

# conceito jurídico

ano V | outubro de 2021 | nº 58

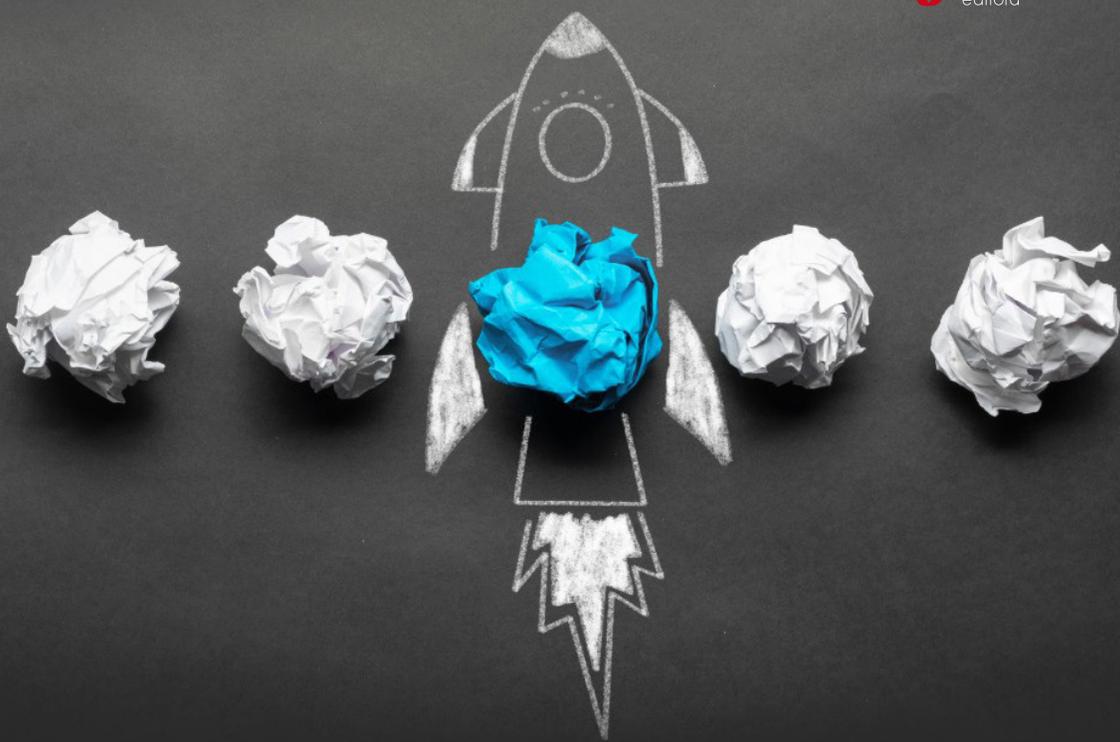


Guilherme Nostre

ESG, cancelamento  
pós-moderno e *class action* Pág. 7



 zakarewicz  
editora



## O Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador



### DESTAQUE

Regis Fernandes de  
Oliveira

A escrescente emenda  
de relator



### ENFOQUE

Amanda Magalhães

O besouro atrás da orelha



### IN VOGA

Eudes Quintino de  
Oliveira Júnior

População em situação  
de rua

# 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





*Tracy Reinaldet*

## A Globalização do Direito Penal

**“Se ainda não encontramos algo melhor do que o direito penal para combater o crime, o melhor que se pode ter atualmente da matéria penal talvez esteja na troca de informações e na cooperação jurídica internacional entre os diferentes Estados.”**

**D**iferentemente do que o senso comum pode nos levar a crer, a globalização é um fenômeno que atinge não apenas a economia ou a tecnologia, mas que possui ampla influência no direito e, em especial, no direito penal.

Essa mundialização do direito penal teve início no século XX e foi impulsionada por dois principais fatores. De um lado, a necessidade de se solucionar problemas criminais cujos efeitos negativos não se limitavam às fronteiras de um único Estado, mas atingiam diversos países. Foi, portanto, com o objetivo de resolver questões como as dos crimes de guerra, de genocídio, de terrorismo, de tráfico internacional de drogas e, mais recentemente, de lavagem de dinheiro, que os diferentes Estados começaram a dialogar sobre a matéria penal na esfera internacional. De outro lado, a internacionalização do direito penal também ocorreu por conta de questões criminais que, apesar de estarem limitadas ao ambiente interno de um país, eram objeto de uma pauta cosmopolita comum. Nesse contexto, a globalização do direito penal foi impulsionada igualmente para propor soluções a temas como o tratamento carcerário do infrator, a tortura, o banimento de penas cruéis, a corrupção e a atividade de organizações criminosas, dentre tantos outros.

No cenário internacional, alguns órgãos tomaram destaque nesse movimento de mundialização do direito penal. Entre vários, pode-se citar o Tribunal Penal Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Organização das Nações Unidas (ONU). É de se dizer que a ONU nasceu com um objetivo extremamente nobre: evitar uma terceira guerra mundial. No entanto, ela logo percebeu que o cenário internacional exigia a discussão de diversos outros temas, muitos deles envolvendo o direito penal. Nessa senda, a ONU assumiu um relevante papel de interlocutora da matéria penal entre os 193 países que a integram. Essa interlocução é realizada de dois modos. Primeiro, através da criação de tratados e de convenções internacionais sobre questões criminais. Para exemplificar, pode-se mencionar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prevê diversas garantias à pessoa presa, a Convenção de Mérida, a qual dispõe sobre o combate à corrupção, e a Convenção de Palermo, cujo objeto é a luta contra o crime organizado. E segundo, a ONU passou a dialogar sobre o direito penal também por intermédio de um programa internacional de prevenção do crime e justiça criminal, o qual foi responsável por criar institutos regionais nos quais a matéria penal é amplamente debatida.

No âmbito do sistema organizacional da ONU, há atualmente 4 institutos de prevenção do crime. O Instituto Europeu para Controle e Prevenção do Crime, com sede em Helsinki, Finlândia. O Instituto das Nações Unidas para a Ásia e Extremo Oriente para Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, localizado em Tóquio, Japão. O Instituto Africano das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, com sede em Kampala, Uganda. E o Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD), o qual foi fundado em 1975, e possui sede em São José, Costa Rica.

O objetivo do ILANUD é dar assistência à comunidade internacional na matéria penal, promovendo a cooperação entre os países integrantes da América Latina, seja através da formalização de acordos de cooperação, seja por intermédio de cursos de capacitação e de treinamento. No âmbito de tal instituto, os 19 países membros, dentre eles o Brasil, compõem um Comitê Permanente da América Latina para Prevenção do Crime (COPLAD), onde debates são travados sobre temas como crime organizado transnacional, justiça criminal juvenil, justiça criminal e gênero, situação carcerária do preso, alternativas à prisão, justiça restaurativa e tantos outros. No bojo deste comitê, os problemas são discutidos e propostas de soluções regionais são apresentadas pelos seus integrantes.

Como se vê, a globalização do direito penal parece ser inevitável e mesmo necessária. Afinal, se ainda não encontramos algo melhor do que o direito penal para combater o crime, o melhor que se pode ter atualmente da matéria penal talvez esteja na troca de informações e na cooperação jurídica internacional entre os diferentes Estados. 

---

**TRACY REINALDET** é Doutor em Direito Penal e Ciências Criminais pela Université Toulouse 1 Capitole, em co-tutela com a Universidade Federal do Paraná. Recentemente, Tracy Reinaldet foi convidado para atuar como representante do Brasil no Comitê Permanente da América Latina para a Prevenção do Crime (COPLAD), ligado ao Conselho Econômico e Social da ONU.

# SUMÁRIO

3  
COM A  
PALAVRA

## A Globalização do Direito Penal

Tracy Reinaldet

10

PAINEL  
ECONÔMICO

## Os estragos econômicos da insegurança jurídica

José Pastore

18

PAINEL DO  
LEITOR

## As escolas estão protegendo os dados pessoais dos seus filhos?

Patrícia Punder

24

DESTAQUE

## A crescente emenda de relator

Regis Fernandes de Oliveira

29

CAPA

## O que muda com o marco legal das startups?

Daniel Maffessoni Passinato Diniz

35

PORTAL  
JURÍDICO

## Como cumprir os 70% do Fundeb ante os embaraços legais de 2021

Flavio Corrêa de Toledo Junior

7

ENTREVISTA

## ESG, cancelamento pós-moderno e *class action*

Guilherme Nostre

15

DIREITO E  
BIOÉTICA

## A mulher casada e a parábola do DIU

Letícia Helena Malzone

21

PROPOSTAS E  
PROJETOS

## Uso governamental de inteligência artificial e discriminação algorítmica

Bruna Braghetto

26

CAPA

## Um guia para o Marco Legal das Startups

Ana Campos

32

CAPA

## As expectativas advindas do Marco Legal das Startups

Matheus Marques Borges

42

IN VOGA

## População em situação de rua

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

44

GESTÃO DE  
ESCRITÓRIO

## O protagonismo da Controladoria Jurídica Inteligente e suas muitas facetas

Anelise Valente, Thaynara Andretta,  
Jefferson Paiva, Fernando Ferraz,  
Priscila Dornelles e Isadora Santos

51

CONTEXTO

## A restituição do dinheiro aos investidores no caso GAS Consultoria

Jorge Calazans

64

ENFOQUE

## O besouro atrás da orelha

Amanda Magalhães

74

TENDÊNCIAS

## A polêmica inclusão de velhice na CID-11 e seu impacto no mercado securitário

Marcelo Franciozi Fonseca

78

CIÊNCIA JURÍDICA  
EM FOCO

## Maus-tratos a animais e vedação de eutanásia desmotivada (Lei nº 14.228/21)

Eduardo Luiz Santos Cabette

83

DOCTRINA

## A fase preparatória da licitação e seu rito procedimental (Lei nº 14.133/2021)

Madeline Rocha Furtado e  
Marinês Restelatto Dotti

48

CONJUNTURA

## Da natureza das recomendações e determinações do Tribunal de Contas

Irapuã Beltrão

54

VISÃO  
JURÍDICA

## A hora de agir, por Thomas Piketty

Rômulo de Andrade Moreira

66

OBSERVATÓRIO  
JURÍDICO

## A figura de encarregado em condomínios empresariais

Luís Roldofo Cruz e Creuz e  
Aline Cruvinel

76

DIREITO  
EMPRESARIAL

## Voto plural e residência dos administradores: Inovações da Lei nº 14.195/2021

Anne Thomas e Ivens Hübert

110

PONTO DE  
VISTA

## O que Tony Blair e Paulo Guedes têm em comum com você

Hugo Menezes



*Guilherme Nostre*

ARQUIVO PESSOAL

## ESG, cancelamento pós-moderno e *class action*

Nos últimos tempos vem ganhando destaque na vida empresarial a sigla ESG, referente às palavras em inglês “environmental, social and governance”, referindo-se a um compromisso a ser declarado pelas empresas com o fim de estabelecer as melhores práticas ambientais, sociais e de governança. E, para falar sobre esse que é assunto de grande relevância no universo empresarial, convidamos o Doutor em Direito Penal pela USP, Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra, Guilherme Nostre. Confira!

**CONCEITO JURÍDICO** – *Como surgiu a sigla ESG?*

**GUILHERME NOSTRE** – A sigla surgiu a partir de uma iniciativa das Nações Unidas que, em 2005, por meio do *UN Global Compact*, convidou importantes instituições financeiras de diferentes países, incluindo o Brasil, para estabelecer padrões éticos fundamentais da atuação corporativa. Isso porque, com a globalização, as empresas ao redor do mundo passaram a contar, de alguma forma, com dinheiro das pessoas espalhadas por todo o planeta, desde grandes e pequenos investidores a todo tipo de consumidor. Nesse contexto, começou a se perceber a importância de se garantir a essas pessoas que seu dinheiro estaria, direta ou indiretamente, financiando apenas empresas que atuassem com práticas que não violassem os direitos humanos, os direitos sociais dos trabalhadores e o meio ambiente, além de não estarem vinculadas com a criminalidade e com a corrupção.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Então foi proposital o convite para as mais importantes Instituições financeiras?*

**GUILHERME NOSTRE** – Justamente por isso é que a iniciativa se deu a partir de instituições financeiras, as verdadeiras intermediárias desses recursos, ou seja, a ponte entre as pessoas e as empresas. O raciocínio é simples, se os grandes conglomerados financeiros acumulam recursos que, na verdade, pertencem às pessoas, e utilizam esses recursos financiando as empresas, a fiscalização da atuação ética das companhias deveria começar exatamente por eles. Com esse pensamento, passou-se a exigir, para que as instituições financeiras pudessem intermediar o dinheiro das pessoas, a garantia de que somente iriam financiar atividades com as quais as verdadeiras donas do dinheiro aceitassem.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Com essa exigência, o desejo da sociedade global passa a ser prioridade?*

**GUILHERME NOSTRE** – Nessa linha, as empresas ao redor do mundo (que, sempre bom lembrar, só existem por causa das pessoas) passaram a entender que não basta atuar de acordo com a vontade da diretoria, não é suficiente atender aos padrões mínimos estabelecidos pelos legisladores de seu país, é preciso atuar de acordo com o desejo da sociedade global, ou seja, de todos aqueles que, de um lado, colocam suas economias nos bancos e, de outro, consomem direta ou indiretamente, seus produtos e serviços.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E quais seriam, nessa perspectiva, os desejos das pessoas de bem? Em outras palavras, o que cada um espera de uma empresa que, ao final, será financiada com suas economias ou receberá dinheiro quando ela estiver consumindo o que a empresa lhe oferta?*

**GUILHERME NOSTRE** – A resposta consensual de um mundo civilizado sonhado pelas Nações Unidas pode ser resumida em alguns princípios: 1º: Que as empresas respeitem as garantias fundamentais das pessoas e não compactuem com abusos e violações aos direitos humanos; 2º: Que garantam aos seus colaboradores um ambiente seguro, com respeito e dignidade, abolindo o trabalho infantil e os serviços forçados e abusivos, além de eliminar qualquer forma de discriminação; 3º: Que atuem com responsabilidade ambiental, usando os recursos naturais de forma sustentável, evitando danos e degradações ambientais, e promovendo iniciativas de preservação do meio ambiente, sempre buscando reduzir as mudanças climáticas, além de desenvolverem tecnologias que reduzam os impactos aos bens ambientais; 4º: Que não aceitem qualquer forma de corrupção ou fraude. A partir desse momento, e principalmente agora quando iniciamos uma nova década, as empresas ao redor do mundo começaram a estruturar suas políticas internas com o fim de atender aos princípios que ficaram consagrados como ESG.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Qual o verdadeiro objetivo para a afirmação por uma empresa de compromissos com o meio ambiente, os direitos humanos e o combate à corrupção e as fraudes?*

**GUILHERME NOSTRE** – Se a resposta for se adequar ao sistema financeiro para evitar restrição a financiamentos, pode-se adiantar que essa empresa está fadada a enfrentar sérios problemas, não apenas de mercado, mas, também, de *compliance* e jurídicos. O fato é que mostramos de forma suficiente que a resposta correta seria se adequar aos anseios da sociedade.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E caso os anseios da sociedade não sejam atendidos?*

**GUILHERME NOSTRE** – No novo tempo, e isso não é uma manifestação “poli-ênica”, a sociedade organizada pelos meios digitais simplesmente não aceitará que seu dinheiro acabe entrando nos cofres de uma empresa antiética. As pessoas em pouco tempo deixarão não apenas de consumir produtos e serviços de empresas que não atendam aos princípios relacionados ao ESG, mas exigirão que as instituições financeiras não ponham o dinheiro proveniente de suas poupanças em cofres indesejáveis. Sem responsabilidade ambiental e social a empresa não resistirá.

**CONCEITO JURÍDICO** – *Existem outras consequências para as empresas que não atendam aos princípios relacionados ao ESG?*

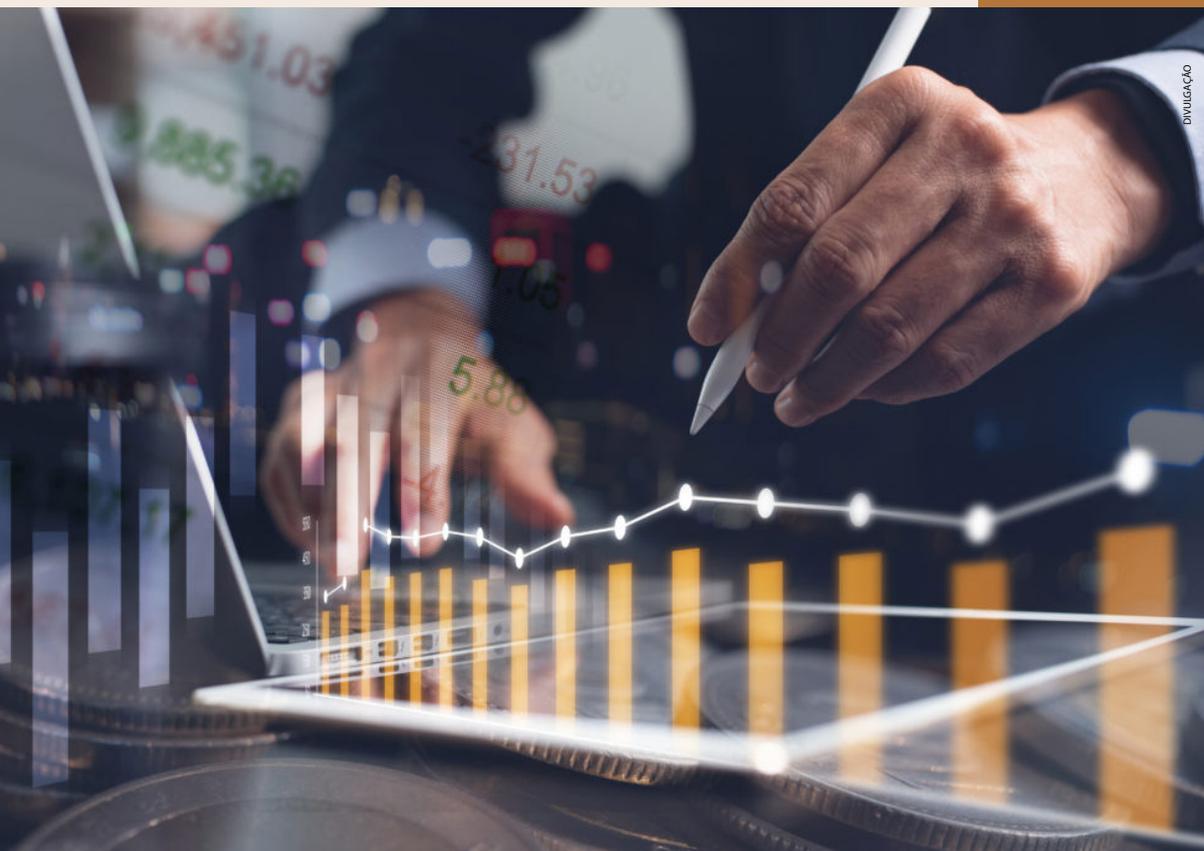
**GUILHERME NOSTRE** – De nada adiantará, assumir compromissos e não os cumprir. Na verdade, poderá ser ainda pior. Empresas que afirmarem metas e não se esforçarem adequadamente para cumpri-las com efetividade violarão um compromisso assumido com a sociedade. E, não será apenas o descumprimento de uma carta vazia de intenções lançadas para parecerem bonitas no papel e preencher um *check-list* burocrático nos bancos. Será a violação de um pacto social, com graves consequências para o inadimplente. Consequências econômicas, sociais e jurídicas.

**CONCEITO JURÍDICO** – *E quem cobrará essa conta?*

**GUILHERME NOSTRE** – Importante destacar que não serão as instituições financeiras que cobrarão a conta pelo descumprimento deliberado das metas, até mesmo porque, como vimos, não foram elas que impuseram esses princípios éticos a partir de seus interesses altruísticos (nem a ingênua Pollyana acreditaria nisso). Quem certamente cobrará a conta será a sociedade, tanto por meio de repúdio ético coordenado, uma espécie de cancelamento pós-moderno, mas também por meio de cobranças institucionais e judiciais. Empresas que receberem recursos e financiamentos, ou mesmo que vierem a se posicionar na sociedade de consumo com base em compromissos falaciosos poderão ter que indenizar a coletividade.

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

**GUILHERME NOSTRE** – Nos Estados Unidos, *class actions* já vem sendo manejadas nesse sentido, e em todo o mundo, inclusive no Brasil, não faltarão instrumentos e instituições legitimadas para buscar a reparação de interesses coletivos, difusos e supraindividuais vilipendiados por compromissos assumidos apenas “para inglês ver”. 



# Os estragos econômicos da insegurança jurídica

■ POR JOSÉ PASTORE

**“Numa palavra, a imprevisibilidade é apontada pelos estudiosos do Poder Judiciário como o maior empecilho ao desenvolvimento econômico, em especial, no Brasil.”**

**A**o lado das reformas programadas (tributária, administrativa, privatizações, etc.), é indispensável incluir a do Poder Judiciário, mas não como se fez a Emenda 45 que ampliou o raio de ação da Justiça sem corrigir os pro-

blemas de imprevisibilidade ou como pretende fazer a PEC 32 da reforma administrativa que exclui das mudanças todo o Poder Judiciário.

Sou suspeito para falar sobre a reforma trabalhista porque lutei pelos seus princípios durante toda a minha vida de professor e pesquisador. A que foi aprovada em 2017 tem definições importantes para indicar o que não pode e o que pode ser negociado.

Não tem cabimento negociar a discriminação das pessoas, a saúde dos trabalhadores, a aposentadoria de quem trabalhou a vida toda, a proteção dos que se acidentam no trabalho e tantos outros direitos, garantidos pelas leis e pela própria Constituição, e que nada têm a ver com a conjuntura econômica ou social. Por isso, o art. 611-B da Lei nº 13.467/17 proíbe esse tipo de negociação.

Por sua vez, o art. 611-A elenca um extenso conjunto de direitos cuja viabilidade depende muito da situação em que as pessoas trabalham e, por isso, são definidos com nuances e ajustes por meio da negociação entre empregados e empregadores como é o caso da extensão e modalidade da jornada de trabalho, a remuneração da produtividade, os prêmios e incentivos, as condições para o exercício do trabalho remoto e outros que mudam com o tempo e com o momento econômico. Para esses direitos, a negociação consegue fazer ajustes a situações específicas que a lei geral não consegue. Isso vem crescendo nos entendimentos diretos entre empregados e empregadores ou dos seus respectivos sindicatos. A Internet tem proporcionado o acompanhamento das negociações coletivas *on line* por parte de um enorme número de representados pelos sindicatos laborais, o que não ocorria nas assembleias presenciais nas quais o comparecimento de sindicalizados era insignificante.

O que vem destoando nesse processo é a conduta de alguns grupos de profissionais que buscam obter na Justiça do Trabalho o que não conseguiram nas negociações coletivas. Destoa também a persistência de sentenças que se opõem à Lei nº 13.467/17 (e outras) e até mesmo às decisões do Supremo Tribunal Federal. São dois problemas que geram uma grande intranquilidade entre os que precisam de previsibilidade.

É surpreendente ver pessoas e os próprios sindicatos laborais buscando soluções no Poder Judiciário depois de ter negociado, concordado e votado os mesmos temas nas assembleias sindicais laborais. Mais graves são as sentenças que veem sancionar o oportunismo dos que buscam tirar vantagem dos dois mundos – o da negociação e o da judicialização.

Nesse campo, tenho notícia de sindicatos laborais que, depois de negociarem uma redução do intervalo intrajornada (prevista no art. 611-A), entram na Justiça do Trabalho para pedir a nulidade da cláusula e pagamento de horas extras a todos os seus representados. Outro caso é de um sindicato que negociou uma gratificação mensal calculada sobre o salário e depois entrou com uma ação judicial para querer a incidência dessa gratificação sobre todas as verbas recebidas pelos seus representados. Há ainda os casos de reclamações

individuais que contrariam o que foi negociado pelos respectivos sindicatos laborais sobre regras de trabalho remoto.

É o questionamento do princípio da prevalência do negociado sobre o legislado. Infelizmente, várias interpretações criativas dos magistrados do trabalho veem dando guarida a tais estratégias, o que causa uma enorme insegurança jurídica. A insegurança jurídica na área trabalhista conspira contra os investimentos. As boas intenções dos juízes, muitas vezes, têm efeitos adversos no campo econômico e para os trabalhadores.

O trabalho não é uma commodity e, por isso, não pode ser sujeito apenas às leis de mercado como ocorre nos leilões de minérios, metais e cereais. O trabalho precisa ser regulamentado e isso é tarefa para os contratos, as leis e a jurisprudência. Quanto mais claras forem as leis e mais coerentes forem as interpretações judiciais, melhor será o ambiente para os investidores que precisam ter segurança da validade dos contratos que negociam e que assinam.

A literatura sobre a conexão entre segurança jurídica e crescimento econômico é vasta. Weder mostrou que 23% da variação do crescimento da renda per capita são explicados pela qualidade das leis e das sentenças judiciais.<sup>1</sup> Sherwood provou que um dos responsáveis pelo baixo crescimento econômico de países da América Latina, Brasil inclusive, é o mau funcionamento do Poder Judiciário. Com uma ação coerente e consistente dos magistrados, esses países poderiam aumentar os investimentos em 14%, os empregos em 12% e as vendas em 18%.<sup>2</sup> No seu já clássico trabalho, Posner indica que os problemas do lado do crescimento econômico se agravam quando a ideologia e a pressão da opinião pública interferem nas decisões dos juízes.<sup>3</sup>

Como diz Nery, com um pouco de exagero, “cabe aos juízes do trabalho entender que os indicadores do mercado de trabalho – que não se resumem à taxa de desemprego – são muito sensíveis às suas decisões [e podem levar] os empresários a reagir racional e defensivamente... transferindo os riscos para os trabalhadores. Sem essa visão mais ampla, a Justiça do Trabalho corre o risco de continuar sendo vista como um elefante em loja de cristais”.<sup>4</sup>

Não há dúvida que o Poder Judiciário é uma das instituições mais importantes para o funcionamento da economia, da política e da democracia. Mas, para o Brasil crescer e seu povo melhorar de vida é imperioso elevar substancialmente o nível de previsibilidade do Poder Judiciário, em especial, da Justiça do Trabalho.<sup>5</sup>

Para os investidores, a segurança jurídica é fundamental, pois, ninguém investe ao saber que as regras de uma lei ou de um contrato podem não valer no dia de amanhã. No mundo inteiro, os investidores fogem de países onde as autoridades têm poderes para anular acordos legais e aplicar penalidades. Numa palavra, a imprevisibilidade é apontada pelos estudiosos do Poder Judiciário como o maior empecilho ao desenvolvimento econômico, em especial, no Brasil.<sup>6</sup>

Junto com a imprevisibilidade pode ocorrer o viés de julgamento que favorece uma das partes de modo sistemático. Mas, a imprevisibilidade é mais grave do que o viés de julgamento porque este pode ser “descoberto” pelos litigantes fazendo-os evitar situações desfavoráveis.

Um estudo que analisou 1.412 decisões judiciais do Brasil concluiu que, entre nós, o mais grave é a imprevisibilidade.<sup>7</sup> Esta é muito comum a todos os ramos do Poder Judiciário, em especial, na Justiça do Trabalho.

Os tribunais são considerados previsíveis quando proferem sentenças consistentes a respeito da mesma matéria e são considerados imprevisíveis quando decidem de forma casual ou diametricamente oposta o mesmo assunto. É claro, os cidadãos confiam mais nos tribunais previsíveis do que nos imprevisíveis. Pesquisa recente mostrou que entre os brasileiros apenas 15% confiam muito no Poder Judiciário.<sup>8</sup> É uma constatação muito desconfortável.

No Brasil, o subjetivismo associado ao voluntarismo de muitos magistrados na formulação das sentenças gera uma enorme insegurança para os agentes econômicos.<sup>9</sup> De saída, eles se assustam ao saber que a palavra direito é usada 76 vezes na Constituição de 1988. A palavra dever, quatro vezes; produtividade, duas; e eficiência, uma. A contagem foi feita pelo saudoso Roberto Campos que dizia ser impossível governar e fazer um país crescer com tantos direitos, tão poucos deveres e um verdadeiro desprezo pela produtividade e pela eficiência. Quando se adiciona a esse quadro a insegurança jurídica criada por muitos magistrados, o desafio se torna intransponível.

A imprevisibilidade das leis – sim, o Brasil tem leis de efeitos retroativos! – e das decisões judiciais é a antítese do planejamento e da programação dos investimentos. O Brasil poderia desfrutar de melhores condições para crescer se contasse com mais previsibilidade no terreno judicial. Os altos custos de transação ocasionados pela imprevisibilidade “afastam o sistema de preços dos padrões internacionais, distorcendo a alocação de recursos”.<sup>10</sup>

Uma maior segurança deveria ser bem acolhida quando vinda de decisões do Supremo Tribunal Federal. Mas, no campo trabalhista, são muitas as recusas dos magistrados trabalhistas para cumprir as referidas decisões. São inúmeros os artifícios jurídicos usados por aqueles magistrados para desprezar o STF. Muitos magistrados ainda questionam a prevalência do negociado entre as partes que assinam convenções e acordos coletivos de trabalho. O mesmo ocorre em relação ao índice de correção dos débitos trabalhistas. Há ainda os que questionam a Lei nº 13.429/17 e as decisões do STF sobre terceirização, ao invocar o obscuro conceito de terceirização estrutural.

Isso traz uma enorme insegurança aos agentes econômicos, em especial, em momentos difíceis como é o caso da situação da pandemia do Covid-19 que colocou uma grande parte dos brasileiros trabalhando em casa. Daqui a três ou quatro anos, como o Poder Judiciário julgará os vários acordos que viabilizaram o trabalho remoto nos dias atuais?

Neste terreno, também o STF gera insegurança na medida em que posterga decisões importantes como é o caso do Tema 1046 que trata exatamente da prevalência do negociado sobre o legislado.<sup>11</sup> O assunto entrou e saiu inúmeras vezes da pauta daquela Corte, sem nenhuma decisão definitiva.

Não há dúvida. Ao lado das reformas programadas (tributária, administrativa, privatizações, etc.), é indispensável incluir a do Poder Judiciário, mas não como se fez a Emenda 45 que ampliou o raio de ação da Justiça sem corrigir os problemas de imprevisibilidade ou como pretende fazer a PEC 32 da reforma administrativa que exclui das mudanças todo o Poder Judiciário. Na União Europeia, por exemplo, as reformas dos sistemas judiciais nacionais tornaram-se parte integrante das reformas econômicas dos Estados-Membros. 

