliente

como pessoa exposta politicamente, nos termos da regulamentação estabelecida pelo Coaf a respeito; e III – obtenção das informações destinadas ao conhecimento de clientes necessárias à composição dos conjuntos mínimos de dados cadastrais especificados em normas do Coaf aplicáveis ao segmento em que o supervisionado atue. § 5º Os procedimentos de classificação quanto ao risco devem considerar as categorias de risco definidas na avaliação interna de risco e contemplar as informações obtidas nos procedimentos de qualificação do cliente.” Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021

- 18 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “Art. 10. É vedado, para efeito de cumprimento do disposto neste Capítulo V, iniciar relação comercial sem a prévia adoção dos procedimentos de identificação e qualificação nele previstos.” Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021
- 19 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “Art. 8º Os procedimentos de identificação, qualificação e classificação de clientes quanto ao risco devem ser estendidos, de modo proporcional aos perfis de risco envolvidos, para administradores e sócios, em se tratando de clientes pessoas jurídicas, abrangendo ainda representantes, procuradores ou prepostos que se envolvam no contexto de operação associada ao cliente. Parágrafo único. No caso de clientes constituídos como pessoas jurídicas sob a forma de companhia aberta ou cooperativa, nos termos da legislação correspondente, os procedimentos de que trata o caput podem ser dispensados em relação a sócios, salvo quanto àquele(s) que deva(m) ser identificado(s) como beneficiário(s) final(is) em cumprimento ao disposto no art. 9º.” Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021
- 20 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “Art. 9º Os procedimentos de qualificação de cliente pessoa jurídica devem incluir a identificação de beneficiário(s) final(is), condição em que se enquadra(m) a(s) pessoa(s) física(s) que detenha(m), em última análise, o controle sobre a pessoa jurídica ou que detenha(m) poder determinante para a induzir, influenciar e utilizar ou para dela se beneficiar, independentemente de condições formais como as de controlador, administrador, dirigente, representante, procurador ou preposto. § 1º Admite-se a utilização de valor mínimo de referência de participação societária para a identificação de beneficiário final, o qual deve ser estabelecido com base na classificação de risco do cliente e não pode ser superior a 25% (vinte e cinco por cento) do capital social, considerada, em todo caso, a participação direta e indireta. § 2º É também considerado beneficiário final de pessoa jurídica o seu representante, inclusive na condição de procurador ou preposto, que sobre ela detenha comando de fato. § 3º Devem ser aplicados à(s) pessoa(s) física(s) referida(s) no caput, no mínimo, os procedimentos de qualificação definidos para a categoria de risco do cliente pessoa jurídica.” Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021
- 21 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “DOS PROCEDIMENTOS DESTINADOS A CONHECER FUNCIONÁRIOS, PRESTADORES DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS E OUTROS COLABORADORES E PARCEIROS Art. 11. Os supervisionados devem implementar e manter, de modo compatível com seu porte e volume de operações, procedimentos destinados a conhecer seus funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como parceiros relevantes em modelos de negócio que adotem, com o objetivo de assegurar devida diligência na sua identificação, qualificação e classificação quanto ao risco, nos mesmos moldes do Capítulo V. Art. 12. Os supervisionados devem manter atualizadas as informações relativas aos seus funcionários, prestadores de serviços terceirizados, colaboradores de um modo geral e parceiros relevantes em modelos de negócio que adotem, notadamente em relação a eventuais alterações que impliquem mudança no tocante a sua classificação quanto ao risco.” Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021
- 22 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “Art. 13. A aplicação das disposições desta Resolução pode ser dispensada para supervisionado que se enquadre em categoria(s) de menor porte e volume de operações, a critério do Coaf, desde que, mediante justificativa circunstanciada, o supervisionado conclua que se encontra alcançado por esse enquadramento e que sua avaliação

interna de risco evidencia serem baixos os riscos de LD/FTP em relação às suas atividades. § 1º A justificativa circunstanciada referida no caput deve ser documentada e aprovada, no âmbito de pessoa jurídica supervisionada, pelos seus administradores, sem prejuízo, em todo caso, da sua ampla responsabilização, conforme o previsto no art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998, mesmo na ausência de aprovação devida. § 2º Cabe ao Presidente do Coaf estabelecer, em ato próprio, parâmetros para que se admita a dispensa prevista neste artigo, inclusive com a fixação de critérios para o enquadramento em categoria(s) de menor porte e volume de operações referido no caput. § 3º Os supervisionados devem comprovar documentalmente, quando requisitado, as condições exigidas para a dispensa prevista no caput. § 4º A conclusão do supervisionado mediante justificativa circunstanciada referida no caput não elide a possibilidade de responsabilização por descumprimento dos deveres de que trata esta Resolução, na forma do art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998, mediante processo administrativo sancionador em que se assegure às partes interessadas a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, caso se verifique a inconsistência da mencionada conclusão. § 5º A avaliação interna de risco referida no caput deve ser atualizada no mínimo a cada dois anos, ou quando ocorrer alteração significativa em perfil de risco correlato”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021

- 23 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. “Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I – advertência; II – multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); III – inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV – cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento § 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10 § 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente; II – não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; III – deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; IV – descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11. § 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa. § 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do caput deste artigo”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm . Acesso em 16.jun.2021
- 24 Resolução nº 36, de 10 de março de 2021. “Art. 15. Aos supervisionados, bem como, em se tratando de pessoas jurídicas, aos seus administradores, que deixem de cumprir deveres de que trata esta Resolução serão aplicadas pelo Coaf, cumulativamente ou não, as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998, por meio do competente processo administrativo sancionador”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-36-de-10-de-marco-de-2021-307765911> . Acesso em 12.mai.2021



ARQUIVO PESSOAL

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.



ARQUIVO PESSOAL

CLÁUDIO FELIPE CRUZ E CREUZ é Cláudio Felipe Cruz e Creuz, *Compliance Officer*, Publicitário e Consultor. Pós-Graduado em Direito Corporativo e *Compliance* – Escola Paulista de Direito – EPD; MBA Executivo em Finanças – INSPER; Especialização em Análise e Administração de Crédito – GVPEC Fundação Getúlio Vargas; Pós-Graduado em Marketing Avançado – Universidade Mackenzie; e Bacharel em Publicidade e Propaganda – Universidade Mackenzie.

