

# prática FORENSE

www.zkeditora.com

ano IV

outubro/2020

nº 46



 zakarewicz  
editora



## A ética como fundamento do direito positivado

### Destaque

Onde mora a impunidade?  
O esclarecimento de homicídios  
não é uma prioridade no Brasil

Carolina Ricardo

### Fichário Jurídico

Comentários ao art. 89 da Lei nº  
8.666/1993: Contratação direta  
fora das hipóteses legais previstas

Sidney Bittencourt

### Enfoque

Ninguém é obrigado a  
fornecer a senha do  
seu celular

Luiz Flávio Borges D'Urso

# 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

# prática FORENSE

**EDITORIA 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, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nas-sif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, 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, Lincoln Magalhães da Rocha, 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, 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

Home-page: [www.zkeditora.com/pratica](http://www.zkeditora.com/pratica)

**Redação e Correspondência**

[artigos@zkeditora.com.br](mailto: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](mailto:comercial@zkeditora.com.br)

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.



  
zakarewicz  
editora



POR MARIA ALICE SETUBAL

ARQUIVO PESSOAL

## Novas lentes para orientar as políticas de educação

**“Novas lentes para as políticas públicas, especialmente na educação, devemos afirmar que vamos enfrentar nossas mazelas e construir uma sociedade de bem-estar com justiça e solidariedade.”**

A complexidade do debate sobre a volta às aulas de forma presencial, somada aos resultados do Ideb (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica), tem colocado a educação no foco da mídia e das redes sociais.

A situação do ensino remoto, imposto pelo isolamento social, nos leva a uma camada mais aprofundada de análise, que revela a precariedade social, traduzida em desigualdades educacionais gritantes. Alguns dados contribuem para essa interpretação, como o fato de 39% dos alunos das escolas públicas não terem em casa computador ou tablet, enquanto apenas 9% dos alunos das escolas particulares não possuem esses recursos (Cetic 2019).

O tempo de atividades dos estudantes durante esse período também é desigual. Dados da Rede de Pesquisa Solidária apontam que 4,3 milhões de alunos não brancos (pretos, pardos e indígenas) da rede pública ficaram sem atividade escolar em casa durante a pandemia. Enquanto isso, entre os estudantes brancos, o número foi de 1,5 milhão de estudantes sem atividades (quase três vezes menor).

Colocar outra lente para pensar nossa educação significa analisar os dados não apenas pela média dada pelo Ideb, mas sim observá-los à luz das desigualdades educacionais de modo a garantir que as condições de nível socioeconômico, raça e gênero não sejam definidoras do resultado escolar.

Equidade se faz dando mais a quem mais precisa, ou seja, melhores professores, materiais didáticos e infraestrutura escolar para as regiões periféricas dos centros urbanos – onde o contingente de população negra se faz mais presente – e da zona rural, que são as mais precárias e onde há a necessidade de um esforço maior para que os estudantes alcancem patamares adequados de aprendizagem.

Ao ressignificar nossas prioridades, podemos também pensar no engessamento e no conteudismo, como mencionou o reitor da Unicamp, Marcelo Knobel, referindo-se ao ensino superior. Colocação que me parece valer para a educação básica. É preciso pensar uma formação cidadã que dialogue com o contexto do mundo, como defendia Paulo Freire, trazendo para dentro da escola as questões e inovações da sociedade contemporânea e da realidade dos alunos. Uma educação capaz de desenvolver de forma mais contundente as habilidades de se expressar, dialogar, trabalhar em cooperação e colaboração, incentivando a busca por soluções criativas para as comunidades, e o respeito a cada um na sua singularidade, como sujeito de direitos e potencial criador de um espaço público democrático onde haja uma preocupação com a vida e o mundo comum.