## NOTAS

- 1 Beatrice Weder. "Legal systems and economic performance: the empirical evidence", citado por Luciana L. Yeung, "Bias, insecurity and the level of trust in the judiciary: the case of Brazil", *Journal of Institutional Economics*, Vol. 15, nº 1, 2019.
- 2 Robert M. Sherwood. "Judicial performance: its economic impact in seven countries", *Annual Conference of the International Society for New Institutional Economics*, Tucson, 2004.
- 3 Richard A. Posner. *Economic analysis of law*, New York: Aspen Publishers, 1973. O seu filho, Eric Posner, leva adiante essa tese para indicar que a interferência ideológica está aumentando nas indicações da Suprema Corte dos Estados Unidos, ver Eric Posner, "Os juízes protestam demais", *Valor*, 08/10/2021.
- 4 Pedro Fernando Nery, "Quem protege os trabalhadores da Justiça do Trabalho", *Estadão*, 24/06/2017.
- 5 Armando Castelar Pinheiro. "Modernização do Poder Judiciário: mitos e falsas soluções", XVI Forum Nacional promovido pelo Instituto Nacional de Altos Estudos, 2004.
- 6 Micheli Pereira. "O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro", *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 2, Jan-Jun, 2010.
- 7 Luciana L. Yeung. "Bias, insecurity and the level of trust in the judiciary: the case of Brazil", *op. cit.*
- 8 Instituto Datafolha, 25/09/2021.
- 9 José Pastore, "A Justiça do Trabalho no Brasil depois da reforma trabalhista", Ensaio apresentado no Seminário de Conjuntura da FIPE, 18 de setembro de 2015.
- 10 Armando Castelar Pinheiro. *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2000.
- 11 Sem nenhuma decisão, o tema entrou em julgamento em 04/12/2019; 06/05/2020; 07/10/2020; 06/11/2020; 02/12/2020; 17/12/2020; 17/06/2021; 04/08/2021.



**JOSÉ PASTORE** é Sociólogo e pesquisador das relações trabalhistas, é professor da USP.

# A mulher casada e a parábola do DIU

■ POR LETICIA HELENA MALZONE

**“A decisão de utilizar o DIU é exclusiva da mulher, apoiada pelas orientações de seu médico. Mas essa discussão traz à tona a necessidade de se conversar sobre a autonomia do corpo.”**



**R**ecentemente nos deparamos com uma denúncia que parece ter saído do século passado: planos de saúde exigindo aval do marido para a inserção de DIU no corpo da mulher. Exigem a assinatura do cônjuge como requisito para autorização do procedimento.

O DIU é um dispositivo intrauterino, em formato de T, introduzido na mulher através do colo do útero e tem como principal objetivo impedir a gravidez. Podem ser hormonais e não hormonais. Os não hormonais, de cobre e prata, utilizados para a contracepção. E o hormonal também pode ser utilizado para tratamento de doenças crônicas como a endometriose.

Algumas cooperativas de São Paulo e Minas Gerais, ao impor essa exigência, retiram a capacidade da mulher de decidir sobre seu próprio corpo, que perde sua independência e, conseqüentemente, haverá uma diminuição da qualidade de vida dessas mulheres além de ser uma prova de uma postura retrógrada, patriarcal e abusiva.

Embasar essa exigência à Lei nº 9.263 de 1996 é indevida, vez que não há previsão na referida lei sobre métodos contraceptivos reversíveis como o DIU. Não se trata de esterilização voluntária. Aqui estamos diante de uma violência à autonomia da paciente. Há evidente violação a autonomia sobre o próprio corpo da mulher.

O Procon-SP está pedindo explicações para 11 planos de saúde e eles tem prazo para prestar os esclarecimentos, indicando qual o fundamento legal para essa exigência. O órgão vai multar e punir as empresas que estiverem utilizando desse recurso para se negar a cobrir o procedimento.

A decisão de utilizar o DIU é exclusiva da mulher, apoiada pelas orientações de seu médico. Mas essa discussão traz à tona a necessidade de se conversar sobre a autonomia do corpo.

A autonomia é um direito fundamental. Segundo agência da ONU, quase metade da população feminina, em 57 países em desenvolvimento, não tem autonomia sobre o próprio corpo.

E isso pode ser verificado quando há mutilação genital, quando um homem engravida uma mulher contra a sua vontade, no estupro, no teste de virgindade...

Segundo o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), agência de desenvolvimento internacional da ONU que trata de questões populacionais, sendo responsável por ampliar as possibilidades de mulheres e jovens levarem uma vida sexual e reprodutiva saudável, à essas mulheres nega-se o direito de decidir sobre fazer sexo com seus parceiros, utilizar contraceptivos ou buscar por assistência médica.

Pela primeira vez, um relatório das Nações Unidas foca em autonomia ao próprio corpo: o poder e a capacidade de fazer escolhas sobre seu corpo, sem medo de violência ou de ter alguém decidindo por você.

O relatório mostra que:

1. Apenas 55% das mulheres estão completamente empoderadas para fazer escolhas a respeito de cuidados de saúde, contracepção e à habilidade de dizer sim ou não para o sexo;
2. Apenas 75% dos países garantem acesso total e equânime à contracepção;
3. Cerca de 80% dos países têm leis apoiando a saúde sexual e o bem-estar;
4. Apenas 56% dos países têm leis e políticas apoiando a educação sexual;
5. 43 países não têm legislação abordando o estupro marital (estupro por cônjuge) e
6. 20 países ou territórios tem leis que liberam um estuprador de um processo criminal se este se casar com a vítima.

O casamento infantil também é um desdobramento que gera evasão escolar, além de responder pelas taxas mais altas de mortalidade materna e infantil. Inclui-se aí também a probabilidade 22% maior de sofrer violência de seu parceiro do que mulheres adultas.

O Brasil ocupa o 4º lugar no mundo em incidência do casamento precoce. O elemento racial e de classe social tem papel fundamental. Não podemos considerar uma escolha quando estamos lidando com muitas mulheres que vivem abaixo da linha da pobreza e foram estupradas em suas próprias casas por familiares.

Em 2019, a Lei nº 13.811 alterou o art. 1520 do Código Civil para impossibilitar o casamento de menores de 16 anos. Antes, em 2005, a Lei nº 11.106 alterou o art. 107 do Código Penal, que autorizava o casamento para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal.

A UNICEF emitiu um alerta, em março passado, informando que 10 milhões de meninas a mais estão em risco de casamento infantil devido à COVID-19.

O fechamento de escolas, o estresse econômico, gravidez e morte dos pais estão colocando as meninas em maior risco de casamento infantil.

Um retrocesso se avista, pois a Covid-19 piorou ainda mais a situação. A perda de empregos e o aumento da insegurança podem forçar as famílias a casar suas filhas para aliviar encargos financeiros.

Em todo o mundo, estima-se que 650 milhões de meninas e mulheres vivas hoje, se casaram antes de completar 18 anos de idade, sendo que, metade desses casamentos ocorreram no Brasil, Bangladesh, Etiópia, Índia e Nigéria.

Serviços de saúde sexual e reprodutiva, retorno à escola e medidas de proteção social para as famílias podem reduzir esse panorama. 



**LETÍCIA HELENA MALZONE** é Advogada militante em direito de família e sucessões desde 1999 e conciliadora das Varas da Família até 2010. Também atua em direito civil, imobiliário e internacional.

# As escolas estão protegendo os dados pessoais dos seus filhos?

■ POR PATRÍCIA PUNDER



**“O vazamento de uma informação com esse potencial destrutivo para a vida de um ser humano indefeso pode ser fatal para o seu desenvolvimento como pessoa e certamente será alvo de punições exemplares pela ANPD e pela Justiça.”**

**D**epois de quase 2 anos de pandemia, muitas escolas, sejam públicas ou privadas, estão retornando às aulas no modelo híbrido ou, até mesmo, totalmente presencial. Os cuidados sanitários tem sido a maior preocupação destas importantes instituições e com total razão. Entretanto, muitas se esqueceram que, no dia 18 de setembro de 2020, a Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) se tornou efetiva em todo o território nacional.

Infelizmente, muitas escolas não se preocuparam com a implementação de um programa de LGPD, pois a preocupação era como manter os alunos estudando durante este triste período da história brasileira. Muitos pais, devido ao trabalho remoto, tiveram mais acesso à informação sobre LGPD, pois seus empregadores resolveram implementar a Lei. Mas, não fizeram a correlação sobre a necessidade das escolas de seus respectivos filhos também estarem aderentes a referida legislação.

Quando falamos de crianças/adolescentes e privacidade de dados, todo o cuidado é pouco. Existem situações tenebrosas de pedofilia e *bullying* nas redes sociais. Imaginem se as imagens de seus filhos forem parar na “dark web” onde não existe qualquer controle sobre o que podem ser realizadas com as mesmas? O perigo é extremamente alto para as crianças/adolescentes neste momento.

Quando falamos em escolas, existem situações de biometria e gravações de imagens, até para o monitoramento dos pais quando estes estão trabalhando e querem ter a certeza de que seus filhos estão sendo bem cuidados e em segurança. Portanto, os pais devem cobrar das escolas que a coleta, tratamento e armazenamento dos dados de seus filhos estejam aderentes a LGPD e tenham a garantia que não serão “hackeados” ou “vazados” por erro ou intencionalmente por um colaborador da escola.

As escolas devem implementar imediatamente um programa de LGPD e devem focar nas seguintes atividades abaixo descritas, com o objetivo de prover um ambiente seguro e saudável para seus alunos e colaboradores:

1. Mapeamento de Impacto de Riscos de Privacidade de Dados;
2. Análise de softwares existentes na instituição;
3. Arquivos físicos; o processo de guarda e segurança destes documentos;
4. Dados pessoais existentes em sua base de dados;
5. Fluxo de vida dos dados pessoais na instituição: coleta, uso, armazenamento, eliminação e compartilhamento com terceiros;
6. Avaliação de circuitos de CFTV e trânsito dos dados veiculados nesse circuito;
7. Identificação de dados sensíveis e de menores;

8. Bases legais utilizadas pela instituição atualmente para justificar o tratamento desses dados pessoais;
9. Identificação de vulnerabilidades de tecnologia (redes, antivírus, firewalls, licenciamento de softwares, atualizações, dentre outros);
10. Processos de segurança da informação existentes na instituição;
11. Processos de comunicação das informações de alunos com órgãos públicos;
12. Existência de Políticas internas de privacidade e segurança da informação;
13. Treinamento de colaboradores sobre privacidade e a importância dos dados pessoais.

Todo o processo de implementação deve ser feito como metodologia para que eventual fiscalização da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”), órgão criado pela lei para regulamentar, fiscalizar e punir as empresas, onde se incluem as escolas, que violem a lei e suas normas, em caso de eventual fiscalização espontânea ou mesmo em caso de alguma denúncia e/ou de algum incidente de insegurança.

Ademais, a LGPD define que para menores de 18 anos, o consentimento para tratamento de dados deverá ser realizado através de específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal em consonância com os princípios definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que definem as regras de proteção aos menores de idade no Brasil.

Outro ponto relevante, seriam as informações consideradas “sensíveis” pela LGPD, pois as escolas coletam dados de saúde, biometria e imagens, dentre outras, dos alunos. Dados biométricos são dados de grau máximo de proteção em segurança da informação e não devem ser exigidos, entregues e utilizados sem um fundamento absolutamente relevante.

Segurança da escola é questão da escola, não pode ser realizado com base em dado pessoal da criança. Está no risco da atividade e deve ser calculado e gerido pelo seu gestor de forma eficaz, sem depender da utilização de dados sensíveis do cidadão. O vazamento de uma informação com esse potencial destrutivo para a vida de um ser humano indefeso pode ser fatal para o seu desenvolvimento como pessoa e certamente será alvo de punições exemplares pela ANPD e pela Justiça.

Sendo assim, pais tomem a frente e busquem por escolas que, de fato, respeitam e protegem os dados pessoais de seus filhos. Afinal, não estamos diante apenas de uma relação consumerista, mas de um direito de todos os cidadãos brasileiros. 



ARQUIVO PESSOAL

---

**PATRICIA PUNDER** é Advogada, *compliance officer* com experiência internacional. Professora de *Compliance* no pós-MBA da USFSCAR e LEC – *Legal Ethics and Compliance* (SP).



## Uso governamental de inteligência artificial e discriminação algorítmica

■ POR BRUNA BRAGHETTO

**“A regulamentação do uso da Inteligência Artificial busca balancear o incentivo à inovação e a proteção da livre concorrência para garantir direitos humanos e valores democráticos, promovendo a segurança dos agentes, privacidade e a proteção de dados.”**

**E**m 1950, Alan Turing, através de seu artigo “Computing machinery and intelligence”, propôs a seguinte questão: “Podem as máquinas pensar?”. Certamente, desde então, a inteligência algorítmica tenta reproduzir a inteligência humana e, talvez, a pergunta tenha mudado para “Como fazer para potencializar os benefícios e evitar os riscos da inteligência artificial?”

O que é, enfim, o algoritmo? Algoritmos são mecanismos e instruções por meio dos quais dados são processados e articulados a partir de determinados parâmetros para prever comportamentos e tomar decisões.

Trata-se da utilização de um modelo preditivo a partir da emulação da mente humana, utilização de dados, probabilidade de cenários e combinações.

Em suma, trata-se do que a mente humana já faz com base em coleta de dados, experiências, observações que levarão a padrões de comportamento frente a determinados cenários.

Os riscos começam no uso de dados incompletos ou enviesados. A informação enviesada é, portanto, o início do que seria uma discriminação algorítmica.

É necessário cautela na criação dos algoritmos para que:

- Não sejam eles baseados em suposições do passado;

- Não reflitam valores e viés de seus criadores, ressaltando a tendência do ser humano a criar viés de confirmação (*confirmation bias*)<sup>1</sup>;
- Não deixem de levar em consideração a complexidade da realidade, maior do que os computadores conseguem absorver;
- Não deixem de ser atualizados, situação em que o processo decisório chegará a uma decisão não ideal.

Todas essas limitações são capazes de criar um ciclo vicioso em um sistema que se retroalimenta de informações falsas, limitadas ou enviesadas, trazendo respostas incompatíveis com a realidade e sociedade.

A inteligência artificial está inserida não só no âmbito privado, mas também no Estado, principalmente no caráter repressivo e punitivo da criminalidade. Como vantagens no uso deste modelo pelo Estado, podemos citar:

- Entender quem cometeu crimes: olha-se os padrões históricos para averiguar áreas mais perigosas e que demandam mais policiamento;
- Hipervigilância: identifica-se pessoas na rua com reconhecimento facial, ajudando a encontrar detratores;
- Modelos de prevenção: a partir de grande base de dados e hipervigilância tenta-se prever o crime antes de acontecer.

Porém, em contrapartida, o uso da Inteligência Artificial pelo Estado pode trazer as seguintes desvantagens:

- Com mais policiamento, mais crimes descobertos e dados negativos existirão, reproduzindo desigualdades regionais e estereótipos;
- Perde-se a privacidade ao mesmo tempo em que as minorias estão em constante vigilância em áreas mais pobres;
- Estado detém ferramenta de controle social e comportamental.

A título de exemplo de efeitos negativos causados pela hipervigilância, temos a China. Em dezembro de 2020, o jornal americano Washington Post teve acesso a um documento, assinado por funcionários da empresa de telecomunicações Huawei, que apresentava às autoridades chinesas um novo tipo de inteligência artificial: capaz de analisar imagens de câmeras em tempo real e reconhecer rostos uigures<sup>2</sup> para então alertar a polícia sobre a presença de pessoas dessa etnia. O objetivo seria levá-los a campos de concentração.

O receio é de que a inteligência artificial nas mãos do Estado possa ser utilizada como arma de destruição em larga escala com o uso de dados enviesados, falta de transparência sobre o funcionamento e subjugamento dos mais vulneráveis. Ou seja, teme-se pela busca da eficiência a qualquer custo em sobreposição à justiça.

De um modo geral, em sociedades desiguais e racistas, a programação dos algoritmos, considerando o contexto social de educação e, logo, ocupação de cargos de maior complexidade, será realizada geralmente por homens brancos que irão embutir seu próprio viés (*bias*), trazendo risco de potencial maximização deste racismo, o que é grave.

É necessário que haja uma grande discussão com a sociedade civil a respeito do tema, o que não houve quando do surgimento das redes sociais, tudo no sentido de evitar a eclosão de um problema irreversível.

Um caso emblemático de “desinteligência artificial” ocorreu quando o pesquisador Nicolas Kayser-Bril rodou duas imagens de pessoas segurando um

termômetro na Google Vision, recurso de análise de imagens. Na foto com a pessoa asiática, as etiquetas “Tecnologia” e “Dispositivo Eletrônico” lideraram. Já na imagem com a pessoa negra, a etiqueta “Arma” foi marcada com 88% de certeza.

Diante deste cenário, surge a questão: “Como seria a regulação dos algoritmos, considerando o segredo comercial? Há órgãos que já possam fazê-lo? Há a responsabilização de uma pessoa física?

É certo que o segredo industrial cria dificuldades a esse respeito, porém este deve ser relativizado em prol de um bem maior, da mesma forma que o Direito Antitruste relativiza o Direito de propriedade diante do monopólio.

Ainda, segundo o Princípio da precaução, deve ser garantida a supremacia da cognitividade humana sobre a artificial: deve ser possível desligar o robô como a Microsoft fez, quando se viu obrigada a retirar um robô do Twitter porque em sua interação com seres humanos elaborava mensagens com conteúdo racista, sexista e xenófobo.

O *chatbot* (sistema virtual capaz de gerar conversas que simulam a linguagem humana) foi projetado pela empresa para responder perguntas e entabular conversas no Twitter numa tentativa de capturar o mercado dos *millennials* nos Estados Unidos, porém, não foi capaz de lidar com insultos racistas, piadas e comentários que, por exemplo, endossavam teorias conspiratórias sobre os atentados de 11 de setembro.

A partir deste exemplo se vê a possibilidade de perder o controle sobre o robô criado, logo, seria possível a responsabilização do criador por culpa grave ou dolo eventual?

A Câmara dos Deputados aprovou o regime de urgência para o Projeto de Lei nº 21/2020 que trata do Marco Legal da Inteligência Artificial.

A regulamentação do uso da Inteligência Artificial busca balancear o incentivo à inovação e a proteção da livre concorrência para garantir direitos humanos e valores democráticos, promovendo a segurança dos agentes, privacidade e a proteção de dados.

Porém, o projeto de lei recebe uma série de críticas pela falta de discussão a respeito com os pesquisadores do ramo, caráter genérico e falta de embasamento técnico na proposição dos artigos.

Por fim, uma certeza que se tem é de que a demanda contemporânea é estabelecer um liame entre Direito e Tecnologia, onde se reflita os valores sociais e respeitem os direitos humanos, ao mesmo tempo em que propicie ferramentas úteis e seguras ao Estado e particulares. 

## NOTAS

- 1 Também chamado de viés confirmatório ou de tendência de confirmação, é a tendência de se lembrar, interpretar ou pesquisar por informações de maneira a confirmar crenças ou hipóteses iniciais
- 2 Os uigures (singular: uigur ou uigure) são um povo de origem turcomena que habita principalmente a Ásia Central.



**BRUNA BRAGHETTO** cursou MBA em Direito Corporativo e *Compliance*; Pós-graduada em Processo Civil e Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos. Palestrante e Instrutora In company. Autora de artigos e professora convidada para cursos e eventos.



*Regis Fernandes de Oliveira*

ARQUIVO PESSOAL

## A crescente emenda de relator

**“O que não se pode é dar liberdade absoluta a quem não a tem na Constituição.”**

**F**igura desconcertante instituída há pouco tempo e que tem chamado a atenção de imprensa e dos especialistas é a denominada emenda de relator acrescentada às emendas individuais e de bancada para movimentação de verbas orçamentárias.

A proposta orçamentária é privativa do Chefe do Poder Executivo encaminhada à apreciação do Congresso Nacional. Cabe-lhe reunir as sugestões dos demais poderes e elaborar uma única proposta. É ele quem detém a previsão das receitas que deverão ser executadas no exercício seguinte no atendimento das necessidades públicas. Os parlamentares deliberam na Comissão Mista sobre os gastos, efetua as alterações que entender cabíveis e aprova o projeto. Após, cabe ao plenário sua aprovação.

O orçamento, anteriormente tido como peça ficcional, passa a adquirir importância fundamental na estrutura do Estado e nas políticas que deve desenvolver. Há inúmeras escolhas que o Poder Público faz para atender às demandas da sociedade. Muitas verbas são obrigatórias (educação, saúde, fundos, pagamento de servidores e dívida pública). Pouco resta de discricionário ao Poder Executivo para que possa conceder incentivos, estímulo a empresas e investimentos públicos (obras e serviços).

Ao longo dos tempos, o Parlamento foi se assenhoreando, disputando políticas e verbas e buscando participar dos gastos governamentais. Em todos os países do mundo, a proposta é encaminhada ao Congresso que o aprova (feitas alterações pertinentes). Houve, há tempos, um acordo para que os parlamentares apresentassem emendas individuais que seriam, em tese, atendidas pelo Executivo. Criou-se, então, uma subordinação parlamentar ao Executivo, de forma que, às vésperas das votações de interesse deste, as emendas eram liberadas ou isso ocorria posteriormente à votação, comprovando-se que o parlamentar tivesse votado a favor.

Odiosa era a promiscuidade gerada. Era forma de corrupção e cooptação da vontade parlamentar. A partir daí, instituiu-se a *emenda individual* (EC n 86/2015) em que o deputado ou senador inclui sua emenda no orçamento e esta é obrigatoriamente liberada. Instituiu-se o que foi rotulado de *orçamento impositivo*. Balela, porque impositivo apenas para as emendas apresentadas por eles. A seguir, inventou-se a *emenda de bancada* (EC 100/2019), que também era celebrada através de acordo. Mas, foi tornada *impositiva*.

Como já disse, o orçamento é impositivo por sua natureza. Compreendamos o que é isso: estabelecida a *previsão das receitas* (como manda a Constituição) e fixadas as despesas, o orçamento passa a ter fluência, ou seja, realizam-se os recursos que são destinados aos gastos previstos na Lei Orçamentária Anual (que se segue à Lei de Diretrizes Orçamentárias). O orçamento é de execução obrigatória desde que realizadas as receitas.

Ainda insatisfeitos, por força do art. 6º da Lei nº 13.898, com a redação dada pela Lei nº 13.957/2019 fez-se instituir a despesa financeira (RP 0) primária que é numerada sequencialmente até se chegar à emenda do relator geral (nº 6 do § 4º, inciso II). Não são inserções livres, mas são admitidas emendas “que promovam alterações em programações constantes do projeto de lei orçamentária ou inclusão de novas, excluídas as de ordem técnica”. São rotuladas de RP 9.

Outorgou-se, então, ao relator, o privilégio e a prerrogativa de inserir na Lei Orçamentária anual, com previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias, tais emendas que tanta dor de cabeça tem dado ao governo. É que o relator se assenhoreou de uma parcela significativa do orçamento para fins pessoais ou para atender ao governo que destina tal verba para o que bem entender. Daí o orçamento secreto que propiciou o tratoração. Evito rotulá-lo de secreto, porque é público, mas facilita uma série de desvios.

Bem compreendido: inseriu-se uma excrescente previsão de recursos para disponibilidade de uma só pessoa (o parlamentar relator) que destina verbas a seu bem prazer para quem quiser ou sob orientação governamental.

Tal previsão é inconstitucional, porque retira do Executivo a disponibilidade que deve ter sobre os recursos públicos e a Lei de Diretrizes Orçamentárias não autoriza, em hipótese alguma, que o relator geral faça uma *reserva de recursos* para sua destinação livre. A execução orçamentária é exclusiva do Poder Executivo. Segundo, a LDO em momento algum prevê destinação de recursos a bel prazer do relator. Estabelece que ele possa incluir *emendas novas*, sem discriminar o que seja isso. O que não se pode é dar liberdade absoluta a quem não a tem na Constituição. A “inclusão de novas” são delimitadas para a adequação orçamentária, jamais podendo significar que o relator geral possa fazer o que queira ou prever verbas à sua disposição.

Ademais, a LDO contém regras genéricas que delimitam a LOA. Não se pode instituir orçamento paralelo. Quebra a regra da separação dos poderes ao permitir, sem base constitucional, que uma pessoa altere a proposta orçamentária do Executivo. Há uma reserva administrativa que é indevassável pelo Parlamento.

A excrescência apontada ultrapassa o campo constitucional, pelos três fundamentos apontados e outras achegas que possam ser trazidas por outros autores. 



# Um guia para o Marco Legal das Startups

■ POR ANA CAMPOS

**“Visto como um primeiro passo mais significativo por parte da União para o desenvolvimento da inovação no país, o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador joga uma luz legislativa importante para questões relativas ao novo ambiente de negócios que se constrói no país.”**

**A**presentado a Câmara dos Deputados na segunda quinzena de outubro do ano passado por meio do Projeto de Lei Complementar 249/2020, o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador – uma das principais pautas econômicas do Governo Federal – foi sancionado no dia 1º de junho e passou a vigorar oficialmente no mês de setembro.

Com forte apelo do Presidente Jair Bolsonaro – que, em discurso recente ao Congresso, elencou o Marco Legal junto à agenda de reformas voltadas ao ambiente de negócios brasileiro, tal qual a reforma tributária e a busca pelo avanço de concessões e privatizações – a LC 182/2021 traz uma série de pontos importantes tanto do ponto de vista do próprio entendimento e conceituação dos negócios digitais; quanto, por exemplo, em relação aos aspectos tributários relacionados ao investimento-anjo.

Neste artigo, proponho uma apresentação e análise geral dos principais tópicos da lei.

## A CONCEITUAÇÃO DAS STARTUPS

O primeiro ponto de interesse da nova lei diz respeito a própria definição de startup, haja vista que o conceito, muitas vezes, é apresentado de modo difuso e com diferentes interpretações no mercado.

No enquadramento da LC 182/2021, são consideradas startups “as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados”, sendo elegíveis para fomento “o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades empresárias, as sociedades cooperativas e as sociedades simples” que, dentre outros pontos:

- Alcançou receita bruta de até R\$ 16 milhões no ano calendário anterior;
- Tem no máximo 10 anos de CNPJ ativo;
- E que declare em seu ato constitutivo a utilização de modelos de negócio inovadores e/ou esteja enquadrada no Inova Simples.

## REGULAMENTANDO O INVESTIMENTO-ANJO

Um dos principais tópicos do Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador foi também uma melhor definição – inclusive do ponto de vista tributário – do chamado investimento-anjo. Segundo a LC, o investidor-anjo é toda pessoa física, jurídica ou fundo de investimento que realiza aporte de capital em uma startup segundo regulamento da Comissão de Valores Mobiliários.

Também segundo o Marco Legal, o investidor-anjo “não é considerado sócio nem tem qualquer direito a gerência ou a voto na administração da empresa” – salvo em caráter estritamente consultivo – e, conseqüentemente, “não responde por qualquer obrigação da empresa”, incluindo dívidas do negócio e tendo, por conseguinte, seu patrimônio protegido em caso, por exemplo, de falência da startup.

Do ponto de vista de ganhos e lucros sobre o crescimento da startup, fica determinado que o investidor-anjo, pessoa física ou jurídica, será remunerado por seus aportes “nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de 7 (sete) anos”, podendo receber remuneração periódica ao final de cada período de investimento, converter seu aporte de capital em participação societária e inclusive, “examinar, a qualquer momento, os livros, os documentos e o estado do caixa e da carteira da sociedade, exceto se houver pactuação contratual que determine época própria para isso.”

Vale salientar que, na versão final do texto sancionada pela Presidência da República, foi retirada a possibilidade de benefício tributário para o investidor compensar perdas com startups que faliram ou não obtiveram sucesso no mercado.

Finalmente, em relação a tributação sobre o investimento-anjo, a Instrução Normativa RFB nº 1719, de 2017, já dispunha, em seu artigo 5º, que os rendimentos decorrentes de aportes de capital sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda retido na fonte, calculado mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

- I – 22,5%, em contratos de participação com prazo de até 180 dias;
- II – 20%, em contratos de participação com prazo de 181 dias até 360 dias;
- III – 17,5%, em contratos de participação com prazo de 361 dias até 720 dias;
- IV – 15%, em contratos de participação com prazo superior a 720 dias.

## RECURSOS DE FUNDOS

Outro ponto que merece destaque no Marco Legal de Startup diz respeito a possibilidade de que empresas com obrigações de fomento à pesquisa criem fundos patrimoniais, Fundos de Investimento em Participações (FIP) e participem de programas ou editais com foco na aceleração de startups.

## STARTUPS, LICITAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Finalmente, o texto abre espaço ainda para que startups tenham mais oportunidades de parcerias com a administração pública, uma vez que disciplina a contratação de soluções inovadoras pelo Estado e, inclusive, permite a criação dos chamados sandboxes por entidades públicas, que são ambientes experimentais com um conjunto de condições especiais para que se possam desenvolver e testar modelos de negócio e soluções inovadoras.

## AVISÃO DO MERCADO

De modo geral, o mercado tem recebido de modo positivo o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador, sobretudo no âmbito da possibilidade da atração de investimentos uma vez que, ao isentar investidores-anjo de arcarem com os prejuízos de um negócio digital malsucedido, dão mais segurança jurídica para os interessados em fomentar estes modelos empresariais.

Em declaração recente para o Portal do Governo Federal, a Associação Brasileira de Startups (Abstartups) apontou, por sua vez, que a própria definição legal do que é uma startup deve estimular novas legislações e iniciativas de apoio ao setor de negócios digitais.

Como pontos de avanço, o ecossistema de startups ainda busca a possibilidade de que negócios digitais tenham um quadro mais enxuto de impostos, incluindo, por exemplo, a possibilidade de equiparação tributária dos investimentos-anjo aos modelos de Letra de Crédito (isentos de IR) e de enquadramento de startups dentro do regime do Simples Nacional.

## CONCLUSÃO

Visto como um primeiro passo mais significativo por parte da União para o desenvolvimento da inovação no país, o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador joga uma luz legislativa importante para questões relativas ao novo ambiente de negócios que se constrói no país.