Tutela internacional do direito à saúde¹

■ POR GEORGENOR DE SOUSA
FRANCO FILHO



DIVULGAÇÃO

“Almejamos que dias melhores venham para todos e a saúde seja, um dia, com a cooperação de todos para o desenvolvimento equilibrado, enfim, verdadeiramente um direito de todos, efetivo e real.”

Iremos nos valer, para iniciar, de uma jovem e brilhante professora paraense, Vanessa Rocha Ferreira, que escreveu:

o direito à saúde, tanto seu aspecto objetivo quanto em seu aspecto subjetivo, deve ser realizado de forma a assegurar às pessoas o mínimo necessário para que o direito à vida e o direito à dignidade humana sejam preservados, traduzindo-se em uma norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral².

Adiante, observa que,

negar o direito à saúde é negar ao indivíduo a possibilidade do próprio direito à vida, já que a ausência de saúde também priva o indivíduo dos demais direitos fundamentais consagrados no texto constitucional brasileiro³.

A partir dessas considerações preambulares, é possível admitir a existência de vários sistemas de tutela do direito à saúde. E, neste estudo, examinaremos a tutela internacional geral, as tendências regionais, considerando os cinco continentes, e a situação constitucional brasileira.

Em nível internacional, existem diversos documentos que procuram tutelar o direito à saúde. Devemos verificar, assim, que tanto no plano regional, como no âmbito geral das relações internacionais, regras têm sido criadas a fim de garantir a efetiva realização desse direito fundamental. Se elas são suficientes ou não, tentaremos concluir em arremate.

TUTELA INTERNACIONAL GERAL

A primeira grande manifestação de preocupação com a saúde humana pode ser identificada na Organização Mundial de Saúde, cujo preâmbulo de sua constituição, aprovada em Nova York, em 22.7.1946, identifica que a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Destaca que gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social, sendo a saúde essencial para a paz e a segurança internacionais, dependendo da cooperação das pessoas e dos Estados. Para obter esse status ideal, deve ser tentada a eliminação das desigualdades entre os países, com a proposição de um desenvolvimento saudável às crianças e, por igual, os governos devem estabelecer medidas sanitárias e sociais.

No Direito Internacional geral, ademais, é relevante lembrar a regra constante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, no art. 25, 1, que toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar. Para levar a bom termo essa garantia, é imperioso que se garanta a preservação da dignidade humana, que a declaração recomenda, mas não impõe, porque, como sabemos trata-se de uma norma de *soft law*.

A adoção, em 1966, dos Pactos de Direitos Humanos veio reforçar o direito a ter a garantia da saúde. É que o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que o Brasil ratificou em 1992 (Decreto nº 591, de 6.7.1992), prescreve, no art. 12, que os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental (parágrafo 1), mediante a adoção de medidas que assegurem o pleno exercício desse direito (parágrafo 2), elencando algumas medidas: diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; prevenção e tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, e luta contra essas doenças, incluindo pandemias, tipo a que enfrentamos atualmente na humanidade; além de criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. Imperioso recordar que se trata de uma norma de *hard law* e, por corolário, possui sanções em Direito Internacional.

Com o avançar dos anos, a preocupação com a saúde humana vinculou-a ao meio ambiente de trabalho, donde a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aprovada na Conferência do Rio de Janeiro de junho de 1992, ressalta, no seu art. 1º que é princípio que deve preservar 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.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho, de 9.6.1998, não refere a proteção da saúde e segurança do trabalho⁴. Diferentemente, a Declaração da OIT sobre a justiça social para uma globalização equitativa, de 10.6.2008, cuida do tema. Ao cuidar de seu alcance e princípios, consigna que:

Num contexto marcado por mudanças aceleradas, os compromissos e esforços dos Membros e da Organização visando a colocar em prática o mandato constitucional da OIT, particularmente pelas normas internacionais do trabalho, para situar o pleno emprego produtivo e o trabalho decente como elemento central das políticas econômicas e sociais, deveriam basear-se nos quatro igualmente importantes objetivos estratégicos da OIT, sobre os quais se articula a Agenda do Trabalho Decente e que podem resumir-se da seguinte forma: ... ii) adotar e ampliar medidas de proteção social – seguridade social e proteção dos trabalhadores – que sejam sustentáveis e estejam adaptadas às circunstâncias nacionais, e particularmente, ... condições de trabalho que preservem a saúde e segurança dos trabalhadores, ...⁵.

TUTELA NO DIREITO INTERNACIONAL REGIONAL (Europa, América, África, Ásia e Oceania)

O primeiro grande sistema regional é o europeu, continente que, como sabido, possui um evoluído arsenal protetivo dos direitos humanos. Todos os países da União Europeia oferecem cobertura de saúde universal, com amplo sistema de proteção que atinge a todos os habitantes do continente, o que não significa que são sistemas iguais. Ao contrário, são sistemas diferentes no mesmo bloco econômico, mas todos com grande nível de proteção.

Tomando o exemplo de alguns países europeus, temos, na Alemanha, a adoção de um sistema de saúde exclusivamente privado, de filiação obrigatória. Em Portugal existe um sistema de saúde público de boa qualidade, sendo cobrada taxa para sua utilização.

Na Espanha, a arrecadação de impostos é a fonte de financiamento do sistema público de saúde, administrados pelas Comunidades Autônomas. Nacionais e estrangeiros têm direito à saúde com cobertura total, independentemente de quaisquer outras condições ou circunstâncias.

Na Itália, sistema de saúde, o *Servizio Sanitario Nazionale* (SSN), é similar ao SUS brasileiro, e proporciona atendimento universal e sem distinções quanto às ocupações.

Na França temos um dos melhores sistemas da Europa. É universal, de altíssima qualidade, a maior parte é financiado pelo Estado, mediante um sistema de seguro nacional de saúde, com garantia de consultas médicas, procedimentos e medicamentos. Trata-se quase do ideal em termos de sistema de saúde.

