

# conceito jurídico

ano V | setembro de 2021 | nº 57



Bruno Gallucci

A responsabilidade civil dos  
influenciadores digitais **Pág. 7**



zakarewicz  
editora

## De Mariana a Brumadinho: O desenvolvimento, a empresa sustentável e o meio ambiente do trabalho



### PAINEL ECONÔMICO

José Pastore

Desemprego, desalento e  
informalidade



### CONJUNTURA

Marcelo Válio

Da apropriação ilícita dos  
símbolos da nação



### IN VOGA

Vitor Blotta

O jogo e a liberdade após  
este 7 de setembro

# 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, Arnaldo 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





*Michel Temer*

---

## Liberdade de imprensa

**“Os que se insurgem contra a informação veiculada pela imprensa amesquinham a democracia. Se o governo, nas democracias, é para o povo e pelo povo, não há como sonegar-lhe fatos que devem ser levados a seu conhecimento.”**

**S**empre foi criticada. E sempre se tentou impedi-la. Mas ela é fundamental. Não se trata de protegê-la em função do jornalista ou do empresário de comunicação. É que a liberdade de imprensa é conteúdo de um continente maior chamado liberdade de informação. Esta é que é preservada quando se alardeia a necessidade da impren-

sa livre. Numa democracia tudo deve ser informado. A informação há de ser completa. Esta afirmação é que autoriza o chamado direito de resposta previsto na Constituição Federal. O que é, a resposta, se não completar a informação? Se há uma notícia que não é verdadeira ou inteira, o atingido por ela pode pleiteá-la. Precisamente para completar a informação. Aliás, tanto se a pregou que os noticiosos, de tempos para cá, sempre procuram indicar o que diz “o outro lado”. Tudo em homenagem à ideia de que o povo tudo deve saber.

Indaga-se: afinal, não há, muitas vezes, exagero ou inverdade na notícia? Certamente há. Mas o sistema normativo prevê, de fora parte o direito de resposta, também ações penais por injúria, difamação ou calúnia além de ações cíveis de indenização por dano material, moral ou à imagem. Os que se insurgem contra a informação veiculada pela imprensa amesquinham a democracia. Se o governo, nas democracias, é para o povo e pelo povo, não há como sonegar-lhe fatos que devem ser levados a seu conhecimento.

Notem que esse direito é pleno nos sistemas democráticos e controlados ou impedidos nos sistemas autoritários. Recorde-se período recente da história brasileira em que os jornais traziam receitas de bolo ou letras musicais fruto da censura que se impunha aos meios de comunicação.

No nosso sistema esse direito é marcado pela plenitude. São muitos os dispositivos constitucionais que a garantem. É assim quando se diz que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX). Veja-se o conteúdo radicalmente impositivo do art. 220 e seus §§ 1º e 2º. O seu § 1º, confirmando nossas palavras, alude a liberdade de informação e nela inclui a jornalística em qualquer veículo de comunicação social, revelando que a informação é o continente de que faz parte a liberdade jornalística. E na cabeça do artigo estabelece várias vezes que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação (mais uma vez, continente) sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição observado, naturalmente, o disposto na Constituição. E reitera no seu § 2º que é vedada qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. É tão significativa essa afirmação constitucional que somente na excepcionalidade do estado de sítio é que se pode restringir a prestação de informações e a liberdade de imprensa (art. 139, III). E mesmo assim não se incluem nessas restrições a divulgação de pronunciamentos de parlamentares desde que liberada pela respectiva Mesa (art. 139, parágrafo único).

Todos estes rápidos argumentos são trazidos à luz para recordar o Texto Constitucional muitas e muitas vezes ignorado. É assim que se vive no Estado de Direito em que as objeções podem ser contestadas, mas por meio dos instrumentos constantes do sistema normativo vigente no país. 

# SUMÁRIO

3

COM A  
PALAVRA

## Liberdade de imprensa

Michel Temer

7

ENTREVISTA

## A responsabilidade civil dos influenciadores digitais

Bruno Gallucci

12

PAINEL  
ECONÔMICO

## Desemprego, desalento e informalidade

José Pastore

14

DIREITO E  
BIOÉTICA

## Esterilização voluntária

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

16

PAINEL DO  
LEITOR

## Vinte anos dos atentadores de 11 de setembro e seus impactos na imigração

Daniel Toledo

18

DESTAQUE

## A saúde mental dos brasileiros em tempos de pandemia

Tide Setubal e  
Maria Alice Setubal

20

CAPA

## De Mariana a Brumadinho: O desenvolvimento, a empresa sustentável e o meio ambiente do trabalho

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante  
e Francisco Ferreira Jorge Neto

32

CIÊNCIA JURÍDICA  
EM FOCO

## A competência para apuração do crime cometido por militar federal de folga contra militar estadual em serviço

Jorge Cesar de Assis e  
João Carlos Toledo Júnior

49

GESTÃO  
EMPRESARIAL

## Por quais motivos ainda existe reatividade por parte de empresas familiares em relação a implementação de programa de Compliance?

Patrícia Punder e Marcela Argollo

52

CONJUNTURA

## Da apropriação ilícita dos símbolos da nação

Marcelo Válio

54

VISÃO  
JURÍDICA

**Acordos de discricioniedade  
regrada no processo penal e a  
objeção de consciência**

Eduardo Luiz Santos Cabette

60

PORTAL  
JURÍDICO

**Sonho x realidade – A visão do  
delegado de polícia**

Líbero Penello de Carvalho Filho

65

ENFOQUE

**Direito Tributário pode ser  
instrumento de  
proteção ambiental**

Clarissa Nepomuceno Caetano Soares

68

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

**Restrições à fruição da  
propriedade em condomínios  
em face da pandemia de  
SARS-COVID**

Guilherme Cota e  
Luís Felipe Pires Alves

78

TENDÊNCIAS

**Aspectos processuais dos  
novos crimes contra o Estado  
Democrático de Direito**

Rômulo de Andrade Moreira

84

PLANEJAMENTO  
FINANCEIRO

**Classificação adequada do  
perfil do investidor pode  
evitar problemas e perdas**

Márcia Dessen

86

CONTEXTO

**OAB e a cultura do  
advogado fracassado**

Jorge Calazans

88

IN VOGA

**O jogo e a liberdade após  
este 7 de setembro**

Vitor Blotta

91

DOCTRINA

**A rejeição contratual pelo  
não cumprimento do art. 16,  
da LRF (criação, expansão  
ou aperfeiçoamento da ação  
governamental**

Flávio Corrêa de Toledo Júnior

97

PONTO DE  
VISTA

**Crescem as invasões a  
contas do MercadoLivre**

Flávio Filizzola D'Urso



*Bruno Gallucci*

ARQUIVO PESSOAL

# A responsabilidade civil dos influenciadores digitais

Influenciar é o ato de exercer uma ação psicológica ou uma ascendência sobre algo ou alguém. E o influenciador é aquele capaz de influenciar comportamentos, criar tendências, servir como fonte de informação e ter um efeito direto nas decisões de quem o segue, no estilo de vida, nas opiniões e principalmente no consumo. Nos canais digitais e redes sociais, os influenciadores digitais são aqueles que possuem um público fiel e engajado e exercem uma certa dose de influência na tomada de decisão de compra de seus seguidores. Assim, por ter esse poder mediante aos consumidores, essas pessoas possuem responsabilidades civis quando indicam produtos e serviços na internet. E, para falar sobre a responsabilidade civil dos influencers digitais perante os consumidores, convidamos o Advogado especialista em Direito Digital e Novas Tecnologias, Bruno Gallucci. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – Hoje constatamos que as redes sociais estão cada dia mais fortes com adeptos a investir em plataformas. Como se deu essa mudança?

**BRUNO GALLUCCI** – As redes sociais (Facebook, Instagram, Twitter, YouTube etc.) têm ganhado destaque entre as estratégias digitais, em especial no que se refere ao marketing e publicidade online. As pessoas, de forma geral, não se atentam mais aos outdoors, ao que passa na TV, no rádio, nas revistas ou jornais,

isso porque estão a todo momento conectadas no celular, no computador ou em algum aparelho com conexão na internet. Justamente por isso as empresas passaram a investir fortemente na publicidade por esses meios eletrônicos. E é por conta da enorme força que a internet ganhou que, a cada dia, as pessoas têm investido tempo e dinheiro nas plataformas, gerando empregos, compras e vendas, relacionamentos e diversas relações jurídicas. Nesse sentido, são diversos os estudos que vem nos demonstrando o tamanho dessa influência na vida das pessoas e por consequência, devem ser apontadas as responsabilidades desses influenciadores.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como fica a responsabilidade dos influenciadores digitais perante os consumidores?*

**BRUNO GALLUCCI** – Primeiramente, deve-se questionar a responsabilidade civil das celebridades que participam e realizam publicidade de produtos e serviços, a ponto de serem caracterizados danos em decorrência de publicidade ilícita. Em um primeiro momento as celebridades podem não ter o dever de indenizar, pelo fato de não terem relação direta com o bem anunciado, veiculando nas publicidades texto criado por outrem, a exemplo dos publicitários. Por outro lado, é possível entender que toda atividade profissional gera responsabilidade civil por eventuais danos, sendo obrigado a indenizar àqueles que sofrerem os danos. Vale lembrar que as celebridades recebem valores significativos para atuar em comerciais e campanhas publicitárias on-line.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Então os influenciadores digitais ao vender um produto, está agregando a sua credibilidade?*

**BRUNO GALLUCCI** – Esse tipo de publicidade desencadeia um comportamento no consumidor, em nível consciente e inconsciente, gerando uma resposta imediata devido ao conceito preexistente que se tem daquela pessoa ou grupo que está testemunhando a favor do produto, agregando-lhe valores como admiração, sucesso, riqueza, beleza, juventude, alegria, internacionalidade, tradição, notoriedade etc.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E quais são as medidas sancionatórias quando os direitos dos consumidores são violados?*

**BRUNO GALLUCCI** – Ao ser verificada a violação aos direitos básicos do consumidor, por meio de publicidade enganosa e abusiva, a legislação brasileira autoriza o uso de medidas sancionatórias, as quais possuem duplo objetivo: a) punir o infrator e b) reprimir a utilização do mesmo tipo metodológico por outros agentes publicitários; tendo em vista a observância do princípio da boa-fé, que representa uma regra de conduta para ambas as partes da relação consumerista, as quais devem agir pautadas pela honestidade e lealdade. Em que pese a elaboração do CDC não ser concomitante ao surgimento da figura do influenciador digital e sua constante utilização nas publicidades, deve-se atribuir aos influenciadores responsabilidade de reparação frente aos

consumidores, em razão da indicação de produtos e serviços. Eis que tais pessoas possuem grande poder de influência, além de contarem com a confiança de seus seguidores.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Então os influenciadores digitais assumem o risco por indicar o produto?*

**BRUNO GALLUCCI** – No momento em que um influenciador digital indica um produto ou serviço, a sua confiabilidade agrega poder persuasivo no comportamento do consumidor, gerando segurança sobre a qualidade daquele produto ou serviço que está sendo indicado. Os influenciadores assumem, portanto, uma posição de garantidores em face dos produtos e serviços indicados. Caso as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão o influenciador aparece de forma negativa e prejudicial ao consumidor, confrontando, assim, os princípios da boa-fé e da confiança. Devem ser aplicadas às celebridades todas as diretrizes do CDC, inclusive no que concerne a responsabilidade em caso de violação aos direitos dos consumidores, tendo em vista que as celebridades são partes integrantes da cadeia de consumo, figurando ao lado de todos os outros agentes.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Ou seja, o influenciador digital responderá solidariamente?*

**BRUNO GALLUCCI** – Como é sabido, o CDC, considerando a vulnerabilidade do consumidor, adotou a responsabilidade objetiva do causador do dano, com base na teoria do risco. Além da responsabilidade objetiva como regra, o CDC estabelece a solidariedade entre todos os envolvidos na veiculação da oferta, sendo que o parágrafo único do art. 7º prevê que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. O princípio da solidariedade, que também é contemplado pela Constituição Federal, nos arts. 1º (inciso IV) e 170, “promove a repartição de riscos sociais em vista da melhor satisfação dos consumidores vítimas de eventos no mercado de consumo. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a responsabilidade no que tange à publicidade se estende àqueles que a veiculam e àqueles que dela se aproveitam.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como se dá a responsabilidade civil do influenciador digital?*

**BRUNO GALLUCCI** – Tratando-se de risco profissional (responsabilidade própria do profissional), tratando-se de atuação à qual a lei impõe deveres especiais (através de normas de ordem pública) não transferíveis aos consumidores, nem mesmo através de previsão contratual (arts. 1º, 51, I, e 25 do CDC), terá o fornecedor de suportar a sua falha, responder pela informação mal transmitida, pelo inadimplemento contratual ou pelo ato ilícito eventualmente resultante da publicidade falha. E note-se que a jurisprudência do STJ tem considerado solidária a responsabilidade daquele que veicula e daquele

que se aproveita da publicidade (art. 30 c/c 35 e art. 37 do CDC). Nesse compasso, os influenciadores digitais, assim como outras celebridades, devem ser responsabilizados por eventuais danos causados aos consumidores, haja vista que, como dito anteriormente, os seguidores passam a adquirir produtos e serviços com base na confiança e na boa-fé, que, aliás, são princípios norteadores do direito do consumidor.

**CONCEITO JURÍDICO** – *De que forma os influenciadores digitais respondem aos danos causados?*

**BRUNO GALLUCCI** – A celebridade, para responder pelos danos causados em decorrência de sua informação, deve ter um benefício, seja ele qual for. Em regra, esse benefício está no cachê previamente recebido ou no ganho na participação das vendas, porém haverá, ainda, responsabilidade da personalidade mesmo que a remuneração seja destinada a um órgão que diretamente esteja a ela ligado, como, por exemplo, um antigo comercial da Honda, feito pela filha de Juscelino Kubitschek, cuja remuneração foi destinada à Fundação JK, ou quando a personalidade doa o cachê para alguma instituição de caridade. Após a configuração da responsabilidade dos influenciadores digitais, se faz necessário estabelecer se tal responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como se estabelece se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva?*

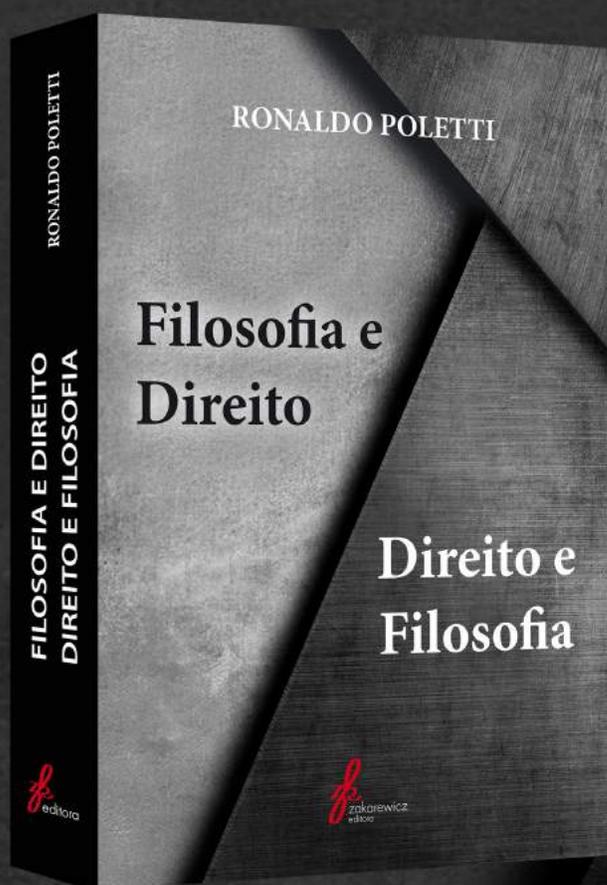
**BRUNO GALLUCCI** – Muito se discute a respeito da responsabilidade das celebridades, e aqui se incluem os influenciadores digitais, sendo que parcela da doutrina afirma se tratar de responsabilidade subjetiva, visto que contribuem apenas com sua imagem: “pouco razoável responsabilizar a celebridade objetivamente quando apenas anuncia determinado produto sobre o qual não possui conhecimento técnico para avaliá-lo”, e se “caso demandado, deverá, portanto, provar que não agiu com culpa ao participar da publicidade viciada”. Por outro lado, há os que entendem que se trata de responsabilidade objetiva, tendo em vista a teoria do risco adotado pelo CDC atrelado ao princípio da solidariedade e à obtenção de vantagem econômica com as atividades promovidas. Nesse contexto, em razão do poder de persuasão que os influenciadores digitais exercem sobre seus seguidores, usuários de internet por meio da sociedade de exposição, bem como a confiança dispensada a eles e a vantagem econômica que recebem, entende-se que a responsabilidade dos influenciadores digitais é objetiva, tendo em vista os princípios da boa-fé e solidariedade, sem esquecer a necessária opção do legislador em proteger a parte mais vulnerável da relação consumerista que é o consumidor.

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

**BRUNO GALLUCCI** – O influencer digital deve ter um enorme cuidado ao divulgar uma marca, um produto ou um serviço nas redes sociais, para evitar que no futuro possa acarretar problemas.

# Filosofia e Direito Direito e Filosofia

*Ronaldo Poletti*



R\$ **72**,00

**550 páginas**

**Frete incluso**

Fone: (61) 3263-1362

[zkeditora.com](http://zkeditora.com)



"Filosofia e Direito. Direito e Filosofia, será destinado e utilizado como fonte de informação e de aprimoramento para obtenção da melhor e mais completa formação intelectual filosófico-jurídica de professores e estudantes de Direito ou de Filosofia, ou, simplesmente, para alargamento e embasamento da cultura dita humanística."

# Desemprego, desalento e informalidade

■ POR JOSÉ PASTORE

**“É imperioso olhar o longo prazo, acabar com as brigas políticas, reequilibrar as finanças públicas e ter uma liderança firme nos campos da tecnologia e da educação.”**



**C**omo pode o Brasil se livrar desses três graves problemas? É a pergunta que mais recebo de estudantes e jornalistas. Infelizmente, não existe uma bala de prata. O emprego de hoje reflete o investimento de ontem. E, nos dias atuais, o Brasil investe apenas 15% do PIB o que é irrisório para atender as necessidades de trabalho.

Mas, mesmo na retomada dos investimentos, especula-se sobre o impacto das tecnologias poupadoras de mão de obra. Sabe-se que elas destroem e criam empregos. Entretanto, as novas vagas só podem ser aproveitadas por trabalhadores que têm a qualificação exigida por elas.

Esse ajuste não é trivial. O Brasil possui poucos empregos e trabalhadores de alta qualidade. A maioria dos atuais postos de trabalho está em setores que requerem uma qualificação limitada: commodities, comércio e serviços simples, transporte e, marginalmente, indústria. Bem diferente é a matriz econômica da Alemanha, por exemplo, que exporta 50% do PIB em bens e serviços de alta tecnologia. Ou seja, exporta ideias, pesquisa, ciência que, em última análise, estão na cabeça dos trabalhadores.

No Brasil, 18,5% trabalhadores fazem tarefas simples do pequeno comércio e serviços; 9,4% fazem o mesmo na agricultura; assim é também com 6,5% que é a metade da mão de obra industrial; com 6,4% na construção civil; 5,9% nos serviços domésticos; 5,3% no transporte; 5,1% nos bares, hotéis e restaurantes; e 5,6% nos chamados “outros serviços” que incluem manejo de animais, apoio florestal, manutenção de esgotos, escoamento de resíduos, sapateiros, relojoeiros, chaveiros, bicicleteiros e outras atividades que demandam qualificação limitada. Tanto que 3,2% dos nossos trabalhadores são analfabetos; 22,8% têm o fundamental incompleto; 8,4%, o fundamental completo; 7,4%, o médio incompleto; 33,4%, o médio completo; 6,3%, superior incompleto; e 18,5%, o superior completo. Tudo isso sem falar na qualidade do ensino. Apenas 8% completam cursos técnicos em escolas de formação profissional.

A Alemanha, para produzir bens e serviços em química, farmácia, máquinas, automóveis, aviões, energia limpa e outras atividades complexas têm 44% de técnicos (formados pelo eficiente sistema dual que combina escolas e empresas) e 32% de diplomados em universidades, especialmente, em engenharia e ciências. As atividades mais simples do comércio e dos serviços são realizadas, na maior parte, por imigrantes de baixa qualificação.

Mas, a modernização tecnológica também avança no Brasil. Por isso, é imperioso implantarmos uma estratégia paralela de qualificação das pessoas. A China tem sido campeã nessa sincronia. Ao longo dos últimos vinte anos, o país intensificou o conteúdo tecnológico da sua economia e, ao mesmo tempo, qualificou o seu pessoal. No ano 2000, a China formou 46 milhões de jovens nas universidades; em 2020, foram 218 milhões! O mesmo se deu no ensino médio e técnico.

A Unctad recomenda que os países demasiadamente dependentes de commodities aproveitem as oportunidades que estão se abrindo e reduzam a lacuna tecnológica que neles impera. Está aí a necessidade de encetarmos uma gigantesca cruzada educacional de 15-20 anos para o Brasil dar um salto e acompanhar a eventual evolução da sua matriz econômica. Só assim poderemos atenuar o desemprego, o desalento e a informalidade de modo expressivo. É imperioso olhar o longo prazo, acabar com as brigas políticas, reequilibrar as finanças públicas e ter uma liderança firme nos campos da tecnologia e da educação. 



**JOSÉ PASTORE** é Professor de relações do trabalho da Universidade de São Paulo e membro da Academia Paulista de Letras. É Presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da Fecomercio-SP.

# Esterilização voluntária

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“Qualquer inserção do Estado, mesmo que calcada em políticas públicas específicas, que venha a se opor à decisão tomada pelo casal, arranha o núcleo protetivo da dignidade da pessoa humana.”**

**A** Lei nº 9.263/1996, que trata do planejamento familiar, em seu artigo 10, inciso I, quando cuida da esterilização voluntária realizada no âmbito do SUS, em uma das causas permitidas, estabelece “que o procedimento é permitido em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce.”

E, mais adiante, no § 5º, do inciso II, estabelece taxativamente: “Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.”

A leitura conjugada das exigências acima, até mesmo por quem não tem um trato próximo do Direito, leva à conclusão de que o Estado demonstra, de forma inequívoca, uma inadequada e incompatível ingerência na vida íntima do casal, além de envidar esforços para o aumento da prole. Cabe aqui recordar, em sentido contrário, o exemplo de intervenção estatal habitacional da China. Na década de 1970, foi adotada a política do filho único por casal. Em 2016, aumentou o limite para dois filhos e, em maio de 2021, três filhos. Se, por um lado, desacelerou o crescimento populacional, por outro acabou provocando um desequilíbrio de gênero, vez que no último censo eram 34,9 milhões a mais de homens do que mulheres.<sup>1</sup>

O tema foi ancorado pela Constituição Federal que deixou explicitado que a dignidade da pessoa humana, apontada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aliada à paternidade responsável, possibilitará um planejamento familiar de acordo com a deliberação do casal (art. 226, § 7º).

O Código Civil, por sua vez, na mesma esteira constitucional, reitera que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros

para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (art. 1.565, § 2º). E o mesmo estatuto sacramenta que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (art. 1.513).

A Lei nº 9.263/96, apesar de ter sido editada após a Constituição Federal, não observou as cláusulas legais atinentes à autonomia da vontade do casal, como sendo um espaço integrante da dignidade da pessoa humana. Foi por demais excessiva quando exige o consentimento expresso de ambos os cônjuges para a realização da esterilização voluntária. Invadiu não só a esfera íntima do casal como, principalmente, a determinação a respeito dos seus direitos sexuais e reprodutivos, provocando uma lastimável colidência com a garantia assegurada constitucionalmente.

Quando se fala que a fundamentação da esterilização precoce voluntária integra o largo horizonte do princípio da dignidade da pessoa humana nada mais é do que a revelação incontestada de um direito amplo, abrangente, difuso até, e que perpassa as definições costumeiras atribuídas pelos doutrinadores. No instante em que a Constituição oferece sua programação de direitos direcionados ao cidadão, está descrevendo que toda a carga positiva e tuteladora deve ser obedecida pelo Estado e a sua recusa passa a constituir uma ofensa ao próprio direito fundamental.

É nesse patamar que se insere a autonomia da vontade do casal para decidir livremente, de acordo com os direitos conferidos pela legislação, a respeito do planejamento familiar. Qualquer inserção do Estado, mesmo que calcada em políticas públicas específicas, que venha a se opor à decisão tomada pelo casal, arranha o núcleo protetivo da dignidade da pessoa humana.

É interessante observar que a exigência da autorização de cônjuge foi até além do texto original da lei, que teve como objetivo a intervenção cirúrgica. Algumas Unidades Básicas de Saúde vêm exigindo a assinatura do companheiro da mulher no termo de consentimento para a inserção do dispositivo intrauterino (DIU), que pode ser retirado a qualquer tempo.<sup>2</sup> É um desprestígio à autonomia da mulher que é a única responsável pelo seu próprio corpo.

O desnível legislativo, que perdura já por muitos anos, deve ser corrigido e ajustado ao conteúdo constitucional programado. Para tanto já foram tentadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra os dispositivos da Lei nº 9.263/1996, sendo uma pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), que leva o número 5911, e a outra pela Associação Nacional de Defensores Públicos, número 5097. 

## NOTAS

1 <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57246154>.

2 <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/09/resquicio-patriarcal.shtml>.



**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.

# Vinte anos dos atentados de 11 de setembro e seus impactos na imigração

■ POR DANIEL TOLEDO

**Como os atentados terroristas em Nova Iorque e Washington mudaram os procedimentos de concessão de vistos em todo o mundo**

**“Para solicitar o status de refugiado, a pessoa precisa provar legalmente que está sofrendo algum tipo de perseguição, por diferença de cor, raça, credo ou política, de modo que ela não tem mais condições de continuar a viver em seu país de origem.”**

**N**o dia 11 de setembro, completaram vinte anos dos atentados terroristas em Nova Iorque e Washington. Neste período, muita coisa mudou, não só na questão política, mas também na imigração.

É de se observar que as pessoas que participaram dos atentados já estavam dentro dos Estados Unidos, alguns deles já tinham se tornado cidadãos americanos, outros eram estudantes universitários. Além disso, tinham participado de curso de pilotagem, inclusive feito dentro dos Estados Unidos, ou seja, era uma preparação que já vinha acontecendo há muito tempo.

Com a evolução das investigações, os Estados Unidos começaram a se voltar mais para o terrorismo interno, ou seja, a necessidade de monitoramento constante não só das pessoas que estavam entrando no país, mas também de quem já estava em território americano.

Por conta dessa necessidade de autoproteção, importa lembrar que foi justamente nessa época que começaram os questionamentos sobre a invasão de privacidade, do aumento do uso de câmeras de vigilância, colocação de dispositivos com capacidade de reconhecimento facial nos principais aeroportos, além de uma série de outras questões.