Devemos esperar para analisar o real impacto da Lei sobre a atração de investimentos neste ecossistema, mas, a recepção inicial é positiva e pode contribuir, por fim, para a modernização de nossa economia. 



**ANA CAMPOS** é formada em Administração de Empresas pela FGV-SP e em Direito pela PUC-SP. Especialista em Aquisições e Reestruturações.

# O que muda com o marco legal das startups?

■ POR DANIEL MAFFESONI PASSINATO DINIZ

**“Apesar de ainda não contemplar todos os pontos necessários, o marco legal das startups deve ser comemorado, ao passo que traz consigo novas expectativas e amplia as certezas sobre a modalidade empresarial, gerando mais segurança e confiabilidade para estas organizações.”**



*O Marco Legal das Startups foi sancionado em 01 de junho de 2021 e entre as novidades geradas pela lei estão a tipificação das formas de investimento e a criação de um novo ambiente regulatório (ainda experimental).*

**A** Lei Complementar nº 182/2021, também conhecida como “Marco Legal das Startups”, foi sancionada e entrou em vigor no final do mês de agosto, trazendo consigo novidades e mudanças, as quais prometem desburocratizar e fomentar investimentos nas áreas de inovação.

As mudanças legislativas refletem a atenção social e de mercado conferida ao ecossistema das startups, tendo em vista que, de 2015 até 2019, o número de startups no país mais que triplicou, passando de 4.151 para 12.727 (um salto de 207%), conforme a ABSTARTUPS. Pesquisa recente e atualizada rotineiramente pelo Startup Base, demonstra que já são mais de 13.000 startups no Brasil, concentradas principalmente nas áreas de Educação (8,72%), Finanças (5,96%) e Saúde & Bem-estar (5,52%).

Internacionalmente, importante destacar que, em pesquisa realizada pelo Startup Blink, que mapeia mundialmente o ecossistema, o Brasil se encontra em 24ª posição para o ano de 2021, caindo 4 posições perante o ano anterior, o que é preocupante.

Nesse sentido, torna-se ainda mais relevante o Marco Legal das Startups, para também fazer evoluir nosso posicionamento mundial.

O Marco apresenta um avanço robusto no cenário de desenvolvimento tecnológico brasileiro, especialmente por causa do aumento da segurança jurídica para investidores, bem assim pela formatação de uma nova maneira de a administração pública buscar soluções mais rápidas, adequadas e contemporâneas, o que possibilitará o afastamento da obsolescência de muitos serviços e produtos hoje utilizados no ambiente público.

Inicialmente, é importante chamar atenção a três critérios elencados no art. 4º da LC, os quais passam a definir quais organizações poderão ser enquadradas como startups:

i) critério de faturamento: a receita bruta não poderá ultrapassar o valor máximo de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) por ano;

ii) critério temporal: a organização deverá ter menos de 10 (dez) anos de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

iii) critério de negócio: a organização deverá declarar-se, em seu ato constitutivo, como “negócio inovador”, nos moldes da Lei nº 10.973/04, ou, de igual forma, enquadrar-se no regime especial do Inova Simples, nos moldes da LC nº 123/06.

Além das alterações conceituais, o marco legal das startups traz consigo maior segurança jurídica para investidores, ao passo que as formas de investimento passam a ser tipificadas em lei. De acordo com o artigo 5º da LC, os investidores poderão ser pessoas físicas ou jurídicas e o investimento poderá, ou não, resultar em participação no capital social da startup. Entre as novas formas de investimento estão o contrato de opção de subscrição de ações ou de quotas, debênture conversível, contrato de mútuo conversível, estruturação da sociedade em conta de participação, contrato de investimento-anjo e, ainda, quaisquer outros instrumentos que não modifiquem o quadro societário.

A tipificação das formas de investimento realizadas através da lei demonstra o acolhimento daquilo que já era praticado no mercado. Isso porque, até então, as organizações enquadradas como startups permaneciam em uma “zona cinzenta”, com pouco ou nada definido em termos legislativos, ao passo que não havia leis específicas para estas formas de organização e, sendo assim, não era possível ter certeza acerca de quais modelos jurídicos poderiam ser utilizados e até que ponto os profissionais da área poderiam executar esse tipo de negócio. Um exemplo da “zona cinzenta” em que viviam os profissionais da área, costumava ser o próprio contrato de mútuo que, desde antes do sancionamento da lei, era muito utilizado, porém trazia consigo diversas dúvidas acerca deste uso. Com a tipificação do mútuo, a lei passa a reconhecer uma prática rotineira do mercado, concedendo-lhe maior segurança e, diferentemente do disposto no Código Civil de 2002, passa a permitir que o pagamento de tal investimento

possa ser realizado através de futura e eventual participação no empreendimento da organização.

Com relação à modalidade de investimento anjo, o MLS conferiu aos investidores direitos os quais anteriormente eram possíveis apenas aos sócios, dentre eles a possibilidade de participação em deliberações de caráter consultivo, a possibilidade de exigir prestação de contas da empresa e, ainda, o direito de fiscalização, através do qual podem ser examinados livros, documentos e o estado do caixa da startup. Tais alterações demonstram a preocupação do legislador em conceder garantias aos investidores em razão do alto risco empreendido nos investimentos destes formatos de empresas. Insta mencionar, entretanto, que estes dispositivos podem ser alterados conforme disposições contratuais.

Outra novidade inserida no marco legal das startups é o capítulo de fomento à inovação, o qual permite às empresas que possuem obrigações com investimentos em pesquisa, a realização de aportes em startups, por meio de fundos patrimoniais, nos moldes da Lei nº 13.800/19, fundos de investimento em participações (FIP) e investimentos em programas, editais ou concursos destinados a estes fins. De acordo com o art. 61-D, da LC 123/06, “os fundos de investimento poderão aportar capital como investidores-anjos em microempresas e em empresas de pequeno porte, conforme regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários”.

Torna-se, portanto, incontroversa a percepção de que o legislador passou a compreender a necessidade de ampliar e diversificar as possibilidades de investimento em startups, levando em conta a extrema importância do aporte de capital externo para viabilizar o crescimento destas modalidades de empresa. Ao estabelecer o marco legal das startups, o governo passa a implementar as novas medidas como política de estado e, em paralelo, garante maior segurança jurídica aos investidores, passando a considerá-los investidores de risco.

Alguns pontos não foram atendidos pelo Legislador, o que reflete a necessidade de se continuar a desenvolver o ecossistema, sob a perspectiva legislativa. Chama-se a atenção para a impossibilidade das Startups que optarem pelo modelo de Sociedade Anônima serem excluídas do Simples Nacional. Isso dificulta sobremaneira o desenvolvimento administrativo e impacta no custo, trazendo perda de competitividade, numa comparação internacional.

Outro item que ficou de fora foi a regulamentação dos chamados benefícios de longo prazo, especificamente as stock options, largamente utilizadas no mercado.

Apesar de ainda não contemplar todos os pontos necessários, o marco legal das startups deve ser comemorado, ao passo que traz consigo novas expectativas e amplia as certezas sobre a modalidade empresarial, gerando mais segurança e confiabilidade para estas organizações. 



**DANIEL MAFFESSIONI PASSINATO DINIZ** é Advogado especialista em Direito Empresarial (LLM FIEP/PR). É professor de Direito Empresarial e Direito para Startups. Possui atuação plenamente voltada para o Direito Empresarial, especialmente Direito societário, Direito Contratual, Direito das Startups e Direito Internacional Privado.



# As expectativas advindas do Marco Legal das Startups

■ POR MATHEUS MARQUES BORGES

**“Fato inequívoco é que ordenamentos como a Lei Complementar nº 182/2021, que trouxeram o Marco Legal das Startups, devem trazer excelentes benefícios para o traquejo do Direito Empresarial, pois revigoram e fomentam o mercado das startups.”**

**É** verdade que a sensação da comunidade empresarial, quando da eminência da publicação de um novo diploma legal a fim de regular determinada atividade, volta-se naturalmente aos entraves burocráticos capazes de frear e obstar a chancela de negócios. A sina é agravada quando o objeto da regulamentação concerne um ecossistema tão disruptivo, ágil e volátil como o das startups.

Nessa seara, sob a ótica da generalidade legislativa, a regulamentação, sobretudo quando atinente a esfera privada, não tende a ser vantajosa do ponto de vista do empreendedorismo. No entanto, contrariando esse rudimento, surge a Lei Complementar nº 182/2021, que visou desburocratizar processos e deslocar o Estado da posição de protagonismo do manejo das frentes negociais do referido meio, para uma posição de ensejador de fomento.

O aludido ordenamento trouxe uma série de proposições que, efetivamente, visaram o aprimoramento do ambiente de negócios no país, entre elas, a institucionalização do investimento-anjo, do Sandbox Regulatório e do investimento acelerador de empresas, assim como uma série de definições que, até então, fundava-se exclusivamente no discernimento doutrinal e jurisprudencial.

Entre as definições trazidas, a própria cognição da semântica do business de startup, que possuía seu estereótipo fundado exclusivamente na própria autodeclaração, e, a partir do novo ordenamento, os requisitos passaram a ser taxativos. Nesse viés, a partir da vigência da aludida legislação, para que as empresas usufruam de tal denominação devem ter possuído receita bruta de até R\$ 16 milhões no exercício social anterior e possuir CNPJ de até dez anos.

Possivelmente, há quem diga que a inclusão de tais requisitos tenha condão de afunilar e propiciar a exclusão de determinadas companhias, no que toca à referida roupagem. A verdade é que os requisitos são genéricos, com grande amplitude, tendo sua instituição efetivamente imperiosa, já que a legislação traz benefícios para o referido cerne, de modo que, se não fossem previstos, qualquer companhia, independentemente de seu porte ou faturamento, poderia assim usufruir dela. Além disso, endossando a frente da seguridade legal, a legislação também acertou ao ratificar a necessidade de limitação de responsabilidade do investidor-anjo, que não poderá responder por dívidas do negócio, nem tampouco, ao menos ordinariamente, ser o norte de eventual desconsideração da personalidade jurídica da companhia. Positivou, deixando cristalino, institutos de investimento como o contrato de mútuo conversível em participação societária.

Embora essas últimas já fossem utilizadas massivamente na rotina do meio, e estivessem dispostas em outras legislações, como é o caso do afastamento da desconsideração da personalidade jurídica, que já possuía previsão na Lei da Liberdade Econômica, elas foram reafirmadas com a expectativa de serem em definitivo esparecidas – sobretudo, em sede de jurisdição trabalhista, ignorando o referido instituto da desconsideração.

Além disso, ratificou o regime especial denominado Inova Simples, que, por questões provavelmente orçamentárias, ainda não tenha sido estreado em âmbito do portal REDESIM. Além da desburocratização de certos trâmites, o propósito é conceder às startups tratamento diferenciado com objetivo de fomentar a formalização e a consolidação no mercado.

No mesmo cenário, com foco na desburocratização, estampou-se a antiga vontade de trazer como possibilidade às Sociedades Anônimas o manejo digital dos livros exigidos pela Lei 6404/76, neste primeiro momento, ainda limitado à gama de empresas com faturamento de até R\$78 milhões. Ainda, para esse mesmo tipo empresarial, mas com faturamento de até R\$500 milhões, a

possibilidade da Comissão de Valores Mobiliários flexibilizar as regras para oferta pública, com a maleabilidade dos regramentos para registro, prestação de informação e outros. Desde já, resta grande expectativa de ação proativa por parte da Comissão nesse sentido.

Destoam dessa euforia os vetos ocorridos nos dispositivos que previam a diminuição de alíquotas anteriormente previstas no texto original, subsistindo como ponto benéfico do ponto de vista fiscal a utilização da lógica de portfólio para investimentos, utilizada em fundos, que viabiliza a compensação fiscal por pessoa física quando há investimento em mais de um negócio de startup, possuindo como aferição do recolhimento de tributos o resultado efetivamente líquido auferido pela pluralidade de investimentos no meio.

Nessa mesma esteira, são indiscutíveis as vantagens incorridas às empresas, geralmente de grande porte que, por possuírem certos benefícios fiscais, possuem como contrapartida investimentos percentuais do faturamento em pesquisa e desenvolvimento e, agora, gozam da prerrogativa de canalizar parte desse investimento em Fundos de Investimentos em Participações que invistam em startups. Assim, é inevitável a emersão de forte expectativa de destravamento de grande capital, sobretudo na modalidade de corporate venture capital por tal razão.

Ainda é relevante destacar a institucionalização do instrumento do “Sandbox Regulatório” – ou “ambiente regulatório experimental” – que remete à ideia de criar “caixas de areia” para isolar modelos inovadores da “regulação tradicional”, propiciando a criação de regramentos e condições especiais simplificadas para que as empresas participantes possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial, a fim de desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias experimentais por meio do procedimento facilitado. Em outras palavras, existe a possibilidade de empresas fazerem experimentações em ambiente regulado e controlado para determinado público. Mais do que isso, há a possibilidade de órgãos conjuntamente realizarem sandboxes ou, a título de exemplo, do BACEN se unir com a SUSEP e a CVM, entidades que, por suas próprias essências, possuem farto rol regulatório, com escopo a registrar sandboxes para fintechs.

Ainda que válidas, há leis que definitivamente não pegam ou, então, mesmo vigentes, simplesmente não são aplicadas na prática. Uma contradição por si só, eis que acoplada a elas estão comandos obrigatórios e cogentes. Fato inequívoco é que ordenamentos como a Lei Complementar nº 182/2021, que trouxeram o Marco Legal das Startups, devem trazer excelentes benefícios para o traquejo do Direito Empresarial, pois revigoram e fomentam o mercado das startups. Resta aqui o desafio educacional e informacional, a fim de disseminar e traduzir as diretrizes e ideias do regulamento a todo o ecossistema corporativo. 



**MATHEUS MARQUES BORGES** é Advogado, especialista em Direito Tributário e Direito Empresarial.

# Como cumprir os 70% do Fundeb ante os embaraços legais de 2021

■ POR FLAVIO CORRÊA DE TOLEDO JUNIOR



**“Enquanto não sobrevenham mudanças legais ou interpretações favoráveis dos tribunais superiores, o Município, sob pena de ter sua conta anual rejeitada, deve atender à literalidade da nova lei do Fundeb, ou seja, à conta dos 70% Fundeb não poderão ser pagos a secretários de escola, merendeiras, servidores administrativos, bedéis, vigilantes, porteiros, mas, tão somente, os profissionais descritos no art. 61, da LDB.”**

**A** Emenda Constitucional 108, de 2020, instituiu o novo Fundo da Educação Básica (Fundeb), depois regulamentado pela Lei nº 14.113, também de 2020. Relativamente aos mecanismos anteriores (Fundef e antigo Fundeb),

o novo Fundeb é permanente, vale dizer, não precisa ser renovado a cada intervalo de tempo e, através dele foi ampliado o complemento federal a Estados e Municípios com receita educacional abaixo da média per capita nacional, aqui se inovando porque a União também suplementará municípios pobres de estados ricos (VAAT), além de entes federados que apresentem melhoria na qualidade no ensino (VAAR).

Ao demais, a mencionada lei do novo Fundeb aumentou, de 5% para 10%, a possibilidade de gasto no primeiro quadrimestre do ano seguinte; eis renovada uma exceção ao princípio orçamentário da anualidade: a do período adicional, pois se incorpora ao exercício de competência a despesa realizada nos quatro meses do ano vindouro.

E, para garantir maior controle da despesa, o legislador quer que o novo Fundeb seja apenas movimentado no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal, vedada a transferência para qualquer outra conta. A propósito, essa regra vem causando dificuldades entre municípios onde não operam aqueles bancos estatais ou entre prefeituras que negociaram com bancos privados o depósito da folha salarial.

Sendo a valorização do magistério um dos intuitos dos fundos que, desde 1996, redistribuem receitas em favor de governos que mais atendem a educação básica, sob esse escopo o novo Fundeb majorou, de 60% para 70%, a parcela destinada ao profissional da educação. Eis o inciso XI, do art. 212-A, da Constituição:

Art. 212-A. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 desta Constituição à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna de seus profissionais, respeitadas as seguintes disposições:

XI – proporção não inferior a 70% (setenta por cento) de cada fundo referido no inciso I do caput (...) será destinada ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício, (...)

No entanto, a Lei nº 14.113/2020, no art. 26, exclui daqueles 70% o complemento federal que premiará as melhores redes de ensino: o VAAR (valor aluno ano por resultado), dinheiro que virá a partir de 2023. Talvez essa regra possa ser questionada na Suprema Corte, posto que restringe, limita, reduz o alcance da norma constitucional (o antes transcrito inciso XI).

Feita essa introdução, de dizer que este artigo comentará propostas de atendimento do piso remuneratório de 70%, à vista dos seguintes obstáculos:

- a) A Lei Complementar 173/2020 impede, até 31.12.2021, a concessão de abonos salariais<sup>1</sup>, ou seja, inviabiliza artifício antes muito utilizado para o atingimento da despesa mínima com o profissional do magistério;
- b) Aumento da vinculação remuneratória, de 60% para 70% e, ao contrário do que dá a entender a Emenda 108/2020, a lei do novo Fundeb não atinge todos os profissionais que servem o ensino público, mas, como

- era antes, somente os professores, os versados no saber educacional e, inovadoramente, os psicólogos e assistentes sociais ligados ao setor;
- c) Aumento real (acima da inflação) do Fundeb; então, nota-se elevação da base de cálculo (Fundeb recebido), enquanto os salários estão congelados por força da Lei 173;
  - d) Aumento da complementação da União (VAAF e VAAT).

De ilustrar que, em setembro/2021, o Senado aprovou a não responsabilização de prefeitos e governadores caso haja, no biênio 2020/2021, desrespeito ao art. 212, da Constituição (os 25% da Educação). Porém, a fala de aplicação será posteriormente compensada; até o exercício de 2023. Eis a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 13/2021, ora em trânsito na Câmara Federal:

Art. 115, do ADCT – Em decorrência do estado de calamidade pública provocado pela pandemia da Covid-19, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os agentes públicos desses entes federados não poderão ser responsabilizados administrativa, civil ou criminalmente pelo descumprimento, exclusivamente nos exercícios financeiros de 2020 e 2021, do previsto no caput do art. 212 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Para efeitos do disposto no caput, o ente deverá complementar na aplicação da manutenção e desenvolvimento do ensino, até o exercício financeiro de 2023, a diferença a menor entre o valor aplicado, conforme informação registrada no sistema integrado de planejamento e orçamento, e o valor mínimo exigível constitucionalmente para os exercícios de 2020 e 2021.

Resta claro que essa Proposta de Emenda Constitucional (PEC) não isenta a falta de atendimento dos 70% do Fundeb. Bem por isso, mais de 1.500 prefeituras solicitaram urgente esclarecimento do MEC (Ministério da Educação)<sup>2</sup>.

Razoável tal preocupação dos dirigentes municipais; os 70% são determinação constitucional (art. 212-A, XI); seu desrespeito acarreta, em geral, recusa da conta anual do chefe do Poder Executivo.

Diante disso, comentaremos cinco propostas que têm sido levantadas para o alcance, em 2021, do mínimo remuneratório do magistério.

### **PROPOSTA 1: ABONO SALARIAL**

Mediante lei editada logo no início de 2022, concessão de abono salarial aos profissionais do magistério, à conta dos 10% que a lei do novo Fundeb admite utilizar no 1º quadrimestre de 2022 (art. 25, § 3º, da Lei nº 14.113/2020).

À vista daquela exceção ao princípio orçamentário da anualidade, a despesa com o abono será contada no ano de ingresso da receita Fundeb (2021), ainda que instituída, empenhada, liquidada e paga nos quatro primeiros meses de 2022.

Sucedem que esses 10% podem ser insuficientes para compensar a falta da aplicação normal, em 2021, dos remuneratórios 70%. Vai daí que esta proposta requer estudo técnico da Prefeitura, levando-se em conta os seguintes fatores:

- À vista do mínimo de 70%, projeção da falta de despesa com magistério (empenho) em 2021;
- 10% calculados sobre a estimativa do Fundeb a ser arrecadado em 2021, daí se obtendo o valor que poderá ser despendido nos quatro primeiros meses de 2022 (Fundeb diferido), sem os impedimentos salariais da Lei 173/2020;
- E, caso o Fundeb diferido não supra toda a falta de gasto salarial, a diferença ensejará, agora em 2021, mais gastos com o magistério, desde que não vedados pela Lei nº 173/2020 (ex.: horas extras para aulas de reforço);
- Impacto do abono salarial sobre a despesa laboral do 1º quadrimestre de 2022 e, se isso resultar extrapolação do limite fiscal (54%), talvez haja interesse de somar, agora em 2021, o custo salarial das Organizações Sociais (OS) ao gasto laboral do Executivo. Com efeito, essa agregação pode resultar superação do limite já em 31.12.2021, beneficiando-se a Administração do ajustamento, em 10 anos, concedido pela Lei Complementar 178/2021 (entre 2023 e 2032). Do contrário, haverá somente dois quadrimestres para que o limite seja retomado<sup>3</sup>.

De mais a mais, salutar que o Fundeb diferido para 2022 esteja contabilmente bem identificado: como receita do ano anterior; isso, para que o abono salarial não seja nunca bancado pelo Fundeb arrecadado no próprio exercício de 2022.

Importante a exatidão da sobredita distinção contábil; é assim, pois a Lei nº 14.113/2020 proíbe que os valores da conta bancária Fundeb sejam transferidos para qualquer outra conta, o que inviabiliza anterior recomendação de alguns tribunais de contas: a da conta específica para movimentar, tão somente, a parcela diferida do Fundeb (antes 5%, agora 10%).

E, se o necessário abono salarial for maior que os diferidos 10% do Fundeb, tem-se defendido, de modo inadequado, a edição, no início de 2022, de lei concessiva, mas sendo a despesa antes empenhada: em dezembro de 2021. Tal alternativa não soa lá muito lógica, visto que o compromisso de despesa (empenho do abono) precederia, aconteceria antes de seu fato gerador: aquela lei de 2022.

Então, se os adiados 10% não bastarem para toda a lacuna remuneratória com o magistério, o abono salarial será, até o limite diferido, introduzido por lei promulgada em 2022 e, como antes se viu, a remanescente diferença precisa ser coberta, agora em 2021, com mais despesas salariais, desde que não vedadas pela Lei 173/2020 (por exemplo, horas extras aos professores, entre outras adiante comentadas).

Diante disso, resta claro que o abono salarial só pode ser instituído, empenhado, liquidado e pago no 1º quadrimestre de 2022, financiado, ainda que

parcialmente, pelos 10% que a lei permite utilizar em tal período orçamentário adicional.

Neste ponto e diante das muitas dúvidas formuladas pelos servidores da Educação, cabe ilustrar que, a título de aumento na remuneração, os 70% Fundeb só favorecerão profissionais lotados em municípios que, ao longo da execução orçamentária, venham demonstrando percentual abaixo daquele piso percentual; é assim porque a insuficiência solicita o abono salarial, vantagem que aumenta, ainda que num único mês, o salário do magistério.

E nos municípios que, tradicionalmente, com educadores já gastam bem mais que 70% do Fundeb, o servidor não precisa ter muita inquietação em saber se está, ou não, inserido nas categorias beneficiadas. É porque, nestes casos, inexistirá o tal abono salarial.

### **PROPOSTA 2: HORAS EXTRAS PARA AULAS DE REFORÇO**

Tendo em vista que a Lei Complementar nº 173/2020 não impede o desembolso com horas extras, tal adicional poderia ser pago a professores que ministrassem, em horário suplementar, aulas de reforço a alunos com dificuldades de aprendizado.

Esse pagamento extraordinário deve estar bem motivado pela autoridade educacional, em conformidade com as diretrizes do plano municipal de educação e, desde que a Prefeitura já tenha superado o limite prudencial da despesa com pessoal (51,30% da receita corrente líquida), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) há de autorizar o pagamento dessas horas extras (art. 22, parágrafo único, V, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

### **PROPOSTA 3: EXTENSÃO DOS 70% A TODOS OS SERVIDORES DA EDUCAÇÃO**

Baseados na Emenda Constitucional 108, de 2020, alguns propõem que os 70% sejam revertidos a todos os funcionários vinculados à Secretaria Municipal da Educação (ou setor congênere), sejam professores, especialistas pedagógicos e, aqui a proposta: extensão aos outros funcionários, como secretários de escola, bedéis, merendeiras, vigilantes, porteiros e servidores administrativos.

Assim entendem porque, diferente das emendas constitucionais que antes regularam o Fundef e o antigo Fundeb (14/1996 e 53/2007), a ora vigente (Emenda 108) estabelece que os 70% sejam destinados à abrangente categoria dos “profissionais da educação” e, não, como era no passado, à mais restrita categoria dos “profissionais do magistério”.

Realmente, se os inclusos nos 70% Fundeb fossem os mesmos do regimento anterior, bastaria ao atual texto constitucional referi-los, novamente, como “profissionais do magistério” e, não, como agora consta: “profissionais da educação” (art. 212-A, XI).

Em que pese a razoabilidade dessa proposta extensiva, a Lei nº 14.113/2020, ao definir os contemplados pelos 70% (art. 26, parágrafo único, II), se reporta à

Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional (LDB), determinando esta que profissionais da educação são somente os professores, os versados no saber educacional, bem como os assistentes sociais e psicólogos ligados ao ensino.

Então, a LDB contradiz a si própria, pois, em outro trecho (art. 70, I), ordena que docentes e demais servidores da Educação tenham seus salários considerados na aplicação mínima de 25%, sendo todos objetivamente designados “profissionais da educação”:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I – remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

(...)

De todo modo e enquanto não sobrevenham mudanças legais ou interpretações favoráveis dos tribunais superiores, o Município, sob pena de ter sua conta anual rejeitada, deve atender à literalidade da nova lei do Fundeb, ou seja, à conta dos 70% Fundeb não poderão ser pagos secretários de escola, merendeiras, servidores administrativos, bedéis, vigilantes, porteiros, mas, tão somente, os profissionais descritos no art. 61, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB):

- a) Professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio;
- b) Trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia, com habilitação em administração, planejamento, supervisão, inspeção e orientação educacional, bem como com títulos de mestrado ou doutorado nas mesmas áreas;
- c) Trabalhadores em educação, portadores de diploma de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim;
- d) Profissionais com notório saber reconhecido pelos respectivos sistemas de ensino para ministrar conteúdos de áreas afins à sua formação para atender o disposto no inciso V do caput do art. 36, da LDB;
- e) Profissionais graduados que tenham feito complementação pedagógica, conforme disposto pelo Conselho Nacional de Educação;
- f) Psicólogos e assistentes sociais que atuam na rede básica de ensino

## **PROPOSTA 4: PISO REMUNERATÓRIO NACIONAL DO PROFESSOR**

Criação local do piso remuneratório do professor, visto que a lei de regência provém de 2008 (nº 11.738), bem anterior, portanto, a 27.05.2020, a data que inicia a proibitiva Lei Complementar 173, de 2020.

Não é demais lembrar que, em 2013, o STF reconheceu a validade da citada lei nacional do piso salarial do magistério.

Contudo, esse piso significa mensais R\$ 2.886,24 (com tendência de saltar para R\$ 3.789,63), valor que pode ser impraticável para muitas prefeituras brasileiras.

Realmente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP), em seminário on-line de 4/12/2021, informou a média mensal recebida por funcionários públicos, ativos e inativos; isso, somente na região Sudeste, a mais rica do Brasil:

- Servidores Ativos ..... R\$ 2.736,00
- Aposentados..... R\$ 3.093,00
- Pensionistas ..... R\$ 1.984,00

\*fonte: secretaria federal de previdência

De todo modo e caso opte a Prefeitura pela adoção do piso remuneratório do professor, há de se atender ao rito da despesa obrigatória de caráter continuado, previsto que está no art. 17, de Lei de Responsabilidade Fiscal, além do estudo de impacto sobre a vigente despesa com pessoal.

## **PROPOSTA 5: PAGAMENTOS INDENIZATÓRIOS – LICENÇA-PRÊMIO E FÉRIAS VENCIDAS**

Para se atender aos 70% do Fundeb, sugerem alguns que o Município pague ao magistério licenças-prêmio e férias integralizadas até 27 de maio de 2020, a data de promulgação da impeditiva Lei Complementar nº 173, de 2020.

Para esta hipótese, recomendamos consulta aos respectivos tribunais de contas, pois alguns deles rejeitam que, no tal piso de 70%, sejam computadas verbas indenizatórias, e não remuneratórias, como a das licenças prêmios e férias vencidas e, também, porque tais pagamentos se referem a despesas de exercícios anteriores. 

### **NOTAS**

- 1 Art. 8º Na hipótese de que trata o *art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:  
VI – criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza (...)
- 2 É isso o que informa o jornal Folha de São Paulo, em 27 de setembro de 2021. [www1.folha.uol.com.br/educacao/2021/09/prefeitos-tem-duvida-sobre-uso-do-fundeb-para-salarios-e-mec-nao-sabe-a-resposta.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2021/09/prefeitos-tem-duvida-sobre-uso-do-fundeb-para-salarios-e-mec-nao-sabe-a-resposta.shtml)
- 3 Para mais detalhes, vide <https://fiorilli.com.br/421-qual-o-servico-indireto-ingressara-na-despesa-com-pessoal-da-administracao-publica/>



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

# População em situação de rua

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“É o momento de abrir as portas da justiça para contemplar os que se encontram em situação de vulnerabilidade social.”**

**A** Constituição Federal de 1988, ao erigir a dignidade da pessoa humana como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, alavancou de forma expressiva e até mesmo obrigatória, a necessidade de se construir uma sociedade justa e solidária, com a consequente erradicação da pobreza, sem preconceito e desigualdade social.

Cabe exatamente nesta cunha a abordagem necessária para a tutela da população de rua, tão presente a olhos vistos, porém marginalizada e rotulada como se fosse pertencente a uma cidadania de segundo escalão. Sem teto. Na casa utópica, com a ironia bem dosada de Vinicius de Moraes, “não tinha teto, não tinha nada, ninguém podia entrar nela não, porque a casa não tinha chão.”

É até difícil elaborar uma definição que compreenda a dimensão social dessa categoria que também merece a inserção e o acolhimento social. O Decreto nº 7.053/2009 instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e assim a definiu: “Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.”

Fica evidenciada, desta forma, a vulnerabilidade como a principal característica dessa população que compreende um extenso grupo de risco, como, em uma



amostragem rápida, pessoas idosas, pessoas com tuberculose, cardiopatas, HIV/AIDS, gestantes, puérperas, crianças de pouca idade, incluindo bebês, pessoas LGBTQIA+, indígenas e até mesmo imigrantes.