O Sistema Regional de Direitos Humanos Americano contempla o Protocolo de San Salvador, adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 17.11.1988, incorporado ao Direito brasileiro com o Decreto n. 3.321, de 30.12.1999. O art.10 desse Protocolo cuida do direito à saúde, garantindo que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem estar físico, mental e social (parágrafo 1).

A preocupação do Direito Americano, por esse Protocolo, considera a saúde como bem público, sendo garantido o atendimento primário de saúde, que deve se estender a todos os que se acham sob a jurisdição do Estado.

Prossegue referindo à necessidade de total imunização contra as principais doenças infecciosas, como o caso atual da pandemia provocado pelo coronavírus,

além de dever ser ministrada educação à população para prevenir e tratar problemas de saúde, com vistas, sobretudo, atendendo aos pobres e mais vulneráveis.

Quanto à África, a entrada em vigor da Carta de Banjul, de 21.10.1986, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, temos o terceiro sistema regional de proteção internacional dos direitos humanos, dedicado, sobretudo, à luta contra o colonialismo e o apartheid. A saúde é cuidadosamente tratada. As reuniões são livres, mas devem observar regras de saúde (art. 11). Da mesma forma como a proteção à saúde pode limitar a circulação de pessoas (art. 12,1), inclusive entre países diferentes (art. 12,2).

A garantia geral da saúde física e mental é um direito dado a todas as pessoas, com adoção, pelos diversos Estados Partes, das medidas necessárias que lhes garanta, também assistência médica em caso de doença (art. 16). Note-se, nesse aspecto, que a família, núcleo mínimo fundamental da sociedade, tem direito à proteção do Estado quanto à sua saúde física e moral (art. 18, 1).

O documento africano dedica-se às pessoas, dando-lhes deveres específicos, merecendo destaque o dever de zelar, nas suas relações com a sociedade, pela preservação e reforço dos valores culturais africanos positivos, em um espírito de tolerância, de diálogo e de concertação e, de uma maneira geral, de contribuir para a promoção da saúde moral da sociedade (art. 29, 7).

Nos outros dois continentes, a preocupação com o direito à saúde é praticamente inexpressiva. Não existe nenhum mecanismo regional de proteção dos direitos humanos na Ásia, onde muitos países se valem do sistema europeu de proteção, sendo de observar que a Carta Árabe de Direitos Humanos não é um sistema regional, senão um manifesto de alguns países sobre o tema.

Por fim, a Oceania também não contempla nenhum sistema de proteção dos direitos humanos.

TUTELA CONSTITUCIONAL NO BRASIL DO DIREITO À SAÚDE

Na letra da Constituição de 1988, a saúde é um direito de todos e dever do Estado (art. 196), que deve ser

garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Ao trabalhador, ao garantir o direito ao trabalho, a Constituição também lhe garantiu direitos, dentre os quais dois cuidam de saúde, que constam do art. 7º: o salário mínimo deve atender às necessidades vitais básicas do obreiro, inclusive sua saúde e de sua família (n. IV) e devem ser reduzidos os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (n. XXII).

Por fim, a saúde deve ser cuidada, em conjunto, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II), possuem os três primeiros competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde (art. 24, XII). Por fim, dedica-se o art. 30 constitucional a cuidar da competência dos Municípios. Consoante o n. I, os Municípios podem legislar sobre a saúde, quando se tratar de

assunto de interesse local, e, conforme o n. VII, detêm competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.


CONCLUSÃO

Em apertada síntese, demonstramos aspectos do tratamento dado à tutela internacional do direito à saúde. Percebemos as intenções da Organização Mundial da Saúde. Em 1946, avançamos para normas gerais de *soft law*, alcançamos regras de *hard law*, cuidamos do tema em nível regional, avançando pelos cinco continentes, e, internamente, a Constituição brasileira em vigor abarcar diversos comandos protetivos.

Estamos no ideal? Certamente que não. Muito ainda há que ser feito, máxime considerando a gravidade do momento presente que atravessa a humanidade.

Enfrentamos graves problemas de violação de direitos fundamentais. O Direito Internacional Humanitário tem ganhado grande relevância para proporcionar tratamento digno às vítimas de guerras e conflitos em geral que estão a ser praticados em todos os continentes. O Direito Internacional dos Refugiados possui expressiva carga de direitos protetivos das pessoas que, por razões políticas, religiosas ou ideológicas, são perseguidas em seus países de origem e procuram acolhimento em outros.

Nesse meio dramático, certamente o que mais gera temor atualmente na humanidade é a pandemia causada pelo Coronavírus, donde releva a extraordinária importância da atuação dos organismos internacionais, como a Organização Mundial da Saúde e a Organização Internacional do Trabalho que devem, despidas de vícios ideológicos, buscar urgentes formas de resolver a pior das crises sanitárias que enfrentamos desde a gripe espanhola do início do século XX.

Almejamos que dias melhores venham para todos e a saúde seja, um dia, com a cooperação de todos para o desenvolvimento equilibrado, enfim, verdadeiramente um direito de todos, efetivo e real. 

NOTAS

- 1 Palestra proferida no V Encontro de Pesquisadores em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, na UniCuritiba, Paraná, 23-6-2021.
- 2 FERREIRA, Vanessa Rocha. *Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, pp. 43-44.
- 3 FERREIRA, V. R.. Idem, p. 67.
- 4 Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf. Acesso em 10.1.2021
- 5 Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf. Acesso em 10.1.2021



ARQUIVO PESSOAL

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO é Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região, Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor Honoris Causa e Professor Titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia, Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Membro da Número da Academia Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Membro da Academia Paraense de Letras, da Academia Paraense de Letras Jurídicas, da Academia Brasileira de Direito da Seguridad Social e Conda Asociación Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Canabidiol: julgamento do RE nº 1165959-STF com repercussão geral, uma vitória dos pacientes de epilepsia!

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

“A dor não pode esperar, o caminho da via administrativa, estribada em boa lei ordinária vindoura, deve ser aberta a milhares de pacientes que padecem.”