A Transportation Security Administration (TSA), departamento responsável pela segurança em transportes nos Estados Unidos, criou diversos critérios que dificultaram ainda mais a entrada das pessoas no país, com a exigência de retirada de sapatos para passar pelos scanners, além de melhorar a acuracidade desses equipamentos. Isso aumentou bastante a segurança, mas não quer dizer que é totalmente à prova de falhas.

Em relação às homenagens às mais de 3 mil vítimas dos atentados, há vários anos os americanos já começam as celebrações logo no dia 6 de setembro. Nas residências que possuem mastro, a bandeira americana é hasteada, permanecendo em hasteamento total até o dia 10. Entre os dias 10 e 12, os moradores descem até meio mastro.

## O 11 DE SETEMBRO E A CRISE NO AFGANISTÃO

Traçamos um paralelo entre as celebrações pelos 20 anos dos atentados nos EUA e a crise no Afeganistão, com a retomada do país pelo Talibã. A fuga de afegãos pode prejudicar muito a entrada de pessoas não só pela questão das diferentes políticas que estão acontecendo neste momento, mas principalmente pela questão do número de *green cards* concedidos por ano pelos Estados Unidos. Quando se tem cinco, dez, vinte mil pessoas extraordinariamente entrando dentro de um determinado país e atingindo essas cotas, o que normalmente ocorre é a suspensão da autorização de residência, o que acaba prejudicando todos aqueles que já estavam na imensa lista de aplicantes para visto.

Crises humanitárias como as do Afeganistão e a da Síria, são um grande problema para o mundo inteiro, não somente para os Estados Unidos. A grande maioria das pessoas que deixa esses lugares já carrega consigo uma série de outros problemas emocionais, afinal perderam casa, família, não trazem dinheiro e nem falam o idioma local, de modo que elas se tornam um custo bem grande para o país que as acolhe, durante muito tempo.

Ao anunciar que pretende receber até 60 mil afegãos, os Estados Unidos podem atrair inúmeros problemas, pois, ao conceder autorização de residência para todo esse contingente, não significa que irão começar a trabalhar, a produzir e tampouco pagar impostos. Sem contar que essas pessoas chegam com muitos problemas psicológicos, financeiros e demandam atenção.

Para solicitar o status de refugiado, a pessoa precisa provar legalmente que está sofrendo algum tipo de perseguição, por diferença de cor, raça, credo ou política, de modo que ela não tem mais condições de continuar a viver em seu país de origem. 



**DANIEL TOLEDO** é advogado especializado em Direito Internacional, consultor de negócios internacionais e palestrante. Membro efetivo da Comissão de Relações Internacionais da OAB São Paulo e Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB Santos.



ARQUIVO PESSOAL

*Tide Setubal*

---



ARQUIVO PESSOAL

*Maria Alice Setubal*

---

# A saúde mental dos brasileiros em tempos de pandemia

**“A construção de uma sociedade mais saudável passa por um olhar para o coletivo que não seja impermeável à alteridade, mas, ao contrário, a valorize.”**

**A** pandemia de Covid-19 é a maior crise sanitária dos últimos anos, colocando em questão dimensões econômicas, sociais, políticas e subjetivas. Quando olhamos para a saúde mental, os números, que antes já eram alarmantes, dispararam.

O estudo One Year of Covid-19, realizado pela Ipsos para o Fórum Econômico Mundial com 30 países, apontou que 53% das pessoas entrevistadas no Brasil acreditam que sua saúde mental piorou desde o início da pandemia. O

país está em quinto lugar entre aqueles que mais têm sentido as consequências da pandemia em seu bem-estar emocional. E por que a saúde mental dos brasileiros está tão ruim, mesmo em comparação com outros países?

Para avançarmos nessa questão, é preciso levar em conta que há uma dimensão social e coletiva associada à saúde mental para além de uma dimensão individual. A psicanálise nos ensina que um sujeito se constitui no laço social com o outro, e, portanto, somos profundamente atravessados pelo cenário subjetivo, social e cultural no qual crescemos imersos. Dito de outro modo, não há “indivíduo-ilha”, que independa de outros seres humanos e da realidade na qual está inserido. Precisamos de uma coletividade para nos tornarmos sujeitos e construirmos sentidos para a vida.

Somos, então, parte de um organismo vivo – a sociedade – que tem estado bastante doente nos últimos tempos. É possível ficarmos bem quando ela padece? Como não se afetar quando vivemos em um país assolado por problemas tão agravados e escancarados pela pandemia?

Estamos sofrendo de ansiedade, solidão, medo de pegar Covid ou das inúmeras consequências, inclusive psíquicas, de ter sido contaminado pelo vírus. Estamos sofrendo com os excessos do trabalho, com a falta de trabalho, com o isolamento. Estamos sofrendo com a morte de mais de 580 mil brasileiros, um amigo, um familiar, uma vizinha e com o impedimento de fazer um luto digno e coletivo de tantas tristes perdas. Estamos sofrendo com o descaso total – “e daí?” – do governo federal, que nos faz desamparados. Estamos sofrendo com a lógica da intolerância e dos discursos de ódio, nos quais a alteridade é um inimigo ameaçador. Estamos sofrendo com o racismo, o machismo e com a gigantesca desigualdade social que corta este país. Estamos sofrendo.

Diante de múltiplos problemas sociais, quando escutamos o sofrimento de uma pessoa, é preciso escutar também a realidade em que ela está inserida. Quem mora em um território com altos índices de violência provavelmente será acometido por medo e tensão permanentes. Uma mulher negra angustiada, temendo pela segurança física de seu filho adolescente, sofre de um racismo gerado pela ordem social que afeta, e muito, seu bem-estar psíquico.

Levar em conta a dimensão política do sofrimento, escutando o sujeito a partir de sua singularidade e incluindo seu contexto social, é, portanto, fundamental para não individualizarmos fracassos e doenças psíquicas que são, antes de tudo, sociais.

A construção de uma sociedade mais saudável passa por um olhar para o coletivo que não seja impermeável à alteridade, mas, ao contrário, a valorize. Respeitar o outro e cuidar dele está profundamente ligado ao cuidado de si mesmo; somos seres vulneráveis e sociais, precisamos dos outros para estarmos bem. Se queremos melhorar a saúde mental dos brasileiros, temos de inscrever no futuro um horizonte coletivo de saúde, pois como a pandemia nos mostrou desde seu início, não existe uma salvação individual para as questões complexas da nossa vasta humanidade. 

---

**TIDE SETUBAL** é Psicanalista, membro do Instituto Sedes Sapientiae e coordenadora do projeto Territórios Clínicos da Fundação Tide Setubal.

---

**MARIA ALICE SETUBAL (NECA)** é Doutora em psicologia da educação (PUC-SP), socióloga e presidente do conselho da Fundação Tide Setubal.



# De Mariana a Brumadinho: O desenvolvimento, a empresa sustentável e o meio ambiente do trabalho

■ POR JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE E FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO

**“Dentro da temática sugerida e instados a refletir sobre os “acidentes” e seus impactos no direito do trabalho, nosso objetivo é relacionar o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente, em especial, o meio ambiente do trabalho, a partir da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU), das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do sistema jurídico nacional.”**

**A**lém do impacto ambiental e das perdas irreparáveis, os “acidentes” ocorridos em Mariana (novembro/2015) e em Brumadinho (janeiro/2019) acarretam inúmeros debates jurídicos, em áreas como o direito internacional, o direito ambiental, o direito do trabalho, o direito civil e o direito penal etc., envolvendo a empresa VALE, as empresas prestadoras de serviços e seus presidentes, diretores e corpo técnico.

Sem esquecer as centenas de vítimas em Mariana, o rompimento da barragem da empresa VALE em Brumadinho é considerado um dos maiores acidentes do trabalho no Brasil.

No caso de Brumadinho, o Ministério Público do Trabalho obteve uma liminar, a qual determinou o bloqueio da quantia de oitocentos milhões de reais,

como garantia para os trabalhadores dos danos decorrentes do acidente (Processo 0010008-15.2019.5.03.0142). Além disso, há notícias que em outras ações ajuizadas pelo Ministério Público Estadual houveram decisões liminares que bloquearam valores superiores a dez bilhões de reais, como mecanismos de cautela para o pagamento de todas as indenizações decorrentes deste triste evento.

Em julho/2019, o Ministério Público do Trabalho e a empresa VALE celebraram um acordo judicial prevendo a reparação civil dos trabalhadores e de suas famílias, com aspectos que muitas vezes são esquecidos em outras ações, como tratamento médico, psicológico e psiquiátrico pós-traumático e uma indenização para garantir a qualificação técnica dos trabalhadores e a educação de seus filhos.

Nesse estudo, dentro da temática sugerida e instados a refletir sobre os “acidentes” e seus impactos no direito do trabalho, nosso objetivo é relacionar o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente, em especial, o meio ambiente do trabalho, a partir da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU), das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do sistema jurídico nacional.

Seguramente, no século XXI, não se pode falar em desenvolvimento e em empresa sustentável, sem um olhar para o meio ambiente, mas também para o meio ambiente do trabalho e o cumprimento de obrigações legais oriundas do sistema jurídico trabalhista.

Nossa abordagem procura relacionar a concepção de empresa sustentável, com o meio ambiental do trabalho e a necessidade de cumprimento efetivo das normas de medicina e segurança do trabalho, como forma de garantir a dignidade e o respeito à saúde física e psíquica do trabalhador.

## **O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, A EMPRESA SUSTENTÁVEL E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO**

De forma ampla, a ideia de desenvolvimento sustentável apregoa a necessidade de um processo de desenvolvimento, com equilíbrio entre o crescimento econômico, equidade social e preservação do meio ambiente.

Apesar da origem desse conceito remontar a década de 1960, com a criação do Clube de Roma e a Conferência sobre o Ambiente Humano das Nações Unidas (Estocolmo) (1972), no cenário internacional, o tema ganha destaque no final do século XX, em especial, com o Relatório Brundtland (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1987), quando se consagra o conceito de desenvolvimento sustentável: “O desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

Posteriormente, o tema passa a ocupar a agenda internacional, o que acabou por levar a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável (ONU) a aprovar um conjunto de indicadores do denominado “desenvolvimento sustentável” (1995), com o objetivo de orientarem os países em desenvolvimento.<sup>1</sup>

Entre os 17 indicadores de desenvolvimento sustentável, alguns estão diretamente relacionados à proteção do meio ambiente: “6. água limpa e

saneamento”, “7. energia limpa e acessível”, “11. cidades e comunidades sustentáveis”, “12. consumo e produção responsável”, “13. ação contra a mudança global do clima”; “14. vida na água”; “15. vida terrestre.”

Nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) (ONU, 2015), entre outros temas relevantes, a ONU destacou a necessidade de se “garantir a sustentabilidade ambiental”.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o “papel sustentável e social” das empresas foi enfatizado na Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social (Declaração EMN, 1977). A Declaração EMN sofreu algumas atualizações, sendo a mais recente em 2017, e está em sintonia com os princípios orientadores globais para as empresas (Comissão de Direitos Humanos da ONU, 2011) e com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Nesse contexto, também se destaca o Pacto Global (2013).<sup>2</sup>

No âmbito regional, a Declaração Sociolaboral do Mercosul (1998, revisada em 2015), atribuiu aos Estados-membros o papel central no processo de desenvolvimento regional a partir de dois eixos, o trabalho decente (artigo 2º) e a empresa sustentável (artigo 3º). Além disso, reafirmou a centralidade do emprego nas políticas públicas, para o desenvolvimento sustentável e econômico da região (artigos 21 e 22).

Além do sistema jurídico internacional, envolvendo a preservação do meio ambiente com temáticas macro e, por vezes, pontuais, não se pode esquecer o meio ambiente do trabalho dentro da concepção de desenvolvimento sustentável.

Nesse aspecto, é importante mencionar que o Brasil ratificou Convenções da OIT sobre o meio ambiente do trabalho, são elas: (a) 119, Proteção das Máquinas no Ambiente de Trabalho; (b) 120, Higiene no Comércio e nos Escritórios; (c) 136, Proteção contra os Riscos da Intoxicação pelo Benzeno; (d) 139, Prevenção e Controle de Riscos Profissionais causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos; (e) 148, Contaminação do Ar, Ruídos e Vibrações; (f) 152, Segurança e Higiene dos Trabalhos Portuários; (g) 155, Segurança e Saúde dos Trabalhadores; (h) 161, Serviços de Saúde do Trabalho; (i) 167, Segurança e Saúde nas Minas; (j) 162, Utilização do Asbesto com Segurança; (k) 163, Proteção da Saúde e Assistência Médica aos Trabalhadores Marítimos; (l) 167, Segurança e Saúde na Construção; (m) 170, Segurança na Utilização de Produtos Químicos no Trabalho; (n) 174, Prevenção de Acidentes Industriais Maiores; (o) 176, Segurança e Saúde nas Minas; (p) 178, Condições de Vida e de Trabalho dos Trabalhadores Marítimos.

## CONCEITO DE DIREITO AMBIENTAL

No aspecto jurídico, para Maria Helena Diniz,<sup>3</sup> o Direito Ambiental é o “conjunto de normas que reconhecem e tornam efetivo ao ser humano o direito a um ambiente sã, tutelando-o na medida de seus interesses, sem prejudicar a defesa dos interesses gerais pelas entidades públicas e associações particulares”.

Os objetivos do Direito Ambiental são: “Assegurar não só a efetividade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, preservando-o e

defendendo-o, vedando práticas contra sua degradação e obrigando a recuperação do ambiente degradado, conforme soluções técnicas exigidas pelo órgão público competente, mas também o patrimônio genético, estabelecendo, ainda, diretrizes e punições às condutas lesivas ao meio ambiente; fixar os limites máximos de poluição; limitar administrativamente o uso da propriedade privada, impedindo dano causado pela poluição ambiental etc.”<sup>4</sup>

A base constitucional do Direito Ambiental Brasileiro encontra-se no art. 225, CF/88, no Capítulo VI – Do Meio Ambiente.

O art. 225, *caput*, CF, estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Da leitura do dispositivo constitucional, Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>5</sup> estabelece 3 (três) concepções fundamentais para o Direito Ambiental: “Indica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos; estabelece a natureza jurídica dos bens ambientais, como sendo de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida; e impõe, tanto ao poder público como à coletividade, o dever de defender e preservar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações.”

A Constituição estabelece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, reputando um bem de uso comum do povo, cabendo ao poder público e à coletividade a sua defesa.

O titular do meio ambiente sadio e equilibrado é o povo (“ser humano”), logo, reputa-se um direito transindividual (interesse difuso, art. 81, parágrafo único, I, Lei nº 8.078/1990).

Nesse sentido, Maria José S. C. Pereira do Vale<sup>6</sup> aduz: “O estabelecimento do meio ambiente como um direito de todos deve ser visto como um importante marco na construção de uma sociedade democrática e participativa, na medida em que é conferido à sociedade organizada em associações e sindicatos o encargo da preservação do meio ambiente. Continuando na análise do referido dispositivo (art. 225, *caput*, CF), passamos à natureza jurídica do bem ambiental, objeto do Direito Ambiental, para afirmar que se trata de direito difuso, já que transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I da Lei nº 8.078/1990), tanto como titulares do direito ao meio ambiente equilibrado como titulares do direito de defender e preservar o meio ambiente (nesse passo tanto o poder público quanto a sociedade civil gozam dessa prerrogativa).”

## CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

A expressão “meio ambiente” possui vários significados, os quais podem ser mencionados: “1. Habitat, ou seja, lugar onde se vive sob influência das leis físico-naturais, cuja fauna e flora devem ser preservadas, devendo-se para tanto combater a poluição e as práticas que possam ser lesivas a elas, sob pena de responsabilidade civil e penal. 2. É a interação do conjunto de elementos

naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana (José Afonso da Silva).”<sup>7</sup>

Do ponto de vista legal, meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem (física, química e biológica), que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I, Lei nº 6.938/81).

José Afonso da Silva<sup>8</sup> aponta três espécies de meio ambiente: “I – Meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto); II – Meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido do valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; III – Meio ambiente natural ou físico, constituído pelo solo, água, ar atmosférico, flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam.”

Para José Afonso da Silva, o meio ambiente do trabalho deve ser inserido no meio ambiente artificial, inclusive indicando que é digno de um tratamento especial na CF/88. O art. 200, VIII, ao tratar das competências do sistema único de saúde, estabelece: “Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

Há outros autores que destacam o meio ambiente do trabalho como um tipo de meio ambiente, como é o caso de Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues. Para esses autores, meio ambiente do trabalho é o “limite físico do local do trabalho, onde se deve tutelar a saúde e a segurança do trabalhador, protegendo-se o meio ambiente do trabalho de poluições”.<sup>9</sup>

A CLT não trata do meio ambiente do trabalho, todavia, nos seus arts. 154 a 201, o legislador consolidado estabelece uma série de regras pertinentes à temática da Segurança e Medicina do Trabalho.

## MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO

Constitucionalmente, os direitos sociais envolvem as questões relativas à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à Previdência Social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (art. 6º, CF).

O art. 7º, CF, estabelece quais são os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

No elenco destes direitos, temos: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII).

Todo empregador é obrigado a zelar pela segurança, saúde e higiene de seus trabalhadores, propiciando as condições necessárias para tanto, bem como zelando para o cumprimento dos dispositivos legais atinentes à medicina e segurança do trabalho.

A medicina e segurança do trabalho conjugam matérias inseridas no Direito Tutelar do Trabalho, pois o seu intuito é zelar pela vida do trabalhador,

evitando acidentes, preservando a saúde, bem como propiciando a humanização do trabalho.

As disposições inseridas na legislação específica e que são pertinentes à saúde, higiene e segurança possuem a titulação de medicina e segurança do trabalho.

Segurança do trabalho representa “a ausência de risco propiciador da incolumidade psicossomática do trabalhador”.<sup>10</sup>

Medicina do trabalho “compreende o estudo de todas as formas de proteção da saúde do trabalhador enquanto no exercício do trabalho, principalmente com o caráter de prevenção das doenças profissionais e de melhoramento das aptidões laborais em tudo quanto concerne às suas condições físicas, mentais e ambientais”.<sup>11</sup>

A temática da medicina e segurança do trabalho é tratada nos arts. 154 e segs., CLT, os quais se encontram divididos em três partes: (a) condições de segurança; (b) condições de salubridade; (c) outras condições tendentes a assegurar o conforto do trabalhador.

O legislador delegou à autoridade administrativa a regulação pormenorizada destes institutos, os quais são encontráveis na Portaria 3.214/78. Mais conhecidas como Normas Regulamentadoras (NRs).

As normas de segurança e medicina do trabalho são de ordem pública e aderem ao contrato individual de trabalho, integrando o Direito Tutelar do Trabalho.<sup>12</sup>

Pelo fato de que tais normas integram o contrato de trabalho, José Luiz Dias Campos e Adelina Bitelli Dias Campos<sup>13</sup> enfatizam: “Sustentamos, sem margem de erro, que o contrato de trabalho contém, implicitamente, cláusula asseguratória das condições de segurança e saúde do trabalhador de modo que, a sua inexistência caracteriza inadimplemento de obrigação contratual ensejadora de reparação penal e civil, havendo acidente do trabalho dela decorrente. Nestas circunstâncias o infortúnio laboral ocorreu não pelo risco da atividade laborativa para a qual foi contratado o laborista, mas por inexecução de uma obrigação que compete ao empregador. Acidente de trabalho decorrente de não cumprimento de normas de segurança e de saúde do trabalhador não é singelo acidente do trabalho, como pode parecer para alguns, mas também um ato ilícito, de natureza contratual, com todas as consequências previstas no Código Civil Brasileiro, notadamente a reparação do dano além da tipificação penal.”

A saúde e a incolumidade física do trabalho são fatores integrantes do próprio direito à vida. A vida humana possui um valor inestimável e deve ser protegida por todos os meios. A medicina e segurança do trabalho são matérias de grande valia, como instrumental técnico-jurídico, a valorizar e dignificar a vida humana, além do patrimônio jurídico do trabalhador, o qual é representado pela sua força de trabalho.

A obrigação de reparar o acidente de trabalho e demais situações a ele equiparadas deve ser valorizada, como forma de se evitar a ocorrência de milhares e milhares de acidentes que ocorrem em nosso país. A responsabilidade não possui somente desdobramento na área previdenciária. Deve também, em nosso entendimento, incidir em outros campos, tais como a responsabilidade criminal e civil.

Aliás, o art. 7º, XXVIII, CF, assim enuncia: “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), face à valorização do modelo negocial em relação ao legal, o art. 611-A, XII, autoriza o enquadramento do grau de insalubridade. Além de um retrocesso, do ponto de vista literal, o dispositivo contém uma contradição, na medida em que permite a negociação, contudo, vinculada ao que dispõe a lei e a regulamentação do Ministério do Trabalho.

Nas questões pertinentes à negociação coletiva de trabalho e seus limites (arts. 611-A e 611-B, CLT, advindo com a Reforma Trabalhista), não podem ser objeto de negociação: (a) as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em NRs; (b) aos adicionais de remuneração (atividades penosas, insalubres ou perigosas).

No fundo, não é possível a negociação coletiva quanto às normas de higiene, saúde e segurança do trabalho, ante o caráter de ordem pública de tais normas legais.

## **Regras gerais relativas à segurança e medicina do trabalho**

A observância, em todos os locais de trabalho, das regras relativas à Segurança e Medicina do Trabalho não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho (art. 154, CLT).

Compete à Secretaria de Segurança e Saúde do Trabalho: (a) estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos da Segurança e Medicina do Trabalho, especialmente os referidos no art. 200, CLT; (b) coordenar, orientar, controlar e supervisionar a fiscalização e as demais atividades relacionadas com a segurança e a medicina do trabalho em todo território nacional, inclusive a Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho; (c) conhecer, em última instância, dos recursos, voluntários ou de ofício, das decisões proferidas pelas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego (SRTEs) em matéria de segurança e medicina do trabalho (art. 155, I a III).

Compete especialmente às SRTEs, no limite de sua jurisdição: (a) promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; (b) adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições da segurança e medicina do trabalho, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias; (c) impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes do Capítulo V da CLT – Da Segurança e da Medicina do Trabalho, na forma do art. 201 (art. 156, I a III).

As empresas têm como obrigações: (a) cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (b) instruir os empregados, por meio de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (c) adotar as medidas que lhes sejam



**“Os “acidentes” de Mariana e Brumadinho demonstram que é preciso avançar na adoção da concepção de empresa sustentável apregoada pela ONU, pela OIT e no âmbito do Mercosul, bem como no sistema jurídico relacionado ao meio ambiente do trabalho e em sua máxima efetivação.”**

determinadas pelo órgão regional competente; (d) facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente (art. 157, I a IV).

Os empregados têm como obrigações: (a) observar as normas de segurança e medicina do trabalho e as instruções emanadas do empregador nos termos do art. 157, II; (b) colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos relativos à Segurança e Medicina do Trabalho (art. 158, I e II).

Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: (a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do art. 157, II; (b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa (art. 158, parágrafo único).

Por intermédio de convênios autorizados pelo Ministério do Trabalho, poderão ser delegadas a outros órgãos federais, estaduais ou municipais atribuições de fiscalização ou orientação às empresas quanto ao cumprimento das disposições relativas à Segurança e Medicina do Trabalho (art. 159).

### **Inspecção prévia e do embargo ou interdição**

Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho (art. 160, *caput*, CLT).

Nova inspeção deverá ser feita quando ocorrer modificação substancial nas instalações, inclusive equipamentos, que a empresa fica obrigada a comunicar, prontamente, à SRTE (art. 160, § 1º).

É facultado à empresa solicitar prévia aprovação, pela SRTE, dos projetos de construção e respectivas instalações (art. 160, § 2º).

O SRTE, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho (art. 161, *caput*).

As autoridades federais, estaduais e municipais darão imediato apoio às medidas determinadas pelo Superintendente Regional do Trabalho e Emprego (art. 161, § 1º).

A interdição<sup>14</sup> ou embargo<sup>15</sup> poderá ser requerido pelo serviço competente da SRTE, e, ainda, por agente da inspeção do trabalho ou por entidade sindical (art. 161, § 2º).

## Condições de segurança

A CLT estabelece uma série de medidas que devem ser observadas nos locais de trabalho, com o intuito de prevenção dos acidentes e doenças profissionais (arts. 170 a 187, 198 e 199).

O art. 200 atribui ao MTE à formulação e a expedição de Normas Regulamentadoras (NRs) que atendam às peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho.

Por intermédio da Portaria 3.214, o Ministério do Trabalho expediu as NRs, as quais já sofreram diversas modificações ou alterações.

As NRs dispõem a respeito das seguintes matérias:

NR 1 – Disposições gerais; NR 2 – Inspeção prévia; NR 3 – Embargos e interdição; NR 4 – Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho (SSMT); NR 5 – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA); NR 6 – Equipamentos de Proteção Individual (EPI); NR 7 – Exames médicos; NR 8 – Edificações; NR 9 – Riscos ambientais; NR 10 – Instalações e serviços de eletricidade; NR 11 – Transporte, armazenagem, movimentação e manuseio de materiais; NR 12 – Máquinas e equipamentos; NR 13 – Caldeiras, vasos de pressão e tubulações; NR 14 – Fornos; NR 15 – Atividades e operações insalubres; NR 16 – Atividades e operações perigosas; NR 17 – Ergonomia; NR 18 – Obras de construção, demolição e reparos; NR 19 – Explosivos; NR 20 – Combustíveis líquidos e inflamáveis; NR 21 – Trabalho a céu aberto; NR 22 – Trabalhos subterrâneos; NR 23 – Proteção contra incêndios; NR 24 – Condições sanitárias nos locais de trabalho; NR 25 – Resíduos industriais; NR 26 – Sinalização de segurança; NR 27 – Registro de profissionais; NR 28 – Fiscalização e penalidades; NR 29 – Trabalho portuário; NR 30 – Trabalho aquaviário; NR 31 – Trabalho na agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura; NR 32 – Trabalho em serviços de saúde; NR 33 – Trabalho em espaços confinados; NR 34 – Trabalho na indústria naval; NR 35 – Trabalho em Altura; NR 36 – Trabalho em empresas de abate e processamento de carnes e derivados.

## Equipamentos de proteção individual

A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados (art. 166, CLT).

O equipamento de proteção só poderá ser posto à venda ou utilizado com a indicação do Certificado de Aprovação do Ministério do Trabalho (art. 167).

Além da entrega do equipamento de proteção, o empregador é obrigado a exigir do empregado a sua efetiva utilização, bem como substituí-lo quando necessário.

Para o trabalhador rural, os equipamentos são regulados pelas Portarias 86/05 e 3.214/78 (NR 31) do Ministério do Trabalho e Emprego.

## Órgãos de segurança e medicina do trabalho nas empresas

As empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e medicina do trabalho (art. 162, *caput*).

Os Serviços Especializados em Engenharia e em Medicina do Trabalho (SESMT) são regulados pela NR 4.

O SESMT deve observar os seguintes princípios: (a) a classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades; (b) o número mínimo de profissionais especializados exigidos de cada empresa, de acordo com a sua classificação; (c) a qualificação exigida para os profissionais em questão e o seu regime de trabalho; (d) as demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nas empresas (art. 162, parágrafo único, *a a d*).