Além do que, pelo que se percebe diariamente, são pessoas de família uni-pessoal, sem contato com parentes, com estudo até o Ensino Fundamental, sem emprego, vivendo de trabalhos eventuais nas ruas, muitos deles fazem consumo excessivo de álcool e outras drogas, expostos à violência e exploração constantes e desprovidos de itens básicos de subsistência, como alimentação, água potável, produtos de higiene e limpeza.

Sem qualquer dúvida essa população não pode ser considerada invisível e pela sua constante presença, principalmente nas cidades de maior índice populacional, merece a necessária atenção dos gestores públicos. Tanto é que, logo após a deflagração mundial da pandemia, quando o Brasil decretou medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional (Lei nº 13.979/2020), o Ministério da Cidadania expediu a Portaria nº 69/2020, que aprova a Nota Técnica 13/2020, trazendo as recomendações gerais para o Órgão Gestor da Política de Assistência Social, Unidades e Serviços Socioassistenciais direcionados à pessoa em situação de rua, no contexto da pandemia do novo Coronavírus, Covid-19.

O Conselho Nacional de Justiça, engajado também com a política nacional de acolhimento das pessoas que vivem em situação de rua, após criar um grupo de trabalho com representantes da Justiça e de entidades da sociedade civil com atuação específica na área do projeto mencionado, expediu recentemente uma Resolução que institui a *Política Nacional Judicial de Atenção às Pessoas em Situação de Rua*.

A norma aprovada determina ao Poder Judiciário a criação de um serviço especializado e prioritário para que a população em situação de rua tenha acesso direto ao Judiciário para garantir os direitos humanos desta parcela populacional com pouca frequência aos tribunais, sem qualquer tipo de burocratização. Exigir, por exemplo, um comprovante de residência para quem vive em situação de rua ou o traje forense adequado, é negar a prestação jurisdicional à pessoa que vive à margem da miserabilidade. Os serviços serão itinerantes e prestados de forma continuada, sempre em busca do maior número de pessoas atendidas, contando com a colaboração da assistência social, tanto para providenciar os documentos básicos para o exercício da cidadania, como, também, pelos órgãos competentes de ajuizamento, pleitear a concretização de um direito ou até mesmo um benefício previsto em políticas públicas específicas.

É o momento de abrir as portas da justiça para contemplar os que se encontram em situação de vulnerabilidade social, tanto é que nem mesmo são alinhados no Censo do IBGE, para que possam exercer e fazer imperar os direitos fundamentais descritos na Constituição Federal. 



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em ciências da saúde, Advogado.

# O protagonismo da Controladoria Jurídica Inteligente e suas muitas facetas

■ POR ANELISE VALENTE, THAYNARA ANDRETTA, JEFFERSON PAIVA, FERNANDO FERRAZ, PRISCILA DORNELLES E ISADORA SANTOS

**“Toda bancada que preze pela extrema qualidade na prestação dos serviços jurídicos oferecidos tem estabelecida uma Controladoria Jurídica Inteligente com equipe firme, dotada de conhecimentos jurídicos sólidos e aliados à criatividade, noções fortes de gestão de processos e procedimentos, curiosidade e busca constante por melhorias e inovação.”**

**T**odo escritório de advocacia focado em excelência na prestação de serviços dispõe de uma equipe interna específica e destacada para os controles. No entanto, para além do que ainda se imagina, a equipe de Controladoria atua em uma imensidão diversificada de atos e ações que superam em muito as já conhecidas atividades de leitura de publicações e protocolos de prazos.

Assim, entender as necessidades do escritório para desenhar as atividades e montar a equipe certa de Controladoria Inteligente é o passo inicial para se definir como seguirão os trabalhos e para firmar o protagonismo da Controladoria perante as equipes técnicas e diretoria.

Compreender a formação, conhecimento e imprescindibilidade das atividades da Controladoria Inteligente gera cooperação, sinergia e, consequentemente, crescimento das equipes e do escritório.

Ou seja, é fato que a Controladoria Inteligente vai muito além do que se tem como ideia pré-padronizada, valendo serem listadas algumas das atividades principais e pilares desse setor:

## 1: MAPEAMENTO DOS FLUXOS DE TRABALHO

A equipe de Controladoria Inteligente é capaz de compreender e mapear todo e qualquer fluxo de trabalho. Com isso, é capacitada para identificar eventuais escapes, excessos ou necessidades de complementação nos fluxos próprios e das demais equipes.

Detendo caráter persuasivo, sempre respeitando as opiniões de todos e pontos estratégicos ou de necessidade interna, pode e deve indicar quais as melhorias de fluxo capazes de influenciar positivamente na produtividade e resultados, bem como, com potencial de melhorar o dia a dia de cada envolvido.

Da mesma forma está apta para recepcionar e compreender alterações demandadas pela Equipe Técnica, seguindo o que lhe for apresentado e, quando necessário, procedendo com os ajustes que melhor se adequem ao dia a dia de todos os envolvidos nos procedimentos.

## 2: IDENTIFICAÇÃO DE FACILITADORES E POSSÍVEIS PONTOS DE AUTOMAÇÃO

Quando se menciona o uso de robôs, logo se pensa na otimização do trabalho realizado, já que um dos benefícios da automação, senão o principal, é a redução dos trabalhos mecânicos que antes eram realizados por um profissional e que, então, poderão ser realizados por um robô.

Publicações e protocolos, por exemplo, representam um grande volume de trabalho para grandes escritórios e a execução destes, em parte, é mecânica, se resume em muitos cliques e acessos a diversos sistemas – infelizmente os sistemas dos tribunais não são unificados -, fazer o *download* de informações e documentos dos sistemas dos tribunais e *upload* para o sistema do escritório; além do tempo despendido para a realização manual dessas atividades, o risco de equívocos fica em muito aumentado.

Outro benefício da automação é o auxílio na manutenção da integridade de dados e informações na base do escritório. Isso porque há ferramentas que podem ser utilizadas para busca e atualização diária destas informações, o que mantém a base interna e do cliente sempre confiável e pronta para a realização de auditorias, campanhas de negociação e quaisquer outras atuações estratégicas na carteira.

O papel da Controladoria Inteligente nessa questão envolve identificar quais atividades podem ser automatizadas, quais os melhores e mais indicados meios de automação para os resultados objetivados, bem como, manter o foco de seus profissionais na parte intelectual e de mitigação de contingências.

## 3: FERRAMENTAS DE GESTÃO (BI)

Trabalhando em conjunto com o setor de Tecnologia da Informação, a Controladoria Inteligente une os conhecimentos jurídicos, dos procedimentos e fluxos ao conhecimento técnico de Business Intelligence a fim de identificar quais são os dados que, mais do que os relatórios básicos e diretos extraídos

do sistema interno de controle de processos, podem ser analisados através de dashboards que suportem a tomada de decisão.

O uso dessas ferramentas é essencial e traz maior eficácia e precisão na análise de produtividade, divisão de bases e carteiras, revisão de procedimentos, informações basilares e que devem ser repassadas periodicamente aos clientes.

## 4: CONSTANTE ACOMPANHAMENTO, REVISÃO E CORREÇÃO DE EVENTUAIS INCONGRUÊNCIAS DA BASE NO SISTEMA INTERNO

Para a otimização das atividades e a conquista da excelência, cabe à Controladoria Inteligente manter um sistema limpo, alimentado com dados corretos, análise minuciosa e atenta, bem como a utilização de tecnologia e dos mais diversos meios de apoio, simultaneamente.

As atividades realizadas pela Controladoria Inteligente são muito dinâmicas, isso porque há a necessidade de interação multidisciplinar, tendo em vista a diversidade de matérias, tribunais e clientes. Por essa razão é que deve ser constante a atualização e alimentação do sistema interno, a análise dos dados cadastrados, uma vez que a padronização não é o suficiente para alcançar as peculiaridades de cada caso, assim como, a automação deve ser acompanhada da expertise humana, pois é sempre necessário entender os problemas dos clientes com profundidade.

## 5: EVITAR CONTINGÊNCIAS

A Controladoria Jurídica, apesar de muitas vezes não ter o *status* de protagonista dentro do escritório, é um setor primordial. Embora não seja uma área independente, mantém contato direto com todas as atividades desenvolvidas e em todas as suas fases dentro da rotina do escritório de advocacia, como, por exemplo: geração de cadastros, leitura das publicações, agendamentos dos prazos, confecção das guias de custas e preparo, realização dos protocolos e acompanhamento da agenda dos prazos dos advogados.

O profissional que atua na Controladoria precisa, necessariamente, ser detentor de conhecimento sólido em Direito e nas matérias em que o escritório atua, visto que é por ele que passam as análises de identificação de riscos, não bastando o colaborador ser apenas um auxiliar administrativo, mas sim, aquele que possua graduação até mesmo curso/especialização em Direito Processual – de acordo com a atuação da banca.

## 6: ESTREITAMENTO DA RELAÇÃO DO ESCRITÓRIO COM JUÍZOS E SERVIDORES

A fluidez da sociedade moderna exigiu uma grande inovação jurídica. Com o intuito de atender os novos anseios sociais, o CPC/15 trouxe consigo grandes inovações no âmbito procedimental, sobretudo no que tange o modo como o processo civil deve se estruturar no direito brasileiro.

Neste sentido, surge o princípio da cooperação processual, consagrado no

artigo 6º do CPC. A ideia de que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si supera o – ultrapassado – entendimento de que cada parte deve se ater somente aos seus ideais e o juiz apenas proferir a decisão final.

O princípio da cooperação busca resoluções judiciais justas e eficazes à sociedade e, para isto, o estreitamento de laços entre os servidores da justiça e as partes se faz essencial. Um exemplo disso é a necessidade de integração entre a Controladoria Jurídica Inteligente e os servidores para a realização de audiências, principalmente com a adoção de atos virtuais.

Há codependência entre os sujeitos do processo para que os atos sejam realizados harmonicamente: às partes cabe informar ao juízo, com antecedência, o contato de todas as pessoas que participarão do ato; aos servidores cabe contatar os demais sujeitos do processo, disponibilizando as informações que possibilitem a participação da audiência, a exemplo, o *link* de acesso à sala virtual.

O contato prévio entre os sujeitos processuais evita o cancelamento e/ou redesignação das audiências, por conseguinte, evita a morosidade e se efetiva o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB).

## 7: SUPORTE E CONSOLIDAÇÃO DO TRABALHO DA TÉCNICA

Indicadores operacionais, metas e a própria busca pelo destaque na competitividade empresarial exigem que o escritório crie ferramentas e fluxos internos que auxiliem no aperfeiçoamento, engajamento e manutenção da qualidade da equipe.

E quando o assunto se converte ao suporte à equipe técnica, a Controladoria Jurídica torna-se essencial para garantir a eficiência na produtividade e qualidade das peças processuais, pois oportuniza a otimização de tempo ao profissional, bem como dos fluxos adotados pelo escritório.

Nítido, portanto, que toda bancada que preze pela extrema qualidade na prestação dos serviços jurídicos oferecidos tem estabelecida uma Controladoria Jurídica Inteligente com equipe firme, dotada de conhecimentos jurídicos sólidos e aliados à criatividade, noções fortes de gestão de processos e procedimentos, curiosidade e busca constante por melhorias e inovação. 

ARQUIVO PESSOAL



**ANELISE VALENTE** é Advogada, graduada em Direito pela PUC/PR. Conciliadora, Mediadora e Árbitra certificada pela Câmara Nacional de Esportes. Pós-graduada em Direito Processual Civil Aplicado pela EBRADI.

ARQUIVO PESSOAL



**THAYNARA ANDRETTA** é Advogada, graduada pela PUC/PR, especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Opet e Pós-graduada em Direito Contratual.

ARQUIVO PESSOAL



**JEFFERSON PAIVA** é Advogado, graduado pela UNINORTE/AC, cursando MBA em Auditoria e Controladoria pela FAVENE/ES.

ARQUIVO PESSOAL



**FERNANDO FERRAZ** é Advogado, graduado pela FAMEC/PR, pós-graduado em Direito Civil pela ABDCONST.

ARQUIVO PESSOAL



**PRISCILA DORNELLES** é Advogada, graduada pela UNIBRASIL, pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela ABDCONST.

ARQUIVO PESSOAL



**ISADORA SANTOS** é Advogada, graduada pela ESTÁCIO-CURITIBA/PR, pós-graduada em Direito Processual Civil pela EBRADI.



# Da natureza das recomendações e determinações do Tribunal de Contas

■ POR IRAPUÃ BELTRÃO

**“Mesmo existindo a citada “recomendação” deverá a unidade administrativa, especialmente pelos seus órgãos decisórios avaliar a conveniência e oportunidade na prática dos atos em questão.”**

**N**ão há dúvidas quanto a relevância dos Tribunais ou Corte de Contas nos Estados de Direito, tendo o mundo moderno registrado ainda um reforço de seu relevante papel, com a ampliação das medidas e práticas decorrentes. Por outro lado, há de se ter muito cuidado na fundamentação dos atos administrativos a ser expedido pelos diversos setores da administração pública nacional, mormente considerando a natureza dos atos expedidos pelas unidades de controle externo.

Ainda que se reconheça uma constante evolução ao longo do século XX, o grande avanço mesmo ocorreu com a Constituição de 1988 e a função de controle ampliado. Pela dicção do texto promulgado estabeleceu-se um novo papel das auditorias, a partir dos fundamentos para o controle no art. 70 CRFB. Em contraposição ao modelo anterior de exame, puramente formal da Legalidade, é notório que, não apenas a realização das auditorias, mas toda a atividade de controle passou a empreender exame e fiscalização material e dos resultados das ações administrativas implementadas.

O encontro dos conceitos modernos da gestão pública – eficiência gerencial – e os contornos da atividade financeira responsável possuem formas concretas para a verificação administrativa na medida em que o próprio texto constitucional dedicou da já mencionada possibilidade de realização das auditorias operacionais.

Por meio das referidas auditorias, não apenas o texto constitucional avançou no papel do controle, mas também criou a solidificação da avaliação dos programas, projetos e atividades. Fruto disto, o processo de gestão passa ao foco da realização do gasto e atuação pública, abandonando definitivamente o mero exame da legalidade e dos requisitos formais do ato de administração, para

atingir a todo um processo de investigação do programa ou da atividade em si a partir do planejamento necessário e das metas mensuráveis ali contempladas.

Tudo isto irá refletir nos atos finais a serem expedidos pelos órgãos de controle externo, abandonando uma visão puramente punitiva ou repressora para agregar atos que visem o aperfeiçoamento da gestão e dos serviços públicos. Justo por isto mostrou-se fundamental reconceituar as manifestações e decisões finais dali expressados.

Primo, há de se diferenciar as recomendações das determinações emanadas pelas cortes de contas. Os dicionaristas costumam definir o termo recomendar como sinônimo de “aconselhamento” ou, ainda, no sentido de inclinação – ainda que insistentemente – para que se cumpra uma tarefa ou atividade.

Bastam estas duas exemplificações para concluirmos que o termo (recomendar) carrega consigo um forte conteúdo de voluntariedade, desprovido de imperatividade no acolhimento ou na implementação. Por natural, quem recebe uma recomendação *poderá ou não acatá-la* visto que se trata apenas de um aconselhamento, sujeito, portanto, à esfera de conhecimento e de elementos de discricionariedade de seu destinatário.

Evidentemente que a recomendação será encaminhada com toda uma carga de elementos de instrução e cercada de aspectos que a justificam. Mas, ainda assim, cabem às unidades receptores juízo de conhecimento sobre tais fundamentos, até mesmo para decidir sobre a sua implementação ou não, bem como a forma eventual de fazê-lo. E assim não se perde o conceito, mesmo neste caso oriundo dos órgãos de controle, movidos por uma potencial pretensão de aprimoramento da atividade pública.

O mesmo não podemos afirmar das determinações. Ao contrário das recomendações, elas encerram um conteúdo genuinamente imperativo, inexistindo alternativa para seus destinatários senão apenas cumpri-las.

E tal distinção será fundamental justamente em razão do dever de seguir ou não o emanado do Tribunal ou Corte de Contas. No caso de recomendações, o não acatamento do que foi recomendado não poderá ser censurado por quem proferiu a recomendação uma vez que seu destinatário optou (legitimamente) por uma das duas únicas soluções postas à sua disposição. Já na hipótese das determinações, eventual descumprimento conduziria a alguma crítica, penalidade, restrição ou coisa do gênero. A omissão (ou ação) estaria sujeita, portanto, a reprimendas.

Assim podemos encontrar inclusive certo apoio de casos apreciados pelo STF:

“Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Sua ilegitimidade passiva ad causam. – Tratando-se de recomendação que se traduz em mera sugestão sem caráter impositivo que teria se fosse uma decisão do Tribunal de Contas no âmbito de sua competência, não tem tal Corte legitimidade para figurar no pólo passivo do presente mandado de segurança. Mandado de segurança não conhecido.” (STF – Pleno, MS nº 21519/PR, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. em 6.9.1995)

Este importante julgado pode deixar entrever, a *contrario sensu*, que as decisões do Tribunal de Contas, no âmbito de sua competência teriam efetivamente caráter impositivo, mas não as recomendações.

Desta forma, recomendações encerram conselhos dirigidos à omissão da gestão, possui um caráter menos obrigatório, na qual, a Administração poderá se valer de juízo de conhecimento e decisão, englobando até mesmo a conveniência e oportunidade na aplicação das condutas sugeridas. É preciso ter em mente que as recomendações estão relacionadas à adoção de critérios de cognição e avaliação por parte dos administradores públicos. Ou seja, as recomendações são formuladas pelos tribunais de contas sempre que o ato de gestão avaliado tratar-se de atos essencialmente discricionários.

De igual forma, o próprio TCU já teve oportunidade de assim afirmar:

A implementação das recomendações expedidas pelo Tribunal é da estrita conveniência dos órgãos e das entidades, cabendo a eles avaliar a pertinência das providências sugeridas, uma vez que estas se constituem em oportunidades de melhoria da atuação governamental. Ao contrário, as determinações têm natureza cogente e são de cumprimento obrigatório pelos jurisdicionados. (TCU – Pleno, Ac. 3130/2013, rel. José Jorge, j. em 20.11.2013)

Não cabe ao TCU determinar que órgãos/entidades fiscalizadas encaminhem plano de ação com cronograma de medidas necessárias a solucionar problemas apontados em auditoria quando tais medidas forem objeto de recomendações por parte do Tribunal, cuja implementação é da estrita conveniência dos jurisdicionados, cabendo a eles avaliar a pertinência das providências sugeridas. O encaminhamento de plano de ação só se justifica no caso de o TCU dirigir determinações aos jurisdicionados, as quais têm natureza cogente e são de cumprimento obrigatório. (TCU – Pleno, Ac. 2515/2014, rel. José Jorge, j. em 24.9.2017)

Tudo isto para deixar claro que o fato de o Tribunal de Contas ter expedido uma recomendação para alguma unidade administrativa em processos de auditoria não significa uma imposição. Por outro lado, exige, sim, que os órgãos afetados pela matéria apresentem de modo efetivo se concordam ou não com o que se delibera, não bastando a simples inclinação de que estariam fazendo em razão daquela manifestação advinda do órgão de controle externo.

Ademais, mesmo existindo a citada “recomendação” deverá a unidade administrativa, especialmente pelos seus órgãos decisórios avaliar a conveniência e oportunidade na prática dos atos em questão. Assim se dá para reconhecimento da autonomia técnica, bem como para manter, finalmente, a tão defendida autonomia administrativa típica das pessoas integrantes da administração indireta, *ex vi* o Decreto-Lei nº 200, de 1967.

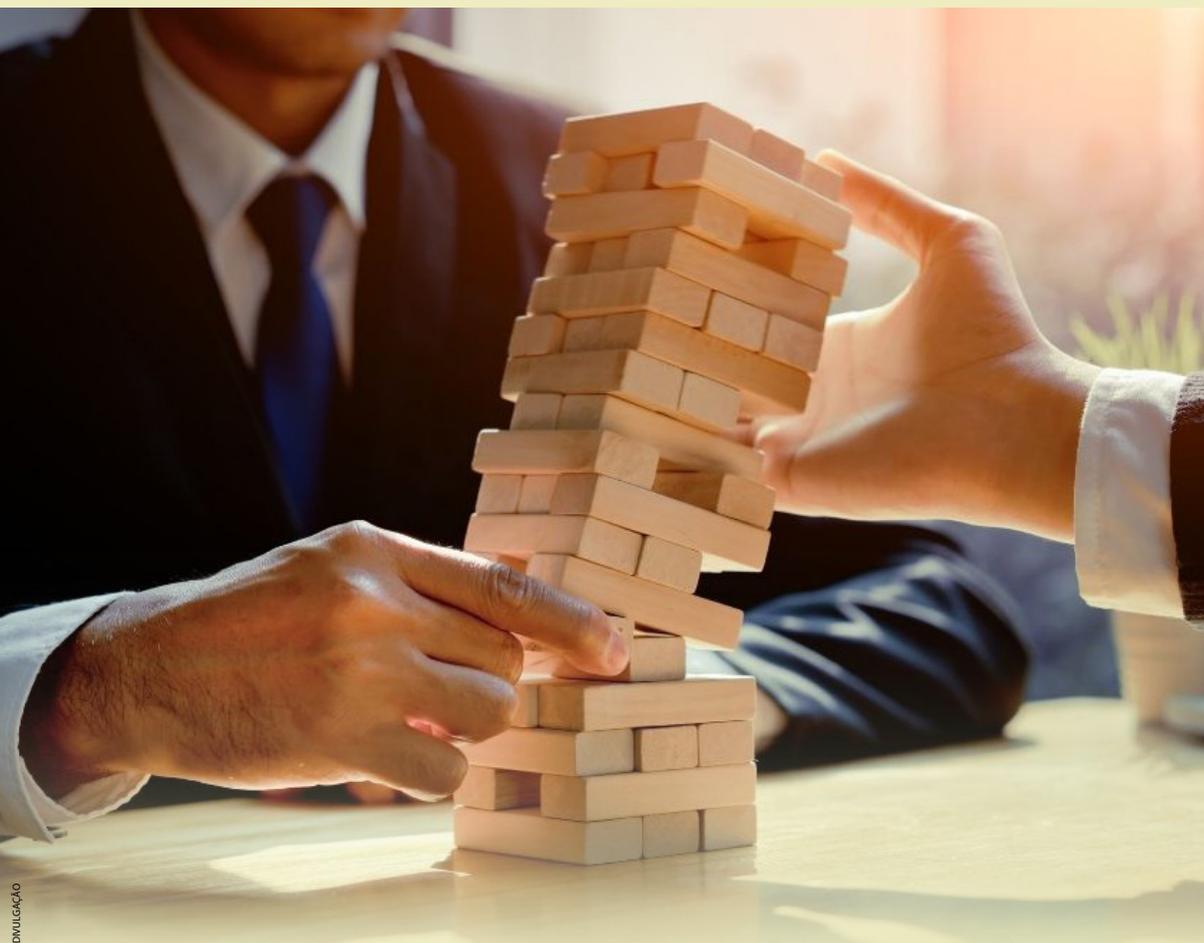
Em razão do esposado, ainda que relevante o contido na recomendação do Tribunal de Contas, deverá a unidade receptora exercer sua autonomia administrativa e de gerenciamento das políticas públicas competentes, sobretudo para ponderar sobre a conveniência e oportunidade para a prática do ato e, finalmente, sobre o seu mérito e objeto. 



**IRAPUÁ BELTRÃO** é Doutor em Direito, Procurador Federal da AGU, Professor de Tributário e Financeiro.

# A restituição do dinheiro aos investidores no caso GAS Consultoria

■ POR JORGE CALAZANS



**“Com essa recente operação contra a GAS Consultoria, alimenta-se a esperança de que se abra o precedente e aplique o mesmo rigor a centenas de “piramideiros” que lesaram milhões de vítimas no país e ainda estão impunes.”**

**R**ecentemente, uma ação conjunta entre Ministério Público Federal (MPF) e Polícia Federal denominada Operação KRYPTOS, com ampla cobertura midiática, encerrou as operações da GAS Consultoria, sob acusação dos responsáveis pela empresa supostamente cometerem crimes contra o sistema financeiro nacional. O caso chamou bastante a atenção, primeiramente pela quantidade de valores apreendidos, que ultrapassa os R\$ 200 milhões. O destaque também se dá pelo ineditismo da operação, pois sabido é que, como a GAS Consultoria, no país existem milhares e constantemente a Justiça Federal declina sua competência, alegando que tal matéria, em virtude da não regulação do mercado de criptoativos, não geraria lesão ao sistema financeiro nacional e seria, portanto, de competência estadual.

Casos envolvendo criptoativos atraíam a competência para a Justiça Federal apenas se tivessem base na oferta pública de contrato coletivo de investimento que consubstancia valor mobiliário, o que sujeitava o caso às disposições da lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional (lei 7.492/86). Os demais artigos que recaíram na acusação nunca foram levados em consideração.

Com essa recente operação contra a GAS Consultoria, alimenta-se a esperança de que se abra o precedente e aplique o mesmo rigor a centenas de “piramideiros” que lesaram milhões de vítimas no país e ainda estão impunes. Espera-se que não seja uma iniciativa isolada, pois no caso da GAS Consultoria, até a operação ser realizada não existia por parte dos acusados lesão aos investidores, que deixaram de receber em virtude do impedimento gerado pelas medidas judiciais. Diante dessa situação, a grande dúvida dos investidores está relacionada com a devolução de seu capital, tendo em vista que o dinheiro dos mesmos estava em custódia justamente com a GAS Consultoria.

É importante frisar que a acusação que recai sobre os envolvidos é a de funcionar como instituição financeira sem autorização, onde recebiam capital sob a promessa de pagar rendimentos aos interessados. Nessa linha, convém inicialmente destacar o disposto nos arts. 118 e 119 do Código de Processo Penal e artigo 91, incisos I e II do Código Penal, que elencam o quanto segue:

“Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.”

“Art. 119. As coisas a que se referem os artigos 74 e 100 do Código Penal (atual artigo 91) não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.”

“Art. 91 – São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

Com base nos artigos mencionados, o primeiro passo que deverá ser dado pelo grupo de investidores será a demonstração, em Juízo, que são terceiros de boa-fé e fazem jus ao direito ressalvado no inciso II do artigo 91, impedindo assim que seu capital fique para a União, como elencado no referido diploma legal. A presente demonstração é feita com base no artigo 120 do Código de Processo Penal, diretamente ao juízo criminal onde, mediante termo nos autos, os investidores deverão demonstrar que não existe dúvida quanto aos seus direitos.

Mais uma vez, cabe alertar aos investidores que, além do disposto no artigo 91 do Código Penal, o artigo 122 do Código de Processo Penal também alerta quando não reclamado o direito, a possibilidade de se perder em favor da União, como demonstrado abaixo:

“Art. 122. Sem prejuízo do disposto nos artigos 120 e 133, decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for o caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas (artigo 74, II, a e b do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público.

Parágrafo único. Do dinheiro apurado será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

Na presente operação, os recursos que estavam em poder da GAS agora estão sob custódia do juízo da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, sendo o mesmo diante disso o caminho lógico para a restituição dos investidores.”

Deve-se frisar que se trata de medida a ser operacionalizada com urgência tanto por parte dos investidores quanto por parte das autoridades, pois em que pese ser um caso extremamente complexo pela grandeza, tal situação gerou uma catástrofe social econômica que extrapola os limites da região dos Lagos no Estado do Rio de Janeiro, pois milhares de pessoas que viviam dos supostos rendimentos das suas economias agora estão à míngua em um momento bastante complicado do país.

Ante o exposto, convém destacar o brilhante Rui Barbosa para a importância da celeridade na decisão em relação aos terceiros de boa-fé, onde “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”. Diante disso, que se solucione essa situação o quanto antes, para o bem de todos. 



**JORGE CALAZANS** é Advogado especialista na área criminal, conselheiro estadual da Anacrim.

# A hora de agir, por Thomas Piketty



■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

DIVULGAÇÃO

**“Uma sociedade justa não implica uma absoluta uniformidade ou uma igualdade total. Mas – isso é importante –, resulta de aspirações distintas e opções de vida diferentes, em que se permite melhorar as condições de vida e aumentar o leque de oportunidades abertas aos mais desfavorecidos; então a desigualdade de renda e de propriedade pode ser justa. Mas isso deve ser demonstrado e não pressuposto, e tal argumento não deve ser usado, como se costuma fazer, para justificar qualquer nível de desigualdade.”**

**C**onforme amplamente noticiado pela imprensa do mundo todo, vieram à tona as revelações dos “Pandora Papers”, resultantes de um novo vazamento de 12 milhões de documentos de finanças *offshore*; antes, tínhamos já conhecimento dos “LuxLeaks” em 2014, os “Panama Papers” em 2016 e os “Paradise Papers” em 2017, mostrando ao mundo quanto os mais ricos continuam a sonegar impostos.

Comentando este último escândalo mundial, Thomas Piketty, Diretor de estudos da École des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Ecole d'économie de Paris, afirma que, “ao contrário do que se imagina, a situação não melhorou nos últimos dez anos e o site “ProPublica” havia revelado que os bilionários americanos quase não pagavam impostos em comparação com seu enriquecimento e com o que paga o resto da população.<sup>1</sup>

Segundo ele, as primeiras 500 fortunas francesas saltaram de 210 bilhões de euros, para mais de 730 bilhões, entre 2010 e 2020, e tudo indica que os impostos pagos por essas grandes fortunas (informações afinal bastante simples, mas que o poder público ainda recusa publicar) têm sido extremamente baixos. Devemos simplesmente esperar pelos próximos vazamentos, ou não é hora de a mídia e os cidadãos formularem uma plataforma de ação e pressionarem os governos a resolver o problema de forma sistemática?”

Para o economista francês “o problema básico é que continuamos, no início do século XXI, a registrar e a tributar os bens apenas com base nas propriedades imobiliárias, utilizando os métodos e cadastros estabelecidos no início do século XIX. Se não criarmos os meios para mudar este estado de coisas, os escândalos vão continuar, com o risco de uma lenta desintegração do nosso pacto social e fiscal e a inexorável ascensão do cada um por si.”