Finalmente no dia 18/06/2021 o Supremo Tribunal Federal colocou uma pá de cal e definitivamente sepultou em nosso ordenamento jurídico vigente todas as alegações contrárias ao dever do Estado de fornecer o medicamento Canabidiol a pacientes que batem às portas da Justiça lutando pelo direito à vida. Certamente, um dia a se comemorar nas fileiras de fóruns e, é claro e principalmente, no seio das famílias de pacientes portadores de epilepsia.

A Corte Constitucional julgando o salvífico Recurso Extraordinário (RE) nº 1165959, com repercussão geral, ou seja, com eficácia contra todos (“erga omnes”) e efeito vinculante obrigatório em relação a todos os Órgãos do Poder Judiciário, decidiu que cabe ao Estado fornecer o medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela Agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a imprescindibilidade clínica do tratamento e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos.

O RE nº 1165959 versava sobre o dever do Poder Público de fornecer o Canabidiol para paciente menor de idade que sofre de encefalopatia crônica por citomegalovírus congênito e de epilepsia intratável, com quadro de crises graves e frequentes. O Estado de São Paulo argumentava que a falta de registro na Anvisa exonerava o Ente-Público da obrigatoriedade do fornecimento do medicamento.

Como não poderia deixar de ser, o Supremo Tribunal Federal se escorou no Princípio da Absoluta Prioridade insculpido no art. 227 de nossa Constituição Cidadã de 1988 que assegura à criança, ao adolescente e ao jovem, dentro outros direitos fundamentais, o sagrado direito à saúde. Em verdade, o art. 227 repete o comando constitucional do art. 196 da Carta: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”. Agora, sem nenhuma dúvida, o Canabidiol é, indiscutivelmente, direito de todos que necessitem e, nestas condições, sempre dever do Estado de fornecê-lo.


Aqui, abro um parêntese para descrever ao leigo o cenário dramático destes processos judiciais de Canabidiol. Os pais desses pacientes portadores de graves e sucessivas crises de epilepsia chegam às portas da Defensoria Pública em completo quadro de desespero e a afirmação é sempre mesma: “Doutor, pelo amor de Deus, a cada crise meu filho se despede um pouco de mim. Já tentamos de tudo”. Já cheguei a carregar uma dessas crianças na fila de espera até meu gabinete, praticamente desacordada. Dia e noite esses mesmos pais nos procuram em busca

de informação sobre o processo, mesmo porque as crises de epilepsia não dão um dia sequer de trégua, nem o amor dos pais pelo filho que agoniza. Alguns pequenos, não aguentam a espera ...

O expert e experimentado da praxe forense sabe muito, muito bem. Uma mera preliminar processual ou defesa de mérito pode se transformar num Everest a ser superado pelo paciente. E, no caso específico do Canabidiol, a preliminar aventada pelo Estado não era uma “mera” discussão preliminar – processual ou de mérito, como queiram –, era mesmo um Everest, íngreme, de ar rarefeito e gélido. De há muito tempo o Supremo já havia banido a Teoria da Reserva ou postulado do cobertor (“quando o cobertor é curto, cobre a cabeça, descobre os pés ...”) – Tema 793 STF –, agora, finalmente, a ausência de registro do Canabidiol na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) não pode mais ser arguida como matéria de defesa pela Fazenda Pública. *Habemus* repercussão geral! Um Everest a menos a ser superado por esses pacientes e suas famílias sentinelas que jamais perdem a fé.

Mais uma vez o Poder Judiciário supera o silêncio do Parlamento em uma matéria tão cara a milhares de pacientes espalhados na vastidão desse País continental tão dependente do SUS, regulamentando e determinando o dever do Estado de fornecer o medicamento Canabidiol em Acórdão vinculante e de observância obrigatória. Talvez, agora, seja uma boa oportunidade do legislador de deflagrar uma ação legislativa a respeito dos medicamentos imprescindíveis que, embora sem registro na Anvisa, tenham sua importação autorizada pela Agência, evitando-se a eterna e aflitiva judicialização da questão nas abarrotadas Varas da Infância e Fazenda Pública. A dor não pode esperar, o caminho da via administrativa, estribada em boa lei ordinária vindoura, deve ser aberta a milhares de pacientes que padecem.

Concluo com as palavras do Relator para a tese no julgamento em questão, o Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes:

“Para garantir acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica, não basta estabelecer um dado padrão de atendimento público e pretender que o direito à saúde se esgote nesse figurino. Uma compreensão tão taxativa da padronização da política de atenção à saúde teria o efeito de submeter pessoas necessitadas de tratamentos mais complexos ou portadoras de doenças de baixa prevalência e por isso vitimadas pela ausência de interesse da indústria farmacêutica a uma condição de dupla vulnerabilidade, obrigando-as a suportar um sacrifício absolutamente desproporcional”. 



CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL é Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Supremo acertou os sintomas, mas errou o remédio

■ POR FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO E HUMBERTO GOMES FERRAZ



PATENTE NÃO PODE SER ETERNA, MAS TAMBÉM NÃO DEVE SER INCERTA E PRECÁRIA

“Como o INPI não tem prazo para registrar, ao fazer fluir o prazo legal de proteção neste período de baixa proteção, a decisão fragilizou as patentes no Brasil. Foi na contramão do incentivo à ciência, à inovação e à invenção.”

Julgamento recente do Supremo Tribunal Federal concluiu ser inconstitucional a regra prevista na Lei de Propriedade Industrial (LPI) que conferia prazo de exclusividade mínimo contado do efetivo registro de uma patente e não na apresentação do pedido de registro de patente ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

O relator, Ministro Dias Toffoli, defendeu que a Constituição exigiria a fixação legal de um prazo certo, inflexível. O dispositivo questionado (o parágrafo único do artigo 40) da lei determinava que o prazo de vigência não seria inferior a dez anos contados do momento em que a patente é registrada, algo incerto. O STF decidiu que a inconstitucionalidade alcança patentes já vigentes para medicamentos e equipamentos de saúde. Perderão a proteção as patentes de medicamentos com mais de 20 anos contados da apresentação ao INPI.

O prazo estendido, declarado inconstitucional pelo STF, tinha razão de ser. O INPI tarda um tempo absolutamente incomum para analisar um pedido. Em 2018, por exemplo, o tempo médio de análise de uma patente nos EUA era de dois anos. Já no INPI, 10,5 anos. O prazo da análise do instituto varia com o ramo de atividade. Em 2018, a divisão mais morosa era a de fármacos, com 13 anos de espera desde o pedido de registro de uma patente até a aprovação do seu registro.