Nos termos da NR 4, a dimensão do SESMT depende do grau do risco da atividade principal e do número total de empregados existentes no estabelecimento.

O Dec. 92.530/86 regula a especialização de engenheiros e arquitetos em engenharia de segurança do trabalho, como também dispõe a respeito da profissão de técnico de segurança do trabalho. A Lei 7.410/85 dispõe sobre a atividade de engenharia de segurança.

Além dos serviços de engenharia e medicina do trabalho, também há a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), cuja constituição é obrigatória, de acordo com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obras nelas especificadas (art. 163, *caput*).

A CIPA encontra-se regulada pela NR 5, tendo como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador (art. 5.1, da NR 5). Na área rural, a CIPA é disciplinada pela NR 31.

## Edificações

As edificações deverão obedecer aos requisitos técnicos que garantam perfeita segurança aos que nelas trabalhem (art. 170, CLT).

## Outras medidas especiais de proteção

As medidas especiais de proteção encontram-se previstas no art. 200 da CLT e são as seguintes:

a) medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos;

b) depósitos, armazenagem e manuseio de combustíveis, inflamáveis e explosivos, bem como o trânsito e permanência nas áreas respectivas;

c) trabalho em escavações, túneis, galerias, minas e pedreiras, sobretudo quanto à prevenção de explosões, incêndios, desmoronamentos e soterramentos, eliminação de poeiras, gases etc., e facilidades de rápida saída dos empregados;

d) proteção contra incêndio em geral e as medidas preventivas adequadas, com exigências ao especial revestimento de portas e paredes, construção de paredes contra fogo, diques e outros anteparos, assim como garantia geral de fácil circulação, corredores de acesso e saídas amplas e protegidas, com suficiente sinalização;

e) proteção contra insolação, calor, frio, umidade e ventos, sobretudo no trabalho a céu aberto, com provisão, quanto a este, de água potável, alojamento e profilaxia de endemias;

f) proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho, com especificação das medidas cabíveis para eliminação ou atenuação desses efeitos, limites máximos quanto ao tempo de exposição, à intensidade da ação ou de seus efeitos sobre o organismo do trabalhador, exames médicos obrigatórios, limites de idade, controle permanente dos locais de trabalho e das demais exigências que se façam necessárias;

g) higiene nos locais de trabalho, com discriminação das exigências, instalações sanitárias, com separação de sexos, chuveiros, lavatórios, vestiários e armários individuais, refeitórios ou condições de conforto por ocasião das refeições, fornecimento de água potável, condições de limpeza dos locais de trabalho e modo de sua execução, tratamento de resíduos industriais;

h) emprego das cores nos locais de trabalho, inclusive nas sinalizações de perigo.

Tratando-se de radiações ionizantes e explosivos, devem ser observadas as normas técnicas previstas na Res. 6/73 do Conselho Nacional de Energia Nuclear (CNEN) (art. 200, parágrafo único).

## CONCLUSÃO

Os “acidentes” de Mariana e Brumadinho demonstram que é preciso avançar na adoção da concepção de empresa sustentável apregoada pela ONU, pela OIT e no âmbito do Mercosul, bem como no sistema jurídico relacionado ao meio ambiente do trabalho e em sua máxima efetivação.

Apesar do meio ambiente do trabalho no Brasil possuir previsão constitucional e um regramento jurídico infraconstitucional amplo, os mesmos não

foram suficientes para prevenir e evitar os “acidentes” envolvendo a empresa VALE em 2015 e em 2019.

Por isso, em nossa visão, não é possível associar a concepção de desenvolvimento e empresa sustentável apenas às questões ambientais, mas também é imprescindível avançar na temática do meio ambiente do trabalho e na necessidade de preservação da integridade física e mental dos trabalhadores e dos prestadores de serviços, aproximando as discussões aos indicadores de desenvolvimento sustentável (ONU), em especial, ao indicador “12. consumo e produção responsável”. 

## NOTAS

- 1 Os indicadores foram revisados em 2001 e 2007.
- 2 Sem caráter normativo, o Pacto Global é uma iniciativa desenvolvida pelo ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção refletidos em 10 princípios. O Pacto Global é uma iniciativa importante e base para a criação da ISO 26000 de RSE.
- 3 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. V. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141.
- 4 DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., v. 2, p. 141.
- 5 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Fundamentos constitucionais da política nacional do meio ambiente: comentários ao artigo 1º da Lei nº 6.938/1981. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito PUC/SP*, nº 2, p. 97.
- 6 VALE, Maria José S. C. Pereira do. Responsabilidade civil e o meio ambiente do trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo – 2ª Região*, nº 2, 1998, p. 194.
- 7 DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., v. 3, p. 245.
- 8 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 3.
- 9 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 64.
- 10 Cesarino Junior *apud* Magano, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito tutelar do trabalho*. V. 3. 2. ed. São Paulo: LTR, p. 155.
- 11 Cesarino Junior *apud* Magano, Octavio Bueno. Ob. cit., p. 155.
- 12 Direito Tutelar do Trabalho é a “parte do Direito do Trabalho composta de regras que podem implicar direitos e obrigações entre empregados e empregadores, mas nas quais predominam deveres dos últimos e, excepcionalmente, dos primeiros, perante o Estado” (MAGANO, Octavio Bueno. Ob. cit., p. 10). Pode ser dividido em regras concernentes: a duração do trabalho, de certas profissões especializadas, da higiene e segurança do trabalho e do trabalho de menores e mulheres.
- 13 CAMPOS, José Luiz Dias; DIAS, Adelina Bitelli. *Acidentes do trabalho. prevenção e reparação*. 3ª ed. São Paulo: LTR, 1996, p. 42.
- 14 A interdição representa a paralisação total ou parcial do estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento (item 3.2, NR 3, Portaria 3.214/1978).
- 15 Embargo é a paralisação total ou parcial da obra (item 3.3, NR 3, Portaria 3.214). Considera-se como obra todo e qualquer serviço de engenharia de construção, montagem, instalação, manutenção e reforma (item 3.3.1).

ARQUIVO PESSOAL



**JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE** é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

ARQUIVO PESSOAL



**FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO** é Desembargador Federal do Trabalho (TRT 2ª Região). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica/SP.



# A competência para apuração do crime cometido por militar federal de folga contra militar estadual em serviço

■ POR JORGE CESAR DE ASSIS E JOÃO CARLOS TOLEDO JÚNIOR

**“É a Justiça Comum a competente para julgar o militar federal da ativa que, estando de folga, cometa crime contra policial militar em serviço, ou contra a instituição militar estadual, ocasião em que se coloca o agente militar federal em condição semelhante à do civil.”**

**Q**uestão interessante do processo penal militar – no campo da competência – é saber, naqueles casos em que estão envolvidos militares das Forças Armadas de folga como agentes de crimes perpetrados contra policiais militares que estejam em serviço, qual seria a Justiça Militar competente para o processo e julgamento.

A Justiça Militar Brasileira está integrada ao Poder Judiciário Nacional e sua fonte é o art. 92, da Constituição Federal. Anote-se, todavia, que a Justiça Militar brasileira é “sui generis”, possuindo uma característica que a difere do modelo de outros países, já que no Brasil a justiça especializada é um gênero que apresenta duas espécies: a Justiça Militar da União – JMU, também chamada de Justiça Militar Federal (CF, art. 122-124) e, a Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, também chamada de Justiça Militar Estadual (CF, art. 125, §§ 3º a 5º).

Tanto os integrantes das Forças Armadas quanto os integrantes das Polícias e Corpo de Bombeiros Militares são militares – inexistente dúvida quanto a isso já que constitucionalmente definidos dessa forma, e é por isso que o fato criminoso envolvendo militar federal de folga contra militar estadual em serviço tem sido, algumas vezes, enquadrado no malsinado dispositivo do art. 9º, inciso II, alínea ‘a’ (militar em situação de atividade contra militar na mesma situação), do Código Penal Militar, para firmar a competência em favor da Justiça Militar da União.

Mas isso é um equívoco que se pretende agora demonstrar, já que fatos desta natureza seriam da competência da Justiça comum. Além da tipicidade indireta inicial (verificação se o fato está previsto na parte especial do CPM ou da legislação penal + verificação se está enquadrado em uma das hipóteses do art. 9º), e da verificação da existência ou não de alguma excludente de criminalidade, também deve ser analisada a efetiva ofensa à instituição militar envolvida, com reflexo na Justiça Militar competente para processar e julgar o fato.

Advirta-se, no entanto, não só a condição de os agentes, ativo e passivo, serem militares, e o fato de estar previsto na legislação castrense, são suficientes para firmar a competência da Justiça Militar da União.

Há que se considerar que a Justiça Militar – tanto a estadual quanto a federal – têm em vista a natureza dos bens juridicamente tutelados.

Quem protege a instituição policial ou bombeiro militar, nos casos em que ela é ofendida, é a Justiça Militar estadual, que tem competência restrita, somente processando e julgando policiais e bombeiros militares como autores de crime militar definido em lei (CF, art. 125, § 4º).

A Justiça Militar da União, que tem competência ampla, por sua vez, tutela as instituições das Forças Armadas, julgando os crimes militares definidos em lei praticados por qualquer pessoa e dela (Justiça Militar Federal) escapam os crimes contra os valores das Corporações estaduais.

Logo, é a Justiça Comum a competente para julgar o militar federal da ativa que, de folga, cometa crime contra policial militar em serviço, ou contra a instituição militar estadual, ocasião em que se coloca o agente militar federal em condição semelhante ao civil.

## **DA INDEVIDA AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO**

Já de algum tempo, o Superior Tribunal Militar, passou a decidir de modo oposto ao exposto ao início, como no caso em que um sargento do EB da ativa, mas de folga, desacatou policiais militares que estavam de serviço de policiamento ostensivo.

A denúncia ofertada pelo Ministério Público Militar havia sido rejeitada e, ante o recurso ministerial, o Superior Tribunal Militar determinou seu recebimento, ao argumento da prevalência do conceito constitucional de militar e por entender ainda que a Justiça Militar da União tutela os interesses da Federação, como a manutenção da ordem, da disciplina e hierarquia nas corporações militares estaduais e das forças armadas<sup>1</sup>. (Destacamos)

Consideramos, respeitados entendimentos contrários, que a r. decisão do E. STM extrapolou sua competência judicante, pois pretendeu tutelar também, a instituição policial militar atingida, competência constitucional que não lhe coube.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre esse interessante julgado do STM, por meio de julgamento do HC nº 83.003, sendo relator o Ministro Celso de Mello, e, em julgamento datado de 16.08.2005, por unanimidade, deferiu o pedido de habeas corpus nos termos do voto do relator,

invalidando o acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal Militar e determinando a imediata extinção do processo penal militar.

Portanto, em que pese o fato delituoso ter sido cometido por militar federal da ativa (mas de folga) contra militar estadual da ativa (em serviço), o simples critério *ratione personae* não prevaleceu, porque a instituição militar ofendida era a estadual, tutelada pela Justiça Militar Estadual que tem competência restrita, somente julgando policiais e bombeiros militares, dela escapando além dos civis, os militares federais. Da mesma forma, seria impossível o deslocamento de competência para a Justiça Militar da União porque não houve ofensa às instituições militares federais.

O Superior Tribunal Militar já pontuou outras decisões nesse sentido, de fatos delituosos envolvendo militares de esferas diversas, como no caso em que considerou ser competente a Justiça Militar da União, para processar e julgar o Cabo da Polícia Militar que, estando em serviço de polícia ostensiva, agrediu um Soldado Fuzileiro Naval, que se encontrava de folga, em via pública, tendo sido abordado pela guarnição PM, tendo o marinheiro sofrido lesões de natureza leve<sup>2</sup>.

A decisão privilegiou, uma vez mais o critério *ratione personae*, com base no conceito constitucional de militar, para enquadrar o fato no art. 9º, inc. II, “a”, do CPM, tendo novamente ampliado os limites da tutela jurisdicional da Justiça Militar federal para nela incluir os valores das instituições militares estaduais, com o que, pedimos vênias para discordar, ante o mandamento cristalino do art. 125, § 4º, da Carta Magna. Estando os PMs em serviço e o marinheiro de folga – e sendo este a vítima, a competência para processo e julgamento dos policiais militares é, sem qualquer sombra de dúvida, da Justiça Militar Estadual.

O equívoco vem se mantendo, atualmente e, conquanto o Superior Tribunal Militar reconheça acertadamente a condição de militar dos policiais e bombeiros militares (*até mesmo por expressa definição constitucional*), esta condição funcional não é suficiente para alargar a competência da Justiça Militar da União quando militares estaduais de serviço sejam sujeitos passivos de crime por parte de militares federais de folga ou, o que é pior, na mesma situação funcional dos envolvidos, sujeitar o militar estadual de serviço à Justiça Militar da União quando o PM cometa crime contra o militar federal de folga. Quem tutela os valores essenciais para as instituições militares estaduais é a Justiça Militar Estadual e, quando a ofensa à instituição militar estadual for feita por agente que não seja PM ou BM (civil ou militar federal de folga) a competência desloca-se para a Justiça Comum (Súmula nº 53 do STJ).

Ademais, reafirmamos que a hipótese da alínea ‘a’, do inciso II, do art. 9º, do CPM (militar da ativa contra militar da ativa) por si só não basta para a caracterização do crime militar, sendo necessário se perquirir a efetiva ofensa à instituição militar considerada.

Portanto, nas duas ementas mais recente a seguir apresentadas, existiu violação a duas normas constitucionais; a do princípio do juiz natural<sup>3</sup> e; da fixação competência da Justiça Militar Estadual<sup>4</sup>:

Na primeira questão, tratada no ano de 2019 pelo Plenário do Superior Tribunal Militar, sendo decidido por maioria dos Ministros deste Tribunal a competência da Justiça Militar da União, senão vejamos:

EMENTA: RECURSO INOMINADO. CRIME PRATICADO POR OFICIAL DO EXÉRCITO BRASILEIRO EM FACE DE POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REQUERIMENTO DE DECLARAÇÃO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. REJEIÇÃO PELO JUÍZO DE 1º GRAU. IRRESIGNAÇÃO DO PARQUET DAS ARMAS. CRIME PRATICADO EM HORÁRIO DE FOLGA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. DESPROVIMENTO.

I – Nos termos do art. 42 da Constituição Federal (CF), os integrantes das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares (PM/CBMs) são militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios. A eles são aplicadas as disposições do art. 142, §§ 2º e 3º, da Carta Magna. Portanto, não podem ser classificados, para efeitos de aplicação da Lei Penal Militar, como civis.

II – Por meio de interpretação conforme, o art. 22 do Código Penal Militar (CPM) deve ser analisado no sentido da inclusão dos militares estaduais no âmbito da incidência da norma, sob pena de ser declarado parcialmente não recepcionado pela CF.

III – Ao integrante das Forças Armadas que pratique condutas típicas, ainda que em atividade particular, deve ser aplicado o CPM, desde que a situação se amolde a uma das hipóteses previstas no art. 9º, I e II, do mesmo Código.

IV – Uma vez que foi supostamente praticado crime por militar federal em face de integrante de corporação estadual, ainda que em horário de folga, o fato deve ser considerado delito castrense, eis que enquadrado no art. 9º, II, “a”, da Lei Penal Militar.

V – Violação de bens jurídicos da esfera de jurisdição da Justiça Militar da União. Manutenção da competência da 5ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM).

VI – Recurso conhecido e desprovido. Decisão por maioria. (RSE nº 7000726-32.2018.7.00.0000. Relator: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Julgamento: 21.5.2019. Publicação: 14.6.2019)

O Recurso em Sentido Estrito supramencionado foi interposto pelo representante do Ministério Público Militar (MPM) em face da Decisão proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 5ª Circunscrição Judiciária Militar (5ª CJM), que rejeitou a manifestação do *Parquet* pela declaração de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar a suposta prática de condutas delitivas praticadas pelo recorrido em face de integrantes da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

Ao analisar o pleito Ministerial, o Juiz Federal da Justiça Militar rejeitou a manifestação de incompetência, destacando que a Constituição Federal definiu que os integrantes das corporações dos Estados e do Distrito Federal são militares estaduais e que o art. 9º, inciso II, alínea “a”, ao definir como crime castrense aquele praticado por militar da ativa contra outro em igual situação, não fez distinção entre Forças Armadas e PM/CBMs. Salientou também que a Súmula nº 297 do Supremo Tribunal Federal deixou de ser aplicável por ser anterior à CF/1988.

Irresignado, o MPM apresentou Recurso Inominado em face desta decisão, sendo que no bojo de suas razões afirmou que a conduta do Militar Federal foi praticada em horário de folga e que a abordagem dos membros da PM de Santa

Catarina ocorreu em um bar, razão pela qual os fatos devem ser classificados como crimes comuns, a serem apurados pela Justiça estadual.

Por meio de Contrarrazões, a defesa ratificou a tese ministerial e aduziu pela incompetência da Justiça Militar da União para o julgamento do feito. Requereu a remessa dos autos ao Juízo estadual competente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral de Justiça se manifestou pelo conhecimento e desprovemento do pleito, com a manutenção da decisão recorrida, salientando que o art. 124 da CF/88 deixou a cargo do legislador ordinário a definição dos crimes castrenses e que o art. 9º, II, “a”, do CPM coloca nessa categoria aqueles praticados por um militar em atividade contra outro na mesma situação.

Disse que o art. 22 do mesmo Código não foi recepcionado pela CF vigente e que, nos termos do art. 42 da Carta Magna de 1988, os membros da PM e CBM são militares. Citando ainda o que segue:

“Além disso, não há de ser olvidado que a Justiça Militar da União tutela interesses da ordem, disciplina e hierarquia nas Corporações Militares estaduais e nas FFAA, tendo o art. 144, § 6º, da Constituição Federal, bem delimitado que as polícias militares e corpos de bombeiros militares tratam-se de forças auxiliares e reserva do Exército. Adite-se que o servidor público militar, quer na ativa ou até mesmo na inatividade, deve manter a correção de atitudes e o respeito à disciplina e hierarquia, os pilares de sustentação das FFAA, de maneira permanente, como previsto pelo art. 8º §§ 1º e 2º do Decreto nº 4.346/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército). Logo, em ocorrendo a violação de tais deveres e valores intrínsecos e mantenedores da Administração Militar e das FFAA, com a devida vênia aos ínclitos e percucientes entendimentos em direção oposta, a prevalência do interesse da União emerge. Igualmente, a competência da Justiça Militar da União há de ser preservada, nos termos do art. 124, caput e parágrafo único, c/c 142, da Carta Magna vigente.”

Em outra decisão, no ano de 2021, o STM voltou a considerar os militares estaduais como militares para fins de competência da Justiça Militar da União:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. RESISTÊNCIA MEDIANTE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA. AUTOR. MILITAR DO EXÉRCITO EM FOLGA. VÍTIMA. MILITAR ESTADUAL (POLICIAL MILITAR – PM) EM SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 9º, II, A, DO CPM. CRIME PRATICADO POR MILITAR DA ATIVA CONTRA MILITAR DA ATIVA. DELITO CASTRENSE. ART. 22 DO CPM. INTERPRETAÇÃO À LUZ DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JMU.

1. O embate entre militares em situação de atividade – independente do local da ocorrência – amolda-se à hipótese prevista na alínea “a” do inciso II do art. 9º do CPM, restando, por reflexo, competente a JMU para apreciar e julgar os fatos.

2. O dispositivo supramencionado não traz, como as demais alíneas do mesmo artigo, nenhuma condicionante, bastando, para a sua configuração, que a situação envolva militares em situação de atividade, em face da gravi-

dade da conduta e dos possíveis reflexos na execução dos serviços prestados pelas Forças Armadas.

3. As alegações de que o autor e a vítima não sabiam de suas mútuas condições de

serem militares; a área do delito não era militar; estavam de folga; não estavam de serviço, dentre outras, não podem conduzir ao equívoco da subtração de feitos abrangidos pela competência da JMU. Há crimes perpetrados entre militares, em áreas que não estão sob a Administração Militar, causadores de repercussões muito mais graves quando comparados a outros ocorridos dentro delas.

4. A definição e o alcance da expressão “militares em situação de atividade” estão delineados no Estatuto dos Militares (E1), em seu art. 6º, o qual equipara as expressões “na ativa”, “da ativa”, “em serviço ativo”, “em serviço na ativa”, “em serviço”, “em atividade” ou “em atividade militar”. Em outras palavras, contrapõe-se à situação de militar em inatividade, quais sejam, os da reserva e os reformados.

5. Conforme o art. 144, § 6º, da CF/1988, as PM e os Bombeiros Militares (BM) são forças auxiliares e reserva do Exército. O comando desse dispositivo amplia a competência da JMU, à qual também incumbe estabilizar e tutelar as relações dos militares da ativa da Marinha, do Exército e da Aeronáutica com os integrantes das PM e dos BM, tutelando, assim, os Princípios basilares das Forças Armadas.

6. O CPM optou por considerar como delito castrense a conduta ilícita praticada entre militares da ativa, sem especificar outras condicionantes. O referido dispositivo deve ser interpretado conforme o seu exato texto legal, sem a adição de requisitos inexistentes. Nesse viés, o ilícito praticado por militar da ativa contra outro militar da ativa, mesmo que ambos estejam de folga e fora de área sujeita à Administração Militar, tem nefastos reflexos intramuros dos quartéis das Forças Armadas, devendo ser processado e julgado pela JMU.

7. A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) especificou quem são os militares. Além dos membros das Forças Armadas (art. 142 da CF/1988), a Carta Magna inclui os integrantes das PM e dos BM dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 42 da CF/1988). Nesse rumo, o art. 22 do CPM foi ampliado pela atualização inserida no texto constitucional. Assim, os Militares Estaduais são considerados militares para fins de enquadramento no art. 9º, II, “a”, do CPM, na condição de agentes ou de vítimas de crime militar. Portanto, essas situações estarão abrangidas pela competência da JMU.

8. Os crimes praticados por Militar Federal fora de serviço contra Militar Estadual em serviço são de Competência da JMU. A conduta lesiona bens jurídicos tutelados pela Norma Castrense e os Policiais Militares e os Bombeiros Militares estão abarcados às hipóteses de incidência do art. 9º, inciso II, “a”, do CPM.

9. Recurso conhecido por unanimidade e provido por maioria (A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha conhecia e negava provimento ao Recurso Ministerial, para manter inalterada a Decisão que rejeitou a Denúncia, reconhecendo a incompetência da Justiça Militar da União para julgar o feito, e

fará declaração de voto) (RSE Nº 700024-81.2021.7.00.0000, Relator: Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias. Julgado em: 18 de março de 2021)

No caso acima, a Juíza Federal Militar da 7ª CJM fundamentou sua decisão no fato de o Militar Federal ter praticado a conduta durante a sua folga, inexistindo ofensa às Forças Armadas. Ademais, ressaltou que a alínea “a” do inciso II do art. 9º do CPM é inaplicável aos casos envolvendo Militares Estaduais, ante o teor do art. 22 do CPM.

Contudo, o representante do Ministério Público Militar interpôs o referido Recurso em Sentido Estrito, aduzindo que o comportamento delituoso partiu de militar federal da ativa contra militares estaduais da ativa e houve afronta a diretrizes de obediência à autoridade militar. Salientou, ainda, a não receptividade do art. 22 do CPM, por contrariar os arts. 42 e 142, ambos da CF/88. A magistrada da 7ª CJM ratificou a decisão impugnada, determinando a remessa dos autos ao Superior Tribunal Militar.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, mediante Parecer da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, manifestou-se pelo provimento do Recurso, aduzindo que as vítimas foram militares estaduais da ativa em serviço, com espeque no art. 9º, II, “a”, do CPM.

Analisando os dois julgados do Superior Tribunal Militar, iremos constatar que a jurisprudência anterior do Superior Tribunal Militar era mais restrita, para entender que o crime cometido pelo Militar Federal fora de serviço, contra Militar Estadual não era da competência da Justiça Militar da União, se não se enquadrasse em alguma das situações previstas nas alíneas do art. 9º do CPM, conforme se verifica da jurisprudência abaixo:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESACATO DE MILITAR FEDERAL DE FOLGA CONTRA POLICIAL MILITAR ESTADUAL EM SERVIÇO DE POLICIA-MENTO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PELO MPM REJEITADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO DO JUÍZO A QUO DE DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.

1. Apenas o fato de o delito ter sido praticado por Militar das Forças Armadas não enseja a competência da Justiça Militar da União.

2. O crime cometido por militar das Forças fora de serviço, em lugar não sujeito à administração militar, contra policial militar em serviço de policiamento civil não se enquadra nas hipóteses elencadas no art. 9º do Código Penal Militar, restando afastada a competência da Justiça Militar União em favor da Justiça comum.

3. Recurso provido. Decisão por maioria. (RSE nº 0000110-06.2012.7.06.0006, Relator: Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Julgamento: 01/10/2013)

O entendimento anterior, retratado no precedente acima era o mais correto. A finalidade maior de uma Justiça Especializada na seara militar é a peculiar proteção que deve ser conferida às Instituições Militares, cujos membros destas são meras personificações da Força que integram, portanto só se justifica

a atuação da Justiça Militar da União quando e se forem atingidos bens jurídicos afetos às Forças Armadas.

Vale ressaltar que a natureza castrense do fato delituoso, sobretudo quando o crime é também previsto na legislação penal comum, se obtém a partir da conjugação de diversos elementos de configuração típica, especialmente a condição funcional do agente e a do sujeito passivo da ação delituosa, devendo a conduta guardar relação com as funções regulares do militar.

Neste ponto, descaracteriza-se a índole militar do ilícito penal, se o agente não se encontra em situação de atividade e nas situações em que o desvio de conduta não decorre diretamente de suas atribuições específicas e da atividade militar, estando tal entendimento em consonância com o Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>, senão vejamos:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. JUSTIÇA MILITAR FEDERAL X JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. MILITARES DO EXÉRCITO DA ATIVA, DE FOLGA E SEM FARDA QUE TERIAM DESACATADO E DESOBEDECIDO BOMBEIROS MILITARES EM OPERAÇÃO DE SOCORRO A POTENCIAL SUICIDA. CONDUTA POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI 13.491, DE 13/10/2017. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Situação em que, em resposta de chamada para salvar potencial suicida tentando se jogar de uma ponte, uma unidade do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais se deparou, no local do salvamento, com outros dois indivíduos com hálito etílico que se identificaram como Sargentos do Exército, negando-se, entretanto, a apresentar sua identidade militar. Um deles, preferindo palavras de baixo calão, além de ter empurrado um dos Bombeiros, o teria xingado e depreciado o nome da instituição. Além disso, mesmo tendo sido orientados a aguardar a chegada da polícia para recolhê-los à prisão, ambos os investigados se evadiram.

2. O desacato e a desobediência podem configurar tanto crime militar próprio (arts. 299 e 301 do CPM) quanto crime militar impróprio (arts. 330 e 331 do Código Penal), a depender de se o militar que o praticou estava na ativa, no exercício de sua função e/ou agindo em razão dela.