Para ele, “o importante é que o registro e a tributação das propriedades sempre estiveram intimamente ligados. Em primeiro lugar, porque o registro da propriedade dá ao proprietário uma vantagem (a de se beneficiar da proteção do sistema jurídico) e, em segundo lugar, porque apenas um imposto mínimo pode tornar o registro verdadeiramente obrigatório e sistemático. Acrescentemos que a posse de um patrimônio é também um indicador da capacidade contributiva das pessoas, o que explica porque a tributação do patrimônio sempre desempenhou um papel central nos sistemas fiscais modernos, em complemento à tributação que pesa sobre os fluxos de rendas (fluxo que às vezes pode ser manipulado para baixo, em particular para ativos muito elevados, como demonstrou ProPublica).”

Lembrando a Revolução Francesa, o pensador francês afirma que “ao estabelecer um cadastro centralizado para todos os imóveis, tanto para habitação como para bens profissionais (terrenos agrícolas, lojas, fábricas, etc.), a Revolução Francesa instituiu no mesmo gesto um sistema tributário sobre as transações (direitos de transmissão ainda hoje em vigor) e, acima de tudo, sobre a propriedade (com imposto sobre a propriedade).”

Aliás, ainda segundo ele, “na França, como nos Estados Unidos e em quase todos os países ricos, o imposto sobre a propriedade, ou seu equivalente anglo-saxão, a *property tax*, continua a representar o principal imposto sobre o patrimônio (cerca de 2% do PIB, aproximadamente 40 bilhões de euros de receitas anuais na França). Por outro lado, a ausência de tal sistema de registro e tributação de bens imóveis e propriedades profissionais explica, em muitos países do Sul, a hipertrofia do setor informal e as dificuldades subsequentes na implementação da tributação das rendas.”

Segundo Piketty, “o problema é que esse sistema de registro e tributação de ativos praticamente não mudou em dois séculos, enquanto os ativos financeiros assumiram uma importância preponderante. O resultado é um sistema extremamente injusto e desigual. Se você possui uma casa ou propriedade profissional no valor de 300.000 euros, e se você está endividado em 290.000 euros, então você pagará o mesmo imposto sobre a propriedade que uma pessoa que herdou bem equivalente e possui, além disso, uma carteira financeira de 3 milhões euros. Nenhum princípio, nenhum raciocínio econômico pode justificar um sistema tributário tão violentamente regressivo (os pequenos patrimônios pagam de fato uma taxa efetiva estruturalmente superior àquela dos mais elevados), além do fato de se partir do princípio que seria impossível registrar ativos financeiros. Ora, não se trata de impossibilidade técnica, mas de escolha política: optamos por privatizar o registro de títulos financeiros (junto a depositários centrais de direito privado, como Clearstream ou Eurostream) e, em seguida, estabelecer a livre circulação de capitais garantida pelos Estados, sem qualquer coordenação fiscal prévia.”

Para ele, “a prioridade deveria ser o estabelecimento de um cadastro financeiro público e a tributação mínima de todos os patrimônios, nem que seja para produzir informações objetivas sobre eles. Cada país pode mover-se imediatamente nesta direção, exigindo que todas as empresas detentoras ou operando bens em seu território divulguem a identidade de seus titulares e os tributem de modo transparente e da mesma forma que os contribuintes comuns. Nem mais nem menos. Ao renunciar a qualquer ambição em termos de soberania fiscal e justiça social, não fazemos senão encorajar o separatismo dos mais ricos. Está mais do que na hora de agir. Os ‘Pandora Papers’ também lembram que os mais ricos conseguem evitar os impostos sobre seus imóveis, transformando-os em títulos financeiros domiciliados *offshore*, “como mostra o caso casal Blair e de sua casa de 7 milhões de euros em Londres (400.000 euros de direitos de mutação evitados) ou de vilas na Côte d’Azur controladas por meio de empresas de fachada pelo primeiro-ministro checo Andrej Babis.”<sup>2</sup>

As ideias de Piketty já foram muito bem expostas em seus livros, especialmente o seu “Capital e Ideologia”, quando ele apresenta “uma história fundamentada dos regimes desigualitários, desde as antigas sociedades trifuncionais e escravocratas até as sociedades hipercapitalistas e pós-coloniais modernas.”<sup>3</sup>

O economista francês, formado pela London School of Economics, de uma maneira impressionantemente clara, precisa, profunda e com base em dados empíricos e históricos, demonstra “os consideráveis perigos provocados pelo aumento da desigualdade socioeconômica observado desde os anos 1980-1990”, especialmente em razão de que “a coalização social-democrata e o sistema esquerda-direita que, em meados do século XX, haviam possibilitado a redução da desigualdade, desintegraram-se pouco a pouco, por não terem sido capazes de uma suficiente renovação, num contexto marcado pela internacionalização do comércio e pela terceirização educacional.”

Citando expressamente, dentre outros, o caso brasileiro, ele observa atentamente que “essa desigualdade gera tensões sociais crescentes, alimentando

o crescimento das clivagens identitárias e nacionalistas observadas hoje em quase todas as regiões do mundo.” Aliás, o Brasil merece um tópico específico no livro: “A politização inacabada da desigualdade no Brasil”, onde ele identifica, “ao longo do período entre 1989 e 2018, a formação de um sistema partidário específico de tipo classista, apresentando desafios ainda maiores em termos de redistribuição e de influências cruzadas com os outros partidos do mundo”, sem esquecer (o que é um mérito) que fomos “o último país do espaço euro-atlântico a abolir a escravidão, em 1888, e em termos gerais, que o país continua a ser um dos mais desiguais do planeta.”

Sobre o presidente da República, reconhece “que ele não esconde sua simpatia pela ditadura militar e sua preferência pela ordem social, pelo respeito à propriedade e pelas políticas duras de segurança pública”, comparando-o a Donald Trump, quando “também se fundamenta na exploração das diferenças raciais e da nostalgia da ordem do homem branco, num país onde os ‘brancos’ oficialmente deixaram de ser maioria”, concluindo que “no Brasil, como na Europa e nos Estados Unidos, é impossível reduzir a desigualdade, como seria desejável, sem modificar também o regime político, institucional e eleitoral.”<sup>4</sup>

Na Quarta Parte do livro, no Capítulo 17, Piketty, fundamentado fortemente na experiência histórica, conclui ser “possível erradicar o sistema capitalista atual e traçar os contornos de um novo socialismo participativo para o século XXI, ou seja, uma nova perspectiva igualitária universal baseada na propriedade social, na educação e no compartilhamento de conhecimentos e poderes.”

Para isso, ele estabeleceu determinados “elementos” que permitiriam uma ruptura com este sistema capitalista desigual, injusto, perverso, elitista e, sobretudo, gerador de crises sociais absurdas. Afinal, conforme Beluzzo e Galípolo, “em sua configuração atual, o capitalismo escancara a incapacidade de entregar o que promete aos cidadãos, manifestando-se esta exclusão no desemprego dos jovens, no desemprego estrutural promovido pela transformação tecnológica e pela migração da manufatura para as regiões de baixos salários.”<sup>5</sup>

O primeiro “elemento” indicado pelo autor francês seria o que ele chama de “propriedade justa”, a ser atingida a partir do “desenvolvimento de novas formas de propriedade social, de divisão dos direitos de voto e de participação na tomada de decisão nas empresas, substituindo-se a noção de propriedade privada permanente pela de propriedade temporária, por meio de um imposto fortemente progressivo sobre as grandes fortunas, permitindo-se financiar uma dotação universal em capital e assim organizar a permanente circulação dos bens e da riqueza.”<sup>6</sup>

Piketty considera como um dos pilares para um novo socialismo participativo e erradicante do capitalismo selvagem, o imposto progressivo sobre a renda e a renda básica, “a fim de evitar que uma concentração desmedida da propriedade volte a se reconstituir”, defendendo “impostos progressivos sobre a herança e a renda, para que cumpram no futuro o papel que tiveram ao longo do século XX, com alíquotas atingindo ou ultrapassando 70%-90% no topo da hierarquia dos patrimônios e das rendas durante décadas (em especial nos Estados Unidos e no Reino Unido), décadas que, olhando hoje em retrospectiva, parecem os períodos de maior crescimento jamais observado na história.”<sup>7</sup>

Evidentemente, e segundo ele próprio adverte, apenas estes dois impostos (sobre a herança e a renda) não bastam, devendo “ser complementados com um imposto progressivo anual sobre a propriedade, a ser considerado como ferramenta central para que se possa assegurar uma verdadeira circulação do capital.” Eis, então, o tríptico pikettyano do imposto progressivo: propriedade, herança e renda!

E o que se vê no Brasil, desde uma lógica neoliberal concebida a partir de uma visão canalha da economia e do mercado? Tenta-se rigorosamente o contrário: ressuscitar com uma justificativa falsa (substituir os tributos cobrados sobre a folha de pagamento das empresas) a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, conhecida como CPMF, tributo que incidiu sobre quase todas as movimentações bancárias e que vigorou no Brasil por 11 anos, sendo extinta apenas em 2007.

Como se sabe, a ideia gestada no gabinete do ministro da Economia é criar um imposto sobre transações digitais, ainda que se saiba que tributos sobre transações financeiras são um dos fatores mais prejudiciais para o crescimento da economia, pois, além de ser nitidamente cumulativo (exigido a cada transação e em quase todos os elos da cadeia produtiva), é indireto e regressivo (cobrado a partir de uma relação inversa com os rendimentos do contribuinte), onerando, em razão disso, as pessoas com menor poder aquisitivo.

Um outro caminho apontado por Piketty é a justiça educacional, abandonando-se o que ele chama de “hipocrisia educacional”, o que exige a promoção de “uma substancial transparência em termos de alocação de recursos”, tendo em vista que, atualmente, “na maioria dos países, os procedimentos para regular os gastos com educação são relativamente opacos e não permitem uma apropriação coletiva dos cidadãos.”

Como ele nota, sempre a partir de dados historicamente comprovados – e isso caracteriza toda a obra de Piketty, o que a torna, sob este aspecto também, absolutamente confiável –, “em algumas situações, a remuneração média dos professores aumenta à medida que o estabelecimento recebe mais alunos socialmente favorecidos.” Ademais, para agravar a questão da desigualdade educacional, especialmente nos países periféricos (mas não apenas), “em outras situações, o investimento público em educação é quatro vezes mais elevado para certos grupos (por acaso também os mais privilegiados) do que para outros de uma mesma geração.”<sup>8</sup>

E, o pior: “tudo isso é feito com a consciência limpa, sem que ninguém tenha jamais, de fato, feito, examinado e debatido tais escolhas ou contribuído para a sua evolução.”

Ainda neste aspecto, outro problema enfrentado por Piketty – também, e mais uma vez, de forma empírica – é o da “coexistência de estabelecimentos públicos e privados, tanto no primário e no secundário quanto no ensino superior.” Como acontece no Brasil, onde a “hipocrisia educacional” é uma realidade absolutamente visível, “na prática, os estabelecimentos particulares costumam receber financiamentos públicos, direta ou indiretamente,

através de um estatuto jurídico e tributário específico, exercendo, sobretudo, uma atividade do serviço público essencial, a saber, o direito de cada criança à formação e ao saber.”

É preciso que estes estabelecimentos privados de ensino “estejam sujeitos a uma regulação comum em conjunto com os estabelecimentos públicos, tanto no que diz respeito aos recursos disponíveis quanto aos processos de admissão”, sob pena de que “todos os esforços para estabelecer padrões de justiça aceitáveis no setor público sejam, de imediato, ignorados e desviados para as escolas privadas.”<sup>9</sup>

Lembro, então, dois grandes educadores brasileiros que, cada um a seu tempo e em sua época, já denunciavam algumas das mazelas da educação no Brasil. Paulo Freire, por exemplo, já afirmava que, “do ponto de vista dos interesses dominantes, não há dúvidas de que a educação deve ser uma prática imobilizadora e ocultadora de verdades.”<sup>10</sup> E também Anísio Teixeira apontava alguns problemas que dificultavam a restauração do sentido democrático da expansão educacional brasileira, a saber: “a aceleração do processo histórico sob o impacto do progresso material, a ignorância generalizada em virtude das deficiências e perversões do processo educativo e o clima de conservadorismo, senão reacionarismo social.”<sup>11</sup>

Finalmente, como um último “elemento” que permitiria avançar na direção de uma perspectiva igualitária universal, o economista francês aborda a questão “da democracia e da fronteira, e o modo como é possível repensar a atual organização da economia global em benefício de um sistema democrático transnacional, fundamentado na justiça social, tributária e climática, rumo a uma democracia participativa e igualitária.”

Como fica demonstrado ao longo do livro, “todas as trajetórias históricas mostram o quanto a estrutura da desigualdade está intimamente ligada à forma do regime político em vigor”, pois, qualquer que seja a sociedade, “o modo de organização do poder político permite que um certo tipo de regime desigualitário perdure.”

Nesta parte do Capítulo, Piketty atenta para um outro aspecto: “o financiamento da vida política e da democracia eleitoral”; afinal, se na teoria “o sufrágio universal se assenta num princípio simples (uma mulher ou um homem, um voto), na prática os interesses financeiros e econômicos, sejam diretamente por meio do financiamento dos partidos e das campanhas, sejam indiretamente através das mídias, dos think tanks ou das universidades, podem ter um efeito dez vezes maior nos processos políticos.”<sup>12</sup>

De certa maneira, Milton Santos já alertava para este fenômeno, quando dizia que a “concorrência superlativa entre os principais agentes econômicos, a competitividade, ocasiona a emergência de um lucro em escala mundial, buscado pelas firmas globais que constituem o verdadeiro motor da atividade econômica, produzindo ainda mais desigualdades. E, ao contrário do que se esperava, crescem o desemprego, a pobreza, a fome, a insegurança do cotidiano, num mundo que se fragmenta e onde se ampliam as fraturas sociais.”<sup>13</sup>

Citando, inclusive, o caso brasileiro, Piketty acentua como um dos maiores óbices para a democracia participativa e igualitária “os financiamentos privados que distorcem de modo considerável os processos políticos, com regras insatisfatórias e às vezes totalmente escandalosas.”

A propósito, segundo Boaventura de Souza Santos, a democracia participativa, mais do que a democracia semidireta, deve significar uma nova gramática de organização da sociedade e da relação entre o Estado e a sociedade. Trata-se de uma visão não hegemônica da democracia, representando uma verdadeira e legítima forma de romper (positivamente) com tradições estabelecidas pelas visões hegemônicas sobre a democracia, estabelecendo-se novas determinações, novas normas e novas leis no sistema político, jurídico e econômico.

Neste sentido, Boaventura critica inclusive a posição de Habermas – segundo a qual “a esfera pública seria um espaço no qual indivíduos (mulheres, negros, trabalhadores, minorias raciais) podem problematizar em público uma condição de desigualdade na esfera privada” –, afirmando que o pensamento habermasiano “tende a se concentrar em uma proposta de democracia para certos grupos sociais e para os países do Norte.”

Numa democracia efetivamente participativa, concebe-se os movimentos sociais como forma de transformação de práticas dominantes, pelo aumento da cidadania e pela inserção na política de atores sociais excluídos, inclusive e principalmente, como uma forma de libertação do colonialismo (como ocorreu na Índia, em Moçambique e na África do Sul), ou mesmo como um ideal de democratização (exemplos de Brasil, Portugal e Colômbia).

Para Boaventura, a democracia representativa possui algumas características marcantes que levam ao fortalecimento de uma visão eurocêntrica e hegemônica da própria ideia democrática; neste sentido, seria uma forma de privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, além de estabelecer uma distância crescente entre representantes e representados; priorizar a acumulação de capital em relação à redistribuição social, além de limitar a participação cidadã para não “sobrecarregar” o regime democrático com demandas sociais (“sobrecarga democrática”). Então, aponta o que seria “a crise da dupla patologia, a patologia da participação (tendo em vista o aumento dramático do abstencionismo) e a patologia da representação, em razão dos cidadãos considerarem-se cada vez menos representados por aqueles que elegeram.”

Assim, para a superação desta crise democrática, ainda segundo Boaventura, impõe-se a possibilidade da participação ampliada de atores sociais de diversos tipos no processo de tomada de decisões, “protagonizada por comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspiração de contratos sociais mais inclusivos e de democracia de mais alta intensidade, tratando-se de iniciativas locais, em contextos rurais ou urbanos, em diferentes partes do mundo, que vão desenvolvendo vínculos de interconhecimento e de alteração com iniciativas paralelas.”

Nada obstante, aponta o que ele chama de vulnerabilidades e ambiguidades da democracia participativa, que é o perigo da cooptação ou a integração pelas

elites metropolitanas, citando, então, para exemplificar, o caso brasileiro: “o ativismo social dos empresários brasileiros contra a exclusão social mostra como o ideal da participação da sociedade civil pode ser cooptado por setores hegemônicos para cavalgar o desmonte das políticas públicas, sem o criticar e, pelo contrário, aproveitando-o para realizar uma operação de ‘marketing social’.”

Para a implementação efetiva e gradual da democracia participativa, ele indica três teses: 1) o fortalecimento da demodiversidade, com a coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos e práticas democráticas. Para ele, “se a democracia tem um valor intrínseco e não é uma mera utilidade instrumental, esse valor não pode mais se assumir como universal. A modernidade ocidental pode coexistir com outras em um mundo que agora se reconhece como multicultural, não podendo reivindicar a universalidade dos seus valores.” Para isso, é necessário que o sistema político abra mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas, devendo existir uma combinação entre democracia participativa e democracia representativa, seja pela coexistência, seja pela complementaridade; 2) o fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global, pois “experiências alternativas bem-sucedidas precisam ser expandidas para que se apresentem como alternativas ao modelo hegemônico, sendo fundamental para o fortalecimento da democracia participativa, a passagem do contra-hegemônico do plano local para o global”; 3) e a ampliação do experimentalismo democrático, a partir de “novas gramáticas sociais” (histórica, social e cultural).<sup>14</sup>

Voltando a Piketty, ele faz referência àquilo que reputa “a mais delicada questão para definirmos a sociedade justa: a fronteira justa, como forma de repensar o federalismo social em escala global.” Assim, a globalização deve ser organizada de forma diferente, “substituindo os atuais acordos comerciais por tratados bem mais ambiciosos, visando a promoção de um modelo de desenvolvimento equilibrado e duradouro, incluindo objetivos comuns passíveis de deliberação e processos de deliberação democrática adequados.”

Atualmente, “o modo de organização da livre circulação de bens e dos capitais reduz consideravelmente as capacidades dos Estados de escolherem suas políticas tributárias e sociais”, de uma tal maneira que, “longe de fornecer o contexto neutro que pretendem, as regras internacionais levam à adoção de certas políticas e violam as soberanias sociais.”

E como definir a justiça em termos transnacionais? Para ele, fundamental “é poder delegar a uma assembleia transnacional a tarefa de tomar decisões comuns relativas aos bens públicos globais, como o clima, a pesquisa ou a justiça tributária global, incluindo a possibilidade de votar impostos comuns referentes às mais altas rendas e patrimônios, às maiores empresas e às emissões de carbono.”<sup>15</sup> Neste aspecto, veja-se no Brasil, no atual governo, a dificuldade que há em aceitar, por exemplo, as orientações da Organização Mundial da Saúde acerca da pandemia do novo coronavírus, como se o mundo estivesse conspirando contra nós.<sup>16</sup>

E, afinal, o que seria mesmo uma sociedade justa? Para Piketty, seria “aquela que permite ao conjunto de seus membros o maior acesso possível

aos bens fundamentais, sobretudo a educação, a saúde, o direito a voto e, em termos mais amplos, a participação de todos nas diferentes formas da vida social, cultural, econômica, civil e política”, de uma tal maneira que os seus “membros menos favorecidos se beneficiem das mais elevadas condições de vida possíveis, a partir das relações socioeconômicas e de propriedade, além da distribuição de renda e de patrimônio.”

Obviamente que uma sociedade justa não implica uma absoluta uniformidade ou uma igualdade total. Mas – isso é importante –, “resulta de aspirações distintas e opções de vida diferentes, em que se permite melhorar as condições de vida e aumentar o leque de oportunidades abertas aos mais desfavorecidos; então a desigualdade de renda e de propriedade pode ser justa. Mas isso deve ser demonstrado e não pressuposto, e tal argumento não deve ser usado, como se costuma fazer, para justificar qualquer nível de desigualdade.”

Tratar-se-ia a proposta de Piketty uma utopia? Talvez, mas, conforme acentua Dowbor, analisando exatamente as ideias do economista francês, também “já foram utópicos o imposto de renda (‘os ricos nunca aceitariam’), a renda mínima, o direito de greve e tantas outras impossibilidades, até que essas ideias encontraram âncoras na mente das pessoas.” Ademais, Piketty, “sem ceder a ódios, nem preconceitos, oferece bases empíricas extremamente sólidas para se entender quão nocivo se tornou o reinado dos rentistas para a economia e para a política, trazendo a ferramenta mais útil, nas últimas décadas, para compreendermos as dinâmicas econômicas, sociais e políticas atuais, pois foi quem compreendeu que a desigualdade se tornou o desafio principal, e o imposto progressivo sobre o capital acumulado a sua principal ferramenta.”<sup>17</sup>

Enfim, trata-se de um livro cuja leitura é importante para compreender algumas das questões mais urgentes do mundo atual, desde a visão de um economista que se nega, tal como Simone de Beauvoir, a “arrastar consigo, para a morte, a humanidade inteira.” Seu pensamento não é, como diria Beauvoir, “catastrófico e vazio.”<sup>18</sup> 

## NOTAS

- 1 Disponível em: <https://www.propublica.org/article/the-secret-irs-files-trove-of-never-before-seen-records-reveal-how-the-wealthiest-avoid-income-tax>). Acesso em 12 de outubro de 2021.
- 2 Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/-Depois-das-revelacoes-de-Pandora-Papers-e-hora-de-agir-/4/51835>. Acesso em 12 de outubro de 2021. Artigo traduzido por Aluisio Schumacher a partir do original publicado originalmente em “Le Monde”. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/10/09/thomas-piketty-apres-les-revelations-des-pandora-papers-il-est-plus-que-temps-de-passer-a-l-action\\_6097704\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/10/09/thomas-piketty-apres-les-revelations-des-pandora-papers-il-est-plus-que-temps-de-passer-a-l-action_6097704_3232.html). Acesso em 12 de outubro de 2021.
- 3 PIKETTY, Thomas. *Capital e Ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2020.
- 4 Este tópico específico sobre o caso brasileiro está incluído no Capítulo 16, da Quarta Parte (p. 808-812).

- 5 BELLUZZO, Luiz Gonzaga e GALÍPOLO, Gabriel. *A Escassez na Abundância Capitalista*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 193.
- 6 Aliás, a preocupação de Piketty com a tributação sobre o patrimônio já havia sido claramente demonstrada em sua obra anterior, o clássico *O Capital no Século XXI*, publicada em 2014, quando, sempre desde uma visão empírica que caracteriza a sua vasta produção intelectual e acadêmica, ele comprova ter havido um aumento exponencial na desigualdade de renda nas principais economias do planeta.
- 7 Ele demonstra tal afirmação, claramente, no Capítulo 10 da Terceira Parte, nos Gráficos 10.11 e 10.12 (p. 400-401).
- 8 Aqui, ele mostra com o Gráfico 17.1 a desigualdade existente na França quanto à distribuição global do investimento educacional por geração (p. 851).
- 9 “Desoneração da folha de escolas particulares não reduz mensalidades”, “Faculdades que recebem recursos do Fies reajustam preços acima da inflação” ou “Faculdades privadas tentam cobrar de aluno reajuste do Fies barrado pelo MEC”: esses são os títulos de apenas três das notícias encontradas numa rápida pesquisa no Portal da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino, entidade que representa mais de um milhão de professores e técnicos administrativos que atuam no setor privado de ensino em todo o Brasil. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/opiniaio/o-parentesco-desastroso-para-a-educacao/>. Acesso em 28 de julho de 2020.
- 10 FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 99.
- 11 TEIXEIRA, Anísio. *Educação não é Privilégio*. Rio de Janeiro: José Olímpio Editora, 1957, p. 108.
- 12 Segundo Inderjeet Parmar, professor da Universidade de Londres e presidente da British International Studies Association, “a crise do capitalismo liberal que vivemos hoje possui diversos fatores que se relacionam, todos eles construídos pelo o que ele chama de ‘Elite do Conhecimento’, constituída, organizada e comandada pelo poder de corporações gigantes (*think tanks*), como a Rockefeller, por exemplo.” Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/O-controle-das-Think-Tanks-nos-Estados-Unidos-e-o-alcance-global-de-suas-redes-de-poder/4/45973>. Acesso em 21 de julho de 2020.
- 13 SANTOS, Milton. *O País Distorcido*. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 80.
- 14 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 26, 42, 51, 52, 64, 77, 78.
- 15 Para ilustrar esta sua proposta, ele elabora a Tabela 17.2, propondo uma nova organização da globalização: “a democracia transnacional!” (p. 864).
- 16 A propósito: <https://jornalggn.com.br/noticia/o-artigo-em-que-ernesto-o-idiota-fala-do-comunavirus-e-compromete-ainda-mais-relacoes-com-a-china/>. Acesso em 21 de julho de 2020.
- 17 DOWBOR, Ladislau. *A Era do Capital Improdutivo – A nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta*. São Paulo: Autonomia Literária, 2018, p. 149.
- 18 BEAUVOIR, Simone de. *O Pensamento de Direita, Hoje*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972, p. 112.



**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.



## O besouro atrás da orelha

■ POR AMANDA MAGALHÃES

**“Os obstáculos são grandes, mas a coletividade é poderosa. As ideias nós temos muitas. E com os incentivos e recursos bem direcionados, elas transformam realidades e sociedades por inteiro. Afinal, uma gota d’água não faz onda, mas um mar de gente faz maré.”**

**“Não tenho dinheiro, mas ideias eu tenho muitas.”**

**E**ssa frase eu ouvi – e nunca mais esqueci – da Fabiana Lopes, uma empreendedora fantástica que passou pelo Maré em Movimento, rede de apoio ao empreendedorismo nas comunidades, promovida pelo Banco Maré. Nascida nas periferias do Rio de Janeiro, ela aprendeu a fazer unhas aos 11 anos de idade e, aos 12, começou a trabalhar com faxina em casas de família. Sua mãe, que não sabia ler nem escrever, era só orgulho – para ela, sua filha havia chegado, em tão tenra idade, no auge da carreira. Afinal, o que mais o mundo permitia sonhar?

Pois não importava o mundo, a Fabiana sonhava. E seus sonhos geraram suas grandes ideias. Estudou, especializou-se na área da beleza, tirou mais de 30 certificações internacionais como manicure. Foi mãe, viu-se sozinha criando dois filhos, abriu seu próprio salão. Na pandemia, teve que fechá-lo. Ergueu-se, limpou seu nome, comprou sua casa própria. Saiu da favela, mas nunca a esqueceu. Fundou um projeto para ensinar jovens das comunidades a fazer unhas por um preço acessível, investiu em suas redes sociais e hoje, além de profissional da beleza respeitada, é influenciadora digital, ativista do movimento negro e inspiração para uma multidão.

As periferias transbordam histórias impressionantes, assim como a da Fabiana, de mulheres que, através do empreendedorismo, mudaram as suas vidas e as das gerações futuras. Mas esses relatos não estão sendo contados aqui para construir um discurso meritocrático em um país de desigualdades abissais. Ou para exaltar a força das mulheres, em especial daquelas negras e periféricas, como narrativa de panos quentes em problemas sociais graves. Ou ainda para romantizar a trajetória empreendedora, que supostamente tornaria tudo possível com muito trabalho e afinco. O propósito aqui é a pulga, ou melhor, o besouro Titanus atrás da orelha.

Se o “mundo é movido por ideais”, quanta força motriz estamos desperdiçando? Será que estamos fazendo o suficiente para incluir financeira e produtivamente as mulheres, em especial as que compõem minorias? E dando visibilidade às suas histórias e ferramentas para o seu crescimento? Será que estamos permitindo que mais Fabianas sonhem? E que, ao sonhar, não encontrem tantas dificuldades e obstáculos no caminho? Os dados indicam que não.

Segundo o Relatório Especial Empreendedorismo Feminino no Brasil, publicado em 2019 pelo Sebrae, quase metade dos microempreendedores individuais (MEI) no país (48%) são mulheres. Entre os Donos de Negócio, isto é, pessoas que estão à frente de um negócio (formal ou informal), como Empregador ou por conta própria, elas representam 34%. A crescente participação feminina no cenário empreendedor brasileiro, porém, não significa condições equitativas de oportunidades.

Quando o assunto é crédito, por exemplo, mulheres empresárias, que possuem CNPJ, pagam juros maiores que os homens, apesar da taxa de inadimplência ser menor entre elas – 3,7% contra 4,2 entre os homens. E as disparidades não ocorrem apenas entre homens e mulheres. Faz-se essencial levar em consideração também o recorte racial. Ainda segundo levantamento do Sebrae, 35% das mulheres brancas empreendem por necessidade, enquanto esse é o caso para 51% das empreendedoras negras. Quando o assunto é formalização, apenas 21% das mulheres negras possuem CNPJ ao passo que a taxa dobra entre as mulheres brancas.

Como ocorre com todo problema com raízes profundas, a solução não se apresenta de um dia para o outro. Mas isso não significa que devemos deixar de procurá-la incessantemente. Seja nas políticas públicas, nas iniciativas privadas, no debate em veículos de circulação em massa ou nos encontros cotidianos. Há de se falar sobre isso. Há de se agir. Há de se oferecer oportunidades de crescimento e capacitação para as mulheres das nossas periferias, como temos feito no Maré em Movimento.

Os obstáculos são grandes, mas a coletividade é poderosa. As ideias nós temos muitas. E com os incentivos e recursos bem direcionados, elas transformam realidades e sociedades por inteiro. Afinal, uma gota d’água não faz onda, mas um mar de gente faz maré. 



**AMANDA MAGALHÃES** é Economista, mentora de negócios sociais e presidente do Banco Maré, fintech de impacto social.

# A figura de encarregado em condomínios empresariais



## Reflexões sobre a figura do Encarregado e sua atuação frente a empreendimentos imobiliários e condomínios empresariais

■ POR LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ E ALINE CRUVINEL

**“A LGPD pegou e cada qual (controladores, operadores e encarregados) deve estar atendo aos seus limites e competências, avaliando sempre o *compliance* e a governança relacionada à proteção de dados pessoais.”**

“As leis de nada valem se não se vincularem a punições.”

John Locke<sup>1</sup>.