Segundo o relator, Ministro Dias Toffoli, na hipótese do INPI demorar 15 anos para conceder uma patente, pela garantia adicional de dez anos desde a concessão, ao final, o período de proteção terá sido de 25 anos. Pelo entendimento vencedor no Supremo, o prazo ampliado daria vantagem excessiva aos detentores das patentes e impediria a entrada de concorrentes, ensejaria preços elevados em prejuízo aos consumidores e ao sistema de saúde.

A decisão da corte fez um diagnóstico correto, mas apresentou prognose equivocada. Há um problema no tempo que o INPI leva para fazer o registro de patentes, algo sem paralelo internacional. E há uma pressão por flexibilizar patentes de fármacos num momento de pandemia. São constatações corretas.

Mas acabar com a regra do parágrafo único do artigo 40 é dar o remédio errado ao paciente.

Patentes não podem ser eternas, é fato. Mas também não podem ser incertas e precárias, como decorre da decisão do STF. Entre a apresentação e o registro não se tem propriamente proteção ao inventor. Como lembrou o Ministro Luís Roberto Barroso, o que se tem é uma expectativa fragilmente protegida. A exclusividade constitucionalmente garantida só é efetiva após o registro. Como o INPI não tem prazo para registrar, ao fazer fluir o prazo legal de proteção neste período de baixa proteção, a decisão fragilizou as patentes no Brasil. Foi na contramão do incentivo à ciência, à inovação e à invenção.

A situação pandêmica pode e deve ser enfrentada com soluções efetivas, não com um retrocesso num sistema que existe há décadas e tem dado certo. Os maiores interessados num regime fiável e estável de proteção patentária não são as empresas que as exploram. São os pesquisadores e inventores. É a ciência. No aparente conflito entre as multinacionais farmacêuticas e a indústria nacional de genéricos, perderam as universidades. Perdeu a ciência. Uma pena. ■



ARQUIVO PESSOAL

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO é Diretor da Faculdade de Direito da USP.



ARQUIVO PESSOAL

HUMBERTO GOMES FERRAZ é Diretor da Faculdade de Ciências Farmacêuticas da USP.



Credibilidade é essencial no mercado para o sucesso dos negócios

■ POR CONCEIÇÃO MONTSERRAT

“Fidelizar seus pilares e manter a constância no controle de processo e procedimentos manterá seu cliente.”

Entende-se como credibilidade empresarial o conjunto de fatores que trazem o cliente até você, baseados na excelência dos pilares de atendimento, qualidade, entrega e pós-venda!

Dentro desta regra, podemos afirmar que, o relacionamento de uma empresa com o cliente se fortalece com a entrega da excelência de resultados em cada um destes pilares, onde o atendimento (deixando um pouco de lado nesse momento o assunto *marketing*) torna-se o primeiro passo para a construção da credibilidade empresarial.

Buscar os reais interesses do cliente, compreender suas expectativas, suas necessidades, seu poder de compra, suas possíveis limitações de conhecimento sobre os produtos e ter habilidade de identificar alternativas para suprir as aplicações e diversidades de produtos, definirão o bom atendimento e trarão uma grande probabilidade de conclusão do negócio.

Envolver qualidade na matéria-prima de seus produtos e serviços, garantir uma padronização do processo de criação/produção, se atentar aos detalhes do produto e dos serviços, agregar visualmente riqueza de acabamento (tanto para produtos como para serviços) demonstra aos clientes que sua empresa está comprometida com os “detalhes”, além da durabilidade de seus produtos e serviços!

“Promessa é dívida!” e o bom pagador de “dívidas” é respeitado e tem sempre CREDIBILIDADE. Se você leva um dia para aprontar seu produto ou serviço, mais um dia para despachá-lo e o prazo da transportadora ou de finalização é de dois dias, negocie sempre com seu cliente considerando um dia adicional. Dessa forma, seu produto/serviço sempre chegará ou ficará pronto com antecedência ao esperado e fatalmente superará as expectativas! Parece estranho, mas o fluxo problemático de uma grande empresa de e-commerce foi solucionado assim, apenas acrescentando dois dias no prazo de entrega ao cliente e entregando antes desse prazo finalizar.

Nenhum desses pilares citados anteriormente serão eficazes se você receber uma reclamação de seu cliente após a entrega do produto ou a finalização do serviço, questionando algum problema e não lhe reservar a devida atenção!

Uma vez que o cliente entende que pode contar contigo mesmo depois da “permuta” realizada (moeda versus produto/serviço), saiba que terá esse cliente não para sempre, mas enquanto manter seus pilares intactos!

Fidelizar seus pilares e manter a constância no controle de processo e procedimentos manterá seu cliente, e balizando tudo que foi dito, construímos nossa credibilidade empresarial e, em um mercado saturado de opções para consumidores de produtos e serviço, tenhamos empatia para responder a seguinte pergunta:

Quem iremos buscar para comprar o que desejamos ou quem iremos contratar para realizar o serviço que precisamos?

Os consumidores (nossos clientes), sempre buscarão bons atendimentos, segurança nas compras, durabilidade e riqueza de detalhes em acabamentos e tranquilidade na garantia de poder “falar com alguém” caso tenham problemas com o que foi adquirido.

CREDIBILIDADE é o diferencial no mercado de hoje, busque sempre a sua! 





Intensificação do combate às fraudes praticadas nas pirâmides financeiras

■ POR JORGE CALAZANS

“Somente com o fim desse sentimento de impunidade, bem como o perdimento de bens e valores adquiridos com o proveito do crime, é que efetivamente serão combatidos esses esquemas fraudulentos que devassam as economias de milhões de brasileiros.”

A ‘Operação Black Monday’, ação do Ministério Público de Minas Gerais (MP/MG) que visa à prisão de líderes e integrantes de organização criminosa que fizeram milhares de vítimas com fraudes praticadas por meio de pirâmides financeiras em vários estados do Brasil foi intensificada e segue empenhada em prender mentores de um esquema que até agora causou prejuízo estimado em R\$ 100 milhões. Na última terça, 22, dois supostos líderes foram presos.