Não se trata de começar do zero. A nova Base Nacional Comum Curricular (BNCC) explicita esses valores e competências. Também não se trata de escolher entre aprendizagem e cidadania, mas sim de agregar uma formação cidadã que prepare nossas crianças e jovens com um olhar sistêmico e holístico para viverem num mundo que leve em conta os territórios locais, nacionais e globais de forma interdependente.

Para isso, precisamos de lideranças que orientem, monitorem e persigam resultados concretos por meio de políticas públicas participativas e em parceria com a sociedade civil. No momento atual, o Ministério da Educação ainda não formulou uma política que dê conta de nossos desafios. No âmbito municipal, temos eleições em novembro e devemos cobrar dos candidatos soluções e políticas que integrem a participação dos cidadãos e tragam soluções de curto, médio e longo prazo, construindo uma sociedade que permita a todos uma participação plena na economia moderna – e, portanto, uma sociedade que enfrente suas desigualdades e o racismo estrutural brasileiro.

Assim como Miguilim, personagem de Guimarães Rosa que, ao colocar pela primeira vez seus óculos, exclamou: “o Mutum era bonito! Agora ele sabia”, portando novas lentes para as políticas públicas, especialmente na educação, devemos afirmar que vamos enfrentar nossas mazelas e construir uma sociedade de bem-estar com justiça e solidariedade. 

---

**MARIA ALICE SETUBAL** é Doutora em psicologia da educação (PUC-SP), socióloga e presidente do Conselho da Fundação Tide Setubal e do Gife (Grupo de Institutos, Fundações e Empresas).

3

## Primeira Página

**Novas lentes para orientar as políticas de educação**

*Maria Alice Setubal*

7

## Especial

**A ética como fundamento do direito positivado**

*Nei Calderon*



20

## Destaque

**Onde mora a impunidade? O esclarecimento de homicídios não é uma prioridade no Brasil**

*Carolina Ricardo*

22

## Gestão Empresarial

**Responsabilidade das empresas, ESG e negócios assimétricos**

*Lucas Augustus Alves Miglioli*



24

## Como Decidem os Tribunais

**Ressarcimento das vítimas em casos de pirâmide financeira**

*Jorge Calazans*



26

## Saiba Mais

**Simulador de aposentadoria do INSS está de volta, porém requer cuidados**

*João Badari*



30

## Processos e Procedimentos

**Da prescrição em processo administrativo disciplinar e em processo de apuração de falta ética – da similitude com as regras do direito penal**

*Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira*



48

## Prática Jurídica

**Contratos de Plano Médico Empresarial  
Resolução de Conflitos em tempo de Pandemia**

*Tânia Cristina Bonincontro*



57

## Vade Mecum Forense

**Saiba quais são os cuidados para fechamento definitivo de uma empresa**

*Percival Maricato*



63

## Direito Empresarial

**Empresas offshore  
Importante conhecer o conceito de empresa offshore e sua utilidade e legalidade**

*Luís Rodolfo Cruz e Creuz*



70

## Know How



**Céticos, mentiras e fake news**

*Luiz Guilherme Piva*

74

## Planejamento Financeiro



**Como estudar com pouco dinheiro**

*Marcia Dessen*

78

## Fichário Jurídico



**Comentários ao art. 89 da Lei nº 8.666/1993: Contratação direta fora das hipóteses legais previstas**

*Sidney Bittencourt*

102

## Expressões Latinas



**Ad Litteram**

*Vicente de Paulo Saraiva*

107

## Questões de Direito



**Iluminação pública. Novas regras às Distribuidoras de Energia e os impactos nas concessões dos serviços de iluminação**

*Alfredo Gioielli*

116

## Prática de Processo



**Com o advento da Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019) em vigor, qual o verdadeiro prazo de conclusão do inquérito policial com investigado preso?**