**A** Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”), a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018<sup>2</sup>, regulamenta o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A LGPD, no mês de agosto de 2021, fechou o ciclo de distintos marcos de vigência, dado que parte vige desde dia 28 de dezembro de 2018, e parte relacionada a sanções administrativas teve início de vigência em 1º de agosto de 2021. Assim, os direitos e as obrigações de titulares<sup>3</sup>, controladores<sup>4</sup>, operadores<sup>5</sup> e encarregados<sup>6</sup>, e da própria ANPD<sup>7</sup> estão plenamente vigentes desde setembro de 2020<sup>8</sup>. Significa dizer, como de fato por distintas vezes já observamos em julgados do Poder Judiciário, que apenas sanções administrativas não poderiam ser aplicadas, sendo válidas todas as demais condenações verificadas por tratamento irregular ou mesmo ilícito de dados (lembrando o amplo conceito fixado pela norma que abarca toda operação realizada com dados pessoais<sup>9</sup>).

Pontuamos que se considera sanção “a consequência jurídica pela ocorrência material de um pressuposto de fato previsto em lei, podendo ser de natureza penal, administrativa, constitucional, civil, etc.”<sup>10</sup> E esta consequência certamente é decorrente de uma responsabilidade ligada ao fato/ocorrência verificada, dado que para o direito haverá responsabilidade quando for “possível estabelecer um nexo causal entre ele e seu autor, ou seja, quando se esteja diante de uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo.”<sup>11</sup>

Neste contexto, dentre as distintas figuras envolvidas no tratamento de dados pessoais e que são reguladas pela LGPD, a Lei conceitua o Encarregado como sendo toda pessoa (natural ou jurídica) indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”)<sup>12</sup>.

A figura do Encarregado foi inspirada na legislação europeia de proteção de dados que denomina tal função como *Data Protection Officer* (DPO). A função do Encarregado, segundo a nossa legislação, é receber as reclamações e comunicações dos titulares de dados pessoais e tomar providências necessárias.

Igualmente, o Encarregado deve atuar na entidade certificando que esta adota boas práticas necessárias para a proteção de dados no dia a dia. Ter mapeadas as operações de tratamento de dados bem como ser capaz de demonstrar o cumprimento da LGPD dentro da instituição, tanto internamente quanto perante eventuais empresas que recebam dados de titulares para finalidades específicas, são algumas das missões do Encarregado. Lembrando que o poder de decisão será sempre da empresa, cabendo ao Encarregado apenas o trabalho de orientação, controle e gestão das operações de tratamento. Ademais,

lembramos que podem ser criadas novas funções para este profissional, posto que o art. 41, § 3º aponta que a ANPD poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do Encarregado.

Seguindo seu papel orientativo, em maio de 2021 a ANPD publicou um Guia para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado<sup>13</sup> visando, especial mas não somente, esclarecer muitas dúvidas que pairavam sobre o tema (inclusive sendo este um dos papéis da autoridade – sua atuação educacional e de orientação para promoção de conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança). Usando de sua competência para elaborar estudos e promover conhecimento à Sociedade (art. 55-J, incisos VI e VII, da LGPD<sup>14</sup>), a ANPD aclarou no mencionado Guia Orientativo quais seriam as balizas para a definição de cada um dos agentes de tratamento.

No documento, a Autoridade define que, quando se trata de pessoa jurídica liderando operações de tratamento de dados pessoais, a própria será considerada controladora. Contudo, essa posição é fluída visto que operações diferentes podem alterar os papéis dos agentes envolvidos:

“6. No contexto de uma pessoa jurídica, a organização é o agente de tratamento para os fins da LGPD, já que é esta que estabelece as regras para o tratamento de dados pessoais, a serem executadas por seus representantes ou prepostos. 7. Mas, além disso, o agente de tratamento é definido para cada operação de tratamento de dados pessoais, portanto, a mesma organização poderá ser controladora e operadora, de acordo com sua atuação em diferentes operações de tratamento.”<sup>15</sup>

Especificamente para tema em estudo, o Código Civil de 2002 regulamenta o condomínio edilício a partir do art. 1.331, reconhecendo-o como edificação com partes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos. Mas o Código Civil (arts. 40 a 44) não atribuiu ao condomínio edilício personalidade jurídica, ou seja, o mesmo não é efetivamente uma pessoa jurídica (seja de direito privado ou público). Um condomínio ter ou não personalidade jurídica não será objeto deste artigo, mas importa destacar corrente majoritária que atribui aos condomínios natureza de entes despersonalizados, representados ativa e passivamente pelo síndico.

Ao síndico, compete representá-lo em juízo e fora dele, bem como administrá-lo prestando contas à Assembleia. Mas a personalidade judiciária do condomínio edilício tem sido reconhecida a partir da construção jurisprudencial sobre a matéria, tanto que nas Jornadas de Direito Civil da Justiça Comum Federal, o enunciado 90, conforme alterado pelo enunciado 246, estabelece que “deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”<sup>16</sup>.

Assim, a construção jurisprudencial pode impulsionar movimento legislativo no sentido de equiparar o condomínio à pessoa jurídica, para os fins pretendidos neste artigo, aplicando-se o conceito de controlador delineado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados no item 6 de seu supracitado estudo sobre agentes de tratamento.

E nesta esteira, torna-se imperiosa a avaliação da responsabilidade dos condomínios edilícios – em especial os corporativos, mas sem exclusão dos residenciais, que certamente podem ser alcançados pela aplicação da LGPD se nos concentrarmos no cerne de sua preocupação, qual seja, o tratamento de dados (com as aplicações do art. 3º da norma e exclusões do art. 4º). Aqui nos referimos à responsabilidade de aplicação e observância da norma (e quando falha, imputação de uma sanção). Nas palavras de João Drummond: “A responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, que, por reflexos individuais ou coletivos redundantemente verificados acerca do fato exterior, personaliza o ponto de aplicação de uma consequência socialmente partilhada. A relação de responsabilidade surge com a personificação que atrai a identificação de um ponto de convergência das normas existentes em razão da ocorrência de um fato social, objetivo, exterior. O conceito de responsabilidade é, pois, aspecto da realidade social, representação psicológica das instituições à qual se agrega a função de personificar unidades funcionais, realidades, ou meras entidades abstratas destinatárias de uma sanção que, ao longo do tempo, acolheram, inclusive, relações em face de coisas, plantas e animais que eram imputáveis. Dessa forma, com rigor, ao se falar de responsabilidade não se está a falar de modo restrito ao âmbito dever de indenizar, mas, apenas e tão somente, está-se a refletir a relação que, a um só tempo, individualiza o ponto de convergência de aplicação da norma e imputa a sanção a uma unidade funcional.”<sup>17</sup>

Posto isso, quais desafios aguardam o Encarregado em um condomínio corporativo?

Pois bem. Sabemos que em primeiro plano, o principal tratamento de dados que pode ser constatado é exatamente aquele realizado para fins de controle de acesso e segurança do empreendimento. Ora, fica evidenciada a base legal, e inclusive encontra lastro na própria convenção de condomínio, que regra os usos e aplicações de áreas comuns e áreas privativas (sem prejuízo da legislação específica).

Além da gestão do controle de acesso dos mais diversos usuários através da entrada/portaria/recepção ou de outras ferramentas tecnológicas integradas para controle de acesso de visitantes (totens, apps, websites) pontuamos ser prática muito comum em condomínios de natureza corporativa (lajes corporativas ou empreendimentos monousuários, dentre outras alternativas tais como o modelo built-to-suit) que as atividades de recepção, limpeza, vigilância, monitoramento e estacionamento sejam terceirizadas para empresas especializadas. Tal prática colabora para aumentar o número de agentes de tratamento no dia a dia do condomínio corporativo, assim como do número de pessoas que passam por tais controles de acesso (sejam principais, sejam de serviço ou docas). Isso porque os dados pessoais fornecidos pelos titulares para acessarem o prédio cotidianamente ou eventualmente são compartilhados entre pessoas jurídicas diversas todos os dias através dos representantes das empresas terceirizadas envolvidos na operação e gestão do edifício.

Noutro ponto, isso nos leva à reflexão de que não apenas os visitantes dos condôminos, ou funcionários e colaboradores destes, são titulares com dados pessoais em jogo, como também os funcionários de todas estas empresas terceirizadas que prestam serviços. E, por práticas ainda não revisitadas de mercado (por receios fiscais e trabalhistas especialmente), a forma de contratação de terceirizados – vigilantes, recepcionistas e demais funcionários destes ramos de atuação ainda carrega instrumentos de formalização deveras complexos, com muitas trocas e exigências pelo contratante, objetos de grande apego dos gestores destes contratos – especialmente nos controles de documentos, dados, informações pessoais, fichas, dentre outros.

A terceirização, até hoje imersa em amplo campo de debate doutrinário e jurisprudencial, faz com que os condomínios se armem da mais ampla, distinta e detalhada documentação dos funcionários das empresas terceirizadas contratadas temendo uma eventual judicialização do processo rescisório de um vigilante, uma faxineira ou uma recepcionista. Conferência de documentos, guias de impostos, fichas de saúde, controle de ponto, dados de linha telefônica, e até mesmo fichas de registro de funcionários (dados físicos e previdenciários) muitas vezes são solicitados – o que torna ainda mais preocupante a guarda e lida de tais dados.

Sob a ótica da definição de agentes de tratamento dada pela ANPD já somos capazes de identificar as seguintes situações, neste contexto específico: 1) o condomínio como pessoa jurídica/controladora dos dados pessoais imputados nos sistemas de controle de acesso e compartilhados com os funcionários das empresas terceirizadas (pessoa jurídica distinta e, neste caso, operadora) e 2) as empresas terceirizadas como controladoras dos dados pessoais de seus funcionários os quais compartilha com o condomínio para possibilitar a prestação dos serviços.

A dinâmica de quem ocupará qual papel em cada situação deve ser muito bem delimitada nestes contratos para que a responsabilidade em caso de dano seja corretamente atribuída a quem de direito. No mesmo sentido orienta a ANPD:

“16. A identificação do controlador deve partir do conceito legal e dos parâmetros auxiliares indicados neste Guia, sempre considerando o contexto fático e as circunstâncias relevantes do caso. O papel de controlador pode decorrer expressamente de obrigações estipuladas em instrumentos legais e regulamentares ou em contrato firmado entre as partes. (...) é de suma importância avaliar se o suposto controlador é, de fato, o responsável pelas principais decisões relativas ao tratamento.”<sup>18</sup>

Assim, em seu dia a dia, o Encarregado deverá cuidar tanto de dados pessoais de locatários/visitantes/colaboradores dos locatários/proprietários quanto solicitações de funcionários de empresas terceirizadas. É imprescindível que as informações de contato deste profissional estejam visíveis facilmente acessíveis ao público, posto que sua natureza elementar é a de ser o ponto de contato da entidade. Frisamos a redação do § 1º do art. 41 da LGPD:

“A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.”

Neste ponto, nos parece evidente que a informação deve constar e estar acessível em todo o lugar e que seja de grande acesso, tanto para como pelos condôminos e/ou visitantes, quanto para toda esta ampla gama de colaboradores de prestadores de serviço em geral, que tal qual sejam submetidos a tratamento de dados para fins de controle de acesso e segurança do empreendimento/condomínio/edifício. Auditório, *display* de elevador, recepção, na própria política de privacidade, eventual *website* do condomínio, eventual página de acesso ao WI-FI gratuito – quando disponibilizado.

Ressaltamos, que deve haver esforço, após a conclusão de projeto de adequação à norma de proteção de dados, no sentido de evidenciar para todo o titular de dados que o condomínio se adequou e que possui seu Encarregado, tanto para cumprir sua função conforme atribuído pela LGPD, quanto para comprovar e demonstrar perante à ANPD ou em juízo que a norma de proteção de dados está sendo observada.

**Lembramos que as sanções administrativas estabelecidas pela LGPD, passíveis de serem aplicadas pela Autoridade Nacional já estão vigentes desde 1º de agosto de 2021**

Por enquanto, os agentes do setor – especialmente síndicos profissionais e administradoras de bens imóveis e lajes corporativas devem seguir orientações específicas, buscando demonstrar adequação ou encaminhamento bem delimitados de estarem realizando projetos de adequação à legislação de proteção de dados no Brasil. Tais medidas certamente serão de alto proveito em caso de discussões com a ANPD ou mesmo de problemas (*de qualquer natureza*) enfrentados com titulares de dados.

Vale destaque que está em consulta pública, pela ANPD, uma norma de aplicação da LGPD, que simplifica diversos pontos da LGPD, para microempresas e empresas de pequeno porte, startups e entes despersonalizados, que poderão enquadrar os condomínios corporativos. Mas a agenda regulatória do órgão ainda está em fase incipiente e muitas novidades virão no corrente ano sobre o tema, cabendo a todos envidar os melhores e possíveis esforços no cumprimento da lei tal como se encontra. Tivemos conhecimento de movimentos no segmento imobiliário que estão buscando inclusão do setor (imobiliárias, condomínios etc.) no rol de tais dispensas – mas que em muitas oportunidades não sobreviverão ao “reenquadramento” colocado pelas exceções do art. 3º da minuta de norma em discussão. Certamente é um tema para nova reflexão.

Por fim, reforçamos que a LGPD certamente não representa ou representará uma norma “qualquer”, ou que no dizer popular, “que não irá pegar”. Inclusive trazemos lição de Hugo Machado, “o Direito, como instrumento da convivência humana, é extremamente problemático e é muito comum ouvirmos, em toda

a parte, reclamamos, lamentações, contra normas que não vingam, contra direito que não vale e que não é respeitado. É uma questão, portanto, da maior profundidade, saber por que é assim. Por que algumas normas não são respeitadas? Por que algumas leis não “pegam”? Tenho dito sempre que me resta o convencimento, a cada dia mais seguro e profundo, de que a eficácia das leis é diretamente proporcional à convicção que pessoas tenham de que é vantagem cumprir a lei.”<sup>19</sup>

A LGPD pegou e cada qual (controladores, operadores e encarregados) deve estar atendo aos seus limites e competências, avaliando sempre o *compliance* e a governança relacionada à proteção de dados pessoais. 🇧🇷

## NOTAS

- 1 LOCKE, John. *Carta sobre a Tolerância*. Tradução de Adail Sobral. Petrópolis, RJ : Vozes, 2019, p. 12.
- 2 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm) . Acesso em 01.jul.2021.
- 3 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) V – titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm) . Acesso em 01.jul.2021.
- 4 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VI – controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm) . Acesso em 01.jul.2021.
- 5 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VII – operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm) . Acesso em 01.jul.2021.
- 6 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII – encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm). Acesso em 01.jul.2021.
- 7 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) XIX – autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional; (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm). Acesso em 01.jul.2021.
- 8 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 65. Esta Lei entra em vigor: I – dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e I-A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; II – 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos.” (grifo nosso). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm) . Acesso em 01.jul.2021.

- 9 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm) . Acesso em 01.jul.2021.
- 10 DRUMMOND, João Augusto de Moraes. *Da Sanção pela Prática Objetiva de Ato Ilícito Administrativo pela Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção Brasileira – Teoria do Ato Ilícito por Seu Efeito Imediato – Análise da Norma*. In Revista Síntese de Responsabilidade Pública (ISSN 2236-3033) – Ano IV – nº 22 – ago-set/2014 – São Paulo : IOB Folhamatic EBS – SAGE, 2011, p. 13.
- 11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações, Parte Especial, Responsabilidade Civil*. Vol.6, tomo II, Editora Saraiva, 3ª edição, p. 81.
- 12 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII – encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm) . Acesso em 01.jul.2021.
- 13 ANPD – Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília / DF – Maio de 2021. [https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento\\_Final.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf).
- 14 Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. “Art. 55-J. Compete à ANPD: (...) VI – promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança; VII – promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade; (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm) . Acesso em 01.jul.2021.
- 15 ANPD – Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado Brasília / DF – Maio de 2021, p. 6.
- 16 III Jornada de Direito Civil. Enunciado 246: “Enunciado – Fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: “nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Prevalece o texto: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício””. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/478> . Acesso em 12.set.2021.
- 17 DRUMMOND, João Augusto de Moraes. *Op. cit.*, p. 13.
- 18 ANPD – Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Brasília / DF – Maio de 2021, p. 7.
- 19 MACHADO, Hugo de Britto. *A Comissão de Valores Mobiliários e a Lei das Sociedades por Ações*. IN: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/VOL15-3.htm>.



ARQUIVO PESSOAL

**LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ** é Luís Rodolfo Cruz e Creuz, Advogado e Consultor em São Paulo, Brasil. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2019); Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne – Califórnia (2018); Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP (2010); Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP (2010); Pós-graduado em Direito Societário – LLM – Direito Societário, do INSPER (São Paulo) (2005); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.



ARQUIVO PESSOAL

**ALINE CRUVINEL** é Advogada em São Paulo. Pós-Graduada em Direito Corporativo e Compliance pela Faculdade Escola Paulista de Direito – EPD; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

# A polêmica inclusão de velhice na CID-11 e seu impacto no mercado securitário

■ POR MARCELO FRANCIOZI FONSECA



**“A mudança proposta pela OMS afrontará o Código de Defesa do Consumidor. Afinal, com a velhice sendo considerada uma doença, a vulnerabilidade do idoso, ante à sua hipossuficiência, poderá ser posta em xeque perante o CDC.”**

**C**om previsão de entrada em vigor no dia 1º de janeiro de 2022, a nova Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-11), organizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), trará uma novidade: o código MG2A, que nada mais é do que a inclusão da “velhice” no rol de doenças.

Apoiada por mais de 200 cientistas, a OMS incluirá no Capítulo 21 do documento os sinais, sintomas ou achados clínicos relacionados ao avanço da idade. A Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG), no entanto, é contra a nova classificação, uma vez que pode incentivar o etarismo, ou seja, o preconceito em virtude da idade, qualificando o envelhecimento como algo negativo.

A razão alegada pela OMS é o reconhecimento de que as pessoas podem morrer de velhice. O exemplo mais recente e famoso é o falecimento do Príncipe Philip, aos 99 anos. O atestado de óbito do marido da Rainha da Inglaterra informava “morte por idade avançada”.

De acordo com a doutrina médica, o termo velhice é uma condição/processo, não uma doença, portanto, a novidade seria equivocada. Não obstante, sua função é substituir a atual “senilidade”, usada na CID-10, que agrega uma conotação pejorativa.

### **Como fica o mercado de seguros?**

Nesta linha de raciocínio, levando em consideração a população brasileira, 33 milhões de pessoas seriam hoje acometidas por uma nova enfermidade, impactando sobremaneira no mercado securitário.

Na prática, a “nova doença” pode trazer complicações na hora de contratar um seguro de vida, por exemplo. Isso porque, pessoas com mais de 60 anos poderão ser consideradas enfermas o que, em última análise, poderia implicar numa eventual negativa de contratação de seguro.

É bem verdade que, ao contratar um seguro de vida, os clientes passam por avaliação criteriosa de risco, na qual são considerados fatores como idade e condição de saúde, que servem para a precificação do produto. Entretanto, na prática, é possível que cada seguradora adote mudanças internas e diversas em seus critérios – o que pode levar, inclusive, a eventual queda de novas contratações, devido à necessidade de reajustes de valores, uma vez que velhice agora é considerada doença.

Além disso, a velhice poderá agregar a lista de doenças não cobertas pelos seguros de vida (risco excluído), inviabilizando o pagamento da indenização securitária em muitos casos. Como consequência, poderá ensejar a judicialização desta nova controvérsia.

Diz-se isso pois, no Brasil, há estatísticas que indicam que três quartos das mortes ocorrem a partir dos 60 anos, em virtude de doenças cardiovasculares, oncológicas e neurológicas. Se tais óbitos forem resumidos à velhice, há riscos de precariedade nas informações e nos investimentos para tratamentos destas doenças e uma provável obstaculização às garantias contratadas junto às seguradoras.

Adicionalmente, a mudança proposta pela OMS afrontará o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Afinal, com a velhice sendo considerada uma doença, a vulnerabilidade do idoso, ante à sua hipossuficiência, poderá ser posta em xeque perante o CDC.

Ainda não há consequências concretas ao mercado securitário acerca desta novidade, em que pese a grande articulação interna das empresas privadas, médicos e representantes das entidades mundiais. O que se tem de certo e palpável até o momento são as infundáveis discussões e análises sobre o tema, que podem tirar o sono de fornecedores e consumidores. 



**MARCELO FRANCIOZI FONSECA** é Advogado e atua como especialista em Seguros.



# Voto plural e residência dos administradores: Inovações da Lei nº 14.195/2021

■ POR ANNE THOMAS E IVENS HÜBERT

**“É importante que as empresas compreendam as novidades, a fim de colocar em prática as inovações positivas relacionadas à desburocratização na abertura e na manutenção das empresas no país.”**

**A** Lei Federal nº 14.195/2021 tem como objetivo modernizar e facilitar o ambiente de negócios no Brasil. Dentre diversas mudanças introduzidas, destacam-se duas em especial: (i) a possibilidade de instituição do voto plural nas sociedades anônimas e (ii) a possibilidade de administradores das sociedades anônimas residirem no exterior.

Há algum tempo se discute a criação do voto plural, já adotado em países como Holanda, Suécia e Estados Unidos da América, por exemplo. Essa modalidade de voto, que permite a criação de novas classes de ações ordinárias com direito a voto maior do que as demais, é comumente utilizada para que acionistas com uma participação relativamente pequena no capital social detenham o controle da companhia (em regra, os próprios fundadores ou seus principais sócios). Nesse sentido, para cada ação podem ser atribuídos até 10 votos (trata-se do chamado “supervoto”).

Esse mecanismo permite que a diluição da participação acionária dos acionistas fundadores ou mais antigos, por conta da atração de novos investidores, não repercute na perda de controle da sociedade. Abaixo, dois exemplos ilustrativos onde caberia ao minoritário o controle da companhia:

1. Uma companhia que tenha 100% do capital somente com ações ordinárias poderá ter um controlador com apenas 9,1% de ações com “supervoto” (considerando que a cada uma sejam atribuídos 10 votos):

2. Em uma companhia que tenha 50% do capital social em ações ordinárias, e 50% em ações preferenciais (sem direito a voto), uma participação de 4,55% de “super ordinárias” já garantiria o controle:

A adoção de voto plural possui algumas condições e existem matérias em que o “supervoto” não se aplica. Dessa maneira, é necessário avaliar em cada caso se sua instituição vai ao encontro das necessidades dos sócios.

Outra importante alteração trazida pela Lei foi em relação às sociedades anônimas comandadas por administradores estrangeiros. Até então, apenas pessoas residentes no Brasil poderiam exercer função de administração de uma sociedade brasileira. Isso significava que, para cada administrador, a sociedade precisava realizar um investimento estrangeiro de pelo menos R\$ 600 mil ou, alternativamente, R\$ 150 mil – desde que se comprometesse a gerar ao menos 10 empregos em até dois anos contados da instalação da empresa ou da entrada do administrador. Caso essas exigências não fossem satisfeitas, a autorização de residência não seria concedida ou então ela poderia ser extinta posteriormente.

A partir de agora, o administrador de uma sociedade brasileira pode residir no exterior, desde que constitua procurador no país com poderes para, até 3 anos após o término de sua gestão, receber citações em ações contra ele propostas com base na legislação societária, e, nos casos das companhias abertas, também em processos administrativos instaurados pela CVM.

Cabe notar que essa novidade ainda carece de maior regulamentação pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial (DREI). Além disso, será importante observar a postura dos tribunais brasileiros nos anos vindouros. Teme-se que, na prática, a responsabilidade acabe sendo transferida para o procurador, o que poderia inviabilizar a novidade.

Por fim, cabe ressaltar que a Lei trouxe diversas outras novidades, tais como:

a) O financiamento por meio da negociação de notas comerciais pelas sociedades limitadas, por meio da captação de dinheiro público;

b) A desnecessidade de informar um endereço físico somente para fins de registro, podendo a empresa virtual ter como endereço o de seu empresário individual ou de um de seus sócios;

c) A possibilidade de utilização do número do CNPJ como nome empresarial, sendo dispensada a firma ou denominação;

d) A necessidade de as companhias passarem a utilizar livros eletrônicos, visto que os livros físicos ainda não autenticados pelas Juntas não mais serão registrados e

e) A extinção da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) e sua conversão automática em SLU (Sociedade Limitada Unipessoal).

Considerando que as disposições trazidas pela Lei já estão em vigor (salvo exceções expressas), é importante que as empresas compreendam as novidades, a fim de colocar em prática as inovações positivas relacionadas à desburocratização na abertura e na manutenção das empresas no país. 



# Maus-tratos a animais e vedação de eutanásia desmotivada (Lei nº 14.228/21)

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“Um enorme desafio, um ingente teste agora se aplica à sociedade civil, especialmente às entidades protetoras: enfrentar o problema na prática atuando no cuidado dos animais, assumindo sua responsabilidade social, pois, caso contrário, essa legislação transformará a maior parte dos municípios em um caos de zoonoses e outros problemas.”



**M**atar animais sem motivação alguma, em ato de simples crueldade, configura crime previsto no art. 32 da Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98). Acaso esses animais sejam cães ou gatos, a pena é qualificada nos termos do § 1º-A do mesmo dispositivo supramencionado.

Em ocorrendo a morte do animal, em qualquer caso, inclusive na qualificadora, a pena é aumentada de um sexto a um terço, de acordo com o § 2º do art. 32 da Lei Ambiental.<sup>1</sup>

Em texto anterior, ao qual remetemos o leitor, já se criticou amplamente o fato de que a legislação eleja somente duas espécies de animais (cães e gatos) para a conferência de especiais proteções, violando frontalmente o Princípio da Isonomia.<sup>2</sup>

Agora vem a lume a Lei nº 14.228/21 que veda a eliminação da vida de cães e gatos pelos órgãos de controle de zoonoses, canis públicos e estabelecimentos oficiais congêneres, salvo em casos justificados de eutanásia (art. 2º). Novamente prossegue o legislador com sua preocupação seletiva com “cães e gatos”. É claro que não se está propondo impedir a eliminação de pragas (v.g. ratos, pulgas, carrapatos etc.), mas nada justifica o tratamento especial para “cães e gatos”, enquanto outros animais que não são em regra vetores de contaminação (v.g. cavalos, cabras, galos de rinha apreendidos etc.) são deixados de lado. O erro inicial da Lei nº 14.064/20 se repete na Lei nº 14.228/21.

Observe-se que certamente a atual legislação (Lei nº 14.228/21) tem como origem jurisprudencial o julgamento da ADPF nº 640/19-DF, STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Em seu bojo é alegado o descumprimento de preceitos fundamentais com a prática do abate de animais saudáveis apreendidos, tendo em vista que a legislação e regulamentos aplicáveis à espécie não prevê esse tipo de “solução” (inteligência dos artigos 32 c/c 25, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.605/98 e arts. 101 a 103 e seus parágrafos do Decreto 6.514/08). Realmente não há base legal ou regulamentar no Brasil para o abate indiscriminado de animais apreendidos ou recolhidos. Dessa forma é apontada violação à legalidade (art. 5º, II, CF) e à especial proteção garantida à fauna em geral, especialmente no que tange à sua submissão a crueldade (artigo 225, § 1º, VII, CF). O Ministro Gilmar Mendes então defere o pedido, proibindo o sacrifício injustificado de animais apreendidos, seja mediante decisões administrativas ou judiciais. O interessante é que a ADPF640/19 – DF não se limita a “cães e gatos”, mas faz referência a animais em geral, sendo mais um elemento importante a indicar que leis como a sob comento e a antecedente Lei nº 14.064/20 representam casos de inconstitucionalidade por insuficiência protetiva quando, indevidamente, reduzem seu alcance apenas a “cães e gatos”.<sup>3</sup>

De qualquer forma, não resta dúvida de que o abate de cães e gatos apreendidos fora dos casos excepcionados pela Lei nº 14.228/21 constituirá crime de “Maus-Tratos contra Animais” qualificado e majorado de acordo com o art. 32, § 1º-A e § 2º, da Lei nº 9.605/98. Aliás, isto é estabelecido expressamente pelo art. 4º da Lei nº 14.228/21.

Não obstante, também configura o crime majorado nos termos do art. 32, § 2º, da Lei Ambiental, o abate de outros animais sem justificativa plausível, tendo em vista, não o conteúdo da Lei nº 14.228/21, que se reduz a “cães e gatos”, não sendo possível analogia “in mallam partem”, mas sim o constante da decisão proferida nos autos da ADPF 640/19 – DF, que abarca qualquer animal. Observe-se, porém, que o abate irregular de animais que não sejam

“cães ou gatos”, não se tipificará na figura qualificada do art. 32, § 1º-A, da Lei nº 9.605/98, mas tão somente no art. 32, “caput”, sendo a pena majorada devido à morte do animal (§ 2º).

Entretanto, os critérios delineados na Lei nº 14.228/21, os quais servem para avaliar se o abate é excepcionalmente justificável ou não, podem certamente ser utilizados tanto para cães e gatos como para outros animais apreendidos. Apenas, devido à legalidade, não se pode fundamentar a infração com relação a outros animais na vedação que se refere a cães e gatos, sendo necessário apelar para o fundamento da ADPF 640/19-DF. Também pela mesma razão não é possível aplicar a qualificadora reservada somente a cães e gatos, conforme § 1º-A do art. 32 da Lei nº 9.605/97.

Dessa forma, o abate de animais apreendidos em geral, para não configurar figura criminosa respectiva somente se poderá dar em casos especiais nos quais seja permitida e mesmo adequada a prática de “eutanásia” (art. 1º, da Lei nº 14.228/21). Essa prática excepcional somente ocorrerá, nos termos do art. 2º, da lei em comento “nos casos de males, doenças graves ou enfermidades infectocontagiosas incuráveis que coloquem em risco a saúde humana e a de outros animais” (v.g. toxoplasmose irreversível, câncer irreversível, raiva ou hidrofobia) e mesmo assim procurando utilizar na execução do ato meios indolores e o mais brandos possíveis.<sup>4</sup> Este último cuidado é fundamental e se encontra nas Diretrizes da Prática de Eutanásia do CONCEA (Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal):

Esta diretriz objetiva estabelecer procedimentos que evoquem o mínimo de dor ou sofrimento com a realidade da maioria dos estabelecimentos em que a eutanásia é realizada. Deve-se consultar profissional(is) com experiência na área e grupos taxonômicos envolvidos para assegurar a adequação da técnica, ou no caso de instalações animais, de acordo com a Resolução Normativa nº 6, de 10 de julho de 2012, os procedimentos de eutanásia devem ser supervisionados, mesmo que não de forma presencial, pelo Responsável Técnico pela instalação animal, que deve ter o título de Médico Veterinário com registro ativo no Conselho Regional de Medicina Veterinária, da Unidade Federativa em que o estabelecimento esteja localizado.<sup>5</sup>

Portanto, reforça-se o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 14.228/21 que exige um “responsável técnico”, que necessariamente será um veterinário, para justificar mediante laudo e eventuais exames laboratoriais a prática excepcional da eutanásia.