3. Se, a despeito de os investigados serem militares da ativa, sua conduta teve lugar fora do horário de serviço, quando não envergavam farda e em momento algum se valeram de seu cargo para o cometimento dos delitos, é viável concluir que agiram como civis e que sua conduta não se enquadra na hipótese do art. 9º, II, a, do Código Penal Militar (crimes praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado), única que, em tese, poderia se amoldar ao confronto entre militares da ativa. Afastada, assim, como consequência, a competência da Justiça Militar Federal que se firmaria em decorrência do fato de pertencerem os indiciados a organização militar federal (in casu, o Exército brasileiro).

4. Isso não obstante, mesmo que o militar, fora do horário de serviço, tenha agido como civil, se praticou delito contra outro militar da ativa no exercício de sua função, sua conduta pode ser enquadrada como delito militar impróprio, nos termos da alínea d do inciso III do Código Penal Militar, que admite

seja transferida para a Justiça Militar também os delitos previstos na lei penal comum praticados por civis, “ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública (...). Em tal situação, se as “vítimas” do desacato e da desobediência foram Bombeiros Militares, organização pertencente ao estado de Minas Gerais, justifica-se a fixação da competência da Justiça Estadual para a condução das investigações.

5. Nos termos do artigo 125, §4º, da Constituição Federal, a Justiça Militar Estadual é competente para processar e julgar os crimes militares praticados apenas pelos militares estaduais, restrição não encontrada no âmbito da Justiça Militar da União. Precedentes. Com efeito, a Justiça Militar Estadual é competente para julgar militares integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros, quando pratiquem crimes, na forma do art. 9º, do CPM. Não possui competência para julgar civil. Sua competência é mais restrita. Interpretação da Lei Maior.

6. De acordo com o enunciado nº 53 desta Corte Superior de Justiça, “Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais”.

7. Conflito conhecido, a fim de declarar competente para a condução do presente Inquérito Policial o JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO CRIMINAL DE TRÊS CO-RAÇÕES – MG, suscitado. (CC nº 162399/MG. Terceira Seção. Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA. Julgamento: 27 FEV 2019. Publicação: 15 MAR 2019).

Nesta senda, segundo a magistrada da 7ª CJM, “a apreciação do caráter militar do crime eventualmente praticado por um militar da ativa exige mais, exige que as Forças Armadas sejam atingidas, tanto é assim que a competência da Justiça Militar da União não distingue a natureza do agente, de modo a abranger condutas praticadas tanto por militares, como também por civis, pois, o que importa não é tanto o fato de ser civil ou de ser militar, mas, sim, se as Forças Armadas foram afrontadas pela ação do sujeito ativo”.

Portanto, militar federal de folga, que cometa alguma infração penal militar contra militar estadual em serviço não ofenderá os valores das Forças Armadas, pois a valorização da Justiça Militar da União se dá quando se homenageia a sua especificidade, que é a apreciação de condutas que afrontem as Forças Armadas, seja como instituição, seja nos fundamentos da Hierarquia e Disciplina.

Isto posto, a caracterização do crime militar em razão do critério *ratione personae* (art. 9º, II, “a”, do CPM) deve ser compreendido à luz da principal diferença entre o crime comum e o crime militar, merecendo destacar algumas decisões do Excelso Pretório sobre o assunto, in verbis:

EMENTA: HABEAS CORPUS – CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO – INFRAÇÃO PENAL PRATICADA POR MILITAR FORA DE SERVIÇO CONTRA POLICIAL MILITAR EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO. OS CRIMES DE RESISTÊNCIA, LESÕES CORPORAIS LEVES E DESACATO QUALIFICAM-SE COMO DELITOS MILITARES EM SENTIDO IMPRÓPRIO.

O ordenamento positivo, ao dispor sobre os elementos que compõem a estrutura típica do crime militar (“essentialia delicti”), considera, como ilícito

castrense, embora em sentido impróprio, aquele que, previsto no Código Penal Militar – e igualmente tipificado, com idêntica definição, na lei penal comum (RTJ 186/252-253) –, vem a ser praticado “por militar em situação de atividade (...) contra militar na mesma situação (...)” (CPM, art. 9º, II, “a”). – A natureza castrense do fato delituoso – embora esteja ele igualmente definido como delito na legislação penal comum – resulta da conjugação de diversos elementos de configuração típica, dentre os quais se destacam a condição funcional do agente e a do sujeito passivo da ação delituosa, descaracterizando-se, no entanto, ainda que presente tal contexto, a índole militar desse ilícito penal, se o agente não se encontrar em situação de atividade. Hipótese ocorrente na espécie, eis que os delitos de resistência, lesões leves e desacato teriam sido cometidos por sargento do Exército (fora de serviço) contra soldados e cabos da Polícia Militar (em atividade).

**A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CASTRENSES, DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL.**

– A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, “ratione personae”. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar). – O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, “tout court”. E o crime militar, comissivo por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz.

**O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.**

– É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural -, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado -, consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

**CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO CARÁTER ESTRITO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS-MEMBROS.**

– A jurisdição penal dos órgãos integrantes da estrutura institucional da Justiça Militar dos Estados-membros não se estende, constitucionalmente, aos integrantes das Forças Armadas nem abrange os civis (RTJ 158/513-514, Rel. Min. CELSO DE MELLO), ainda que a todos eles haja sido imputada a suposta prática de delitos militares contra a própria Polícia Militar do Estado ou os agentes que a compõem. Precedentes. (HC nº 83003/RS, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Julgamento: 16/08/2005)

EMENTA: HABEAS CORPUS – CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO – DELITO PRATICADO POR MILITAR FORA DE SERVIÇO CONTRA OUTRO MILITAR QUE, IGUALMENTE, NÃO ESTAVA EM MISSÃO MILITAR – EMPREGO, NAS SUPOSTAS PRÁTICAS DELITUOSAS, DE ARMA DE FOGO DE USO PARTICULAR – DESCONHECIMENTO MÚTUO, POR PARTE DO AGENTE E DA VÍTIMA, DE SUAS RESPECTIVAS CONDIÇÕES DE INTEGRANTES DAS FORÇAS ARMADAS – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO.

Descaracteriza-se a natureza castrense do fato delituoso, se este, supostamente cometido fora de área sob administração militar, é praticado por militar que não estava em serviço, que não executava missão militar, que agiu por motivos estritamente pessoais e que empregou, na alegada prática criminosa, arma de fogo de uso particular. Consequente não configuração dos elementos e das circunstâncias referidos no art. 9º do Código Penal Militar, a despeito da condição militar de uma das vítimas, que também não se achava, tal como o agente, no momento do evento delituoso, em situação de efetiva atuação funcional e que teria sido agredida por razões absolutamente estranhas à atividade castrense. Precedentes. – Impõe-se respeitar o postulado do juiz natural, que representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, civil ou militar, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar da União. – O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, tais como definidos na legislação castrense e segundo as circunstâncias taxativamente referidas no art. 9º do Código Penal Militar. (HC nº 102380/RJ, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Julgamento: 28/08/2012)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. FURTO SIMPLES. ART. 240 DO CPM. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRIME MILITAR (ART. 9º, II, 'A', DO CPM). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM.

1. A caracterização do crime militar em decorrência da aplicação do critério *ratione personae* previsto no art. 9º, II, "a", do CPM deve ser compreendido à luz da principal diferença entre o crime comum e o crime militar impróprio: bem jurídico a ser tutelado. Nesse juízo, portanto, torna-se elemento indispensável para configuração do tipo penal especial (e, portanto, instaurar a competência da Justiça Militar da União) a demonstração de ofensa a bens jurídicos de que sejam titulares as Forças Armadas. Daí a convergência de entendimento, na jurisprudência do STF, de que o delito cometido fora do ambiente castrense ou cujo resultado não atinja as instituições militares será julgado pela Justiça comum. Precedentes.

2. Em se tratando de crime contra o patrimônio privado, cometido fora de local sujeito à administração militar, a mera condição de militar do acusado e do ofendido, ambos fora de serviço, é insuficiente para justificar a competência da Justiça especializada, já que ausente outro elemento de conexão com a vida militar.

3. Ordem concedida. (HC nº 117254/PR, Relator: Ministro TEORI ZAVASKI, Julgamento: 30/09/2014)

Após tudo o que foi exposto, é de fácil percepção que a matéria não apresenta consenso sequer entre os juízes federais da Justiça Militar, e muito menos entre os membros do Ministério Público Militar.

Com efeito, na Auditoria da 5ª CJM, foi o membro do Ministério Público Militar quem, não oferecendo a denúncia alegou a incompetência da Justiça Militar (CPPM, art. 398), requerendo que os autos fossem encaminhados para a Justiça comum – com o que não concordou o magistrado, ao passo que na Auditoria da 7ª CJM deu-se o contrário, tendo sido a Juíza quem não recebeu a denúncia ofertada pelo MPM por entender que os fatos não se apresentavam como sendo da competência da Justiça Militar da União.

Também é possível constatar então, que as decisões do Superior Tribunal Militar para afirmar sua competência naqueles casos em que militar federal de folga, comete crime contra militar estadual estando este último em serviço, tem por principais fundamentos os seguintes:

### **A suposta ampliação do sentido do art. 144, § 6º, da CF**

Para o STM a ampliação da competência da Corte encontra fundamento no dispositivo do art. 144, § 6º, da CF/1988, segundo o qual as PM e os Bombeiros Militares (BM) são forças auxiliares e reserva do Exército. O comando desse dispositivo ampliaria a competência da JMU, à qual também incumbiria estabilizar e tutelar as relações dos militares da ativa da Marinha, do Exército e da Aeronáutica com os integrantes das PM e dos BM, tutelando, assim, os Princípios basilares das Forças Armadas.

Há, nesse entendimento, injustificável equívoco da jurisprudência do STM visto que, em que pese estar inserido dentro do Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, o art. 144 da Constituição Federal se insere, umbilicalmente no Capítulo III daquele Título, que trata especificamente da Segurança Pública. Os espaços destinados à Justiça Militar se situam nos arts. 122 a 124 e, 125, §§ 3º a 5º da Carta Magna.

Conforme já se analisou em outro espaço<sup>6</sup>, os termos “auxiliares” e “reserva”, portanto, induzem a um caráter de subsidiariedade das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, pressupondo no aspecto estritamente militar, a ideia da existência de uma força tida como principal, no caso, o Exército Brasileiro.

Ali se viu, então, que a terminologia referente à mencionada reserva do Exército passou a ser expressamente prevista, no âmbito constitucional, a partir do advento da Constituição da República de 1934<sup>7</sup>.

Em tal diploma normativo, a supracitada referência encontrava-se sob a égide do Título VI, intitulado Da Segurança Nacional, restando a previsão contemplada em seu artigo 167, o qual prelecionava que “as polícias militares são consideradas reservas do Exército e gozarão das mesmas vantagens a este atribuídas, quando mobilizadas ou a serviço da União”.

Na Constituição brasileira decretada em 10 de novembro de 1937, por sua vez, não se vislumbra qualquer dispositivo que mencione os termos ora em comento, no que tange às Polícias Militares<sup>8</sup>. Entretanto, cabe consignar a existência de lei, editada em 17 de janeiro de 1936, a qual possuía por finalidade a reorganização, pelos Estados e pela União, das Polícias Militares, sendo estas consideradas como reservas do Exército.

Nesse sentido, vale reprimir o disposto no artigo 1º, da Lei nº 192 de 1936, cujo conteúdo asseverava que as Polícias Militares seriam reorganizadas pelos Estados e pela União, na conformidade desta Lei, e seriam consideradas reservas do Exército, nos termos do art. 167 da Constituição Federal.

Nessa senda, mostra-se oportuno no momento deixar de lado a vetusta Lei nº 192 de 1936, voltando-se as atenções para o Decreto-Lei nº 667, de 02.07.1969<sup>9</sup>, o qual não se pode olvidar que “surgiu no cenário jurídico em um período de exceção, sob a égide de uma outra constituição e em momento em que o Poder Executivo legislava. Surgiu, pois, sob a disciplina do Ato Institucional 5 (AI-5), por todos nós conhecidos”<sup>10</sup>.

O Decreto-Lei nº 667, de 1969, sob o enfoque da teoria da recepção, deve ser concebido como recepcionado pela Constituição Federal de 1988, com força de lei ordinária, somente no que concerne às matérias expressamente transcritas no inciso XXI, do art. 22, da nossa Carta Magna. Ou seja, se a Constituição dispõe que compete a União, privativamente, legislar sobre “normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares<sup>11</sup>”, não nos parece difícil visualizar que as previsões afetas à instrução, ensino, justiça e disciplina, que estavam previstas no art. 8º, inc. XVII, “v”, da Constituição de 1969, irradiando-se posteriormente para o Decreto-Lei nº 667 e seu regulamento<sup>12</sup>, não são mais aplicáveis atualmente, em face da manutenção do pacto federativo. Ou seja, a União somente está autorizada a disciplinar, para as instituições militares dos Estados e do Distrito Federal, as matérias enumeradas no rol do inciso XXI, do art. 22, da CF/88, sob pena de haver inconstitucionalidade material.

Em razão disto, a conclusão que se impõe é que a aplicação dos termos “forças auxiliares” e “reserva”, constantes do § 6º, do art. 144, da Constituição Brasileira, somente terão lugar quando a instituição militar estadual ou do Distrito Federal estiver devidamente mobilizada, total ou parcialmente. Tal situação, no entanto, somente ocorrerá nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fato que comprove a ineficácia de medida tomada durante estado de defesa ou, ainda, declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira<sup>13</sup>.

Por conseguinte, tem-se que para o desempenho das atividades constitucionais específicas das polícias militares e corpos de bombeiros militares – previstas no art. 144, § 5º da CF/88, as instituições estaduais e distritais não agem na condição de auxiliar e reserva do exército. Nesse sentido, as referidas instituições aparecem como os principais instrumentos da preservação da ordem pública, bem como das atividades concernentes à defesa civil, sem nenhuma parcela de subsidiariedade<sup>14</sup>.

Resta então, demonstrada a inaplicabilidade do art. 144, § 6º, da Constituição, para ampliar indevidamente a competência da Justiça Militar da União.

## **O malsinado dispositivo do art. 9º, inciso II, alínea 'a', do CPM**

Para o STM, a ampliação da competência da Corte, no entendimento majoritário que vem se firmando, o embate entre militares em situação de atividade

– independente do local da ocorrência – amolda-se à hipótese prevista na alínea “a” do inciso II do art. 9º do CPM, restando, por reflexo, competente a JMU para apreciar e julgar os fatos em análise. O dispositivo supramencionado não traz, como as demais alíneas do mesmo artigo, nenhuma condicionante, bastando, para a sua configuração, que a situação envolva militares em situação de atividade, em face da gravidade da conduta e dos possíveis reflexos na execução dos serviços prestados pelas Forças Armadas. Nem mesmo alegações de que o autor e a vítima não sabiam de suas mútuas condições de serem militares; ou que a área do delito não era militar; que estavam de folga ou que não estavam de serviço, dentre outras, não podem conduzir ao equívoco da subtração de feitos abrangidos pela competência da JMU.

Data máxima vênia, o equívoco é, justamente desse entendimento ampliativo, não se esquecendo, inclusive, que da forma como está sendo interpretado pela Corte Castrense, o referido dispositivo – de caráter objetivo, se apresenta como indicador de que a Justiça Militar está pretendendo julgar o crime do militar, e não o crime militar definido em lei.

Este entendimento – que não leva em conta a efetiva ofensa à instituição militar como requisito essencial para a caracterização dos delitos de natureza castrense, vem recebendo pacífica repulsa tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça, principalmente naqueles casos envolvendo militares de folga, em local fora da administração militar, ou por questões puramente de natureza particular. Tanto para o STF como para o STJ, o delito cometido fora do ambiente militar ou cujo resultado não atinja as instituições militares (efetiva ofensa) deverá ser julgado pela Justiça Comum<sup>15</sup>.

## CONCLUSÃO

É tempo de concluir, e o fazemos nos termos do magistério do Ministro Ricardo Lewandowski, constante do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 157.308/Mato Grosso do Sul, de que “a caracterização do crime militar em decorrência da aplicação do critério *ratione personae* previsto no art. 9º, II, a, do CPM deve ser compreendido à luz da principal diferença entre o crime comum e o crime militar impróprio: o bem jurídico a ser tutelado.

Nesse juízo, portanto, torna-se elemento indispensável para caracterização do tipo penal especial a demonstração de ofensa a bens jurídicos de que sejam titulares as Forças Armadas. Daí a convergência de entendimento, na jurisprudência do STF, de que o delito cometido fora do ambiente castrense ou cujo resultado não atinja as instituições militares será julgado pela Justiça comum”, ainda que cometido por militar contra militar.

À luz da Constituição Federal vigente – e da legislação infraconstitucional devidamente recepcionada por ela – a conclusão que se impõe, ressalvados os entendimentos contrários e de todo respeitados, é o de que as polícias militares e os corpos de bombeiros militares somente serão empregados como forças auxiliares e reserva do Exército Brasileiro em missões de natureza estritamente militares, que imponham a necessidade de mobilização e convocação das

instituições militares estaduais e do Distrito Federal, e que autorizam o estado de sítio (CF/88, art. 137, incisos I e II)<sup>16</sup>.

Já em relação à ampla, nobre e difícil missão de preservação da ordem pública<sup>17</sup> e da incolumidade das pessoas, o que fazem através do exercício da Polícia Ostensiva e das atividades de Defesa Civil, as Polícias e os Corpos de Bombeiros Militares são os titulares de suas atividades, exercendo-as de acordo com a Constituição, as leis vigentes e as particularidades de cada Unidade da Federação.

Portanto, nesse aspecto relacionado à Segurança Pública, as Polícias e os Corpos de Bombeiros Militares não são forças auxiliares nem reserva de ninguém, e o disposto no § 6º, do art. 144, da Carta Magna não autoriza a ampliação da competência da Justiça Militar da União, para nela inserir a tutela dos bens jurídicos afetos às instituições militares estaduais e do Distrito Federal.

Quem protege a instituição Policial ou Bombeiro Militar, nos casos em que ela é ofendida, é a Justiça Militar Estadual, que tem competência restrita, somente julgando policiais e bombeiros militares autores de crime militar (CF, art. 125, § 4º).

A Justiça Militar da União, por sua vez, tutela as instituições das Forças Armadas, julgando os crimes contra elas cometidos e dela (Justiça Militar Federal) escapam os crimes praticados contra os bens e valores das Corporações estaduais.

Logo, é a Justiça Comum a competente para julgar o militar federal da ativa que, estando de folga, cometa crime contra policial militar em serviço, ou contra a instituição militar estadual, ocasião em que se coloca o agente militar federal em condição semelhante à do civil. Conquanto não tenha sido o objeto deste ensaio, idêntico raciocínio se faz em relação ao militar federal inativo (da reserva remunerada ou reformado) autor de crime nas mesmas situações.

Corolário do que foi exposto anteriormente, não há de se descuidar das medidas administrativas a serem adotadas pela equipe de militares estaduais (vítimas do militar federal da ativa mas de folga), consubstanciadas, no caso, pela apresentação do militar federal ao Delegado de Polícia Civil para lavratura de Auto de Prisão em Flagrante Delito, com a observância de suas prerrogativas<sup>18</sup>, ou, para a lavratura de Termo Circunstanciado, conforme o ato delituoso praticado se apresente como crime ou infração de menor potencial ofensivo<sup>19</sup>.

Completamente descabida e sem nenhum amparo, qualquer possibilidade de apresentação do militar federal para a autoridade de polícia judiciária militar das Forças Armadas para as providências de praxe. ❏

## NOTAS

- 1 STM, Rec. Crim. (FO) 2002.01.007044-9/RS, Rel. Min. Antonio Carlos de Nogueira, j. em 03.02.2003.
- 2 Rec. Crim. 2009.01.007-2/PE, Rel. Min. Marcos Augusto Leal de Azevedo, j. em 10.12.2009, maioria, Rel. para o Acórdão Min. Sérgio Ernesto Alves Conforto.
- 3 CF, art. 5º, LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade compe-

- tente; art. 5º, XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção. CF, art. 5º, LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; art. 5º, XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção
- 4 CF, art. 125, § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
  - 5 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/militar-fora-servico-julgado-desacato-justica-comum>. Acesso em: 14 ago. 21.
  - 6 ASSIS, Jorge Cesar de; GENRO, Ângela Saideles; RIBAS, Renata. ANÁLISE DA SIGNIFICAÇÃO DOS TERMOS “FORÇAS AUXILIARES” E “RESERVA”, CONSTANTES NO ARTIGO 144, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Publicado no site JUS MILITARIS em 03.09.2011. Disponível em [https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/pm\\_reserva\\_eb.pdf](https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/pm_reserva_eb.pdf), acesso em: 19 ago. 21.
  - 7 A história das Polícias Militares confunde-se com a história dos Estados a que pertencem. São instituições híbridas, possuindo, de um lado uma estrutura militar com base na hierarquia e disciplina e, de outro uma atividade policial, de natureza civil, destinadas ao exercício da polícia ostensiva e à preservação da ordem pública.
  - 8 Inicialmente, os corpos de bombeiros militares eram Unidades das Polícias Militares, delas fazendo parte. Posteriormente, os Corpos de Bombeiros Militares passaram a se tornar independentes. Atualmente, somente nos Estados de São Paulo e Paraná.
  - 9 Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências.
  - 10 ASSIS, Jorge Cesar de; NEVES, Cícero Robson Coimbra; CUNHA, Fernando Luiz. *Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. 6. ed., Revista, ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 37
  - 11 Nova redação do art. 22, XXI, da CF: Compete privativamente à União legislar sobre: (...) normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
  - 12 Decreto nº 88.777, de 30.09.1983 (R-200), regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.
  - 13 CF/88, art. 137 – que dispõe sobre o Estado de sítio.
  - 14 Nesse aspecto, cumpre lembrar a atuação da Inspetoria-Geral das Polícias Militares, criada pelo Decreto-Lei nº 317, de 13 de março de 1967. A Portaria Ministerial nº 067- Res, de 12 de dezembro de 1990, organizou o Comando de Operações Terrestres (COTER) e a IGPM passou a ser subordinada ao mesmo, a partir de 1º de abril de 1991. Atualmente, integra o Comando de Operações Terrestre do Exército Brasileiro e “com a criação da 3ª Subchefia, por meio da Port. Nr 160-EME-Res, de 22 Ago 05, a IGPM passou a ser uma Seção da mesma, mantendo a sua estrutura com 2 (duas) Subseções: a 1ª desenvolvendo atividades de acompanhamento e controle da organização, dos efetivos, da legislação e das atividades das PM/CBM no exterior; a 2ª, acompanhando a administração de material bélico e a mobilização daquelas corporações, de acordo com o preconizado pela Constituição Federal/88” (Disponível em: <http://www.coter.eb.mil.br/index.php/historico-igpm>. Acesso em: 21 ago. 21).
  - 15 Nesse sentido: STF, 1ª T., HC 99.541/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10.05.2011, DJe 25.05.2011, unânime; STF, 1ª T., HC 103.812/SP, Rel. para o Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 29.11.2011, DJe 17.02.2012.; RHC 157.308, relator o Min. Ricardo Lewandowski. decisão monocrática de 14.08.2018, contra decisão do STM em caso de lesão corporal praticada por militar contra outro militar, ambos em atividade, mas de folga, ficou assentado em sua decisão monocrática

que o delito cometido fora do ambiente militar ou cujo resultado não atinja as instituições militares (efetiva ofensa) deverá ser julgado pela Justiça Comum, sendo essa a orientação do STF, tendo como precedentes: HC nº 117.254/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma; HC 155.245/RS, relator Min. Celso de Melo; HC 103.812/SP, relatora Min. Carmen Lúcia; STJ, 6ª T, HC 57.074/RJ, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 08.03.2007, DJe 22.09.2008; STJ, 5ª T., HC 163.752/RJ, Relª. Minª. Laurita Vaz, j. em 09.08.2011, DJe 22.08.2011;

- 16 A história brasileira irá revelar uma participação marcante das Polícias Militares nas nossas revoluções internas, v.g., para ficar somente no século XX: as de 1924, 1930 e 1932.
- 17 CF, art. 144, referente ao capítulo III, intitulado: “Da segurança Pública”.
- 18 Lei 6.880, de 09.12.1980 – Estatuto dos Militares, art. 74: Somente em caso de flagrante delito o militar poderá ser preso por autoridade policial, ficando esta obrigada a entregá-lo imediatamente à autoridade militar mais próxima, só podendo retê-lo, na delegacia ou posto policial, durante o tempo necessário à lavratura do flagrante.
- 19 Registre-se, por necessário, que o Termo Circunstanciado da Infração de Menor Potencial Ofensivo pode ser lavrado também pela autoridade policial militar. Precedentes: TJPR, Órgão Especial, ADI 1.556.279-5, relator Des. Telmo Cherem, julgado em 05.03.2018, unânime; STF, ADI 3.982/SC, relator Min. Luiz Fux, não conhecida pela Relator em decisão monocrática, por tratar-se o objeto da ação de ato normativo secundário; Corregedoria-Geral de Justiça do TJTO, Provimento nº 9 – CGJUS/ASPCGJUS, de 11.06.2018.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar*. 10. ed., Curitiba: Juruá, 2018.
- ASSIS, Jorge César. *Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos*. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2012.
- ASSIS, Jorge César. Art. 9º do CPM. *A ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar*. Publicado no site JUS MILITARIS em 26.05.2011. Disponível em: [https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/tipicidade\\_indireta.pdf](https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/tipicidade_indireta.pdf).
- ASSIS, Jorge Cesar de; GENRO, Ângela Saideles; RIBAS, Renata. *ANÁLISE DA SIGNIFICAÇÃO DOS TERMOS “FORÇAS AUXILIARES” E “RESERVA”, CONSTANTES NO ARTIGO 144, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*. Publicado no site JUS MILITARIS em 03.09.2011. Disponível em [https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/pm\\_reserva\\_eb.pdf](https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/pm_reserva_eb.pdf)
- ASSIS, Jorge Cesar de; NEVES, Cícero Robson Coimbra; CUNHA, Fernando Luiz. *Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. 6. ed., Revista, ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2005
- Revista Consultor Jurídico. *Cabe à Justiça Comum julgar militar acusado de desacato fora de serviço*. Publicado em 06.03.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/militar-fo-ra-servico-julgado-desacato-justica-comum>. Acesso em: 14 ago. 21.
- ROTH, Ronaldo João. *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura. 2004.
- TOLEDO JÚNIOR. João Carlos. *Justiça Militar Brasileira: Aspectos Comparativos entre a União e Estados*. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/jctoledojr.pdf>. Acesso em: 14 ago. 21.



ARQUIVO PESSOAL

**JORGE CESAR DE ASSIS** é Advogado inscrito na OAB/PR. Membro aposentado do Ministério Público Militar da União. Integrou o Ministério Público paranaense. Oficial da reserva não remunerada da PMPR. Sócio Fundador da Associação Internacional de Justiças Militares e atualmente seu Secretário-Geral. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Administrador do site: [www.jusmilitaris.com.br](http://www.jusmilitaris.com.br).