*Marcel Gomes de Oliveira e Joaquim Leitão Júnior*

72

## Visão Jurídica



**Educação inclusiva é um caminho sem volta**

*Carlos Eduardo Rios do Amaral*

76

## Direito Ambiental



**Saneamento básico promete agenda positiva do Brasil**

*Paulo Franco*

100

## Enfoque



**Ninguém é obrigado a fornecer a senha do seu celular**

*Luiz Flávio Borges D'Urso*

104

## Casos Práticos



**Adoção de 50 crianças e adolescentes?**

*Eudes Quintino de Oliveira Júnior*

114

## Painel Universitário



**Ação de cobrança Judicial**

*Carla Graziela Porto*

121

## Espaço Aberto

**A importância da mídia para a visibilidade da violência sexual**

*Fernando Castelo Branco e Luciana Temer*



## A ética como fundamento do direito positivado

por NEI CALDERON

**“Na era moderna, a ética deve ser vista como mais um instrumento para alcançar a felicidade, vista esta como um reflexo da dignidade da pessoa humana e do próprio bem comum.”**

**D**o ponto de vista etimológico, a palavra ética origina-se do grego *ethos*, que significa *modo de ser, caráter*, considerados como forma de vida adquirida ou conquistada pelo homem. Já a moral vem do latim *mos* ou *mores*, que quer dizer *costume*, no sentido de conjunto de normas ou regras adquiridas pelo hábito<sup>1</sup>.

Mas o significado etimológico de ética e moral não representa o atual sentido dos conceitos.

Podemos afirmar que ética e moral não decorrem de uma disposição natural, mas sim são adquiridas e construídas pelo hábito, ou seja, são resultado das relações sociais.

O homem age por condutas assumidas diante das questões que lhe são postas e exigem uma decisão, uma ação. As decisões tomadas, ou mesmo a opção por não decidir, encontram seu fundamento em valores e na moral. As posturas adotadas pelo homem diante de um conjunto de situações são classificadas como comportamento prático-moral<sup>2</sup>.

Quando se reflete com profundidade esse julgar, avaliar e decidir, ocorre a passagem do plano da prática moral para o plano da teoria moral. É a passagem da moral efetiva para a moral reflexa. A moral reflexa é o terreno do pensamento filosófico onde se engendram reflexões profundas e criteriosas, configuradas em problemas teóricos-morais ou éticos.

O comportamento humano é um fato e cabe à ética explicá-lo, como objeto de reflexão.

Portanto, a ética é a moral refletida<sup>3</sup>.

No entanto, não cabe à ética formar juízo de valor sobre a prática moral da sociedade à sua época, em nome de uma suposta moral absoluta e universal. O papel da ética é explicar a razão de ser da pluralidade e das mudanças da moral.

Assim, a ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. A ética não cria moral, uma vez que seu objeto de estudo é formado por determinado tipo de atos humanos: os atos conscientes e voluntários.

---

### OS FILÓSOFOS GREGOS E O CONCEITO DE ÉTICA

---

A vida ética fornece aos membros da sociedade uma estrutura para abordar questões controversas ou sensíveis, para que todos possam coexistir pacificamente.

Na Grécia Antiga, período que coincide com o século IV a.C., os filósofos gregos foram os primeiros a pensar o conceito de ética, associando a tal palavra a ideia de moral e cidadania.

Sócrates, Platão e Aristóteles são os pensadores gregos mais citados no campo da ética. Em linhas gerais, afirmavam que a conduta do ser humano deveria ser pautada no equilíbrio, como reflexo de ética, que exigiria assim a virtude, a estreiteza moral e outras atitudes voltadas para a ética<sup>4</sup>.

Para Sócrates, bondade, conhecimento e felicidade se entrelaçam estreitamente. O homem age retamente quando conhece o bem e, conhecendo-o, não pode deixar de praticá-lo; por outro lado, aspirando ao bem, sente-se dono de si mesmo e, por conseguinte, é feliz. Virtude é sabedoria e conhecimento. Já o vício é o resultado da ignorância. O saber fundamental é o saber a respeito do homem. Sobre essa ideia, o pensador teria dito suas frases mais conhecidas como: “conhece-te a ti mesmo” e “sei que nada sei”<sup>5</sup>.