A Lei nº 14.228/21 permite a eutanásia animal em todos os casos previstos em seu art. 2º, mas conforme o disposto no art. 2º § 2º, em não se tratando o motivo para a eutanásia de “doença infectocontagiosa incurável”, abre-se a alternativa de disponibilizar o animal para resgate por entidade protetiva. Entende-se então que é possível optar pela eutanásia, mas apenas quando não houver entidade disposta a receber o animal para tratamento. O único caso em que essa possibilidade de resgate do animal é vedada e somente é apontada a solução da eutanásia são as doenças infecciosas incuráveis,

tendo em vista o risco para a saúde pública humana e animal. Assim sendo, entende-se que em havendo entidade disposta a ficar com o animal e não se tratando de doença infectocontagiosa incurável, a prática da eliminação do animal configurará crime conforme acima já exposto, variando da forma qualificada com aumento de pena no caso de cães e gatos até a forma simples com aumento de pena no caso de outros animais. A faculdade de praticar a eutanásia nos casos em que há alternativa de resgate por entidades, parece ser condicionada a não existência ou não disposição dessas entidades protetivas em receber os animais. Sugere-se, portanto, que instituições responsáveis pela apreensão, em havendo entidades protetivas, sempre as notifiquem por escrito com prazo razoável para a retirada do animal, antes de proceder à eutanásia, mesmo nos casos em que esta é alternativamente permitida pela lei. Essa documentação deve ser registrada e arquivada para eventuais fiscalizações e comprovação de legalidade dos procedimentos levados a termo no local. Note-se que inclusive o § 2º do art. 2º, prevê que as entidades de proteção animal terão acesso irrestrito à documentação que comprove a legalidade da eutanásia nos casos do art. 2º, “caput” do mesmo diploma. Significa dizer que tais entidades protetoras farão uma espécie de “controle externo” e certamente poderão e deverão denunciar práticas irregulares e criminosas para responsabilizações de direito. É claro que em não havendo entidade de proteção disponível, a eutanásia será a solução para todos os casos previstos no art. 2º da legislação enfocada. Pode-se dizer que a eutanásia é a “prima ratio” no caso de doenças infectocontagiosas incuráveis e é a “ultima ratio” nos demais casos previstos no dispositivo citado. E mais, nos casos que envolvam animais saudáveis, não há hipótese nenhuma de eliminação.

A Lei nº 14.228/21 entra em vigor após uma “vacatio legis” de 120 dias, nos termos de seu artigo 5º. Não obstante, entende-se que desde o julgamento da ADPF 640/19-DF, a prática de eliminação da vida de animais apreendidos está vedada e, salvo em casos de justificável eutanásia, pode configurar crime de maus-tratos, variando a tipificação no caso de “cães e gatos” e outros animais. O que a Lei nº 14.228/21 faz, e se pode afirmar que já o faz mesmo antes de sua entrada em vigor, é apresentar um referencial para quais seriam os casos de eutanásia justificada, bem como os procedimentos a serem adotados. Afirma-se que mesmo antes de sua entrada oficial em vigor já é um marco norteador porque podem perfeitamente os administradores dos órgãos afetados utilizar seus critérios e adotar suas cautelas desde logo, embora ainda sem força coativa legal.

Por derradeiro é preciso alertar para o fato de que, indiretamente, a Lei nº 14.228/21 significa um incremento da responsabilidade da sociedade civil, no caso das entidades de proteção, a fim de que realmente não se reduzam à fiscalização, denúncia e crítica dos órgãos públicos, mas atuem para realmente acolher esses animais. Um enorme desafio, um ingente teste agora se aplica à sociedade civil, especialmente às entidades protetoras: enfrentar o problema na prática atuando no cuidado dos animais, assumindo sua responsabilidade social, pois, caso contrário, essa legislação transformará a maior parte dos

municípios em um caos de zoonoses e outros problemas (até mesmo acidentes automobilísticos) com animais soltos pelas ruas sem qualquer controle, isso porque certamente os entes estatais não darão conta, sozinhos, de manter milhares de animais saudáveis ou com doenças que não permitem eutanásia em seus abrigos com alto custo veterinário, de alimentação, medicamentos, estrutura e pessoal. Veremos como se comportará a sociedade civil diante desse desafio e dessa responsabilidade. 🇧🇷

## NOTAS

- 1 Confira-se sobre esta e outras questões a respeito do artigo 32 da Lei 9.605/98, nosso artigo anterior que comenta as alterações promovidas pela Lei 14.064/20: CABETTE, Eduardo Luiz Santos, CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Crime de Maus – Tratos a Animais Qualificado (Lei 14.064/20) – Primeiros Apontamentos. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/939703130/crime-de-maus-tratos-a-animais-qualificado-lei-14064-20-primeiros-apontamentos> , acesso em 28.10.2021.
- 2 Op. Cit.
- 3 STF, ADPF 640/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes. 18.12.2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=640&numProcesso=640> , acesso em 28.10.2021.
- 4 EUTANÁSIA é opção para cães que sofrem com doença irreversível. Disponível em [https://www.agrolink.com.br/saudeanimal/noticia/eutanasia-e-opcao-para-caes-que-sofrem-com-doenca-irreversivel\\_127839.html](https://www.agrolink.com.br/saudeanimal/noticia/eutanasia-e-opcao-para-caes-que-sofrem-com-doenca-irreversivel_127839.html) , acesso em 28.10.2021.
- 5 DIRETRIZ da prática de Eutanásia do CONCEA. Disponível em [https://www.ufmg.br/bioetica/ceua/wp-content/uploads/2016/06/eutanasia\\_concea.pdf](https://www.ufmg.br/bioetica/ceua/wp-content/uploads/2016/06/eutanasia_concea.pdf) , acesso em 28.10.2021.

## REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Crime de Maus – Tratos a Animais Qualificado (Lei 14.064/20) – Primeiros Apontamentos. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/939703130/crime-de-maus-tratos-a-animais-qualificado-lei-14064-20-primeiros-apontamentos> , acesso em 28.10.2021.

EUTANÁSIA é opção para cães que sofrem com doença irreversível. Disponível em [https://www.agrolink.com.br/saudeanimal/noticia/eutanasia-e-opcao-para-caes-que-sofrem-com-doenca-irreversivel\\_127839.html](https://www.agrolink.com.br/saudeanimal/noticia/eutanasia-e-opcao-para-caes-que-sofrem-com-doenca-irreversivel_127839.html) , acesso em 28.10.2021.

DIRETRIZ da prática de Eutanásia do CONCEA. Disponível em [https://www.ufmg.br/bioetica/ceua/wp-content/uploads/2016/06/eutanasia\\_concea.pdf](https://www.ufmg.br/bioetica/ceua/wp-content/uploads/2016/06/eutanasia_concea.pdf) , acesso em 28.10.2021.

STF, ADPF 640/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes. 18.12.2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=640&numProcesso=640> , acesso em 28.10.2021.



**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 pós-graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

# A fase preparatória da licitação e seu rito procedimental (Lei nº 14.133/2021)



■ POR MADELINE ROCHA FURTADO E MARINÊS RESTELATTO DOTTI

**“Várias são as dúvidas que se apresentam no cotidiano dos agentes públicos que atuam nesses processos, sobretudo as decorrentes da edição de um novo ordenamento normativo. Paulatinamente constroem-se soluções para tais dúvidas, por meio da doutrina administrativa especializada, manifestações jurídicas produzidas por órgãos de consultoria, orientações e instruções normativas e da jurisprudência dos Tribunais Judiciais e de Contas.”**

**E**m 1º de abril de 2021 foi publicada a Lei nº 14.133, estabelecadora de normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, ainda, órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e

os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa, e os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Segundo o novo marco legal, o rito procedimental ordinário das licitações observará as seguintes fases, em sequência: (a) preparatória; (b) de divulgação do edital da licitação; (c) de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; (d) de julgamento; (e) de habilitação; (f) recursal; e (g) de homologação.

O processo de contratação, notadamente o que se efetiva por meio da regra do procedimento licitatório, segundo a rotina jurídico-administrativa já existente e a prevista na nova lei de licitações, é dividido em duas fases: a interna (ou preparatória) e a externa (de competição e julgamento).

A primeira se passa, exclusivamente, no âmbito interno da Administração, ou seja, no preparo ou planejamento<sup>1</sup> das soluções, atos e documentos necessários à competição. A fase interna exige a presença de profissionais de diversas áreas (equipe multidisciplinar) na instrução do processo, destacando-se, dentre seus documentos essenciais, o instrumento que formaliza a demanda e os Estudos Técnicos Preliminares – ETP, por meio dos quais o setor técnico/requisitante descreverá, dentre outros requisitos, a necessidade ou justificativa da contratação.

A Lei nº 14.133/2021 inova em relação a procedimentos envoltentes da elaboração do edital, conferindo maior celeridade no tocante à sua divulgação. Os atos convocatórios deverão conter, em suas diretrizes, as premissas definidas nos documentos intitulados de “pré-contratuais”, podendo ser objeto de possíveis impugnações ou pedidos de esclarecimentos, como já ocorre na legislação atual (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos decretos que regulamentam a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e no Regime Diferenciado de Contratações Públicas da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011). Nesse panorama, permeado por novidades, foi mantido o tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, em cumprimento à política pública constitucional prevista nos arts. 146, inciso III, alínea “d”, e 179 da Constituição Federal. Sobre esse tema, o art. 4º da nova lei de licitações<sup>2</sup> estabelece a aplicabilidade dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, no tocante às licitações, destacando-se de seu texto um tema bastante discutido: o enquadramento das entidades de menor porte em razão do faturamento e o respectivo motivo definidor da concessão de benefícios em processos licitatórios.

Na fase interna (ou preparatória) a Administração formula e reformula, se for o caso, atos e especificações para melhor compreensão e/ou identificação do objeto, das condições à sua execução e do processamento da licitação, sempre de forma justificada. O preparo da licitação é do conhecimento interno do órgão ou entidade pública. Essa fase, permeada por aspectos técnicos e jurídicos, pode ser compreendida como uma fase “pré-contratual” ou, até mesmo, entendida em um contexto de “contrato” preliminar, pois deve estabelecer os elementos, bases e diretrizes para sua formação.

Nos processos de contratação que se efetiva por meio da regra do procedimento licitatório (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal), na segunda fase, intitulada de externa, desenrola-se a competição propriamente dita, com

início a partir da publicação do edital, a qual inaugura o certame ao abri-lo ao conhecimento público e à participação dos interessados, encerrando-se com o ato de homologação.

Os processos de contratação da nova lei de licitações – nestes inclusos os de licitação e os de contratação direta – incorporaram disposições previstas na Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017, a qual dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Esse normativo, assim como previsto no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, realça a observância, pela administração pública, do princípio do planejamento, que se materializará por meio de documento formalizador da demanda e, em seguida, pelos Estudos Técnicos Preliminares – ETP. A elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares, registre-se, é regra antiga. Encontra previsão desde o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993 – definidor do projeto básico como sendo o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos “estudos técnicos preliminares”, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução –, seguindo-se com a previsão no art. 24 da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 2017<sup>3</sup> (alterado pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 49, de 30 de junho de 2020) e no art. 3º, inciso IV, do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019<sup>4</sup>, regulamentador do pregão eletrônico no âmbito da Administração Pública federal.

Esquadrinhar os principais elementos aplicáveis à instrução da fase preparatória da licitação, com ênfase nos Estudos Técnicos Preliminares – ETP, e o desenrolar de sua fase externa são os objetivos deste estudo.

## **FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO**

De acordo com o novo marco legal das licitações, os Estudos Técnicos Preliminares – ETP constituem-se em documento instrutivo da primeira etapa do planejamento da contratação, demonstrativo do interesse público envolvido e sua melhor solução, fornecedor da base para a elaboração do anteprojeto, quando adotado o regime de contratação integrada, do termo de referência ou do projeto básico, a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

Os Estudos Técnicos Preliminares – ETP permitem aos agentes responsáveis pela fase interna da licitação alcançarem o princípio do planejamento, pois devem inserir, nesses processos, atos administrativos e documentos importantes, tais como: o levantamento de mercado, ou seja, a prospecção e análise das alternativas possíveis de soluções, podendo-se, para esse fim, ser realizada consulta ou audiência pública com potenciais contratadas para a coleta de contribuições; a estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte; a estimativa do valor da contratação, utilizando-se, para esse fim, as diretrizes

da Instrução Normativa nº SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021<sup>5</sup>, ou da Instrução Normativa SEGES/ME nº 72, de 12 de agosto de 2021<sup>6</sup>. Nesse compasso e em meio a tantas regulamentações necessárias à operacionalização da Lei nº 14.133/2021, exige-se dos operadores do Direito, executores, gestores, fiscais e demais envolvidos nos processos de contratação a compreensão útil e eficaz da sistêmica que envolve a aquisição do bem, prestação do serviço ou execução da obra. Destaca-se, dentre outras diretrizes inseridas no planejamento da contratação, a necessária demonstração do alinhamento entre esta (a contratação) e o planejamento do órgão ou entidade, identificando-a (a contratação) no Plano de Contratações Anual ou, se for o caso, justificando a ausência de previsão. Percebe-se que um ponto alto do novo marco legal deve ser a sincronia que deve caracterizar o planejamento da contratação, desmistificadora dessa fase no âmbito da Administração.

Na sequência dos atos processuais algumas questões são de suma importância para o delineamento da fase de seleção que se desenvolverá no procedimento licitatório, com reflexos no contrato decorrente. São elas:

- a) a definição técnica do objeto (análise quantitativa e qualitativa);
- b) sua necessidade e os resultados pretendidos;
- c) as definições relativas ao procedimento a ser adotado (licitação ou não);
- d) as definições das respectivas modalidades;
- e) a definição quanto ao recolhimento de quantia a título de garantia de proposta;
- f) a definição dos modos de disputa;
- g) os requisitos de habilitação que serão exigidos dos participantes e
- h) o posicionamento conclusivo sobre a viabilidade e razoabilidade da contratação, entre outras.

A base da nova lei de licitações adota, como regra geral, o roteiro procedimental da modalidade denominada de pregão prevista na Lei nº 10.520/2002, em que a análise e a classificação das propostas antecedem a fase de habilitação. Entretanto, esta fase poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases de apresentação de propostas/lances e de julgamento, desde que expressamente previsto no edital da licitação. Confira-se:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I – preparatória;
- II – de divulgação do edital de licitação;
- III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV – de julgamento;
- V – de habilitação;
- VI – recursal;
- VII – de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

Há, portanto, dois ritos procedimentais na nova lei de licitações: o ordinário, regra geral, equivalente ao procedimento do pregão da Lei nº 10.520/2002 e que adota o modo de disputa “aberto”; e o especial, que equivale ao das modalidades tradicionais previstas na Lei nº 8.666/1993 e que adota o modo de disputa “fechado”, constituindo-se em excepcionalidade a ser justificada pela Administração. A adoção do rito ordinário nas licitações sob o novo marco legal – realizado preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo, sendo a gravação juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento – decerto que se deve à celeridade que imprime ao processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal<sup>7</sup>).

### Celeridade processual decorrente das fases procedimentais e prazos aplicáveis

A celeridade processual decorrente da inversão de fases sempre foi objeto de apelo dos agentes públicos nos sucessivos projetos de reforma da lei de licitações, desde o Projeto de Lei nº 7.709, de 2007. A alteração do rito procedimental – análise e julgamento de propostas a anteceder a fase de habilitação, exame da documentação de habilitação exclusivamente do licitante classificado em primeiro lugar e fase recursal única, após a habilitação – conduz, eficazmente, também para o alcance dos princípios da economicidade e eficiência.

Na prática, o que significa essa economicidade e eficiência? Veja-se, na atual ordem jurídica, o funcionamento dos prazos para publicação dos editais e apresentação de recursos, aplicáveis às modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/2002, a Lei do Pregão:

Lei nº 8.666/1993 (modo fechado)	Prazos a serem observados entre a publicidade do aviso de edital ou convite e a apresentação das propostas	Prazos para recursos (das fases de habilitação e de julgamento)
Concorrência	45 (quarenta e cinco) dias quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço ou 30 (trinta) dias nos casos não especificados no item anterior	Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: I – recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; [...] 2º O recurso previsto nas alíneas “a” e “b” do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Tomada de preços	30 (trinta) dias quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço ou 15 (quinze) dias nos casos não especificados no item anterior	Art. 109, inciso I e §2º, acima citados
Convite	5 (cinco) dias úteis	Art. 109 [...] § 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de “carta convite” os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis.

Lei nº 10.520/2002 (modo aberto)	Prazo a ser observado entre a publicidade do aviso de edital e a apresentação das propostas	Um único recurso das fases de habilitação e julgamento
Pregão	Não inferior a 8 (oito) dias úteis	3 (três) dias corridos

Considerando-se os quadros acima, representativos do modelo “fechado” da Lei nº 8.666/1993 (em que não há fase de lances na disputa) e da legislação aplicável à modalidade licitatória denominada de pregão (Lei nº 10.520/2002), que adota modelo “aberto” (moldado pela disputa por meio da oferta de lances sucessivos), percebe-se, de forma objetiva, a diferença entre os prazos estabelecidos nos referidos diplomas, tanto em relação aos adotados para a publicação dos avisos de editais, quanto aos aplicáveis às fases recursais. Na modalidade pregão, conforme se extrai do quadro representativo, há apenas uma fase recursal, que engloba os atos praticados pelo pregoeiro nas fases de julgamento de propostas e de habilitação. Nas modalidades convencionais da Lei nº 8.666/1993 há duas fases recursais: a primeira, que ocorre após a publicação do ato de habilitação/inabilitação dos licitantes e a segunda, após a publicação do ato de classificação/desclassificação de propostas. A redução do prazo entre a publicação do aviso do edital e a apresentação das propostas e, ainda, a existência de um único recurso previstas na modalidade do pregão são medidas que reduzem custos de tempo e recursos, humanos e materiais, de sorte a implementar a economicidade e a eficiência preconizadas nas cabeças dos arts. 37 e 70 da Constituição Federal<sup>8</sup>.

## Definição da modalidade licitatória nos regimes de licitação

Importante o destaque a respeito da diferença existente entre as legislações citadas neste estudo (Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/2002) e a Lei nº 14.133/2021, no tocante à escolha da modalidade licitatória. Na Lei nº 8.666/1993 as modalidades (concorrência, tomada de preços e convite) são definidas em razão da classificação do objeto (obras, serviços de engenharia, serviço ou compra) em combinação com o respectivo valor estimado a ele atribuído pela Administração. A modalidade licitatória denominada de pregão, da Lei

nº 10.520/2002, independe do valor do objeto para sua utilização, exigindo-se, apenas, seu enquadramento como bem ou serviço de natureza comum. No Regime Diferenciado de Contratações Públicas da Lei nº 12.462/2011<sup>9</sup>, registre-se, não existem modalidades licitatórias, mas, apenas, um rito procedimental ordinário idêntico ao do pregão, admitindo-se, em caráter excepcional e devidamente justificada, a inversão de fases.

Na nova lei de licitações as modalidades licitatórias são definidas em razão da classificação do objeto, sem considerar-se o valor estimado e ele atribuído. Em relação à interposição de recurso, quando adotado o rito ordinário, há uma só fase recursal, ou seja, um só prazo recursal, equiparando-se à modalidade do pregão. No que tange às peculiaridades que envolvem as modalidades concorrência e pregão, previstas no novo marco legal das licitações, serão objeto de análise neste estudo.

## Concorrência

A definição da modalidade concorrência prevista na nova lei de licitações não adota os mesmos critérios da concorrência prevista na Lei nº 8.666/1993. Vejam-se, no quadro representativo a seguir, as situações autorizadas da modalidade no novo marco legal e os critérios de julgamento aplicáveis:

Objeto	Concorrência	Critério de julgamento de proposta
Serviço comum de engenharia	art. 6º, inciso XXXVIII	menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior retorno econômico; ou maior desconto (art. 6º, inciso XXXVIII)
Serviço especial de engenharia	art. 6º, inciso XXXVIII	Menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior retorno econômico; ou maior desconto (art. 6º, inciso XXXVIII) O critério de julgamento por técnica e preço será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela administração (art. 36, §1º, inciso IV)
Obra de engenharia	art. 6º, inciso XXXVIII e art. 29, parágrafo único	Menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior retorno econômico; ou maior desconto (art. 6º, inciso XXXVIII) O critério de julgamento por técnica e preço será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela administração (art. 36, §1º, inciso IV)

Serviços especiais	art. 6º, inciso XXXVIII	Menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior retorno econômico; ou maior desconto (art. 6º, inciso XXXVIII)
Aquisição de bens especiais	art. 6º, inciso XXXVIII	Menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior retorno econômico; ou maior desconto (art. 6º, inciso XXXVIII)
Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual	Quando não contratados com base na inexigibilidade de licitação (art. 74, inciso III c/c art. 6º, inciso XVIII), a modalidade licitatória será a concorrência (art. 6º, inciso XXXVIII)	Critério de técnica e preço a ser preferencialmente empregado (art. 36, §1º, inciso I), admitindo-se, ainda, os seguintes critérios: menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; maior retorno econômico; ou maior desconto (art. 6º, inciso XXXVIII)

A escolha da modalidade concorrência na nova lei de licitações está intrinsecamente relacionada com a “especialidade” ou a “alta heterogeneidade ou complexidade” do objeto. Levantamento realizado no mercado é que identificará a composição do objeto e suas especificações e se estas preenchem tais características, podendo a Administração, inclusive, deparar-se com possíveis limitações de mercado ou, ainda, com a existência de um só fornecedor, a configurar hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021<sup>10</sup>.

As modalidades da nova lei de licitações e seus diferenciais (em razão das características do objeto pretendido) serão pré-definidas no momento da elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares – ETP e seus documentos posteriores (anteprojeto, projeto básico e termo de referência), na fase dita de “pré-contratual”, por meio de levantamento de mercado, estruturas, composições, mão de obra especializada e especificações. Tais características são relevantes, pois refletirão não só na definição da modalidade licitatória e no critério de julgamento a serem adotados, como, também, na forma de seleção do licitante, no regime de execução indireta aplicável e no modelo de execução contratual.

## Pregão

No atual regime da Lei nº 10.520/2002, a modalidade denominada de pregão é aplicável somente para as aquisições de bens e serviços comuns. Na esfera federal, o pregão encontra-se regulamentado pelos Decretos nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, e nº 10.024/2019. De acordo com art. 1º, § 1º, deste último diploma, a utilização da modalidade pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória<sup>11</sup>.

Como é sabido, a proeminência dessa modalidade está na inversão do rito procedimental, ou seja, na apresentação de propostas, fase de lances e julgamento, seguindo-se com a análise da documentação de habilitação apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e, conforme demonstrado, na existência de um só recurso.

Na Lei nº 14.133/2021 o pregão é a modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto. Configura a natureza comum de um bem ou serviço a conjugação dos seguintes elementos: a existência de padrões, soluções e técnicas que possam ser objetivamente estabelecidos nos Estudos Técnicos Preliminares – ETP, a especificação dos eventuais materiais que serão empregados em sua execução e a existência de um mercado fornecedor, mesmo que restrito. A complexidade da execução, por si só, não afasta a utilização do pregão, quando todos aqueles elementos puderem ser identificados pela Administração. Não é o grau de complexidade do objeto ou a área do conhecimento necessário para produzi-lo que define se um bem ou serviço pode ou não ser considerado comum. É comum o objeto que, uma vez descrito, seja encontrado no mercado com as características desejadas pela Administração.

Segundo Niebuhr<sup>12</sup> (2015), classificam-se os bens e serviços comuns como sendo “aqueles que possam ser definidos no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com características usuais no mercado, sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público”. Depreende-se das lições do autor que a verificação do objeto comum no mercado impõe uma avaliação em que a composição técnica do objeto encontra-se padronizada, não havendo variações significativas.

O Ministro Benjamim Zymler, do Tribunal de Contas da União, no ano de 2004, descortinava que:

O administrador público, ao analisar se o objeto do pregão enquadra-se no conceito de bem ou serviço comum, deverá considerar dois fatores: os padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no edital? As especificações estabelecidas são usuais no mercado? Se esses dois requisitos forem atendidos o bem ou serviço poderá ser licitado na modalidade pregão. A verificação do nível de especificidade do objeto constitui um ótimo recurso a ser utilizado pelo administrador público na identificação de um bem de natureza comum. Isso não significa que somente os bens pouco sofisticados poderão ser objeto do pregão, ao contrário, objetos complexos podem também ser enquadrados como comuns. O que se pretende com essa afirmação é orientar o gestor público a observar se, durante a realização do procedimento licitatório, devido às características do objeto, haverá a necessidade de análises mais aprofundadas quanto aos elementos técnicos, exigindo-se para tal a execução de testes que comprovem a adequação do objeto ofertado às especificações constantes do edital. Se identificada a necessidade de realização de testes ainda na realização do certame, fica evidente que esse objeto não

pode ser definido como comum, sendo, portanto, impossível a sua aquisição via pregão. (Acórdão nº 313/2004 – Plenário, Processo nº 012.678/2002-5).

Não se aplica o pregão nas contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e nas obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia classificados como comuns. Segundo a nova lei de licitações, notadamente o seu art. 6º, inciso XXXVIII, e o seu art. 29, parágrafo único, combinado com o art. 6º, inciso XXI, alínea “a”, os serviços comuns de engenharia poderão ser licitados mediante duas modalidades: a concorrência e o pregão. Confirmam-se, a seguir, os dispositivos citados:

Art. 6º

[...]

XXI – serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

a) *serviço comum de engenharia*: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;

[...]

XXXVIII – *concorrência*: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e *serviços comuns* e especiais *de engenharia*, cujo critério de julgamento poderá ser:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto;

[...]

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Parágrafo único. O *pregão* não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, *exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.* (grifos não constam no original)

A concorrência e o pregão seguem o mesmo rito procedimental ordinário previsto no art. 17 da Lei nº 14.133/2021 (preparatório; de divulgação do edital de licitação; de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; de julgamento; de habilitação; recursal; e de homologação), equivalente ao rito

procedimental do pregão da Lei nº 10.520/2002, conferindo celeridade ao procedimento licitatório. Contudo, o pregão da nova lei de licitações só admite os critérios de julgamento de menor preço ou o de maior desconto, enquanto a concorrência, além desses dois critérios citados, também admite o de melhor técnica ou conteúdo artístico e o da combinação técnica e preço. Logo, para adotar-se, em determinada licitação para a contratação de serviço comum de engenharia, a concorrência ou pregão, fundamental aquilatar, na fase preparatória da licitação, a preponderância de critérios técnicos para a escolha da melhor proposta, quando, então, adotar-se-á a concorrência. Se suficiente a escolha da melhor proposta baseada no menor preço ou maior desconto, a modalidade será o pregão. De forma prática, é possível concluir que se ambas as modalidades se aplicam as contratações de serviços de engenharia de natureza comum, importante a busca de critérios que delimitem sua utilização. Assim, considerando-se que a modalidade do pregão aplica-se a bens e serviços comuns, sendo considerado o objeto com “padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital”, numa leitura sistêmica é possível separar a modalidade de pregão para serviços de engenharia comuns com baixa complexidade técnica, de fácil definição, disponibilidade de mão de obra encontrável no mercado e, ainda, seleção da melhor proposta com base apenas no menor preço ou no maior desconto. Para serviços de engenharia caracterizados pela necessidade de análises mais aprofundadas quanto aos elementos técnicos, sobressair-se-á a utilização da modalidade concorrência, que, para esse fim, possibilita a utilização de critérios de julgamento como o da combinação técnica e preço e de melhor técnica.

Reitera-se para o que já foi dito: o planejamento da licitação (e, também, da contratação direta) foi incorporado como princípio na nova lei de licitações, portanto, guarda força cogente, exigindo dos agentes públicos atuantes na fase preparatória da licitação o estabelecimento de diretrizes e a observância de critérios definidores das estratégias da contratação e, claro, dos resultados esperados. A definição adequada do objeto da licitação, suas especificações, características e soluções, pré-estabelecidas nos Estudos Técnicos Preliminares – ETP e, posteriormente, reproduzidas no termo de referência ou no projeto básico, refletirão na modalidade a ser escolhida, no critério de julgamento da proposta, no modo de disputa e, ainda, nos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeiros que serão exigidos dos licitantes.

## **RITO PROCEDIMENTAL DA LICITAÇÃO**

Em linhas gerais, o rito procedimental da licitação com base na Lei nº 14.133/2021 observará, na ordem, os seguintes atos e documentos:

### **Edital**

Uma vez ultrapassada a fase preparatória, a qual, reitera-se, demanda a realização de estudos técnicos acerca da solução a ser adotada, envolvendo conhecimentos a serem consolidados por equipes multidisciplinares, passa-se à

elaboração do edital da licitação, o qual deverá indicar, de forma clara, o objeto da contratação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, a forma de recurso e às penalidades da licitação, além de outras regras relativas à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. Todos os elementos do edital, incluídos minuta de termo de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

## Divulgação do edital

A publicidade do edital da licitação será realizada mediante divulgação e manutenção de seu inteiro teor e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)<sup>13</sup>. Em que pese a nova lei de licitações ter sido publicada com vários vetos, dentre estes a exclusão da obrigatoriedade da publicação do edital na imprensa oficial e em jornal de grande circulação, o texto foi submetido ao Congresso para apreciação desses mesmos vetos, retornando, a partir de então, a obrigatoriedade da publicação de seu extrato no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação<sup>14</sup>. Observa-se que dita exigência é excessiva haja vista a realidade atual de divulgação eletrônica das informações no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Diversas funções foram atribuídas ao PNCP no texto da Lei nº 14.133/2021. No entanto, é no art. 174 que se apresentam suas duas principais finalidades: (a) a divulgação centralizada e obrigatória de atos; e (b) a realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos. É inequívoca a intenção da Lei nº 14.133/2021 em identificar o PNCP como instrumento de concretude do princípio da transparência, proporcionando o exercício do controle social das contratações públicas.