ARQUIVO PESSOAL

**JOÃO CARLOS TOLEDO JÚNIOR** é Militar Estadual da PMPR (Major QOPM). Atualmente Chefe do Núcleo de Controladoria Interna da Coordenadoria Estadual de Defesa Civil. Instrutor no Curso de Formação de Oficiais e Curso de Polícia Judiciária Militar – Oficiais, ambos na PMPR. Docente na extensão em Direito Penal Militar (UNICURITIBA) e na Pós-graduação em Direito Processual Penal e Prática Forense Penal (UEPG). Bacharel em Segurança Pública e Cidadania. Bacharel em Direito. Especialista em Direito Militar, em Direito Penal, em História Militar e em Direito Constitucional Aplicado. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Polícia Militar do Estado de São Paulo. Membro Efetivo e Fundador da Academia de Letras dos Militares Estaduais do Paraná – ALMEPAR (Cadeira – 12: Cel. PM Dagoberto Dulcídio Pereira). Membro Correspondente da Academia de Letras dos Militares Estaduais de Santa Catarina – ALMESC e da Academia de Letras dos Militares Estaduais da Paraíba – ALMEP.



## Por quais motivos ainda existe reatividade por parte de empresas familiares em relação a implementação de programa de *Compliance*?

■ POR PATRICIA PUNDER E MARCELA ARGOLLO

**“Para se ter uma empresa próspera é imprescindível definir a missão, visão e valores da empresa. Somente uma empresa que caminha de acordo com seus valores poderá atingir sua visão de futuro de forma íntegra e sem atalhos.”**

O termo *Compliance* ganhou notoriedade no Brasil com a implementação da Lei anticorrupção e com a operação Lava Jato. Até então era um termo desconhecido para a grande maioria das empresas nacionais e familiares. Com a chegada da necessidade de implementação de programa de *Compliance* efetivo vieram as primeiras reações negativas, como por exemplo, este programa seria aplicado apenas para multinacionais ou grandes empresas nacionais com ações na bolsa de valores.

Além disso, também surgiram as reações de cunho totalmente emocional, tais como, medo de perder o poder centralizado no proprietário, negação as

mudanças nos controles internos, pois sempre tudo foi feito do mesmo modo desde a fundação, e gastos em algo que nunca dará certo em empresas deste modelo de negócios.

Conseqüentemente, surgiu e continua ainda a crença limitante enraizada de que *Compliance* é burocrático e engessa o dia a dia dos negócios e das empresas. No entanto, ter um programa de *Compliance* significa dar maior transparência para os colaboradores e sociedade em geral em relação aos processos internos da empresa e tal fato assusta as empresas familiares, uma vez que muitas são acostumadas a confundir o dinheiro da empresa com o dinheiro da família.

Então, voltamos ao questionamento: por que será que esta afirmação é recorrente em empresas familiares?

Porque nós brasileiros, temos uma cultura mais voltada para o individualismo. Se eu e minha família estamos bem, não me importa o mundo ao redor. Ainda estamos anos luz de uma sociedade colaborativa e solidária, como são muito dos países nórdicos. Ressalto que não temos ainda uma cultura empreendedora – de execução, como possuem os americanos por exemplo, conseqüentemente não realizamos planejamento estratégico ou gestão dos negócios. Se perguntarmos a um americano se ele/ela prefere ser empregado ou dono do seu próprio negócio, a resposta será muito assertiva: ser dono(a) do próprio negócio. Isto faz parte da cultura americana denominada de “self made man”.

Infelizmente, muitas empresas familiares ainda creditam que para conduzir as decisões e rotinas da organização pode-se continuar utilizando aquele jeitinho brasileiro de ser que conhecemos bem. Afinal, se algo acontecer, muitas vezes escutamos que o fundador tem amizade com pessoas influentes, principalmente agentes públicos e políticos, portanto, são quase que “intocáveis”

Os brasileiros que se aventuram em empreender ou até em seguir com o legado da família, no momento que o negócio cresce, acabam sendo de forma um pouco desordenada e em certo momento perde-se a gestão e visão de futuro, pois o dia-a-dia é consumido sem planejamento, políticas, processos e controles pré-estabelecidos.

Já falando em rotina, esse é um dos maiores segredos para algo dar certo. Na vida, quando temos rotina, disciplina e constância, conseguimos tudo o que quisermos! E esse é um ponto ainda a ser desenvolvido dentro da cultura brasileira. Isso porque a rotinas vem com bons hábitos, sendo eles tão difíceis de se estabelecer, pois o preço a se pagar é imediato, porém a recompensa é a longo prazo.

De acordo com o IBGE, cerca de 90% das empresas no Brasil possuem um perfil familiar. Empresas estas que foram formadas em um contexto econômico diferente da qual vivemos atualmente, com uma concorrência não tão acirrada, cenário mais estável e previsível, com mudanças não tão constantes, acesso limitado a informações, inovações e por aí vai.

No cenário de mudança de geração, a organização acaba tendo dificuldades em dar um próximo passo, a tão sonhada venda ou até o IPO. Com o aumento de volume das operações, a complexidade da gestão também cresce, e neste momento é imprescindível que a liderança das empresas familiares comece a pensar em profissionalização e governança corporativa, o que não significa a

substituição de membros da família, mas sim a conscientização e mudança de “mindset” para que haja um aprimoramento contínuo dos processos internos.

Porém, para que se haja essa melhoria, é necessária implementação de uma série de ações como: constituição de um conselho de governança, elaboração de um código de conduta, treinamentos e implementação de processos e controles, dando assim a alta gestão uma falsa percepção de engessamento da empresa. Com isso vem a frase: “Não consigo mais fazer nada na minha empresa porque o *Compliance* não deixa.”

Para conseguirmos olhar essa dor ou percepção errônea, precisamos pensar na causa raiz dela, que na minha ótica é e sempre será o ser humano e suas condutas! A cultura brasileira não fomenta o profissionalismo e ética como base e alicerce das nossas ações. É necessário se entender que para tudo temos direitos e deveres. Tristemente, chegamos a um ponto na sociedade onde todos querem direitos, mas ninguém quer arcar com as responsabilidades.

Para se ter uma empresa próspera é imprescindível definir a missão, visão e valores da empresa. Somente uma empresa que caminha de acordo com seus valores poderá atingir sua visão de futuro de forma íntegra e sem atalhos. Pode-se fazer uma analogia com uma plantação, pois para que se consiga colher bons frutos, é imprescindível que o plantio seja feito no momento adequado, de forma correta e com boa irrigação. Claro que como todo o plantio, existe um tempo para que se possa colher os bons frutos.

Apesar do disposto no parágrafo acima, as empresas ainda têm o costume de querer colher com afino e rapidez, antes que todo o processo de maturação da plantação da colheita ocorra. Ou então, se esquecem que todas as plantas devem ser irrigadas constantemente e cuidar das pragas (que nas empresas pode ser uma cultura toxica de assédio moral/sexual, corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outras existentes).

Em analogia com uma empresa, para que ela venha a prosperar no mercado é necessário primeiro pensar na sua estruturação. E para que esta estruturação ocorra, precisamos trabalhar na mudança de pensamento da liderança. Mostrando, portanto, que o caminho a ser seguido pode ser aos primeiros olhos mais árduo, porém será o que lá na frente irá fornecer os frutos esperados. Portanto para que você consiga ter uma empresa próspera e lucrativa, precisa pensar e agir com profissionalismo e excelência! Sabendo que apesar de parecer um pouco complexo no início, a estruturação de um programa de *Compliance* será a única solução para que uma empresa familiar continue a prosperar por muitos anos. 

ARQUIVO PESSOAL



**PATRICIA PUNDER** é Advogada e *compliance officer* com experiência internacional. Professora de *Compliance* no pós-MBA da USFSCAR e LEC – Legal Ethics and *Compliance* (SP). Uma das autoras do “Manual de *Compliance*”, lançado pela LEC em 2019 e *Compliance* – além do Manual 2020. Com sólida experiência no Brasil e na América Latina, expertise na implementação de Programas de Governança e *Compliance*, LGPD, ESG, treinamentos; análise estratégica de avaliação e gestão de riscos, gestão na condução de crises de reputação corporativa e investigações envolvendo o DOJ (Department of Justice), SEC (Securities and Exchange Commission), AGU, CADE e TCU (Brasil).

ARQUIVO PESSOAL



**MARCELA ARGOLLO** é profissional com vasta experiência em organizações de grande porte como Odebrecht, Ernst & Young e Motorola, que vivenciou projetos corporativos nas áreas de governança, planejamento, auditoria e *Compliance*. Head do programa de *Compliance* na Leo Learning, professora de *Compliance* e Liderança na FGV, coordenadora do EAD da Brain School, professora convidada de *Compliance* do INSPER e CEDIN, consultora e palestrante. Formação em Administração de empresas e Ciências Contábeis. MBA Finanças pela FGV, Pós-graduada em *Compliance* pela USP e ESG pelo CFI (Corporate Finance Institute). Membro do CWC.



# Da apropriação ilícita dos símbolos da nação

■ POR MARCELO VÁLIO

**“Empunhar a Bandeira do Brasil não representa os princípios, valores e filosofia de um político ou de um partido político ou de uma facção. Indispensável alertar a sociedade desta prática ilícita e ilegal de apropriação dos símbolos da nação.”**

**U**ma nova prática vem sendo efetivada por políticos e partidos radicais em âmbito mundial, ou seja, apropriarem-se dos símbolos da nação como se fossem bandeiras de suas filosofias.

Notória e crescente a apropriação de símbolos nacionais por movimentos de extrema direita.

O fenômeno acontece atualmente no Brasil, mas já vinha acontecendo em vários outros países.

Nos EUA, Trump tentou vender a idéia de quem não usasse a bandeira americana, ou quando seus adversários não a usavam, não seriam patriotas, e estariam contra o país como um todo.

Na Finlândia, usar o símbolo nacional hoje está associado a extrema direita e a grupos xenófobos. Infelizmente criou-se uma identificação do símbolo nacional com esses grupos.

O partido de extrema direita – AfD na Alemanha, sustenta que todos os seus seguidores usem da bandeira alemã, e criaram a ideia de que os demais partidos sentiriam vergonha dos símbolos nacionais por não usá-los.

Percebe-se claramente uma filosofia em busca da confusão entre patriotas versus não patriotas.

Na realidade patriota é aquele que ama a pátria e a ela presta serviços, e o não patriota é o antônimo do conceito de patriota, mas isso não quer dizer que patriota é de direita e antipatriota é de centro ou esquerda.

Usar da bandeira como símbolo de patriotismo é de se orgulhar, mas usar o símbolo como identificação de uma filosofia político partidária é imoral, ilegal e inconstitucional.

Assim, patriotismo é a prática de amor, paixão, lealdade, identificação, apoio ou defesa de um determinado país e não de um determinado político, ou partido político ou facção.

Na Constituição Federal em seu art. 13 diz que a bandeira é o símbolo oficial da República.

Ilegal usar a Bandeira do Brasil como roupagem partidária, ou política, conforme proibido no art. 31 da Lei nº 5.700 de 1971. Fala-se nesta lei que se trata de manifestações de desrespeito à Bandeira Nacional, e, portanto, proibidas.

Deturpação do que é patriotismo é uma imoralidade nacional gravíssima.

Enganar o povo do verdadeiro conceito de patriotismo gera para algumas pessoas a repulsa em vestir suas camisetas verdes e amarelas. Assim, irresponsável a deturpação do conceito de patriota e da utilização indevida da bandeira nacional como frente política partidária.

Empunhar a Bandeira do Brasil não representa os princípios, valores e filosofia de um político ou de um partido político ou de uma facção.

Indispensável alertar a sociedade desta prática ilícita e ilegal de apropriação dos símbolos da nação.

Paradigma a decisão contrária, do Ministro Luiz Fux, em relação ao hasteamento da Bandeira do Brasil Império na sede do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, na capital Campo Grande, por ordem do presidente da corte no Estado, desembargador Carlos Eduardo Contar.

Segundo o Excelentíssimo Ministro Fux: “A manutenção da situação relatada tende a causar confusão na população acerca do papel constitucional e institucional do Poder Judiciário, na medida em que o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul pretende diminuir os símbolos da República Federativa do Brasil.”

Esse é outro fato clássico de apropriação política indevida.

Assim fica meu alerta e aos leitores fica um convite a reflexão a respeito assunto. 



**MARCELO VÁLIO** é especialista em direito constitucional pela ESDC, especialista em direito público pela EPD/SP, mestre em direito do trabalho pela PUC/SP, doutor em filosofia do direito pela UBA (Argentina), doutor em direito pela FADISP, pós doutor em direito pelo Universidade de Messina (Itália) e pós doutorando em direito pela Universidade de Salamanca (Espanha), é referência nacional na área do direito dos vulneráveis (pessoas com deficiência, autistas, síndrome de down, doenças raras, burnout, idosos e doentes).

# Acordos de discrecionariiedade regrada no processo penal e a objeção de consciência

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE



“No caso de violação do direito de objeção de consciência, deverá o Judiciário exercer seu controle de legalidade e, acaso não se resolva a questão de imediato, cabível será a impenetração do remédio constitucional do “Habeas Corpus”.”

**E**m palestra sob a coordenação do Professor André Dias Fernandes, o Professor Juliano Taveira Bernardes dissertou acerca da questão da Objeção de Consciência. Em dado momento, houve uma indagação muito interessante que fez uma aproximação entre o Direito Constitucional e as searas Penal e Processual Penal. Questionou-se sobre a pertinência da consideração da Objeção de Consciência em casos de ANPP (Acordo de Não Persecução Penal).<sup>1</sup>

Essa dúvida, muito bem suscitada no evento, nos levou a buscar uma resposta fundamentada, que será o objeto deste trabalho.

Iniciar-se-á por uma breve apresentação das linhas conceituais e históricas básicas da Objeção de Consciência e, no seguimento, serão apresentados em sua dinâmica legal os diversos acordos de discricionariedade regrada, intentando-se uma resposta fundamentada ao questionamento acima referido.

Ao final serão repassadas as principais ideias expostas em síntese conclusiva.

## **OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA**

A Objeção de Consciência é tratada na Constituição brasileira como um Direito Fundamental, conforme exposto no art. 5º, inciso VIII, CF. “In verbis”:

Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

O autor lusitano António Damasceno Correia alerta para a dificuldade em fornecer um conceito seguro de Objeção de Consciência, considerando tratar o tema de fenômenos multifacetados, o que implica nos perigos de apresentar uma conceituação muito ampla ou muito restrita. Assim sendo, opta o autor por expor, em lugar de um conceito fechado, os “requisitos característicos” da Objeção de Consciência, referindo-se à sua dimensão externa, interna e método de atuação do objetor ou modo de execução do direito em destaque:

Em primeiro lugar, o traço mais característico da objeção de consciência traduz-se na recusa de obediência a uma norma jurídica, ou na submissão a uma diretriz de uma autoridade pública, ou ainda, na rejeição de uma proposta ou comportamento imposto. Esta dimensão externa que podemos considerar como a mais notória em termos sociais, representa precisamente a sua faceta mais polêmica e a que causa maior reação e impacto na opinião pública.

Em segundo lugar, esta recusa ou rejeição fundamenta-se em motivos ou razões invocadas pelo foro íntimo do objetor. Esta extensão interna da objeção de consciência, porventura o seu aspecto mais importante, é que impede a atuação do objetor, ou seja, a obediência a um comportamento imposto ou

a realização de um específico ato. (...) é oportuno afirmar (...) que os motivos que se encontram subjacentes à atuação do objetor fundamentam-se quer nas clássicas razões de ordem religiosa, filosófica e moral, quer nas modernas ponderações de ordem humanitária, política, social, ética ou ainda em outros fundamentos do mesmo gênero.

A estes dois requisitos essenciais acresce ainda um terceiro elemento que pode também caracterizar o comportamento do objetor: trata-se da utilização da não – violência como método de atuação.<sup>2</sup>

Prossegue o autor afirmando que a Objeção de Consciência constitui um “corolário da liberdade de consciência e de convicção”, tendo inspiração eminentemente “personalista”, calcada na “afirmação do primado e da autonomia da pessoa humana”, enquanto “vetor essencial numa sociedade livre e democrática”.<sup>3</sup>

Na doutrina nacional recorreremos ao autor mencionado na introdução deste texto, Juliano Taveira Bernardes, em conjunto com Olavo Augusto Vianna Alues Ferreira, os quais não se furtam a apresentar um conceito objetivo e conciso da Objeção de Consciência:

A escusa de consciência é prerrogativa personalíssima assegurada ao indivíduo para eximir-se do cumprimento de determinadas obrigações coletivas, sem perda de direitos subjetivos, por motivos ligados a *crenças religiosas* ou a *convicções filosóficas* ou *políticas* (grifos no original).<sup>4</sup>

Os autores em destaque chamam a atenção para a “origem filosófica” do tema na obra clássica de Sófocles, “Antígona”, que se recusa a deixar de dar um funeral digno a seu irmão, enfrentando uma determinação injusta do rei Creonte. Também apontam para diversas passagens bíblicas do velho e do novo testamento em que há alusões à mesma questão. Destacam ainda no “contexto histórico” a prática da Objeção de Consciência no “Cristianismo Antigo” e, mais proximamente, na objeção à guerra como ocorre no exemplo de São Cipriano, o que deixa muito clara a razão pela qual é clássica a Objeção de Consciência com relação ao cumprimento de “obrigações militares”. Não obstante o reconhecimento da Objeção de Consciência como “instituto jurídico”, na condição de “direito individual” somente ocorre no início do século XX, primeiramente em legislações ordinárias e depois se convertendo em normas constitucionais de vários ordenamentos. No Brasil a constitucionalização ocorre na Carta de 1946 (art. 141, § 8º).<sup>5</sup> Como já visto, na atual ordem constitucional a Objeção de Consciência é prevista como “Direito Fundamental” no art. 5º, inciso VIII, CF.

Importa notar que a Objeção de Consciência atualmente supera aquela clássica ligação com as obrigações militares, a mantendo, mas expandindo seu espectro de influência e reconhecimento para diversas situações que não são objeto de fixação “*numerus clausus*” pela legislação constitucional ou mesmo

ordinária. Não há, portanto, taxatividade quanto às situações em que a Objeção de Consciência pode ser exercitada (“*numerus apertus*”).<sup>6</sup>

Conforme explicam Bernardes e Ferreira, chamando à colação o escólio de Borowski, a não taxatividade se impõe à Objeção de Consciência pela sua própria natureza indefinida e indefinível, de forma a não poder jamais ser totalmente previsível.<sup>7</sup>

## ACORDOS DE DISCRICIONARIEDADE REGRADA OU REGULADA NO DIREITO BRASILEIRO E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

A partir da recepção em nosso ordenamento jurídico da chamada “Discrecionalidade Regrada ou Regulada”, ensejando um abrandamento, sob controle legal, do “Princípio da Obrigatoriedade” da ação penal<sup>8</sup> ocorreu o surgimento de várias espécies de acordos no âmbito processual penal, com proposta e aceite de penalidades (não privativas de liberdade) ou premiações por colaboração (Direito Premial).

São exemplos desse novo modelo de “Justiça Consensuada”<sup>9</sup> ou de “Justiça Negociada”<sup>10</sup> institutos como a Transação Penal, o Acordo de Não Persecução Penal, a Suspensão Condicional do Processo e a Colaboração Premiada.

Em todos esses casos é possível haver um acordo entre o titular da ação penal e o suspeito, sendo fato que este segundo, para se beneficiar de tais institutos, haverá de cumprir certas condições apresentadas pelo órgão acusador.

A dúvida a dirimir é se o Ministério Público tem o dever de respeitar em suas propostas de acordo eventual Objeção de Consciência do envolvido.

Como já visto, a Objeção de Consciência é um *Direito Fundamental Individual de caráter constitucional*. Nesse passo certamente se insere dentre os chamados “direitos públicos subjetivos”, ou seja, aqueles direitos que o indivíduo pode exigir cumprimento perante o Estado. Neste sentido vale retomar os ensinamentos de Bernardes e Ferreira, segundo os quais se deve considerar “a escusa de consciência, ao menos no sistema brasileiro, um *direito público subjetivo* a ser utilizado em face de obrigações coletivas decorrentes de ato normativo dos poderes públicos” (grifo no original).<sup>11</sup>

Assim sendo, não parecem restar maiores dúvidas quanto ao fato de que a proposta de acordo em qualquer caso deve respeitar eventual escusa de consciência, optando por prestação alternativa que não prejudique o interesse coletivo e respeite, concomitantemente, o direito individual envolvido. Como já visto, o direito de escusa não é estabelecido na Constituição em rol de hipóteses taxativas, de modo que cada caso concreto merece avaliação particular.

Observe-se que no regramento legal do Acordo de Não Persecução Penal, há previsão no art. 28, § 5º, CPP, de que o Juiz, em considerando haver inadequação, insuficiência ou *abusividade* nas condições dispostas no acordo, deverá restituir os autos ao Ministério Público para reformulação da proposta em consonância com o investigado e seu defensor. E acaso não haja regularização o juiz poderá recusar a homologação (art. 28, § 7º, CPP).<sup>12</sup> E

essa *abusividade* certamente pode se configurar no desrespeito de eventual Objeção de Consciência quando, por exemplo, se pretenda impor como obrigação a ser cumprida o trabalho comunitário a um médico em serviço de realização de abortamentos legais, sendo fato que tal profissional se opõe a essa espécie de conduta, ainda que legalmente amparada, devido a uma convicção ética, filosófica ou religiosa. Prosseguindo, na Transação Penal, o art. 76, § 3º, da Lei nº 9.099/95, impõe o controle jurisdicional da proposta a ser homologada e ainda prevê a possibilidade de apelação contra a sentença homologatória, de acordo com o disposto no § 5º do mesmo dispositivo. No mesmo passo segue a Suspensão Condicional do Processo sob controle jurisdicional (art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95), deixando ainda claro que as condições exigidas do implicado para o acordo devem ser adequadas à sua “situação pessoal” (art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95). Diverso não é o caso da Colaboração Premiada, a qual também é submetida ao controle jurisdicional de legalidade nos termos do art. 4º, §§ 7º a 8º, da Lei nº 12.850/13. Portanto, também na colaboração, não seria admissível impor àquele que alegue escusa de consciência, por exemplo, o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade no trabalho de auxiliar de armeiro em instituição militar, acaso a pessoa seja adepta do pacifismo e contrária ao manejo de armas de fogo. Assim também inviáveis prestações de serviços aos sábados com relação a pessoas que professam determinadas religiões que impõem dogmaticamente a vedação de atividades nesse dia da semana.

Em todos os casos de cláusulas abusivas que violem escusa de consciência, a primeira providência será acionar o Juiz de Direito responsável pelo controle de legalidade no caso concreto. Em não havendo resultado, será sempre cabível o remédio constitucional do “Habeas Corpus”, apontando como autoridade coatora o órgão do Ministério Público que viola o direito de objeção.

## CONCLUSÃO

Abordamos no decorrer do presente trabalho a questão da possibilidade de alegação de Objeção de Consciência e o respeito a tal assertiva, nos casos de acordos de discricionariedade regrada ou regulada no Processo Penal.

A partir de uma rápida e sumária revisão histórica e conceituação do instituto da escusa de consciência, bem como de sua definição como um “Direito Fundamental Individual”, que se conforma como “Direito Público Subjetivo” exigível perante o Estado, chegou-se à conclusão de que, nos casos de propostas de acordos acima mencionados, há que respeitar a eventual objeção de consciência quanto às obrigações a serem assumidas pelo envolvido, buscando o equilíbrio entre o interesse social e os direitos individuais.

No caso de violação do direito de objeção de consciência, deverá o Judiciário exercer seu controle de legalidade e, acaso não se resolva a questão de imediato, cabível será a impetração do remédio constitucional do “Habeas Corpus”. 

## NOTAS

- 1 BERNARDES, Juliano Taveira, FERNANDES, André Dias. STF em Debate: Objeções de Consciência. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=F56O8ez2SHE&t=764s>, acesso em 20.09.2021.
- 2 CORREIA, António Damasceno. *O Direito à Objeção de Consciência*. Lisboa: Vega, 1993, p. 18.
- 3 Op. cit., p. 18-19.
- 4 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alues. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 170.
- 5 Op. cit., p. 170.
- 6 Op. cit., p. 173.
- 7 Op. cit., p. 173.
- 8 GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 97.
- 9 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 154.
- 10 PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 85.
- 11 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alues, Op. cit., p. 176.
- 12 LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 233. FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 107.

## REFERÊNCIAS

- BERNARDES, Juliano Taveira, FERNANDES, André Dias. STF em Debate: Objeções de Consciência. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=F56O8ez2SHE&t=764s>, acesso em 20.09.2021.
- BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alues. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- CORREIA, António Damasceno. *O Direito à Objeção de Consciência*. Lisboa: Vega, 1993.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Barueri: Atlas, 2021.
- PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.



ARQUIVO PESSOAL

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

# Sonho x realidade – A visão do delegado de polícia

■ POR LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO

**“Os traficantes que atiram nas pessoas estão encastelados nos morros, escondidos atrás de mulheres e crianças, e os que comandam cartéis estão em condomínios de luxo, onde não querem chamar a atenção de modo algum. Muitos são brancos ou hispânicos.”**

**N**o país das maravilhas, tudo é feito para funcionar. No mundo real, falece o sonho perante a crueza da verdade. Todas as tentativas do homem no sentido de regular, controlar, padronizar o complexo comportamento humano numa sociedade dinâmica e multifacetária obedecem ao ideal da completude hermética do Direito, postulado que se revela uma mera fábula. Estas tentativas chocam-se de frente com o muro dos fatos.

Não é possível um único ente público, o Estado, controlar e regular todos os aspectos da vida humana. O homem é um ser extremamente complexo



*Humberto*

e diversificado, assim como o é sua coletividade. Querer submeter todos os atos humanos ao império de uma lei é um sonho positivista extremado, que se escora numa ficção jurídica, o princípio da legalidade, para manter ideologicamente a sanha de controle estatal.

Paradoxalmente, não há como o ser humano viver sem um mínimo de regulação social e jurídica. O problema é definir os limites entre este mínimo regulatório e a exacerbação normativa. E é na exacerbação normativa que vivem nossos sonhos, nossas ilusões, nossos ideais, é ali que nos sentimos paladinos da justiça, defensores dos fracos e oprimidos.

Sabe o Estado que não há recursos humanos ou materiais para implementar determinados programas e políticas públicas, mesmo assim edita leis criando-os. A consecução prática destes programas e políticas fica “para depois”, numa espécie de aposta, um “vamos ver” que traduz um idealismo irresponsável e amador.

O desconhecimento da lei pela população cria a ilusão de que o problema foi resolvido com a simples edição do texto legal. Criadas por legisladores que se postam de costas para a demanda social e popular, as leis, por vezes, lesionam-se ou sucumbem na colisão entre seu texto e a realidade.