O passo inicial e fundamental para que a operação fosse iniciada de maneira bem sucedida é a rica troca de informações e de dados entre polícia, MP e advogados que representam centenas de vítimas que os procuram na tentativa de buscar justiça e retomar o que foi investido. Ao terem compartilhadas com as vítimas os detalhes das ações praticadas pelos criminosos, os atores do Direito, de fato, se tornam importantes fomentadores de elementos para que MP e polícias consigam executar de maneira mais assertiva possível suas operações.

Contudo, para que essa intensificação de esforço nas operações se concretize em um potente freio de tal prática criminosa, é preciso intensificar, igualmente, a aplicabilidade da lei de organizações criminosas nos esquemas de pirâmide financeira.

Equiparado a uma grande nuvem de gafanhotos, os esquemas de pirâmide financeira e Ponzi não param de crescer no Brasil. De todas as fraudes

identificadas no país, 55% são esquemas dessa natureza, que já lesaram 11% da população brasileira. Somente em 2019, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) recebeu 10 vezes mais reclamações do que nos últimos sete anos. Com o advento da internet e, principalmente, com a popularidade das criptomoedas, os golpistas encontraram um solo fértil para fisgar vítimas desavisadas.

Primeiramente, vale diferenciar as pirâmides financeiras do esquema Ponzi, que têm como uma das similaridades o fato de ambos serem fraudes financeiras. Os esquemas de pirâmides são baseados em construção de rede e necessitam que os participantes recrutem novos membros para ganhar dinheiro. Portanto, cada participante recebe uma comissão antes de entregar o dinheiro para o topo da pirâmide. Já o esquema Ponzi é apresentado como serviço de gestão financeira, fazendo os participantes acreditar que o retorno é resultado de um investimento real. O criminoso basicamente utiliza o dinheiro de um investidor para pagar ao outro.

Nos esquemas dessa natureza, existe sempre uma figura central, um grande líder, que muitas vezes é tratado com devoção messiânica enquanto todos estão se beneficiando do dinheiro. Muitas vezes, a tiracolo há um ou mais comparsas associados, que são tratados como deuses ante a devoção dos incautos. Essa devoção, vale ressaltar, tem tempo determinado no roteiro desses crimes e vai até a suspensão dos saques, quando a devoção transforma-se numa mescla de sentimentos que beiram o desespero, o ódio e, em algumas vítimas, a subserviência, pois diversas vítimas se colocam em uma posição de vassalo desses criminosos, com objetivo de serem os primeiros a receber em uma eventual devolução do dinheiro para os investidores.

Nesse momento, é possível qualificar os atores da organização, em que pese seja difícil identificar se a figura central é o denominado Faraó, milionários que atuam internacionalmente plantando pirâmides nos países, ou se são sócios laranjas, pessoas que residem no país alvo e investem para ter um retorno percentual com o sucesso do golpe.

Arelado ao esquema criminoso, ainda surgem figuras que se utilizam da sua capacidade de liderança para atrair novos investidores fazendo fortunas com isso, geralmente ostentando o resultado dos golpes em suas redes sociais, o que desperta o interesse de novas vítimas.

No que tange aos investidores, os mesmos são divididos em duas categorias. A primeira é formada por pessoas que acompanham os líderes com a ciência de que o esquema é fraudulento, mas se arriscam para fazer fortuna rapidamente dentro do golpe, naquilo que podemos denominar como participantes conscientes. A segunda categoria, composta pela maioria dos investidores, é formada por pessoas que não fizeram uma pesquisa prévia, que deduzem ter encontrado a fórmula para ficarem ricas. São as chamadas vítimas de primeira viagem.

Ante essa divisão de papéis e nível de consciência, convém conceituar o que é organização criminosa, conforme previsto no art. 1º, § 1º da seguinte forma: na lei 12.850 de 2013, que considera organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações

penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.


Na redação do artigo, fica claro que o mesmo tem alguns destaques que são essenciais para a caracterização do delito, quais sejam a composição de quatro ou mais pessoas, de forma estruturada, com divisão de tarefas, obtendo vantagem de qualquer natureza com a prática de infrações com penas máximas superiores a quatro anos ou de caráter transnacional.

Ante toda a descrição dos atores na estrutura dos esquemas pirâmide e Ponzi, tanto o descrito como Faraó quanto seus comparsas, sócios e líderes se enquadram perfeitamente no descrito tipo legal. No que diz respeito às vítimas, os participantes conscientes não se enquadram, pois assumiram o risco da própria torpeza, e não podem figurar na mesma categoria daqueles que denominamos de vítimas de primeira viagem.

Por sua vez, na questão relacionada à pena máxima superior a quatro anos para configurar a organização criminosa, se faz necessário separar o joio do trigo, pois crimes dessa natureza podem tanto ser enquadrados como estelionato ou como o crime previsto no artigo 2º da Lei dos Crimes contra a Economia Popular. No estelionato, que tem pena que permite o enquadramento no tipo da organização criminosa, a vontade do autor é dirigida para uma pessoa determinada. Já no crime contra a economia popular, o delito se dirige para uma universalidade de sujeitos indeterminados e sua pena é inferior para a configuração.

Dados colocados, mostra-se como é essencial a identificação das vítimas e de suas histórias, de modo que se alcance o número determinado de pessoas para, assim realmente configurar a organização criminosa e não apenas um mero concurso de pessoas atrelado a um crime de baixo potencial ofensivo. Aqui, vale ressaltar o artigo 2º da lei que combate as organizações criminosas: Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Além de enquadrar esses criminosos na presente lei, se faz urgente a aprovação do Projeto de Lei 4.233/2019, de autoria do senador Flávio Arns (REDE/PR), que busca criar o tipo penal de pirâmide financeira, endurecendo a pena para quem for condenado neste esquema fraudulento.