No que diz respeito aos custos das publicações no Diário Oficial da União – DOU, este traz uma tabela de valores por centímetro de coluna publicado, de R\$33,04 (trinta e três reais e quatro centavos), para todos os entes federativos, exceto para alguns órgãos da União que não estão mais obrigados ao seu pagamento (Decreto nº 10.031/2019, de 30 de setembro de 2019).

É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim. Neste ponto, a Lei nº 14.133/2021 poderia ter sido mais resoluta, obrigando e não facultando a divulgação das informações, atendendo-se, assim, o princípio da transparência.

Tanto na Lei nº 8.666/1993 como na Lei nº 14.133/2021 exige-se a divulgação de eventuais modificações do edital. Sobre esse tema, embora não traga grandes discussões de ordem prática, implicará nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos

dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas. Quanto à necessidade de republicação do edital, tema bastante explorado pelo Tribunal de Contas da União, confirmam-se os seguintes julgados: Acórdão 6750/2018 – Primeira Câmara; Acórdão 2032/2021 – Plenário; Acórdão 1914/2009 – Plenário; Acórdão 6613/2009 – Primeira Câmara; Acórdão 702/2014 – Plenário; Acórdão 1608/2015 – Plenário; e Acórdão 548/2016 – Plenário.

### Prazos mínimos entre a data da divulgação do edital e a apresentação de propostas

Como demonstrado neste estudo, os prazos aplicáveis às modalidades licitatórias da Lei nº 8.666/1993 diferenciam-se dos aplicáveis à modalidade do pregão, da Lei nº 10.520/2002. Nos moldes da Lei nº 14.133/2021, os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital da licitação, são os que seguem:

	Menor preço ou de maior desconto	Outros critérios de julgamento	Observações
Aquisição de bens	Prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis	Prazo mínimo de 15 (quinze) dias úteis	Prazos definidos em razão da complexidade do objeto
Serviços comuns, obras e serviços comuns de engenharia	Menor preço ou de maior desconto		
	10 (dez) dias úteis		
Serviços especiais, obras e serviços especiais de engenharia	Menor preço ou de maior desconto		
	25 (vinte e cinco) dias úteis		

Regime de contratação integrada	60 (sessenta) dias úteis
Regime de contratação semi-integrada e hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do art. 55	35 (trinta e cinco) dias úteis
Critério de julgamento de maior lance	15 (quinze) dias úteis
Critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico	35 (trinta e cinco) dias úteis

Os prazos mínimos entre a data da divulgação do edital e a apresentação de propostas previstos na nova lei de licitação foram estabelecidos em razão da combinação da natureza do objeto com o critério de julgamento (ex.: prestação de serviços comuns e escolha da melhor proposta baseada no menor preço: prazo mínimo de dez dias úteis), do regime de execução indireta adotado (ex.: contratação integrada: prazo mínimo de sessenta dias úteis) e, ainda, exclusivamente com base no critério de julgamento (ex.: maior lance: prazo mínimo

de 15 dias úteis). A observância dos prazos mínimos entre a data da divulgação do edital e a apresentação de propostas é de rigor. Seu desrespeito, ou seja, a designação de data para a apresentação de proposta em período inferior a mínimo fixado na lei, além de descumprir o princípio da legalidade poderá afastar licitantes, em afronta a outro princípio previsto na nova lei de licitações, o da competitividade, acarretando a nulidade do procedimento licitatório.

## IMPUGNAÇÕES E PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS

Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei nº 14.133/2021 ou para solicitar esclarecimentos sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.

Os esclarecimentos destinam-se a escoimar dúvidas decorrentes de eventual ou suposta ambiguidade do texto do edital e podem ser formulados pelos licitantes interessados em participar da licitação ou por qualquer cidadão, titulares que são do direito subjetivo de petição aos poderes públicos (Constituição Federal, arts. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37, § 3º, incisos I e II<sup>15</sup>). A resposta a esclarecimentos produz efeito vinculante para a Administração e para os licitantes, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 198.665-RJ, 2ª T., rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 3.5.1999).

Em que pese a ciência da Administração de que poderá alterar as regras do edital em razão de alguma condição excessiva, ilegal, irregular ou mesmo obscura e que poderá influir na formulação da proposta ou no seu caráter competitivo, é comum ocorrer a publicação de editais com exigências que extrapolam as legislações vigentes ou com condições desarrazoadas e a manutenção dessas condições mesmo após a apresentação de impugnações e pedidos de esclarecimentos. São recorrentes em editais de licitação, a título ilustrativo, disposições contendo as seguintes exigências:

- a) de que os licitantes sejam parceiros autorizados pelos fabricantes;
- b) de que a Bios e dispositivos periféricos sejam do mesmo fabricante do computador a ser adquirido;
- c) de que o fabricante do equipamento esteja registrado no Inpi;
- d) de atestados de execução de serviços em determinado tipo de obra, sem a demonstração de sua necessidade;
- e) de rede de abastecimento nacional no serviço de abastecimento de combustível para frota baseada em dada unidade da federação;
- f) de certificação da série ISO como requisito de habilitação e
- g) de cumprimento do Processo Produtivo Básico para habilitação em certame cujo objeto constitui-se no fornecimento de equipamentos de informática.

Nada obstante a manutenção de condições ilegais, irregulares ou desarrazoadas pela Administração, mesmo após a apresentação de impugnações e pedidos de esclarecimentos que os apontem, importante o registro de que a Lei

nº 14.133/2021, em seu art. 170, § 4º, assegura a qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica o direito de representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação da Lei.

Na nova lei de licitações, sublinhe-se, permanece vedada a inserção, em editais de licitações, de condições ou cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou, ainda, impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato (art. 9º).

## **GARANTIA DA PROPOSTA**

Sobre a possibilidade de comprovação de garantia de proposta pelos licitantes, deve ser definida na fase preparatória do certame, atraente de motivação a seu respeito, apta a afastar eventual restrição à competitividade decorrente de sua exigência. A comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta constitui requisito de pré-habilitação, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação, a qual será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação, podendo ser prestada, à escolha do licitante, nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 da Lei nº 14.133/2021. São elas: a) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia; b) seguro-garantia; ou c) fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

A regra prevista na nova lei de licitações atinente à comprovação da garantia de proposta diferencia-se das regras estatuídas nas Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002. Segundo a nova lei de licitações, art. 58, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta constitui requisito de pré-habilitação, a ser comprovada pelo licitante no momento da apresentação da proposta; na Lei nº 8.666/1993 a garantia de proposta constitui requisito de qualificação econômico-financeira (art. 31, inciso III), a ser comprovada na fase de habilitação, portanto; já na Lei nº 10.520/2002, a Lei do Pregão, seu art. 5º vedada a exigência de garantia de proposta.

De registrar-se que segundo a nova lei de licitações, implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa do vencedor da disputa em assinar o contrato ou a não apresentação de documentos para a contratação.

## **APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS E LANCES**

### **Documentos preliminares**

Consoante estabelece a Lei nº 14.133/2021, constará do edital da licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de

que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas, ou seja, tal declaração tem força cogente e caso não seja atendida pelo licitante acarretará a desclassificação de sua proposta.

## **Esclarecimento ou complementação da instrução do processo**

A Lei nº 8.666/1993 prevê em seu art. 43, § 3º, a possibilidade de a comissão de licitação ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, realizar diligência para esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. O mesmo encontra-se previsto no art. 64 da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame e para a atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas. Ou seja, permite-se a complementação de documentos que já tenham sido apresentados no momento do cadastramento da proposta e “desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame”.

O tema é controvertido, pois quais situações atrairiam a realização de diligência? Quais documentos poderiam subsidiar fatos já descritos? Qual o grau de informação ausente é relevante para que seja aceita de forma posterior a busca da verdade material? O que seria considerado “mera” formalidade na busca da proposta mais vantajosa?

As decisões sobre a possibilidade de substituição ou apresentação de novos documentos, em sede de diligência, para complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes costumam fundar-se em entendimentos da Corte de Contas federal. É necessário, pois, na análise de cada caso concreto, realizar:

- a) a comparação do que foi exigido no edital frente ao que foi apresentado na proposta;
- b) a verificação de que a informação que está sendo exigida, está clara, objetiva ou completa;
- c) a checagem de que a documentação apresentada precisa de complementos e o exame de eventual extrapolação em relação às exigências dispostas e
- d) faltantes as informações na proposta, caso diligenciado, imperioso verificar se essas existiam à época de sua apresentação e que, de fato, não foram inseridas adequadamente.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, a vedação à inclusão de novo documento não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta. Assim:

Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (Acórdão nº 1211/2021 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 018.651/2020-8).

Ainda de acordo com a Corte de Contas federal:

[...] Assim, nos termos dos dispositivos citados, inclusive do art. 64 da Lei 14.133/2021, entendo não haver vedação ao envio de documento que não altere ou modifique aquele anteriormente encaminhado. Por exemplo, se não foram apresentados atestados suficientes para demonstrar a habilitação técnica no certame, talvez em razão de conclusão equivocada do licitante de que os documentos encaminhados já seriam suficientes, poderia ser juntado, após essa verificação no julgamento da proposta, novos atestados de forma a complementar aqueles já enviados, desde que já existentes à época da entrega dos documentos de habilitação. (Acórdão nº 15244/2021 – Segunda Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Processo nº 037.476/2021-1).

Registre-se que a diretriz em processos de licitação é conferir tratamento isonômico aos licitantes, ou seja, se é possível permitir a comprovação de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, tal tratamento deverá ser estendido a todos, em igualdade de condições.

## **Modos de disputa**

O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente: (a) aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, sendo vedada sua utilização quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço; ou (b) fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação, sendo vedada sua utilização, de forma isolada, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto. Em que pese os modos de disputas aberto e fechado já serem utilizados no pregão eletrônico (Decreto nº 10.024/2019), a escolha entre um ou outro

constitui juízo discricionário da Administração. A princípio entende-se que o modo aberto, amplamente testado, por propiciar uma fase de lances, instigando uma disputa e maior competitividade, propicia a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. No modo fechado (adotado no regime de licitações da Lei nº 8.666/1993) não há oferta de lances. A Lei nº 14.133/2021 possibilita a escolha dos modos de disputas pela Administração, contudo, não traz em seu texto nenhuma indicação acerca da vantajosidade de um em relação ao outro.

Em artigo publicado sobre o tema, Furtado<sup>16</sup> explica a respeito dos “novos” formatos que sob a égide do Decreto nº 10.024/2019 e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011) permitem a utilização dos modos de disputa aberto e fechado. A fase aberta traz sistemática diferenciada com prazo definido para sua operacionalização (10 minutos iniciais) com possível prorrogação, possibilitando maior disputa. Assim a regra estabelecida condicionando o tempo aos lances, pode favorecer a Administração. Já no modo aberto-fechado, a disputa tem um prazo maior (quinze minutos) na fase aberta, e após esse término inicia uma nova fase, desta vez, apenas para que o “autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos (sigiloso). A questão é: qual é a melhor forma de disputa? Aguarda-se a publicação de regulamento específico sobre a implementação dos modos de disputa no âmbito da nova lei de licitações.

De imediato, sobre os modos de disputa, extrai-se da nova lei de licitações que:

a) o modo de disputa aberto é aplicável quando adotados os critérios de julgamento baseados no menor preço e maior desconto;

b) a utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, sendo aplicável, portanto, nos critérios baseados na melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço e maior retorno econômico.

## **Lances intermediários**

O edital de licitação poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta. São considerados intermediários os lances: (a) iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o critério de julgamento de maior lance; (b) iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento. A respeito da regra citada (lances intermediários), encontra previsão no Decreto nº 10.024/2019<sup>17</sup>, que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito da Administração Pública federal, e, também, no Regime Diferenciado de Contratações Públicas da Lei nº 12.462/2011<sup>18</sup>. Registre-se, contudo, que por força do disposto no art. 191 da Lei nº 14.133/2021<sup>19</sup> não se estenderão ou aplicarão as disposições da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 e de seus regulamentos ao rito procedimental das licitações e contratações regidas pela Lei nº 14.133/2021.

## Definição das demais colocações

Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento), o órgão poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações. Busca a licitação, desse modo, perquirir preços mais vantajosos também dos licitantes posicionados em segunda e demais colocações. Isto porque, em caso de desclassificação da melhor proposta ou inabilitação do respectivo licitante, são convocados os licitantes subsequentes, de acordo com os preços por eles apresentados.

## Desclassificação das propostas

A Lei nº 14.133/2021 preconiza que serão desclassificadas as propostas que:

a) contiverem vícios insanáveis, sublinhando-se que o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

b) não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital; sob esse aspecto, o não cumprimento de especificações que deveriam ser apresentadas na proposta, não autoriza o saneamento;

c) apresentarem preços inexequíveis ou que permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação; tema complexo, sobretudo na prática, pois vários são os fatores que compõem o preço de um bem, serviço ou obra; por vezes há indícios de inexequibilidade, mas não há meios de comprovação;

d) não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração; constitui dever da Administração oportunizar ao licitante a possibilidade de comprovar a exequibilidade de sua proposta;

e) apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

A verificação da conformidade das propostas, segundo o novo marco legal, poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada. Essa é a regra do pregão regido pela Lei nº 10.520/2002 e seus regulamentos, absorvida pela nova lei.

## JULGAMENTO

A fase de julgamento das propostas que, em regra, deve anteceder a fase de habilitação, assim como ocorre na modalidade de pregão da Lei nº 10.520/2002, analisará a proposta classificada em primeiro lugar, sempre que adotado o critério de julgamento baseado no menor preço ou maior desconto. Para as licitações que utilizarem os demais critérios (melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço ou maior retorno econômico), o julgamento observará os quesitos indicados no edital da licitação. A definição acerca do critério de julgamento aplicável ocorrerá na fase preparatória da licitação, mormente quando da elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares – ETP.

Na fase de julgamento, desde que previsto no edital, o órgão licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico. A Lei nº 14.133/2021 inova ao incorporar os procedimentos como a homologação das amostras ou PoC- Prova de Conceito<sup>20</sup> nas contratações de Tecnologia da Informação, importantes para a aceitação do objeto. Sobre o tema PoC, cabe registrar que esse procedimento tem um momento específico para sua realização, na fase externa da licitação, após o julgamento da proposta, não sendo indicada a sua realização na fase interna do processo, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União<sup>21</sup>.

## **PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

De acordo com o art. 4º combinado com o art. 60, § 2º da Lei nº 14.133/2021, aplicam-se às licitações realizadas sob o novo regime as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006, de modo que a aplicação do direito ao tratamento simplificado e diferenciado às entidades de menor porte precederá eventual fase de desempate de propostas e aplicação de critérios de preferência.

## **CRITÉRIOS DE DESEMPATE DE PROPOSTAS**

Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: (a) disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação; (b) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão, preferencialmente, ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstas na Lei; (c) desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; e (d) desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Entretanto, os novos critérios merecem aplausos, não fosse a regra da “ordem” a ser seguida, pois, a partir do item “b” já se verifica a dificuldade de sua aplicação. Não se imagina que haverá novo empate, e de forma sucessiva, novo empate, até que se possa utilizar, os itens subsequentes que são os maiores destaques, como: “desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento” e “desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle”.

O art. 60 da Lei nº 14.133/2021 é norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação ou complementação posterior para sua eficácia plena. No caso em tela, portanto, vislumbra-se que há um obstáculo material para que

a norma relacionada ao desempate possua eficácia, já que carece de regulamentação a respeito. Uma norma jurídica é tecnicamente eficaz quando presentes, no ordenamento, todas as condições operacionais que garantem sua aplicação ou exigibilidade. Dito de outro modo, caracteriza-se a ineficácia da norma, a qual não poderá produzir seus efeitos, quando ausentes regras regulamentadoras, de igual ou inferior hierarquia.

## **CRITÉRIOS DE PREFERÊNCIA**

Após a sequência acima citada, a Lei ainda possibilita que em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por: (a) empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize; (b) empresas brasileiras; (c) empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; e (d) empresas que comprovem a prática de mitigação nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, instituidora da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC.

## **HABILITAÇÃO**

A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação. A documentação de habilitação poderá ser apresentada em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pelo órgão e, ainda, substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na Lei nº 14.133/2021.

A documentação de habilitação poderá ser dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

De registrar-se que a dispensa, no todo, dos documentos de habilitação é incompatível com o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal, o qual estabelece que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social fica proibida de contratar com o poder público, não podendo, também, dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Há, pois, no caso específico da prova da regularidade com o sistema da seguridade social, conflito entre o permissivo constante no inciso III do art. 70 da Lei nº 14.133/2021 e a mencionada vedação constitucional, motivo pelo qual jamais poderá ser dispensada a apresentação de documentos que comprovem tal regularidade.

Após a entrega dos documentos para habilitação não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para complementação de informações acerca dos documentos já apresentados

pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame e, ainda, atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Na análise dos documentos de habilitação poderão ser sanados erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, sendo-lhes atribuído eficácia para fins de habilitação e classificação.

## **RECURSO ADMINISTRATIVO**

Caberá recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de julgamento das propostas e ato de habilitação ou inabilitação de licitante, observadas as seguintes disposições: (a) a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais será iniciado na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no § 1º do art. 17 da Lei nº 14.133/2021, da ata de julgamento; (b) a apreciação dar-se-á em fase única.

Sublinhe-se que a intenção de recorrer a ser manifestada “imediatamente” carrega grau de subjetivismo impróprio a condutores de licitações (pregoeiro, agente ou comissão de contratação), de sorte que caberá ao edital estabelecer o prazo e o termo inicial para esse fim.

O recurso será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, que, se não reconsiderar o ato ou a decisão no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado do recebimento dos autos. O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e terá início na data de intimação pessoal ou de divulgação da interposição do recurso.

## **ENCERRAMENTO DA LICITAÇÃO**

Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá: (a) determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades; (b) revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade; (c) proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável; ou (d) adjudicar o objeto e homologar a licitação.

## **HOMOLOGAÇÃO**

A homologação consiste na aprovação, pela autoridade administrativa competente, dos procedimentos observados na licitação, a fim de que produza os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Não constitui mera formalidade por meio da qual a autoridade competente apõe sua assinatura nos autos do processo para

certificar que tomou ciência do resultado do certame. Com a homologação, a autoridade administrativa atesta que se cumpriu o devido processo legal da licitação. Ao homologar a licitação, a autoridade competente também avalia a conveniência da contratação, seguindo-se que o ato cumpre dupla finalidade: atesta que o procedimento licitatório atendeu aos princípios e normas de regência e que a contratação do objeto licitado satisfaz ao interesse público.

Após a homologação do processo licitatório serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º do art. 54 da Lei nº 14.133/2021, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.

## CONCLUSÃO

A Lei nº 14.133, publicada em 1º de abril de 2021, estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, também, os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa, e os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela administração pública.

O diploma repete artigos conhecidos da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993), da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), assim como, incorpora disposições do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462/2011), dos Decretos federais nº 10.024/2019 (regulamenta o pregão, no formato eletrônico, no âmbito da administração pública federal) e nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013 (regulamenta o sistema de registro de preços, também, no âmbito da administração pública federal), da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e, até, do estatuto jurídico das empresas estatais (Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016), como é o caso do regime de contratação semi-integrada e das definições de sobrepreço e superfaturamento.

A Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462/2011), conforme se extrai do novo texto legal, serão revogados após decorridos dois anos da publicação oficial da nova lei. Até o decurso desse prazo, a administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com o novo estatuto geral (Lei nº 14.133/2021) ou de acordo com as leis citadas (Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 ou nº 12.462/2011). A opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada das referidas normas por criar sistema híbrido de licitação ou de contratação direta. Na hipótese de a administração optar por licitar de acordo com as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, o contrato respectivo será regido pelas regras previstas nesses diplomas, durante toda a sua vigência.

De acordo com o Parecer n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU (NUP 00688.000716/2019-43), produzido pela Câmara Nacional de Modelos de

Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União, não é possível a recepção de regulamentos das Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 ou 12.462/2011 pela Lei nº 14.133/2021, conforme excerto de sua ementa a seguir transcrito:

EMENTA: [...] XIII – Não é possível a recepção de regulamentos das leis nº 8.666/93, 10.520/02 ou 12.462/11 para a Lei no 14.133/21, enquanto todas essas leis permanecerem em vigor, independentemente de compatibilidade de mérito, ressalvada a possibilidade de emissão de ato normativo, pela autoridade competente, ratificando o uso do regulamento para contratações sob a égide da nova legislação.

Por força do disposto no art. 191 da Lei nº 14.133/2021 não se estenderão ou aplicarão as disposições da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 e de seus regulamentos ao rito procedimental das licitações e contratações regidas pela Lei nº 14.133/2021. Caso a norma editada para o fim de regulamentar a Lei nº 14.133/2021 estabeleça a aplicabilidade da norma anteriormente editada, regulamentadora da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 ou da Lei nº 12.462/2011, neste caso, por disposição expressa, aplicar-se-á a norma anterior.

A atuação dos agentes públicos no trato com licitações e contratações exige-lhes a observância dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, correlata aos deveres a eles impostos de garantir isonomia a todos que almejam contratar com o Poder Público e de processar e julgar o certame em estrita conformidade com os princípios básicos aplicáveis e as regras de regência. Essa atuação submete-se ao controle externo, este exercido pelos Tribunais de Contas, na qualidade de órgãos auxiliares do Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário e pela sociedade, sem prejuízo do sistema de controle interno. Várias são as dúvidas que se apresentam no cotidiano dos agentes públicos que atuam nesses processos, sobretudo as decorrentes da edição de um novo ordenamento normativo. Paulatinamente constroem-se soluções para tais dúvidas, por meio da doutrina administrativa especializada, manifestações jurídicas produzidas por órgãos de consultoria, orientações e instruções normativas e da jurisprudência dos Tribunais Judiciais e de Contas. Este estudo visa a agregar soluções, de modo a contribuir para o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação de agentes públicos em face do novo regime jurídico de licitações vigente (Lei nº 14.133/2021), em atendimento ao preconizado no seu art. 169, § 3º, inciso I<sup>22</sup>. 

## NOTAS

- 1 O planejamento da contratação, seja ela precedida de licitação ou não, encontra previsão nos seguintes dispositivos da Lei nº 14.133/2021: como princípio, no art. 5º, *caput*; na etapa da contratação do inciso XX do art. 6º; na fase preparatória do processo de licitação do art. 18, *caput*; e correlacionado com ações da Administração acerca das licitações e contratações, em especial ao Plano Anual de Contratação.

- 2 Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. § 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas: I – no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte; II – no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte. § 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação. § 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.
- 3 Art. 24. Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da Contratação deve realizar os Estudos Preliminares, conforme estabelecido em ato do Secretário de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 49, de 2020)
- 4 Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: [...] IV – estudo técnico preliminar – documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência;
- 5 Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
- 6 Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.
- 7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
- 8 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]
- Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
- 9 Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I – preparatória; II – publicação do instrumento convocatório; III – apresentação de propostas ou lances; IV – julgamento; V – habilitação; VI – recursal;

e VII – encerramento. Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

- 10 Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: I – aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
- 11 Segundo o Painel de Compras, em 2020 o sistema de compras do governo federal foi utilizado para operacionalização de cerca de 176 mil processos de contratação, com mais de 306 mil fornecedores habilitados. Nesse mesmo período, as compras governamentais homologadas no sistema movimentaram cerca de R\$ 108,6 bilhões. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/Governo/Compras-governamentais/Compras-Governamentais%3A-Governo-aposenta-ComprasNet-e-anuncia-o-Compras.gov.br-58340.html?UserActiveTemplate=mobile>
- 12 Niebuhr, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. / Joel de Menezes Niebuhr. – 7 ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.77 (Coleção Fórum Menezes Niebuhr) p. 416.
- 13 O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP foi implementado pelo Governo Federal no dia 09 de agosto de 2021, cujo acesso efetiva-se por meio do site <https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp>
- 14 Lei 14.133, de 1 de abril de 2021. Ver artigo (...) “Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). § 1º (VETADO).  
§ 1º Sem prejuízo do disposto no *caput*, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação. (Promulgação partes vetadas). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm#art88%C2%A73](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm#art88%C2%A73)
- 15 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- 16 FURTADO, Madeline Rocha. A modalidade do pregão e as inovações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 218, p. 22-41, fev. 2020.

- 17 Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: [...] V – lances intermediários – lances iguais ou superiores ao menor já ofertado, porém inferiores ao último lance dado pelo próprio licitante;
- 18 Art. 17 [...] § 1º Poderão ser admitidos, nas condições estabelecidas em regulamento: I – a apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta; e II – o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente. § 2º Consideram-se intermediários os lances: I – iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta; ou II – iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.
- 19 Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.
- 20 Instrução Normativa nº 01/2019. Ver art.2º, inciso XXIV – “Prova de Conceito: amostra a ser fornecida pelo licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar para realização dos testes necessários à verificação do atendimento às especificações técnicas definidas no Termo de Referência ou Projeto Básico; e”. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70267659/do1-2019-04-05-instrucao-normativa-n-1-de-4-de-abril-de-2019-70267535](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70267659/do1-2019-04-05-instrucao-normativa-n-1-de-4-de-abril-de-2019-70267535)
- 21 TCU-Tribunal de Contas da União. Acórdão 2059/2017- Plenário, TCU.
- 22 Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: [...] § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte: I – quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

## REFERÊNCIAS

- FURTADO, Madeline Rocha. *A modalidade do pregão e as inovações*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 19, n. 218, fev. 2020.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 7. ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2015. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr)



ARQUIVO PESSOAL

**MADÉLINE ROCHA FURTADO** é Professora, Consultora e Especialista em Gestão em Logística na Administração Pública e Direito Público. Autora de livros e artigos jurídicos. Professora em cursos de Pós-Graduação. Palestrante na área de licitações e contratações da administração pública.



ARQUIVO PESSOAL

**MARINÊS RESTELATTO DOTTI** é Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora de livros e artigos jurídicos. Professora em cursos de Pós-Graduação em Direito Público. Conferencista na área de licitações e contratações da administração pública.



*Hugo Menezes*

ARQUIVO PESSOAL

## O que Tony Blair e Paulo Guedes têm em comum com você

**“A regulamentação para abertura de uma companhia *offshore* requer mais diligências e transparência do que a abertura de uma sociedade limitada no Brasil.”**

O noticiário recente apontou que duas figuras do alto escalão do Governo Federal brasileiro, como também o ex-Primeiro-Ministro britânico, Tony Blair, mantinham empresas em paraísos fiscais (apelidadas de *offshores*), segundo informações obtidas pelo ICIJ – Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos, na *Pandora Papers*.

A maior investigação da história do jornalismo expôs um sistema jurídico que beneficia os mais ricos e poderosos do mundo em um *esquema* que beirava a imoralidade em razão de uma (suposta) erosão irregular da base tributária dos países de origem dessas pessoas.

No entanto, fora as questões regulatórias que circundam os cargos daqueles mais midiáticos, o movimento realizado por cidadãos para melhor organizar seu patrimônio e otimizar as alocações no exterior utilizando estruturas societárias lícitas, as quais seus reflexos ao residente fiscal brasileiro são amplamente

regulados pela Receita Federal brasileira, bem como pelo nosso Banco Central, são medidas de defesa, que qualquer cidadão brasileiro, está habilitado a fazer sem receios.

O planejamento fiscal, de forma lícita, é a simples adesão do cidadão a uma possibilidade dada pela legislação. Afinal, qual o problema de se filiar ao SIMPLES Nacional e, depois de fazer contas e perceber que seria melhor estar no sistema do Lucro Presumido, mudar o regime para pagar menos imposto? Há uma imoralidade na tentativa de aumentar meus lucros utilizando as medidas disponibilizadas pela legislação?

Veja, a estrutura de uma *offshore* não entrega um salvo conduto para nunca se pagar imposto. Na verdade, ela ajuda a diferir o momento em que o imposto é devido. Para quem busca diversificar seus ativos por meio de alocações no mercado americano, pode constituir esse tipo de pessoa jurídica e investir, desinvestir, se expor às subidas e descidas do mercado, mas, como residente fiscal brasileiro, não deverá préstimos ao Fisco brasileiro, uma vez que o impacto fiscal acontecerá no âmbito da sua estrutura jurídica no exterior (*offshore*); ao passo que, caso mantivesse esse mesmo ritmo de investimento em uma simples conta de pessoa física, estaria sujeito aos gatilhos fiscais atrelados a esses movimentos (a se observar os valores e período desses movimentos); sem contar a sujeição às regras americanas de sucessão por morte.

E, importante, como disse, isso não significa que essa renda nunca poderá ser tributada: assim que eu, residente fiscal brasileiro e detentor daquela companhia *offshore* exemplificada no parágrafo acima, transitar com os valores para a minha pessoa física, por exemplo, caso esteja comprando um imóvel no Brasil e preciso dos valores que estavam investidos em dólar no exterior, deverei observar as regras fiscais para, se necessário, pagar o imposto devido.

No passado, havia muito sigilo, falta de transparência, as ações das companhias *offshore* eram ao portador, o que dificultava substancialmente identificar o beneficiário final dessas estruturas. Hoje, isso já não existe, os sócios estão nos documentos societários, os bancos que abrem as contas dessas companhias solicitam toda a documentação de constituição e fazem a diligência necessária.

Esse novo mundo se deve, principalmente, ao esforço dos inúmeros documentos da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre o tema e suas regras de transparência.

Após a execução de inúmeros planejamentos patrimoniais, observando as regras regulatórias de todas as jurisdições envolvidas, por exemplo, Brasil, Ilhas Virgens Britânicas e EUA, posso afirmar que a regulamentação para abertura de uma companhia *offshore* requer mais diligências e transparência do que a abertura de uma sociedade limitada no Brasil.

Como disse no início, tanto Tony Blair, como Paulo Guedes ou você, podem realizar um planejamento patrimonial lícito, utilizando estruturas *offshore* como mecanismo de otimização para a manutenção de investimentos em moeda forte sem que isso incorra em qualquer ilícito – trata-se apenas de uma medida de organização e defesa. 



# FALAR LIBERTA

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

## #NÃOSECALE

**Queremos ouvir você.**

**UMA VOZ**

**CHAMA OUTRA**