Há vários exemplos: em 1988, nos foi outorgada uma constituição nascida no calor do debate de transição entre regimes políticos. A falta de planejamento, de técnica jurídica, somada ao excesso de ideologização da norma, fez nascer um texto constitucional com alguns avanços, mas, ainda assim, confuso, prolixo, mal escrito, com um viés social remendado junto a um viés privativista. O passar dos anos demonstrou a inadequação da Constituição, que foi objeto de cerca de 109 emendas constitucionais, já não se podendo dizer que hoje em dia seja a mesma Constituição promulgada em 1988.

Em 1990, visando a proteção do menor e do adolescente, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente. O Código de Trânsito brasileiro trouxe o que entende por medidas de proteção à dignidade da pessoa humana, ao direito de não se autoincriminar, mediante a interpretação constitucional de não obrigatoriedade de se submeter ao teste do etilômetro (bafômetro). Ao mesmo tempo, o referido código aumentou penas e criminalizou condutas.

Em 2003, nasceu no Brasil uma das legislações mais restritivas do mundo em relação à posse e porte de armas de fogo, o Estatuto do Desarmamento. Em 2006, no calor e na emoção do que ocorrera a Maria da Penha, agredida e parcialmente inutilizada por seu marido, foi criada a Lei Maria da Penha, para dotar a mulher de maior proteção contra estas agressões, preservando-lhe a integridade física e psicológica.

São muitos os exemplos, mas detenhamo-nos nestes. O que há de comum nestes exemplos? Todos foram criados no calor do debate de um momento histórico, num ambiente eminentemente político e não jurídico, cheios de boas intenções, mas sem o devido planejamento. Em comum, também, estes exemplos falharam, alguns miseravelmente, outros nem tanto, mas todos falharam.

Com efeito, o povo não foi ouvido. A democracia representativa no Brasil é apenas um faz-de-conta, não existe. Após o voto e fora do contexto eleitoral, deixa de haver qualquer conexão não utilitarista entre o povo e seus representantes. A Constituição, já vimos, desconectou-se da realidade brasileira com o passar do tempo e hoje é uma colcha de retalhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de trazer disposições idílicas, nunca foi implementado integralmente. Assim, não temos um pleno acompanhamento do adolescente infrator, uma estrutura de acolhimento e custódia deste menor. Tal como nossa Constituição estabelece princípios nunca concretizados, como o salário mínimo garantidor de uma existência digna, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas cuja infraestrutura ainda não foi alcançada. Há locais em que não se atende o adolescente sem família, detido na delegacia. Há Conselhos Tutelares que sequer veículo têm para se deslocar.



Uma outra consequência não prevista do Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual o sonho foi surpreendido pela realidade, foi a da inclusão do menor na linha de frente do crime, muitas vezes assumindo a autoria de ilícitos no lugar do maior de idade verdadeiro autor, pois a não permanência do menor detido garante uma maior continuidade da ação criminosa, face benevolência do tratamento a ele dispensado.

No Código de Trânsito, o aumento das penas e a tipificação de condutas veio acompanhado de uma interpretação jurisprudencial e doutrinária que levou, na verdade, à dura realidade da impunidade. Ninguém está preso no Brasil por condenação em crime de trânsito. A visão equivocada do direito ao silêncio estabelecido no Pacto de San Jose da Costa Rica, estendida a um certo

direito de não autoincriminação, podendo o condutor envolvido em crime de trânsito se negar a submeter-se ao exame do etilômetro, na verdade cria uma casta especial e diferenciada de cidadão: o que decide, por si próprio, se pode ou não ser processado criminalmente. Observe-se que o cidadão que se nega a submeter-se ao teste de DNA em processo investigatório de paternidade será presumido pai da criança caso se negue a tal exame, o que expõe a contradição da lei, com erro para o lado da interpretação nos casos de crimes de trânsito.

No Estatuto do Desarmamento, a pretensão original era proibir totalmente o comércio de armas de fogo no Brasil, porém isto causaria sérios reflexos na indústria de armas no país, o que levou à realização de um referendo (e não um plebiscito, como se costuma afirmar). Este referendo indagava se o comércio de armas de fogo no Brasil deveria ser proibido. Como se vê, o referendo tinha por alvo o artigo 35 do Estatuto do Desarmamento, e não todo o estatuto. 63% da população brasileira rejeitaram a proibição do comércio de armas de fogo no Brasil, rejeitando o artigo 35.

Apesar de o povo ter dado o recado no referendo, a democracia representativa de fachada brasileira manteve o Estatuto do Desarmamento, na crença, mais uma vez, de que a simples imposição de uma lei resolveria o problema. Resultado: após 18 anos de vigência do estatuto, o Brasil tem uma das maiores taxas de homicídios por armas de fogo do mundo, fazendo companhia a países que têm legislação antiarmamentista severa, como Honduras, e, paradoxalmente, encabeçam lista de países com altíssimo índice de homicídios nesta categoria.

Enquanto isto, países como Estados Unidos e Suíça aparecem com índices que parecem desmontar a narrativa. Os Estados Unidos, de extensão territorial e população maiores, porém próximas às do Brasil, têm taxa de homicídios por armas de fogo quatro vezes menor que a brasileira. A Suíça, o país mais armado do mundo, é o que tem a menor taxa de homicídios. Haverá quem diga que outros fatores influem numa diferenciação entre os países, porém, a estes que assim argumentam, há que se apontar, então, que admitem que não são as armas de fogo o fator determinante.

A realidade entre a lei e as ruas é que uma legião de criminosos possui armamento pesado, com alto poder de fogo e destruição, e não foram alcançados pelo Estatuto do Desarmamento. Escondem-se eles nos morros, nas favelas, fazendo homens, mulheres e crianças inocentes de escudo. As crianças, por sinal, nascem e crescem sob a realidade da ausência do Estado, passando a se empregarem no crime mantido pelo estado paralelo.

A Lei Maria da Penha veio revestida de um sentimento de justiça, de defesa da mulher, que desconsiderou fatores como a existência de mulheres que simplesmente não querem resolver o próprio problema. Enquanto muitas têm medo de denunciar as agressões sofridas, outras se juntam ao companheiro que a agredia e repelem a polícia que chega para ajudá-la. É a realidade diária do policial: deparar-se com a resistência daquela a quem pretende ajudar. A questão, então, parece ser cultural, além de simplesmente medo.

Num cenário surreal, profissionais que sustentam a sociedade são desvalorizados, em detrimento de outros que acumulam benefícios e penduricalhos desproporcionais. Os policiais, os professores, os médicos, os enfermeiros, bombeiros, os lixeiros, dentre muitos outros, são imprescindíveis. Retire-os

do mundo e veja o resultado. No entanto, sistematicamente lhes são negados salários, benefícios, prerrogativas, segurança, independência, autonomia, etc.

Onde o Estado está ausente, sem policiamento, sem unidades de saúde, sem escolas, sem limpeza, sem segurança, aí estará presente o crime, preenchendo a lacuna como a água preenche um poço. Evasão escolar, fechamento de escolas, rejeição à abertura de escolas de qualquer tipo (militar, técnica etc.), falta de fiscalização sobre estes problemas por quem deveria fazê-lo, desemprego, politização de universidades, falta de fortalecimento de educação de base, urbanização desordenada, falta de políticas públicas de efetivo acompanhamento social, levam a um cenário cujos emblemas são os menores no crime e os viciados expostos em cracolândias a céu aberto.

A falta de balanceamento numa política de direitos humanos leva à pendência unilateral da balança, com excessiva preocupação com o criminoso e nenhuma atenção à vítima, sua família e o policial, por exemplo. Assim, de um lado tem-se a preocupação em liberar um detido por tráfico de drogas em audiência de custódia, ou banho quente e alimentação vegana para presos e, de outro lado, tem-se vítimas chorando sem assistência, policiais sem equipamentos de proteção adequados, sem armamento decente, sem saúde física ou mental.

Estes emblemas são a prova viva de que o bom mocismo, a ânsia de defender, a gana garantista segmentada, seletiva, contribuem para a chamada Síndrome de Felícia, já definida em outro artigo, e segundo a qual o excesso de proteção pode matar. Felícia é uma personagem de desenhos animados cuja ânsia de proteger animais na verdade os sufoca, a ponto de quase matá-los.

E muitos outros exemplos poderiam ser elencados, como o foco no traficante de drogas, quando o correto seria o foco sanitário e social no usuário, levando em conta uma regra básica de mercado: a da demanda e da oferta. Sem usuário não há tráfico. Por mais que não se creia, há como trabalhar este tópico.

O Brasil é um país formado por uma população majoritariamente parda. Por algum motivo ainda não revelado, a população parda, no entanto, é considerada como negra para algumas estatísticas. A desigualdade social no Brasil é muito grande. A população parda/negra também, assim como a evasão escolar e a despreocupação com o menor de idade. Os traficantes que atiram nas pessoas estão encastelados nos morros, escondidos atrás de mulheres e crianças, e os que comandam cartéis estão em condomínios de luxo, onde não querem chamar a atenção de modo algum. Muitos são brancos ou hispânicos.

Por isto, o grande número de mortes de menores negros/pardos no crime, o traficante da favela abre fogo, o do condomínio não. Porque nos educamos mal, votamos mal, deixamos de exigir mudanças. Porque não nos importamos com uma legislação leniente, conivente, frouxa, que leva ao retrabalho, ao custo desnecessário, ao engessamento das polícias e fortalece o crime. 





# Direito Tributário pode ser instrumento de proteção ambiental

■ POR CLARISSA NEPOMUCENO CAETANO SOARES

**“A utilização de normas tributárias indutoras não é uma sanção imposta ao exercício da atividade econômica, mas uma proposta de mudança comportamental no emprego de bens ambientais.”**

**H**istoricamente, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico permaneceram em direções opostas. Porém, cada vez mais, a emergência climática tem trazido o direito ambiental e a relação homem-natureza como um tema recorrente nas pautas mundiais.

No quesito ambiental, o Brasil é um dos países mais ricos em diversidade de espécies e ecossistemas. Mas, ainda não há a implementação, na prática, do que é exigido por lei. Por isso, a possibilidade de utilização do Direito Tributário como instrumento de proteção ambiental, permite que, por meio das normas tributárias indutoras, haja efetividade na prática da lei e aumente as chances de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### **DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

A preocupação com o desenvolvimento econômico e preservação ambiental exige a contextualização histórica. Após a Segunda Guerra Mundial, a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), impôs, como política global, a unificação dos esforços para garantir o direito a uma vida digna, de modo que a preservação ambiental se tornasse uma garantia de uma vida saudável e com qualidade.

O reconhecimento da necessidade de proteção ambiental resultou de um processo progressivo. Dentre as conferências realizadas pela organização internacional, destaca-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, que é tida como o ponto de partida do direito ambiental moderno. Além disso, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada no Rio de Janeiro, em 2012, contribuiu para definir a agenda do desenvolvimento sustentável nas próximas décadas. A preocupação com as questões ambientais passou a ocupar lugar prioritário na agenda política dos países.

No Brasil, a Constituição traz para o sistema jurídico brasileiro a consagração da defesa dos direitos humanos - esses objetivos incluem desenvolvimento sustentável, já que, um meio ambiente equilibrado é um direito e dever de todo cidadão. O Estado não deve agir apenas como agente responsável por garantir o equilíbrio do mercado econômico, mas como direcionador de ações que tenham como ponto de convergência o desenvolvimento econômico e social com a proteção ambiental.

### **FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DE AMBIENTAL**

A prática da atividade econômica sem considerar as questões e os impactos ambientais possui potencial lesivo à qualidade de vida e

equilíbrio dos ecossistemas. Dessa forma, deve-se buscar um ponto de equilíbrio e coexistência entre o exercício das atividades empresariais e a utilização e preservação dos recursos naturais para garantir sadia qualidade de vida para a presente e as futuras gerações, que tenha em conta os limites da sustentabilidade.

As normas tributárias podem ser um meio indutor de proteção ambiental, incentivando a realização de determinadas condutas, em prol do desenvolvimento sustentável como forma de alcançar, dentre outras medidas, a dignidade humana. Países desenvolvidos passaram a adotar, a partir de 1970, instrumentos econômicos com fins ambientais, orientando a conduta dos agentes econômicos na utilização dos recursos naturais e no desenvolvimento de atividades com impacto ambiental de forma estatal, seja pela existência de um estímulo ou desestímulo financeiro.

A utilização de normas tributárias indutoras não é uma sanção imposta ao exercício da atividade econômica, mas uma proposta de mudança comportamental no emprego de bens ambientais. A medida tributária extrafiscal deve produzir efeitos na realidade econômica, como a adoção dos agentes econômicos de práticas sustentáveis e desenvolvimento de atividades com menor potencial danoso.

Norma tributária indutora, por sua vez, é aquela que vai além da arrecadatória para financiamento da máquina estatal, com o objetivo de fomentar ou desestimular condutas, desde que haja justificativa constitucional para tanto, evitando-se, pois, o abuso de direito pelo Poder Público e violação ao princípio da igualdade aos agentes a ela submetidos.

Apesar de não haver, a princípio, benefício tributário, um exemplo da adoção dos agentes econômicos de práticas sustentáveis e desenvolvimento de atividades com menor potencial danoso, quando existe a possibilidade de obter vantagem ou mesmo de desenvolvimento voluntário de práticas de governabilidade em favor de investimentos sustentáveis e com maior responsabilidade socioambiental, é o que ocorre com as práticas de governança ESG (*Environmental Social Government*) em companhias com operações no mercado financeiro.

Uma vez que a possibilidade de obter valor de mercado, a partir das práticas de governança ESG, fez com que empresas de capital aberto adotassem práticas com maior responsabilidade socioambiental de forma voluntária. Isso sugere que o estímulo à adoção de práticas sustentáveis pode produzir efeitos positivos quando incentivados pelo Poder Público. 



ARQUIVO PESSOAL

**CLARISSA NEPOMUCENO CAETANO SOARES** é graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC. Pós-graduação em Direito Tributário pela GVLaw – Fundação Getúlio Vargas/SP. Atualmente, cursa pós-graduação em *Compliance* e Integridade Corporativa pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. É membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/MG e da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT.



## Restrições à fruição da propriedade em condomínios em face da pandemia de SARS-COVID

■ POR GUILHERME COTA E LUIS FELIPE PIRES ALVES

**“Em face de deveres constitucionais de solidariedade e fraternidade, é possível a limitação do exercício normal de determinados direitos de fruição da propriedade, tendo em vista as necessidades de distanciamento social e confinamento dos indivíduos.”**

O problema que se coloca no presente estudo é o da amplitude da fruição dos direitos de propriedade em condomínios em face da pandemia de SARS-COVID.

A pandemia de SARS-COVID gerou instabilidades em vários aspectos a nível mundial, sobretudo no que diz respeito às liberdades individuais. Restou evidente a fragilidade do sistema público enquanto agente protetor dos direitos

individuais. A necessidade de um governo proativo, não negativista e que compreende a gravidade dos acontecimentos de forma tão rápida quanto a reação deveria ser, ficou ainda mais evidente. Momentos quase sombrios, deixaram pessoas de “mãos atadas”. A efetivação de seus direitos se tornou mais difícil, se não limitada.

Escancarou-se o despreparo do poder público quanto à efetivação de medidas para amenizar os impactos causados pela pandemia, com inúmeros conflitos legais, morais e éticos, ao se tentar formular, mesmo que tardiamente, mecanismos para represar consequências muita das vezes fatais. A COVID-19, altamente contagiosa e resistente, desafia os métodos científicos já utilizados na saúde para combater doenças semelhantes. Seguir a “receita do bolo” já não surte os efeitos desejados. Assim, rápida como a multiplicação celular, a pandemia atinge cada vez mais a população mundial, do país mais ao menos desenvolvido, sem distinção de raça, gênero, cor, posição social ou financeira.

Justifica-se, portanto, este estudo pela necessidade de uma clara percepção acerca do exercício dos direitos e deveres fundamentais em face das circunstâncias econômicas e sociais de natureza extraordinária desencadeadas pela pandemia de SARS-COVID.

## BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Ao contemplar a situação em que o Brasil se encontra em decorrência dos impactos da pandemia, na qual já foram confirmadas quase seiscentas mil mortes em setembro de 2021, nos questionamos acerca da efetivação dos direitos fundamentais elencados na Constituição brasileira. Segundo o art. 5º da Carta Magna (Brasil, 1988), o Estado Democrático de Direito tem como fundamento, dentre outros, a dignidade do ser humano. Em seu art. 6º, é garantido a inviolabilidade do direito à vida e a liberdade. Nas atuais circunstâncias, o que é ter direito à liberdade? O que é ter dignidade? São conceitos passivos de relativização?

Diante desse estado de calamidade, a Organização Mundial da Saúde tem trabalhado a fim de estimular a adoção do isolamento social, tratado como medida eficaz. O contexto permite um questionamento sobre as implicações constitucionais das medidas emergenciais impostas no Brasil no combate ao coronavírus, considerando os riscos para os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito (LEWANDOWSKI, 2004, p. 295).

Quando tratamos de direitos fundamentais ou fundamentalmente garantidos pela constituição, nos remetemos de imediato aos Direitos Humanos, definidos pelo professor Boaventura de Souza Santos, como “um conjunto de pressupostos ocidentais, designadamente pautados em uma natureza universal, que pode ser reconhecida racionalmente” (SANTOS, 2003).

Os direitos fundamentais são pautados em uma natureza universal, podendo ser reconhecidos e validados racionalmente, pois atingem uma infinidade de

indivíduos, visando à proteção de seus direitos. No Brasil, os Direitos Fundamentais vieram expressamente garantidos na Constituição da República de 1988, que os trouxe em seu Título II, subdividido em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. A doutrina majoritária ainda os classifica em dimensões: primeira, segunda e terceira.

O mestre Celso de Mello destaca:

“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexequibilidade” (Min. Celso..., 1995).

Partindo da afirmativa de que os direitos fundamentais são indispensáveis à pessoa humana, é necessário assegurar a todos uma existência digna, livre e igualitária. Desse modo, a definição dos direitos fundamentais abrange diferentes aspectos. Quando se trata da acepção material, está relacionado ao respeito aos direitos básicos do indivíduo, natural e universalmente, em face do Estado. Ao se tratar de uma acepção formal, são considerados fundamentais dependendo de como cada país os qualifica, estabelecidos a partir de certas garantias, a fim de que sejam respeitados por todos.

## LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gilmar Mendes constata a limitação dos direitos fundamentais como um tema central da dogmática de tal tema, bem como do direito constitucional. Portanto, é indispensável que os estudos dos direitos fundamentais percam de vista sua estrutura dogmática. A proteção deve ser configurada como pressuposto primário para análise de qualquer direito fundamental. Desse modo, o exercício dos direitos individuais pode, por muitas vezes, gerar uma série de conflitos com os demais direitos constitucionalmente protegidos (MENDES, 2012).

A proteção do direito fundamental requer diferentes pressupostos fáticos e jurídicos considerados na norma jurídica, bem como a consequência comum, a proteção fundamental. Os direitos fundamentais e da defesa dos elementos básicos são explicitados na maneira de lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros

(STERN, 2001). Dentro dos direitos individuais, o direito de propriedade e o direito à proteção jurídica são fundamentados no âmbito de proteção estritamente normativo. Desse modo, “não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais” (PIEROTH; SCHLINK, 1995).

Diante de tal pressuposto em relação ao âmbito de proteção do direito individual, faz-se um questionamento sobre o que é efetivamente protegido. Não se devem confundir as proteções efetiva e definitiva, devendo garantir-se que determinadas situações tenham sua legitimidade auferida em face de dado parâmetro constitucional (SCHWABE, 1977, p. 152). De acordo com as dimensões dos direitos de defesa, a proteção dos direitos individuais e a restrição a esses direitos são conceitos correlatos. Portanto, quanto mais ampla for a proteção dos direitos fundamentais, mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como uma restrição. Todavia, quanto mais restrita for a proteção, menor a possibilidade de configurar-se um conflito entre o Estado e o indivíduo (PIEROTH; SCHLINK, 1995).

É indispensável a atuação do poder Estatal para garantir os direitos humanos de segunda dimensão. Trata-se de garantir a tutela dos direitos positivados no ordenamento jurídico, atribuindo os direitos fundamentais, sendo essencial que o sistema atue como um conjunto harmônico, caracterizado como um poder único, em constante busca de um bem maior, aperfeiçoando o dever de fraternidade.

## O DEVER FUNDAMENTAL DE FRATERNIDADE

A Constituição da República de 1988 possui um arcabouço de direitos e deveres fundamentais, sobre os quais todo o ordenamento jurídico se desenvolve harmonicamente.

Por direitos fundamentais, entende-se o conjunto de normas de proteção dos indivíduos em face de possíveis abusos do Estado e de outros particulares, devendo ser assegurados dentro da categoria de proteção da dignidade humana e dos demais direitos humanos reconhecidos. Os direitos e as garantias fundamentais possibilitam a construção de um Estado Democrático em que é enaltecida a categoria de superioridade da ordem jurídica, a fim de atribuir as proteções essenciais à sobrevivência humana (GONÇALVES et al., 2020).

Aos direitos fundamentais conjugam-se os deveres fundamentais, imperativos de conduta segundo os quais os membros da sociedade deverão fazer, deixar de fazer ou tolerar algo em razão do bem comum.

Em sua essência, os deveres fundamentais ordenam-se, portanto, à coletividade, por meio de cláusulas constitucionais pétreas e inafastáveis da dimensão individual de cada cidadão, significando que ninguém pode se eximir de cumpri-las.

Identifica-se, portanto, no plano constitucional, um estado de permanente tensão entre direitos e deveres fundamentais, conferindo uma dinâmica ao ordenamento jurídico segundo a qual não existem direitos nem deveres absolutos, mas em constante sobreposição.

Classificam-se os deveres fundamentais em cívicos, éticos, de custeio social e de tolerância. O civismo se manifesta mediante a prática do voto, do serviço militar e do auxílio público em caso de desastres. A ética se materializa na boa fé subjetiva e objetiva que deve reger todas as relações sociais, bem como na moralidade administrativa e nas corretas práticas de gestão da coisa pública. O custeio social diz respeito à manutenção da seguridade social e ao pagamento de tributos. A tolerância decorre do respeito ao pluralismo de ideias e da prática da contenção (exercício de direitos com parcimônia, satisfação individual, sem prejuízos ao bem comum).

Para compreendermos bem a noção de fraternidade, devemos partir do dever fundamental de tolerância, emoldurado no art. 1º, parágrafo único, V, da Constituição, com a denominação de pluralismo político. Trata-se da obrigação conviver pacificamente e civilizadamente com as diferenças. Tolerar uma coisa ou uma ideia, obviamente, não significa gostar dela ou endossá-la. Na raiz da tolerância está o respeito às crenças, gostos e concepções alheios e a abstenção da prática de impor a terceiros as próprias convicções. O dever de tolerar tem, portanto, função inibitória de conflitos.

A fraternidade é expressão da solidariedade prevista no art. 3º, I, da Constituição, como dever de proteger e cuidar dos demais membros da sociedade. No cerne de tal dever, se encontra a autocontenção proveniente da tolerância. Ou seja, para a plena realização da fraternidade, o indivíduo deve renunciar a interesses puramente individualistas e mesmo reduzir o alcance de suas prerrogativas individuais em nome da realização e da salvaguarda do bem de terceiros.

A fraternidade se revela, concretamente, na adoção de medidas que, a depender do caso, mitigarão os direitos individuais que possam de alguma forma prejudicar a preservação de interesses coletivos.

Em circunstâncias catastróficas, tais como a ocorrência de acidentes naturais, desastres, perturbação da ordem e epidemias, impõe-se o dever de fraternidade, especialmente para a proteção das pessoas em situação mais vulnerável. Diante de situações assim, é plenamente possível afastar temporariamente a fruição de determinados direitos que se revelem obstáculos à consecução de medidas de proteção e defesa da sociedade. Desse modo, impõem-se limites aos indivíduos para que determinadas condutas não ponham em risco a ordem pública.

Em suma, o dever de fraternidade significa sacrificar vontades pessoais, individualistas, em prol das necessidades coletivas.

No contexto da atual pandemia de SARS-COVID, doença de alto grau de contágio e que, portanto, demanda regras de isolamento social, verifica-se a imperiosa necessidade de restringir uma série de comportamentos que se

traduzem, num contexto de normalidade, em direitos fundamentais. As autoridades públicas, munidas de informações científicas, adotaram medidas que afetaram diretamente as prerrogativas de exercício da liberdade de ir e vir, do exercício de atividades comerciais e empresariais, da fruição das propriedades, e da realização do trabalho e do lazer.

Dado tal contexto, não nos parece razoável que qualquer cidadão possa validamente adotar condutas individualistas que representem – ainda que sob o próprio ponto de vista absolutamente razoáveis – ameaça à segurança e à saúde públicas.

Como explanado anteriormente, por princípio de tolerância não podem os indivíduos impor seus entendimentos particulares a terceiros, afetando-lhes a paz, o sossego, a segurança e a saúde.

O Estado Democrático de Direito é estruturado de tal forma que cabe à Administração Pública da União, Estados e Municípios, no cumprimento de seus mandatos populares, expedir ordens que, devidamente motivadas e pautadas nos princípios de legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e proporcionalidade, deverão ser cumpridas pela comunidade administrada. Os poderes da Administração Pública são os instrumentos de que se serve o Estado para a preservação do interesse público. Especialmente o *poder de polícia* condiciona, limita e disciplina o exercício dos direitos e atividades dos particulares em face do interesse público.

O poder de polícia obviamente, nunca será ilimitado. Normalmente é contido e ajustado pelo conteúdo constitucional pertinente aos direitos e garantias fundamentais. Contudo, em situações extraordinárias, extravagantes, o poder de polícia poderá eventualmente se alargar de forma a modular os direitos individuais por intermédio do dever fundamental de fraternidade.

Isso significa que se pode validamente colocar limites excepcionais ao exercício de direitos individuais em nome do bem-estar coletivo, pois “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”<sup>1</sup>.

Por outro lado, atenta contra os valores de uma sociedade plúrima e solidária, a adoção de práticas de desobediência civil ou ações que signifiquem a imposição da vontade individual sobre o interesse comum. A aglomeração de pessoas em locais públicos, o desatendimento de determinadas práticas sanitárias e a realização de outras atividades públicas e/ou particulares que possam afetar negativamente, ainda que por via indireta, a saúde de terceiros (que podem muito bem ser inofensivas após a pandemia e razoavelmente postergadas), não se constituem em exercícios de liberdades democráticas, mas, muito pelo contrário, representam o ferimento do dever constitucional de fraternidade, que deve ser repellido veementemente pelos operadores do direito.

## RESTRIÇÕES À FRUIÇÃO DA PROPRIEDADE EM FACE DA PANDEMIA DE SARS-COVID

A Constituição da República (BRASIL, 1988) garante, no seu art. 5º, XXII, “o direito de propriedade” e estabelece no inciso XXIII, do mesmo artigo, que a propriedade atenderá à sua “função social”.