Somente com o fim desse sentimento de impunidade, bem como o perdimento de bens e valores adquiridos com o proveito do crime, é que efetivamente serão combatidos esses esquemas fraudulentos que devassam as economias de milhões de brasileiros. Somadas, ações de compartilhamento de informações e elementos por parte dos advogados especializados no atendimento de vítimas desse tipo de crime, operações das polícias em conjunto com o Ministério Público e endurecimento da lei certamente deixarão o ambiente menos propício para que esse tipo de fraude siga acontecendo de maneira crescente em nosso país. 



JORGE CALAZANS é Advogado, especialista na área criminal, com atuação na defesa de vítimas de fraudes financeiras, Conselheiro Estadual da ANACRIM.

O crime de existir



■ POR VERA LÚCIA SANTANA ARAÚJO

“Longe ainda do último capítulo, a história do jovem de periferia que mostrou talentos e encontrou apoio para desenvolver suas habilidades na arte de driblar as ondas, esbarra nos “caldos” do racismo, para adotar termo próprio do jargão surfista.”

“Vida de negro é difícil, é difícil como o quê
Lerê, lerê...”

O legado musical de Dorival Caymmi embalou trilha sonora de novela ambientada na longeva escravização da gente negra no Brasil, criando tamanha identidade com aquelas narrativas, que podemos falar em sinonímia entre o universo escravagista e a música do baiano de singular poética.

Desde os tempos evocados na cantoria até os dias presentes, a República Federativa do Brasil do texto constitucional de 1988, que tanto acalentou os sonhos de um país em rompimento com os horrores da ditadura militar, a qual encheu de esperanças as populações quilombolas viventes sob a invisibilidade, a realidade demonstra à exaustão que a vida de negros e negras segue difícil. Lerê, lerê...

Na recorrência diária da morte por atacado pela pandemia de Covid-19, entre a matança de crianças e jovens negros nas periferias das grandes e médias cidades, aos massacres que matam em larga escala, temos desnudado um Estado que declara guerra a 56% de sua população. Esse é o índice de pretos e pardos no Brasil, de acordo com dados do IBGE.

A decantada Constituição Cidadã veda expressamente a pena de morte, exceтуando a situação de guerra declarada – art. 5º, inciso XLVII, “a” –, sendo certo que

somente há guerra contra nação estrangeira, não havendo sustentação para o cenário das guerras propagandeadas pelas mídias, sensacionalistas ou não, chanceladas por agentes públicos do sistema de Justiça – Ministério Público, magistratura nos diversos níveis –, invadindo lares e espaços comunitários, banalizando e conferindo normalidade ao cotidiano da violência pública que expropria o futuro da juventude negra em números que expõem um quadro de genocídio anterior mesmo ao meio milhão de mortos em quinze meses de pandemia.

Ante a criminalização dos corpos negros que majoritariamente ocupam as covas rasas – os pobres, agora miseráveis por força do insaciável capital predatório que marginaliza a classe trabalhadora –, uma ocorrência policial no Leblon, bairro branco da cidade do Rio de Janeiro, envolvendo o jovem negro Matheus Ribeiro, traz elementos interessantes à reflexão acerca do quão cruel é o racismo nas suas mais diversas formas de manifestação, notadamente pelas mãos do Estado e seu seletivo sistema penal.

Matheus é instrutor de surfe, atividade profissional que o leva a transitar no território branco do Rio de Janeiro, qual seja, a Zona Sul, e foi ali que um jovem casal que traz o privilégio da branquitude o avistou numa bicicleta bem cotada, sendo este fato o suficiente para a pronta acusação de que o veículo lhe pertencia e teria sido roubado pelo invasor da região. É assim o reconhecimento de uma pessoa negra nos bairros da nobreza.

Incontestável a motivação racista para a acusação. Se o mesmo objeto estivesse sob a condução de um igual, nenhuma suspeita recairia. Matheus mostrou ser proprietário da “bike” e denunciou o crime de racismo contestado pela autoridade policial, mas ele sabe, todas, todos sabemos, que a acusação e a exposição sofridas se assentam na sua existência que traz o tipo penal da negritude.

Dias seguintes um jovem loiro, de aparência assemelhada à dos donos dos poderes, foi flagrado com o bem do casal. Segundo a mídia, o rapaz tem várias passagens por delegacias, inclusive por furto e/ou roubo de outras cobiçadas bicicletas.

Sendo a nossa trilha o “lerê, lerê”, não temos um final feliz para Matheus, agora investigado, isso mesmo, por crime de receptação! Sua bicicleta, adquirida num site de vendas, seria produto de outro roubo. Longe ainda do último capítulo, a história do jovem de periferia que mostrou talentos e encontrou apoio para desenvolver suas habilidades na arte de driblar as ondas, esbarra nos “caldos” do racismo, para adotar termo próprio do jargão surfista.

Duplamente suspeito – de furto e depois de receptação de uma bicicleta –, Matheus vive saga que faz sobressair requintes da crueldade de como os operadores do sistema de segurança concorrem no entrelaçamento com os sistemas de justiça e prisional, num encadear de condutas que mostram a resistência da sociedade brasileira, suas instituições e poderes, em conferir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais que situariam o país num outro patamar civilizatório, reafirmando sua guerra declarada contra negros e negras. Que o diga a família de Kathlen, a quem foi aplicada a pena capital pelo crime de existir. ■



ARQUIVO PESSOAL

VERA LÚCIA SANTANA ARAÚJO é Advogada, integra a Executiva Nacional da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia-ABJD e é ativista da Frente de Mulheres Negras do DF e Entorno-FMNDFE.

A bala perdida tem nome

■ POR HAYDÉE PAIXÃO FIORINO SOULA E MONIQUE RODRIGUES DO PRADO

Nome a nome a morte chega cada vez mais perto para quem nasceu negro/a/e (categoria sociológica envolvendo pretos e pardos, segundo o IBGE) no Brasil: Agatha Félix, João Pedro e agora Kathlen Romeu, 24 anos, gestante de 04 meses, assassinada pela bala endereçada pelo Estado que atravessa fatalmente corpos de pele preta moradores de Comunidades e Periferias.

Nas operações policiais não existem balas perdidas.

O genocídio é um projeto simbólico que aprimora os seus métodos para atingir seu apogeu como já denunciava Abdias do Nascimento em sua obra precursora “O genocídio do negro brasileiro: Processo de um racismo mascarado”, publicado em 1978, leitura obrigatória diante da situação letal à qual o Brasil expõe seus cidadãos.