Em face disso, há que se parametrizar o alcance exato do art. 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2002), segundo o qual o proprietário tem o poder de “usar, gozar e dispor da coisa” que lhe pertence.

Sílvio de Salvo Venosa *apud* FERREIRA e NETTO (p. 617-630) observa:

É inevitável que no exercício do direito de propriedade, por mais amplo que seja seu âmbito, há restrições e limitações fundadas em interesses de ordem pública e de ordem privada. A coexistência de vários prédios próximos, a vizinhança, a coletividade, a disciplina urbana traduzem parte dessas restrições.

Por causa da pandemia de SARS-COVID, inúmeras restrições foram impostas pelos governos da União, dos Estados e Municípios para evitar a propagação do vírus COVID-19, mormente medidas de isolamento social e restrições à circulação de pessoas.

Em consonância com as políticas públicas, é razoável que nos condomínios residenciais os síndicos adotem medidas restritivas ao funcionamento de áreas comuns, acesso de prestadores de serviços, suspensão de obras e outras, visando o bem comum, em especial a salubridade dos condôminos, em atendimento ao que determina o Código Civil (grifos nossos):

Art. 1.348. Compete ao síndico:

(...)

V – diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores; (BRASIL, 2002).

Tais medidas restritivas, em última análise, se conjugam aos deveres dos condôminos insculpidos no Código Civil, em especial o seguinte, que grifamos:

Art. 1.336. São deveres do condômino:

(...)

IV – dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes. (BRASIL, 2002).

Tomemos, por exemplo, a realização de reformas no interior de unidades habitacionais em condomínio edilício, definido pelo art. 1.331 do Código Civil (BRASIL, 2002) como o conjunto de edificações que apresentam partes de propriedade exclusiva e outras partes de propriedade comum dos condôminos.

Tratar-se-ia de inconcebível condescendência com a elevação desnecessária do risco à saúde dos condôminos a introdução de novos trabalhadores nas dependências do condomínio. Evidentemente, a presença desses novos trabalhadores prejudicaria o necessário confinamento e isolamento social. Ademais, a produção de ruído por obras aumentaria o estresse natural decorrente da quarentena, representando também inegável risco para a saúde dos moradores, especialmente nos apartamentos vizinhos.

Não se pode desconsiderar a necessidade fundamental de sossego dos moradores em condomínios para a realização das suas atividades profissionais em home office, bem como de tranquilidade para estudantes acompanharem suas aulas online.

Nesse sentido, não pode o condomínio, ao disciplinar o uso e fruição das suas áreas comuns e unidades residenciais, deixar de pensar na coletividade em face da imperiosa necessidade de reduzir os riscos de propagação de um vírus notoriamente mortal, bem como deixar de evitar impactos negativos das atividades dos condôminos em prol da redução do estresse causado pelo confinamento e pelo isolamento social. Isso, em atenção aos fins sociais da propriedade, aos princípios de boa-fé e aos bons costumes, que impõem restrições aos direitos individuais em nome da solidariedade.

Ademais, numa época que ficará marcada na história pelo falecimento incompreensível de milhares de pessoas; em que casamentos tiveram que ser adiados; em que empresas e empregos foram perdidos; e em que sequer velórios puderam ser realizados de maneira condigna, a mera ideia de, às custas da segurança, sossego e saúde de outrem, autorizar reformas de ordem estética em apartamentos ou a realização de atividades meramente de lazer nas áreas comuns do condomínio que impliquem em aglomeração desnecessária de pessoas, são atitudes que inclusive repugnam ao princípio de moralidade e bons costumes insculpido especificamente no já citado art. 1.336 do Código Civil.

Nesse sentido, somos do entendimento que o proprietário de imóvel em condomínio tem a prerrogativa de fazer cessar as obras não emergenciais, tanto nos prédios quanto nos apartamentos vizinhos, que possam prejudicar-lhe a segurança, o sossego e a saúde, com fundamento no art. 1.277 do Código Civil: “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”. (BRASIL, 2002).

Em contrapartida, a Lei nº 4.591/1964 (Lei de Condomínios) prevê, em seu art. 22, § 1º, “b”, que compete ao síndico “exercer a administração interna da edificação ou do conjunto de edificações, no que respeita à sua vigência, moralidade e segurança” (BRASIL, 1964), fixando o dever do condomínio de garantir a segurança dos moradores.

Contudo, é bom ter claro que o único órgão competente para limitar o exercício de direitos individuais no âmbito condominial é a assembleia dos condôminos, onde se exercita o direito de manifestação e voto. Ainda que a

situação da pandemia de SARS-COVID represente uma enorme excepcionalidade no que se refere à vivência em condomínio, não há no ordenamento jurídico nacional nenhuma norma que autorize a assunção, pelo síndico, de competências ou poderes extraordinários àqueles conferidos pela convenção, pelo regimento interno e pela assembleia condominial, conforme se verifica no Código Civil:

Art. 1.348. Compete ao síndico:

(...)

IV – cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia;

Portanto, o que caberá ao síndico é: (1) a obediência à normatividade de regência (em especial o Código Civil); (2) às normas específicas do condomínio (convenção, regimento interno e decisões assembleares); (3) às ordens legais emanadas do Poder Público e (4) às decisões oriundas do Poder Judiciário.

Releva notar que no estado do Rio de Janeiro foi promulgada a Lei nº 8.808, de 8 de maio de 2020, autorizando diretamente os síndicos dos condomínios edifícios “a proibir temporariamente a realização de obras e/ou reparos não emergenciais seja na área comum ou em cada unidade individualmente, enquanto perdurar o plano de contingência para combate da doença COVID-19”. (RIO DE JANEIRO, 2020). Deve-se observar a existência da diferenciação, embora não muito clara na legislação civil, entre obras urgentes e obras emergentes que, em suma, se diferenciam no momento de sua autorização, sendo a primeira, de forma prévia, e a segunda, de forma posterior.

Observe-se também as restrições relacionadas às áreas comuns dos condomínios. Em prol do distanciamento social, o direito de fruição das partes comuns direcionadas ao lazer, tais como piscinas, academias, *playground* e área *gourmet*, também restou limitado, pois o risco de aglomeração é maior. Tal restrição deve ser regulada em assembleia, a fim de escalonar a utilização das áreas, repartindo-as em datas específicas entre os condôminos. Assim, o tolhimento da fruição não seria absoluto.

## CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a compreensão da limitação ao exercício do direito de propriedade em face das situações extraordinárias provocadas pela pandemia de SARS-COVID. Demonstrou que, em face de deveres constitucionais de solidariedade e fraternidade, é possível a limitação do exercício normal de determinados direitos de fruição da propriedade, tendo em vista as necessidades de distanciamento social e confinamento dos indivíduos.

Concluiu-se que a assembleia dos condôminos, onde se exercita o direito de manifestação e voto, pode limitar o exercício de direitos individuais no

âmbito condominial em face da pandemia de SARS-COVID e que os deveres de solidariedade e fraternidade devem sobressair aos direitos individuais na fruição de direitos de propriedade no contexto condominial, uma vez que o condomínio não é apenas um convívio de propriedades vizinhas, mas uma coletividade de pessoas repartindo espaços comuns, sendo imprescindível a consciência coletiva. 🇧🇷

## NOTA

- 1 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: Acesso em: 4 abr. 2021.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao-Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao-Compilado.htm). Acesso em: 1 mai. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 23 abr. 2021.
- BRASIL. Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. *Diário Oficial da União*. Brasília, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/4591.htm). Acesso em: 1 mai. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 30 out. 1995. *Diário Oficial*. Brasília, 17 nov. 1995.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; NETTO, Carlos Eduardo Montes. O direito fundamental de propriedade nos condomínios edilícios em tempos de pandemia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8. 2020. *Anais [...]*.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- PAULA, Marcos de Souza; SILVA, Jeniffer Gomes da. Repercussões da Covid-19 no condomínio edilício. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 399-419, jul./set. 2020.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte – Staatsrecht II. In: HESSE, Konrad. *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1995, p. 54.
- RIO DE JANEIRO. Lei nº 8.808, de 08 de maio de 2020. Dispõe sobre a proibição temporária de execução de obras e reparos não emergenciais em condomínios comuns e edifícios durante o plano de contingência para combate da doença Covid-19 causada pelo novo coronavírus. *Diário Oficial*. Rio de Janeiro, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/853833966/lei-8808-20-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 1 mai. 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Porto: Afrontamento, 2003. cap. 9, p. 429-461.
- SCHWABE, Jürgen. *Probleme der grundrechtsdogmatik*. Darmstadt, 1977.



ARQUIVO PESSOAL

**GUILHERME COTA** é Advogado, mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos.



ARQUIVO PESSOAL

**LUIS FELIPE PIRES ALVES** é Advogado, mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos.

# Aspectos processuais dos novos crimes contra o Estado Democrático de Direito

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

**“A Lei nº 14.197/21 acrescentou à Parte Especial do Código Penal o Título XII, tipificando, nos seus quatro primeiros capítulos, diversos crimes contra o Estado Democrático de Direito, revogando expressamente a Lei nº 7.170/83 (a chamada Lei de Segurança Nacional) que ainda resistia à nova ordem constitucional, nada obstante diversos dos seus dispositivos fossem incompatíveis com a Constituição Federal.<sup>1</sup>”**



**O**s novos tipos aditados ao Código Penal devem ser considerados, como a seguir será explicado, crimes políticos (em sentido estrito), tais como eram assim reconhecidos, pela doutrina e pela jurisprudência, os antigos delitos tipificados na Lei de Segurança Nacional, pois atentam contra a soberania e a integridade nacional (Capítulo I), contra as instituições democráticas (Capítulo II), contra o funcionamen-

to das instituições democráticas no processo eleitoral (Capítulo III) e, finalmente, contra o funcionamento dos serviços essenciais destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito (Capítulo IV).<sup>2</sup>

Neste sentido, é preciso atentar para a lição de Basileu Garcia, firme na doutrina estrangeira, segundo a qual “é das mais controvertidas a noção de crime político, e para minorar as dificuldades, entrou-se a considerar a existência de delitos políticos puros e delitos políticos relativos ou conexos. Os primeiros só atentam contra a ordem política do Estado, enquanto os segundos, além de ofender a ordem política, infringem o Direito Penal comum.”<sup>3</sup> Em nosso caso, os novos tipos penais enquadraram-se na primeira classificação.

Após afirmar que a distinção entre crimes comuns e crimes políticos reveste-se de grande interesse teórico e prático, Aníbal Bruno aponta que dois critérios têm sido propostos para a caracterização do crime político, sendo um objetivo (levando em consideração a natureza do bem jurídico ofendido ou ameaçado) e outro subjetivo (que diz respeito ao motivo determinante da ação punível).

Segundo ele, para a primeira corrente doutrinária, “será político todo crime que ofende ou ameaça direta ou indiretamente a ordem política vigente em um país”; por outro lado, e desde o ponto de vista subjetivo, o crime deve ser considerado político a partir do móvel que levou à prática do crime; aliás, foi exatamente este elemento subjetivo “o que mais influiu nas primeiras construções dessa figura delituosa. Era o móvel político, não individual, não egoísta, a nobre aspiração a que a humanidade ou um país em particular alcançasse formas mais justas, humanas ou liberais de organização estatal, que terminou por atrair uma atitude mais benévola dos juristas para esses fatos delituosos, levando-os a constituí-los em categoria especial, até certo ponto privilegiada.”<sup>4</sup>

Assim, ainda segundo Aníbal Bruno – um dos maiores penalistas do Brasil de todos os tempos – “tem-se procurado estabelecer distinções entre os crimes políticos: crimes políticos próprios, os que ofendem a organização política do Estado; crimes políticos impróprios, os que acometem um direito político do cidadão. E, ainda, crimes políticos puros, os que têm exclusivamente caráter político, e crimes políticos relativos, compreendendo os complexos ou mistos, que ofendem ao mesmo tempo um direito político e um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal comum, e os crimes comuns conexos a crimes políticos.”<sup>5</sup>

Fazendo referência também à mesma distinção, Nelson Hungria afirmava que “os crimes políticos (ou político-sociais) agredem a própria segurança interna ou externa do Estado ou são dirigidos contra a própria personalidade deste, ao contrário dos crimes comuns (em sentido extensivo) que atacam os bens ou interesses jurídicos do indivíduo, da família e da sociedade, penalmente protegidos pelo Estado.”<sup>6</sup>

Por fim, trazemos à colação o ensinamento sempre oportuno de Pontes de Miranda, ao comentar a CF de 1967, cujo art. 119, IV estabelecia a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes políticos (tal como

a atual). Segundo ele, “os crimes políticos a que se refere o texto são os que são perpetrados contra a ordem política da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.”<sup>7</sup>

No Brasil nunca houve uma definição legal do que seria crime político, razão pela qual essa questão sempre ficou reservada para os tribunais e para a doutrina, ao contrário de outros países, como, por exemplo, a Itália, cujo Código Penal, no art. 8º, estabelece que, “para os efeitos do direito penal, é crime político qualquer delito que ofenda um interesse político do Estado ou um direito político do cidadão. Um crime comum determinado, no todo ou em parte, por motivos políticos também é considerado um crime político.” (tradução livre).<sup>8</sup>

Considerando-se, destarte, que os novos tipos penais são crimes políticos próprios ou puros, caberá à Polícia Federal a atribuição investigatória, nos termos do art. 144, § 1º, I, da Constituição ou, eventualmente, ao próprio MPF, em conformidade com a Resolução 181 do CNMP<sup>9</sup>, sendo competente para o respectivo processo e julgamento a Justiça Federal, de acordo com o disposto no art. 109, IV, primeira parte, da CF; neste caso, considerando se tratar de competência estabelecida na CF, sua inobservância acarretará nulidade insanável de todo o processo, desde a decisão de recebimento da peça acusatória.

Ademais, tratando-se de crimes políticos, o recurso cabível contra a decisão de primeiro grau será o ordinário constitucional, previsto no art. 102, II, b, da CF, cuja competência (originária) para o julgamento será do STF que, neste caso, atuará como um verdadeiro tribunal de apelação, podendo, portanto, conhecer de quaisquer matérias (de fato e de direito), sejam estritamente processuais (como eventuais nulidades, condições para o exercício da ação penal, pressupostos processuais, competência, dentre outras), sejam propriamente questões de mérito relativas ao caso penal, como a materialidade do fato, autoria, excludentes, dirimentes, etc.<sup>10</sup> Neste sentido, Pacelli afirma que este recurso ordinário, “quanto aos seus efeitos, constitui via ordinária de impugnação, o que significa dizer que o seu efeito devolutivo é o mais amplo possível, segundo a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, podendo o tribunal conhecer, assim, de toda a matéria de fato e de direito impugnada.”<sup>11</sup>

O prazo para a interposição do recurso ordinário será de cinco dias, aplicando-se o art. 30 da Lei nº 8.038/90 (não revogado pelo novo CPC) e art. 310 do RISTF, recepcionado, neste caso, pela CF, além do Enunciado 319 da súmula do STF (aqui usada por analogia).

Neste sentido, Tourinho Filho entende que a Constituição “permite o recurso ordinário para o STF, nos crimes políticos, pouco importando se absolutória ou condenatória a decisão de primeiro grau, sendo também de nenhuma importância indagar se o agente é ou não civil. O STF, no Recurso Criminal n. 1.468/RJ, deixou entrever que o prazo para esse recurso ordinário é de cinco dias e que apresenta o mesmo feitiço da apelação. Proferida a decisão pelo juízo *a quo*, o apelo será dirigido à Excelsa Corte, obedecendo-se

o rito da apelação, sem passar pelo TRF, vale dizer: o STF transmudou-se em órgão de segundo grau.”<sup>12</sup>

Todos os novos delitos são de ação penal pública incondicionada, salvo se esta não for exercida no prazo legal (sem que haja qualquer justificativa para a demora do Ministério Público), caso em que caberá ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, com fundamento no art. 5º, LIX, da CF, combinado com o art. 29 do CPP; neste caso, legitima-se para o oferecimento da queixa-crime subsidiária o próprio Presidente da República, como chefe de Estado, que o fará por meio da AGU (art. 131 da CF); ressalvase, apenas, que nas hipóteses dos crimes previstos nos arts. 359-N e 359-P a legitimidade será concorrente com o Presidente do TSE, tendo em vista tratar-se ambos de delitos contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral. Nada impede, outrossim, que um e outro (no segundo caso) habilitem-se como assistentes do MPF, nos termos do art. 268 e seguintes do CPP.<sup>13</sup>

Em nenhum dos novos casos penais será possível o acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do CPP, pois, ainda que a pena mínima seja inferior a quatro anos, a conduta punível terá sido praticada (de uma maneira ou de outra) com violência ou grave ameaça, circunstância que impede o referido acordo. Será possível, porém, desde que presentes os requisitos legais, a proposta de suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, unicamente na hipótese do art. 359-K, § 3º (nada obstante, será um caso raro, afinal, os motivos e as circunstâncias do crime impediriam, a princípio, a concessão do benefício, conforme art. 77, II, do CP, combinado com o *caput* do referido art. 89).<sup>14</sup>

O rito a ser observado no respectivo processo será sempre o procedimento comum ordinário, nos termos do art. 394, § 1º, I, do CPP, observando-se que não foram previstas infrações penais de menor potencial ofensivo (por óbvio), tampouco crimes com pena máxima inferior a quatro anos, o que exigiria, respectivamente, a observância do rito comum sumaríssimo (previsto na Lei nº 9.099/95) e do procedimento comum sumário (art. 394, § 1º, II, CPP).

Em caso de conexão ou continência com um crime doloso contra a vida, a competência será do Tribunal do Júri (a ser realizado no âmbito da Justiça Comum Federal), em conformidade com o art. 5º, XXXVIII, da CF, combinado com os arts. 78, I, cujo rito será aquele previsto nos arts. 406 a 497, ambos do CPP; ademais, tendo o réu prerrogativa de foro, o procedimento será o da Lei nº 8.038/90, cabendo, em todos os casos, o mesmo recurso ordinário constitucional acima referido.

Não será cabível a decretação da prisão temporária, pois tais delitos não estão referidos nas alíneas indicadas no inciso III, do art. 1º, da Lei nº 7.960/89; se for o caso, pode ser decretada a prisão preventiva ou mesmo a prisão domiciliar (autônoma ou substitutivamente), além de outras medidas cautelares, reais ou pessoais, sendo admitidas, outrossim, e nos termos da CF, a liberdade provisória (com ou sem fiança), a anistia, a graça e o indulto (pois não são crimes considerados hediondos), sendo prescritíveis, salvo se se tratar de

ação de grupos armados, civis ou militares, caso em que não será permitida a concessão de fiança, tampouco admissível a prescrição, conforme mandamento constitucional (art. 5º, XLIV, CF).

Finalmente, ressalta-se que em relação aos processos em curso deve ser observada eventual *abolitio criminis*, declarando-se a extinção da punibilidade (art. 107, III, CP), salvo se o fato delituoso imputado (e previsto na antiga Lei de Segurança Nacional) encontrar perfeita adequação típica em algum dos novos tipos penais, necessitando-se, neste caso, que o MPF retifique a classificação jurídica dada ao fato narrado (*emendatio libelli*), respeitando-se sempre o contraditório. Neste aspecto, nada obstante a *vacatio legis* prevista na lei, deve ser reconhecida imediatamente a *abolitio criminis*, à luz do art. 5º, § 1º, da CF. Neste sentido, oportuna é a lição de Alberto Silva Franco, segundo a qual “quando o legislador ordinário defere ao réu, em lei posterior ao fato criminoso, uma posição mais favorável, é evidente que o dispositivo beneficiador constante da lei penal sancionada, promulgada e publicada deve ser, em respeito ao princípio constitucional, de cogente e imediata eficácia, não suportando uma vigência sustada no tempo.”<sup>15</sup>

Veja-se, para concluir, o ensinamento de Cernicchiaro: “Na *vacatio legis*, a elaboração da lei foi escorreita. Nenhum vício a macula. Apenas o tempo fixado ainda está em curso. Ideologicamente, contudo, há formal e solene declaração de aplicar a lei penal mais favorável. Não faz sentido, por isso, por mero apego à letra do texto, aguardar a respectiva fluência. O argumento de, nesse meio tempo, a lei pode ser revogada (aconteceu com o Código Penal de 1969) não influi no raciocínio. O comando da Constituição é incondicional, no sentido de beneficiar. A *vacatio legis* busca, antes da vigência, favorecer a pessoa, a fim de não ser surpreendida com a nova disciplina. Seria contrassenso deixar de aplicar, imediatamente, lei que se destina a favorecer. No caso em comento: por que esperar 60 dias para início de vigência, se no segundo mês haverá a nova disciplina! Seria manter a lei mais rigorosa durante esse tempo e, escoado o prazo, de ofício, conferir o novo tratamento. Sem dúvida, evidente exemplo de raciocínio de aplicação formal da lei, escorada apenas no sentido gramatical do texto legal! Evidente, o raciocínio é válido quando a norma posterior for mais favorável. Materialmente, ocorre *abolitio criminis*, ou foi amenizado, de qualquer modo, o tratamento até então em vigor.”<sup>16</sup> 

## NOTAS

- 1 A lei foi publicada no Diário Oficial da União do dia 2 de setembro de 2021 e entrará em vigor após decorridos noventa dias de sua publicação oficial. A lei também revogou o art. 39 da Lei das Contravenções Penais e alterou a redação do inciso II do art. 141, além de acrescentar um parágrafo único ao art. 286, ambos do Código Penal.
- 2 No sentido de reconhecer a natureza política dos crimes tipificados na antiga Lei de Segurança Nacional, conferir, dentre outros: PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 202; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora GEN, 2017, p. 253; BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 499; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.

- Processo Penal*, Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237; SOBRINHO, Délio José Rocha. *Competência Penal: uma visão sistematizadora*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 65. Na jurisprudência, veja-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 74.782/RJ, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 13/05/1997; Recurso Criminal 1472/MG – 9959568-83.2014.1.00.0000, Relator: Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 25/05/2016; Recurso Criminal 1468/RJ, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 23/03/2000.
- 3 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Volume I, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 4ª. Edição, pp. 207 e 208.
  - 4 Para corroborar essa afirmação, observa-se, no Brasil, que a Constituição veda expressamente a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LII). Sobre o assunto, conferir o Manual de Extradição, editado pelo Departamento de Estrangeiros da Secretaria Nacional de Justiça, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. Brasília: 2012.
  - 5 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral, Volume I, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 224-227.
  - 6 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume I, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 57.
  - 7 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 209.
  - 8 No original consta: “Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. E’ altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici.”
  - 9 Essa Resolução dispõe sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, sendo de duvidosa constitucionalidade, pois contém dispositivos de natureza procedimental e processual, a exigir o devido processo legislativo constitucional.
  - 10 Neste sentido, veja-se, mais uma vez, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 74.782/RJ, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 13/05/1997; Recurso Criminal 1472/MG – 9959568-83.2014.1.00.0000, Relator: Ministro Dias Toffoli; Recurso Criminal 1468/RJ, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 23/03/2000.
  - 11 PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora GEN, 2017, p. 1012.
  - 12 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 627-628. No mesmo sentido, COLLAÇO, Daniel César Botto. *Direito Constitucional – Competência Cível e Criminal do Juiz Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 125.
  - 13 Veja-se, por exemplo, que o ordenamento jurídico brasileiro admite que o poder público (em sentido amplo) intervenha como assistente do Ministério Público, especificamente nos casos do Decreto-lei 201/67 (art. 2º, § 1º), da Lei nº 7.492/86 (art. 26, parágrafo único) e da Lei nº 8.078/90 (arts. 80 e 82, III e IV).
  - 14 Neste aspecto, deve-se atentar para os Enunciados 243 e 337 das súmulas do Superior Tribunal de Justiça e 696 e 723 das súmulas do Supremo Tribunal Federal.
  - 15 FRANCO, Alberto Silva Franco. *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 17.
  - 16 CERNICCHIARO, Luiz Vicente. “Vacatio Legis – Lei Penal Inconstitucional”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 35, p. 16.



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



# Classificação adequada do perfil do investidor pode evitar problemas e perdas

**A maioria dos investidores não detém conhecimento suficiente e confia na recomendação de assessores**

■ POR MÁRCIA DESSEN

**“Conhece-te a ti mesmo, respeite e imponha respeito ao seu perfil de investidor. Verifique qual é o seu perfil de risco atual nas instituições financeiras com as quais mantém relacionamento comercial.”**

**F**atos: a maioria dos investidores não detém conhecimento suficiente acerca dos produtos de investimentos e confia na recomendação que recebe dos assessores; apesar da frágil abordagem de que o cliente é o centro das atenções, a indústria financeira é movida pela venda de produtos.

Consequência: recomendação e compra inadequadas de produtos.

Fundos multimercado arrojados, por exemplo, podem ser adequados a um investidor jovem, em fase de construção de patrimônio, longo horizonte de tempo, com alta tolerância e capacidade de correr risco.

Entretanto, não faz sentido que esses fundos respondam por 70% da carteira de um investidor aposentado de 82 anos que deseja preservar seu patrimônio e cujos rendimentos são necessários para complementar sua renda familiar.

Quando lhe é perguntado sobre o perfil de risco com o qual se identifica, ele se apresenta como conservador. E não poderia ser diferente, com base na breve descrição apresentada.

Me surpreende constatar que a alocação inadequada de ativos se repete nas três carteiras de investimento que mantém com três instituições financeiras distintas.

Pesquisei a classificação do perfil de risco atribuído ao investidor e encontrei a causa dos equívocos. Uma das instituições o classifica como arrojado. As outras duas não conhecem seu cliente, o cadastro está desatualizado.

Muito aprendizado podemos tirar desse exemplo, que, infelizmente, não é fictício.

Os investidores precisam assegurar que o perfil de risco a ele atribuídos está correto e reflete sua disposição de correr risco e sua capacidade de lidar com eventuais perdas decorrentes de investimentos mais arriscados.

Como fazemos isso? Respondendo ao questionário aplicado pela instituição financeira de forma consciente e responsável, ciente de que a classificação será utilizada pelos assessores para basear a oferta de produtos. Uma classificação inadequada ampara a oferta de um produto inadequado e, de certa forma, reduz a responsabilidade do consultor.

O aprendizado para os assessores é conhecer melhor o cliente, além do perfil a ele atribuído, para assegurar que a classificação está correta e que é adequada a recomendação de produtos que fará.

Às instituições financeiras e seus representantes, especialmente as que mantém seus cadastros de clientes desatualizados, o alerta de que estão descumprindo a instrução 539 da Comissão de Valores Mobiliários. Transcrevo um trecho da instrução para divulgar a responsabilidade dos intermediários:

“As pessoas habilitadas a atuar como integrantes do sistema de distribuição e os consultores de valores mobiliários não podem recomendar produtos, realizar operações ou prestar serviços sem que verifiquem sua adequação ao perfil do cliente.

É vedado aos intermediários recomendar produtos ou serviços ao cliente quando:

I – o perfil do cliente não seja adequado ao produto ou serviço;

II – não sejam obtidas as informações que permitam a identificação do perfil do cliente; ou

III – as informações relativas ao perfil do cliente não estejam atualizadas”.

Conhece-te a ti mesmo, respeite e imponha respeito ao seu perfil de investidor. Verifique qual é o seu perfil de risco atual nas instituições financeiras com as quais mantém relacionamento comercial. Refaça o procedimento se considerar que o perfil atribuído não corresponde à realidade. Respeitados o nível de tolerância a riscos e os objetivos de investimento, muitos problemas e perdas poderão ser evitados. 



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

# OAB e a cultura do advogado fracassado

■ POR JORGE CALAZANS



**“A valorização do sucesso deve ser estimulada, principalmente para que sirva de motivação para os jovens advogados que estão entrando em um mercado saturado.”**

**O** Brasil deve ultrapassar a marca de 2 milhões de advogados até 2023. A tendência é apontada pela crescente do número de advogados no país que ingressa no mercado a cada ano. Atualmente o país conta com 1.237.932 profissionais inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Em uma comparação simples, podemos dizer que há um advogado para cada 170 habitantes, uma vez que a população brasileira ultrapassou os 210 milhões de habitantes em 2019.

Compete a Ordem dos Advogados fiscalizar a classe, verificando a qualidade na prestação dos serviços advocatícios, bem como selecionar os bacharéis em direito que estão aptos a requisitarem inscrição nos quadros da OAB, através do Exame de Ordem. Essa atribuição fica a encargo do Conselho Federal com a ajuda do Conselho Seccional, como exposto no art. 58, VI do Estatuto da OAB.

Também é dever do Conselho Federal da Ordem dos Advogados batalhar pelos interesses dos advogados em todo território nacional, lutar por melhorias na advocacia, fazer com que sejam respeitadas as prerrogativas profissionais e, acima de todos esses direitos, está a luta pela ética profissional.

Além do anteriormente mencionado, também é competência do Conselho Federal editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os provimentos que julgar necessários; assegurar o regular funcionamento dos Conselhos Seccionais, neles intervindo quando constatar grave violação do Estatuto ou de seu Regulamento.

Usando dessa atribuição, o Conselho Federal da OAB decidiu regulamentar a “ostentação” nas redes sociais por parte de advogados e advogadas.

No provimento 205/2021, publicado pela OAB, no parágrafo único do artigo 6º: “Fica vedada em qualquer publicidade a ostentação de bens relativos ao exercício ou não da profissão, como uso de veículos, viagens, hospedagens e bens de consumo, bem como a menção à promessa de resultados ou a utilização de casos concretos para oferta de atuação profissional”.

Primeiramente, fica claro que o Conselho Federal na presente norma interfere claramente na vida privada dos advogados, extrapolando sua finalidade. Os legisladores ao redigirem o artigo supramencionado não respeitaram as regras de proporcionalidade através de uma intervenção excessiva, ferindo a liberdade individual do profissional como indivíduo.

Uma intervenção à liberdade só deve ser admitida quando além de necessária, não há outra solução melhor. Novas leis devem seguir estritamente a regra de adequação ao fim a que se destina, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (os problemas concretos a serem resolvidos devem servir de norte para que se delibere para a intervenção menos gravosa na esfera de direitos, especialmente em casos de aparente colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade individual e a segurança coletiva).

Além disso, causa estranheza o fato do Conselho Federal se preocupar com carros, viagens e bens de consumos, quando a média de rendimento da classe dos advogados brasileiros é de R\$ 2.991,80.

Talvez não se preocupe por achar que a grande solução para o problema é o reajuste anual das tabelas de honorários dos estados, onde a média dos serviços jurídicos é acima de R\$ 6 mil, um valor que exclui mais de 80% da população brasileira do acesso a estes serviços e faça com que advogados acabem prestando serviços em troca de valores irrisórios, para garantir o mínimo de dignidade no exercício da profissão.

No mais, o que é tratado como ostentação pelo Conselho Federal serve como referência para os escritórios adotarem as práticas de benchmarking, que consiste na linguagem empresarial, na pesquisa e conhecimento profundo de quem são os concorrentes do setor e como eles trabalham.

A valorização do sucesso deve ser estimulada, principalmente para que sirva de motivação para os jovens advogados que estão entrando em um mercado saturado onde, ante o crescimento exponencial do número de profissionais que tem como consequência a baixa remuneração e a desvalorização da classe, o fracasso já é a regra. **■**



**JORGE CALAZANS** é Advogado especialista na área criminal. Atua na defesa de vítimas de fraudes financeiras, é conselheiro estadual da Anacrim.



## O jogo e a liberdade após este 7 de setembro

■ POR VITOR BLOTTA

**“Sem juiz não tem jogo, da mesma forma que sem a Lei, o Judiciário ou a fiscalização entre os poderes, não existe liberdade de expressão, ou qualquer outra liberdade.”**

**P**or que manifestações que pedem o fechamento do Supremo Tribunal Federal ou do Congresso, ou a instauração de uma ditadura abusam da liberdade de expressão e rompem com o jogo democrático? Existem três tipos de resposta a essa questão.

A resposta mais fácil é que não devemos usar nossa liberdade de expressão para pedir o fim das instituições que, em última instância, precisam garantir essa e outras liberdades, quando sentimos que são violadas. Temos, sim, liberdade e até o dever de protestar contra leis e decisões injustas, bem como contra autoridades que abusam do seu poder. Contudo, defender a extinção dos Poderes da República é, no mínimo, um contrassenso. Pois, mesmo quem entende que a liberdade de expressão é a liberdade de dizer tudo o que se pensa, “e quem se ofender que me processe”, ainda precisa das leis e de um judiciário reconhecido para decidir sobre a questão.

Para esses, a democracia é como um jogo de futebol profissional, em que os adversários farão de tudo para vencer, inclusive jogar sujo e tentar ludibriar o juiz. Mas, quem passar dos limites e tratar o outro time como inimigo a ser destruído, pode ir para o chuveiro mais cedo. E ainda que o juiz seja um péssimo profissional, ou mesmo corrupto, é necessário apelar para... a Justiça Desportiva. Sem juiz não tem jogo, da mesma forma que sem a Lei, o Judiciário ou a fiscalização entre os poderes, não existe liberdade de expressão, ou qualquer outra liberdade. O que existe é a vontade de quem manda e a obediência de quem serve. E como sabemos, o presidente do clube não é seu dono, e nem mesmo os sócios o são diretamente, pois há um conselho que faz a mediação entre sócios e o presidente.

O segundo tipo de resposta à questão sobre manifestações que pedem o fechamento do Supremo, do Congresso ou uma ditadura abusam da liberdade de expressão e rompem com o a democracia, é porque entendemos que nossa liberdade termina onde começa a liberdade dos outros. E quando os interesses de uns conflitam com os interesses dos outros, sejam amigos ou adversários, é preciso estabelecer entre si regras mínimas para que as desavenças sejam resolvidas e a bola possa rolar, ainda que isso implique chamar um terceiro para ser juiz.

Para esses, a democracia é como um jogo de futebol society, que não por acaso pode ser traduzido para “futebol sociedade”. Neste caso, há um respeito pressuposto às regras de quem aluga o campo, seja no horário de funcionamento, seja nas vestimentas mínimas e condutas proibidas, mas o que importa mesmo é como os dois times decidem jogar.

Caso haja falta ou desentendimentos, a resolução partirá desse acordo prévio e do debate livre entre os jogadores, sem ofensas ou brigas, haja juiz ou não. Para que o jogo tenha um resultado justo e seja prazeroso para todo mundo, ainda que muito competitivo, vai depender das relações entre os jogadores e de como resolverão os conflitos em campo. E se tudo correr bem, ainda pode rolar uma cervejinha no final. O que não pode é pedir o fechamento do espaço, não pagar o aluguel ou violar as regras mínimas de uso. Senão nem jogo tem e todos sairão descontentes.

O terceiro tipo de resposta que podemos dar é o mais difícil, pois representa uma forma ainda mais profunda de encarar a liberdade de expressão e a democracia. Neste caso, dizemos que manifestações pela derrubada das instituições e por golpes de Estado, em nome de quem quer que seja, abusam da liberdade de expressão e rompem com a democracia porque a liberdade de expressão só existe em ambientes em que todos nós, mais ou menos diferentes, reconhecemos as liberdades uns dos outros como válidas.

Como diz Anshuman Mondal, professor de literatura e estudos pós-coloniais na Universidade de East Anglia, na Inglaterra, isso implica entender a liberdade de expressão não com a pergunta “qual é o meu limite de dizer tudo aquilo que eu quero dizer?”, mas “o que é bom dizer?”. A ideia de que só sou livre para me expressar na medida em que os outros me reconhecem como tal e vice-versa, é um apelo para que recuperemos um sentido ético de liberdade de expressão e de democracia.

Contudo, não se deve confundir essa ideia ética com “a moral e os bons costumes”, pois ela envolve o embate e a convivência de diferentes visões, além da possibilidade de mudanças. Neste caso, também o Estado só é válido quando reconhece e realiza uma mediação sensível dessa reciprocidade, muitas vezes conflituosa, entre as liberdades e valores como respeito, solidariedade e igualdade. Para quem pensa assim, o jogo democrático está mais próximo da modalidade “futebol callejero”, ou futebol de rua, cujo movimento, com ligas na América Latina, na África e Europa, busca associar o esporte à educação popular com o propósito de promover transformação social e formar lideranças juvenis.

No futebol callejero não há juiz. As equipes, sempre mistas, decidem antes do jogo quais serão as regras básicas: se o lateral é batido com o pé ou com a mão, se vale o goleiro pegar com a mão bola recuada, se há impedimento etc. Além disso, espera-se que no jogo as equipes se relacionem consigo mesmas e entre si com respeito e solidariedade e participação entre todas jogadoras e jogadores. O jogo então transcorre normalmente, com a vitória valendo somente um ponto para a equipe vencedora. Mas, o resultado só é definido num terceiro tempo, em que as duas equipes debatem, com a ajuda de uma mediadora ou mediador, sobre se houve ou não respeito, solidariedade e participação. E como cada um desses quesitos vale um ponto, o placar pode virar mesmo após o fim da partida. Não adianta querer ganhar a qualquer custo ou impor sua opinião no grito. Ambas as equipes devem decidir, por consenso ou por voto, o placar final.

Por isso, mesmo depois desse marcante 07 de setembro, nas ruas ou nas redes sociais, podemos escolher ser jogadores profissionais, de futebol society ou callejero. Só não dá para acabar com o jogo pedindo a expulsão do juiz ou dizendo que é o dono da bola. Pois, ao final, vença quem vencer, o jogo (ou a luta) precisa continuar. **■**



ARQUIVO PESSOAL

**VITOR BLOTTA** é Professor Doutor no Departamento de Jornalismo e Editoração na Escola de Comunicações e Artes (ECA/USP) e coordenador do grupo de pesquisa Jornalismo Direito e Liberdade ECA/IEA – USP.

# A rejeição contratual pelo não cumprimento do art. 16, da LRF (criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental)

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR



“A criação, expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo, qualquer uma dessas iniciativas requer prévia anotação no processo administrativo que abriga a licitação ou a contratação direta.”

**P**assados 21 anos da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), restam muitas dúvidas sobre o que é criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental, cujo respectivo gasto há de estar precedido pela trienal estimativa de impacto orçamentário-financeiro e de declaração orçamentária do ordenador da despesa, ou seja, pelos procedimentos ditos no art. 16 da sobredita disciplina.

Importante esse esclarecimento conceitual, pois alguns tribunais de contas têm recusado contratos face à ausência daquelas providências; assim fazem porque a omissão torna o gasto não autorizado, irregular e lesivo ao patrimônio público (art. 15, da LRF), remetendo o ordenador ao art. 359-D, do Código Penal:

Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Eis, por exemplo, o que deliberou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no TC 1452/002/07:

Já as ausências de estimativa trienal do impacto orçamentário-financeiro da obra (com premissas e metodologia de cálculo utilizado) e da declaração do ordenador da despesa atestando adequação ao PPA, LDO e LOA configuram infringência ao artigo 16, incisos I e II, da Lei Complementar n.101/00. São desacertos que implicam na caracterização de despesa não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público (art.15) (...). Do exposto, e atento às manifestações unânimes dos órgãos técnicos, julgo irregulares a tomada de preços nº 30/02, contrato, termo aditivo e ato determinador de despesas, conhecimento do Termo de Rescisão Contratual, com acionamento dos incisos XV e XXVII, do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93. (In: TC 1452/002/07; [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br)).

De outro lado e como mais adiante veremos, as exigências do artigo 16 são fáceis de enunciar e, de modo algum, retardam os procedimentos licitatórios.

E, considerando que o planejamento é um dos pilares de responsabilidade fiscal, indispensáveis os tais procedimentos do artigo 16.

De fato, a estimativa trienal revela o impacto da nova despesa sobre os orçamentos e, também, sobre as disponibilidades de caixa, sendo que estas podem aumentar ou diminuir as possibilidades de despesa no ano de execução dos orçamentos; isso, em função dos resultados financeiros de anos anteriores (*superávits ou déficits*); não por acaso, pretéritas sobras de caixa ampliam, no ano corrente, a chance de mais gasto público; já, o anterior déficit de caixa reduz, na verdade, o tamanho da despesa fixada no orçamento. Em resumo, a tal estimativa demonstra a capacidade de os governos

assumirem o gasto de criação, expansão ou aprimoramento; não só quanto à edificação de um prédio público, mas, também, o custeio do serviço que nele acontecerá.

Além do mais, o planejamento orçamentário valorizou-se com a outra requisição do artigo 16: a declaração do ordenador da despesa, pois este deve atestar, formalmente, que o novo gasto se compatibiliza com os saldos, os objetivos e as metas dos três planos orçamentários (PPA, LDO e LOA), vindo isso a atenuar a habitual insinceridade na planificação de uso do dinheiro público.

Diversamente do exigido para a despesa obrigatória de caráter continuado – DOCC (art. 17, LRF), a de criação, expansão ou aperfeiçoamento dispensa, legalmente, a indicação da compensação financeira, seja pelo aumento de receita ou corte de outra despesa; é dessa forma porque, criada por lei específica, a DOCC é compulsória, quer ou não queira o dirigente estatal; já a outra, de expansão e aperfeiçoamento, é discricionária, podendo ser interrompida por decisão unilateral do chefe de Poder. De todo modo, parece-nos que houve aqui um vacilo do legislador, pois tende a se tornar permanente a maioria das despesas de criação, expansão ou aperfeiçoamento.

Neste ponto, vale lembrar que, na classificação funcional-programática da despesa<sup>1</sup>, a Ação Governamental refere-se ao nível mais concreto da atuação pública, traduzindo o que de fato a Administração realizará, quer em nível da Atividade (manutenção dos serviços preexistentes), do Projeto (produto novo; com começo, meio e fim) ou das Operações Especiais (despesas que não resultam bens e serviços para o Poder Público, como os juros da dívida ou o pagamento de aposentadorias e pensões).

Então, já se pode dizer que criar ação de governo significa instituir algo novo, antes inexistente naquela Administração, criando, por exemplo, a guarda municipal, a ouvidoria pública, o serviço de apoio ao agricultor de alimentos ou, ainda, um programa de doação de alimentos à população carente.

De seu lado, expandir ação de governo é o mesmo que ampliar o atendimento físico de serviços já antes instalados, construindo, por exemplo, mais escolas, unidades básicas de saúde, estradas vicinais e, através dessas obras, incrementar a oferta de serviços a alunos, pacientes e motoristas do município.

Ainda, aperfeiçoar ação de governo é, por exemplo, introduzir um programa permanente de treinamento dos servidores, no intuito de aprimorar a realização dos serviços públicos, conferindo-lhes mais eficácia e efetividade.

Tendo em mira que o art. 16, LRF, se refere à criação, expansão e aperfeiçoamento que acarrete aumento de despesa, argumentam alguns que erguer uma escola ou um pronto-socorro nem sempre eleva o gasto, pois este já conta, na lei orçamentária anual, com sua própria fonte de custeio. Para esses intérpretes, desnecessário, no caso, as providências do art. 16. Equivocada tal alegação, pois os decorrentes gastos pressionarão orçamentos futuros. De fato, uma nova escola requer contratação de professores, compra de material didático e de alimentos para a merenda escolar; um novo pronto-socorro

demanda novos médicos e enfermeiros, além da aquisição de medicamentos e material de enfermagem.

Bem por isso, aquelas obras onerarão, num primeiro momento, a categoria programática *Projeto*, cujo efetivo funcionamento, no triênio de impacto orçamentário, será, por certo, depois empenhado em outra ação de governo: a *Atividade*.

Nisso tudo, há situações que exigem esforço interpretativo. De pronto, resta claro que as dúvidas recaem sobre os conceitos de expansão e aprimoramento e, não, no de criação, pois nesta iniciativa se põe algo novo, diferenciado, que antes inexistia no governo.

Entendemos que, para saber se o gasto é de expansão ou aperfeiçoamento, vale a seguinte indagação: a despesa gerará, de fato, maior ou melhor atendimento à população? Se positiva a resposta, eis a necessidade das solicitações do artigo 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Então, pavimentar rua de terra expande, sem dúvida, os serviços viários, demandando o rigor do art. 16, da LRF; de outra parte, o recapeamento de rua já antes asfaltada é corriqueira manutenção de serviço preexistente, desobrigando o respeito àquela norma fiscal.

Do mesmo modo, a obra que aumentará o tamanho da escola, ampliando o número de salas de aulas, tal iniciativa requer, sim, o art. 16, LRF; já, a necessária reforma de outra escola não indica, em regra, mudanças estruturais no prédio, tampouco aumento de salas de aulas, afastando, por isso, o ritual da norma em questão.

E os procedimentos do art. 16 também estão desobrigados se houver a habitual renovação do vigente contrato de informática contábil. Todavia, se nessa avença introduzir-se novos conteúdos, como folha salarial, tributos, controle interno, custos, frente a esse inequívoco aperfeiçoamento dos serviços eletrônicos, afiguram-se necessárias as exigências daquela norma.

A ver do Tribunal de Contas da União (TCU), a renovação de serviços contínuos dispensa os procedimentos determinados nos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Já as despesas contínuas, mormente as relacionadas a serviços de manutenção e funcionamento do setor público, por não serem criadas ou aumentadas em suas renovações contratuais ou licitações anuais, não se sujeitariam aos preceitos dos art. 16 e 17, em virtude de não constituírem gastos novos (foram criadas no passado e, portanto, já fizeram parte de leis orçamentárias pretéritas) (...) (Acórdão 883/2005, Primeira Câmara).

De qualquer modo, as providências do artigo 16 sempre alcançam as despesas orçamentariamente classificadas como Projeto, vez que esta categoria resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo (segundo definição da Portaria 42, de 1999, do Ministério de Orçamento e Gestão).

Não é demais lembrar que, em caso de reconhecida calamidade pública, ficam dispensados os rigores do art. 16, da LRF, desde que o gasto se destine ao enfrentamento da situação emergencial. É o que atualmente se vê no art. 65, § 1º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

E, tidas irrelevantes pela lei de diretrizes orçamentárias (LDO), as comentadas despesas também se livram das cautelas fiscais (art. 16, § 3º, da LRF). Em geral, as LDO definem irrelevantes os gastos inferiores ao valor que a Lei de Licitações faculta a contratação direta.

De ilustrar que a obrigatoriedade é o que diferencia o gasto de criação, expansão e aprimoramento (art. 16, da LRF) da despesa obrigatória de caráter continuada (art. 17, LRF). É o que se vê em livro do qual fomos coautores<sup>2</sup>:

Entre a despesa obrigatória continuada e a despesa de expansão prevista, somente nos formais planos orçamentários (art. 16), entre uma e outra, há um instrumento coercitivo, a lei ou o ato administrativo normativo, que vincula o ordenador da despesa à execução da primeira; quer dizer, a despesa obrigatória continuada é, por natureza, incomprimível e inadiável, diferente da outra, na qual prevalece a discricionariedade do mandatário e, por isso, à vista de um possível déficit, pode sofrer restrição.

Explica-se melhor. A despesa contemplada na lei de orçamento, e compatível com o PPA e a LDO, não precisa, necessariamente, realizar-se, pois são formais tais instrumentos, eminentemente autorizativos; não impedem que as despesas executadas sejam menores que as estimadas (...)

Aumento salarial do funcionalismo, por exemplo, deriva de lei específica, que obriga o dirigente às providências cabíveis, quer ele queira ou não. Por outro lado, a implantação de serviço de atendimento ao usuário de serviços municipais é processo que pode, a qualquer tempo, ser interrompido, visto que o correspondente gasto dispensa lei específica; só requer dotação na genérica e flexível lei de orçamento, à mercê, sempre, de alterações conduzidas pelo poder discricionário do ordenador da despesa.

Feitos esses comentários, cabe enfatizar que *a criação, expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo*, qualquer uma dessas iniciativas requer prévia anotação no processo administrativo que abriga a licitação ou a contratação direta (*dispensa/inexigibilidade*):

a) Estimativa trienal de impacto orçamentário-financeiro (vide modelo abaixo). Nesse passo, saldo descoberto de Restos a Pagar (déficit financeiro) afeta a receita coletada no exercício corrente, restringindo a despesa prevista para o ano (como se dizia antigamente: “há verba, mas não há dinheiro”); em rumo diverso, excedente de caixa (superávit financeiro) eleva as possibilidades orçamentárias do ano corrente. Exemplo: se o Município espera arrecadar R\$ 20 milhões, mas têm de solver débitos descobertos do ano anterior (R\$ 2 milhões), se assim for, baseando-se naqueles R\$ 20 milhões calcula-se o impacto

orçamentário, enquanto sobre a parcela diferencial, de R\$ 18 milhões, verifica-se o impacto financeiro (R\$ 20 milhões – R\$ 2 milhões).

b) Declaração do ordenador da despesa atestando que a nova despesa conta com saldo na dotação própria e consistente expectativa de suporte financeiro e mais: tal iniciativa se conforma aos objetivos e prioridades do plano plurianual (PPA) e da lei de diretrizes orçamentárias (LDO), peças essas que podem ser legalmente modificadas ao longo do próprio período de execução.

## ANEXO

### MODELO PROPOSTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Publicado no Diário Oficial do Estado de 13/09/2006

O Tribunal de Contas do Estado recomenda aos responsáveis pelos órgãos jurisdicionados, que o despacho referido no artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal contenha as informações que integram o MODELO abaixo proposto.

#### Modelo de despacho do Ordenador da Despesa- Atendimento ao art.16 da Lei de Responsabilidade Fiscal

Na qualidade de ordenador da despesa, declaro que o presente gasto dispõe de suficiente dotação e de firme e consistente expectativa de suporte de caixa, conformando-se às orientações do Plano Plurianual (PPA) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), motivo pelo qual, às fls. ...., **faço encartar cópia do respectivo trecho desses instrumentos orçamentários do Município.**

Em seguida, estimo o trienal impacto orçamentário e financeiro da despesa, nisso também considerando sua eventual e posterior operação

<b>Valor da despesa no 1º exercício</b> .....	R\$
Impacto % sobre o Orçamento do 1º exercício .....	%
Impacto % sobre a Caixa do 1º exercício .....	%
<b>Valor da despesa no 2º exercício</b> .....	R\$
Impacto % sobre o Orçamento do 2º exercício .....	%
Impacto % sobre a Caixa do 2º exercício .....	%
<b>Valor da despesa no 3º exercício</b> .....	R\$
Impacto % sobre o Orçamento do 3º exercício .....	%
Impacto % sobre a Caixa do 3º exercício .....	%

**Data:**

**Nome, Cargo e Assinatura do Ordenador da Despesa:**

## NOTAS

- 1 Segundo Portaria 42, de 1999, do Ministério de Orçamento e Gestão.
- 2 "A Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo", 3. ed., NDJ, 2005, São Paulo, em coautoria com Sérgio Ciquera Rossi.



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



*Flávio Filizzola D'Urso*

ARQUIVO PESSOAL

## Crescem as invasões a contas do MercadoLivre

**“Assiste-se ao aumento dessas invasões a perfis, o que tem preocupado a todos, especialmente pelos transtornos e prejuízos causados, além do cenário no qual os vazamentos de dados pessoais, na internet, se tornam cada vez mais frequentes.”**

**A** segurança dos perfis de usuários da internet é objeto de constantes alertas, para tentar reduzir os riscos de invasões, que tem se tornado cada vez mais frequentes.

Estas invasões não se restringem apenas às contas bancárias, instituições financeiras e redes sociais, mas também atingem plataformas de comércio eletrônico, gerando imensos transtornos e prejuízos àqueles que passam por esta frustrante experiência.

Este é o caso das invasões de contas, realizadas por criminosos digitais, de vendedores do Mercado Livre, que acabam sofrendo com desvios dos valores provenientes de suas vendas.

Além dos desvios destes valores, constatou-se que esses criminosos acessaram as lojas virtuais para alterar informações de produtos e aplicar outros golpes a eventuais clientes.

Neste caso, tanto os vendedores, quanto seus clientes/consumidores, foram vítimas destes cibercriminosos.

Mas isto não é tudo. Há registros de casos nos quais o criminoso contraiu empréstimos pelo perfil invadido do vendedor, aumentando, ainda mais, as consequências danosas desta invasão.

Por estas razões, adverte-se que algumas medidas básicas de segurança precisam ser observadas, uma vez que auxiliam para que os usuários não se tornem vítimas desta modalidade criminosa.

Medidas simples são imprescindíveis, tais como: utilizar senhas diferentes para cada plataforma, sempre ativar a autenticação em dois fatores, não clicar em *links* encaminhados por perfis não oficiais do MercadoLivre, ter atenção aos contatos recebidos (golpistas se passam por representantes destas plataformas), além de manter o sistema operacional e o antivírus sempre atualizados.

Quando a vítima desconfia ou percebe a invasão, sofre furtos e/ou tem contraídos empréstimos fraudulentos, é preciso reagir com rapidez, lavrando o Boletim de Ocorrência e providenciando a comunicação extrajudicial a estas plataformas. Tal comunicação tem se mostrado suficiente para resolver estas questões, além de ser mais célere e menos custosa. Porém, caso tais providências não resolvam, há que se providenciara respectiva medida judicial.

Assim sendo, medidas preventivas básicas, como as citadas, devem ser observadas, pois podem ajudar a evitar prejuízos, todavia, diante da ocorrência de prejuízos, há que se buscar sua reparação junto à plataforma.

Inegavelmente, assiste-se ao aumento dessas invasões a perfis, o que tem preocupado a todos, especialmente pelos transtornos e prejuízos causados, além do cenário no qual os vazamentos de dados pessoais, na internet, se tornam cada vez mais frequentes. 

---

**FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO** é Advogado Criminalista, Mestrando em Direito Penal pela USP, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal), com Especialização pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), integrou o Conselho Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (2018), foi Conselheiro Estadual da OAB/SP (gestão 2016-2018) e é coautor das obras "Advocacia 5.0" e "Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados".



# FALAR LIBERTA

**A sua voz pode mudar a história da violência sexual infantil.**

## #NÃOSECALE

**Queremos ouvir você.**

**UMA VOZ**

**CHAMA OUTRA**