O Rio de Janeiro, tem se tornado um laboratório a céu aberto da necropolítica, onde o controle de quem vive e de quem morre é gerenciado pelo Estado à luz do comportamento desenfreado de operações policiais que fuzilam corpos inocentes com a sede de quem quer atirar na guerra. Não importa se você é criança, pai de família ou gestante.

Tudo isso com o discurso de “combater a criminalidade”?

Ao trazer a interpretação dos fenômenos mostrando a relação entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a formação histórica, econômica, social e política da sociedade, a criminologia crítica evidencia a desigualdade e a seletividade como principal marca do sistema.


Ana Luísa Flauzina Pinheiro em sua obra magistral “Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro”, de 2008, p.155, nos explica “Como principal elemento na formação da identidade do sistema penal brasileiro, o racismo é, portanto, a principal categoria para compreendermos a metodologia que o sistema assume (...)”.

O racismo continua sendo o grande aparato ideológico de fundação social do país, escorrendo sangue em sua bandeira pela história de exclusão, massacres e extermínio das maiorias sociais minorizadas.

A ameaça da bala perdida é um sinalizador de que você não está seguro no Estado brasileiro e que para as pessoas pretas e periféricas nunca houve democracia, pois o estado é de exceção, medo, desordem e insegurança.

O pesadelo de ver Kathlen Romeu, filha, esposa, gestante e designer de interiores, assassinada aos 24 anos com todos os sonhos interrompidos é uma forma do Estado ressaltar que não está preocupado em construir uma sociedade livre, justa e igualitária, enquanto objetivo fundamental da República firmado no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Como é que a gente dorme a noite com esse nó na garganta? Com essa sensação de impotência?

A cada vez que o Estado assassina uma pessoa preta a morte é coletiva porque, além de uma história, morre uma geração. 



HAYDÉE PAIXÃO FIORINO SOULA é Advogada e Antropóloga; Pós-graduada em Direito Sistemico, especializada em Estudos Afro-latino-americanos e Caribenhos, mestranda em Antropologia Social.

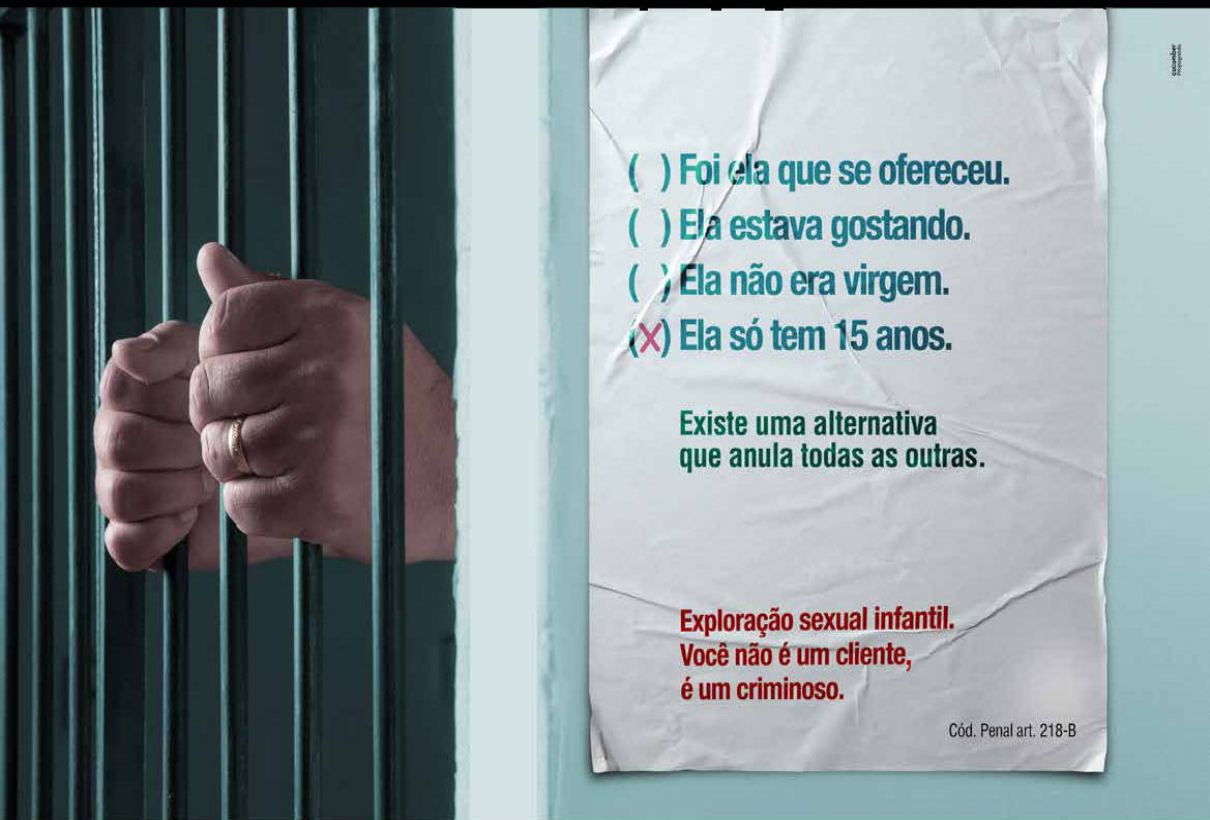


MONIQUE RODRIGUES DO PRADO é Advogada, ativista social e engajada na luta antirracista.

SE PRESENCIAR ALGUMA SITUAÇÃO SUSPEITA, DENUNCIE. DISQUE 100.



BAIXE O APLICATIVO



- () Foi ela que se ofereceu.
- () Ela estava gostando.
- () Ela não era virgem.
- (X) Ela só tem 15 anos.

Existe uma alternativa
que anula todas as outras.

Exploração sexual infantil.
Você não é um cliente,
é um criminoso.

Cód. Penal art. 218-B



SECRETARIA NACIONAL DOS
DIREITOS DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE

MINISTÉRIO DOS
DIREITOS HUMANOS