Platão foi discípulo e admirador de Sócrates. A descoberta da metafísica é atribuída a Platão, cujas reflexões filosóficas culminam para o mundo das ideias. Segundo a Teoria das Ideias de Platão, existem dois mundos; o primeiro mundo é composto por ideias imutáveis, eternas, invisíveis e diferentes das coisas concretas; o segundo, o mundo real, é constituído por réplicas das ideias (coisas sensíveis), cópias imperfeitas e mutáveis. Ao contrário do que se pode pensar, o mundo das Ideias, de Platão, é o lugar das coisas verdadeiras

enquanto o mundo real é o lugar onde reinam as aparências e as sombras. Segundo esta premissa, o homem não se pode deixar levar pelos sentidos, que sempre lhe passam uma percepção distorcida das coisas que o rodeiam. A verdadeira realidade só pode ser atingida e verdadeiramente compreendida por intermédio da razão.

Platão também afirma que o bem é um molde sobre o qual deveria se processar toda a ação humana; o elemento da vontade do homem deveria estar sempre voltado para o bem.

A ética de Platão considerava as ideias dominantes, a partir da realidade social e política de sua época.

Aristóteles ingressou na Academia de Platão e estudou ali até a morte do mestre, quando consolidou sua vocação para filósofo. Afirmava que a felicidade era a finalidade de todo homem e a plena realização humana era a contemplação do exercício da razão humana. Ensinava que há três formas de alcançar a felicidade: pela virtude, pela sabedoria e pelo prazer. As suas obras foram das mais discutidas e comentadas da Antiguidade, deixando uma importante herança para a história da cultura e da filosofia.

Nas palavras de Aristóteles, “cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é um bom juiz em relação ao mesmo e o homem que recebeu uma instrução global é um bom juiz em geral”<sup>6</sup>.

Para Aristóteles, então, a ética tem por objetivo determinar qual é o bem supremo para as criaturas humanas (a felicidade) e qual é a finalidade da vida humana (fruir esta felicidade da maneira mais elevada a contemplação).

Não há como negar que o campo de ação da ética sofreu profundas modificações com relação ao conceito aristotélico. Nem poderia deixar de ser diferente, pois as ações e relações humanas, embora mantenham uma certa identidade com as dos tempos dos gregos, hoje são muito mais complexas, mais vulneráveis em alguns sentidos, mais esguias em relação aos outros, entre outros aspectos.

Os costumes, os princípios e, acima de tudo, os valores atuais, em nada se parecem com os dos antigos, como consequência, estamos presenciando uma nova formulação da moral comportamental.

---

## A ÉTICA ARISTOTÉLICA E A PRUDÊNCIA ROMANA

---

Uma das lições fundamentais da ética Aristotélica é que a felicidade somente pode existir quando houver a coexistência harmoniosa entre o eu individualizado e o eu social.

Aristóteles parte de dois conceitos interligados: a prudência e a justiça. A prudência está materializada na virtude do juiz que aplica a lei universal e *in abstracto* ao caso individualizado.

A prudência era vista como a virtude humana por excelência, a virtude do intelecto prático, que se resumiria na virtude do bem-agir. Neste momento surge a interligação entre prudência e teoria: se de um lado a prudência se articula necessariamente às outras virtudes morais, por outro lado ela não se dissocia da sabedoria teórica<sup>7</sup>.

Assim, agir virtuosamente implica a “articulação de duas virtudes intelectuais – a *sophia*, que vê os fins, e *phronesis*, que encontra os meios – com as virtudes morais”<sup>8</sup>. E cabe ao homem o dever de descobrir e utilizar os meios, os caminhos e os recursos para conseguir a felicidade.

Nessa visão complexa, a *phronesis* é tomada de maneira tão central por Aristóteles, que ele não define virtude sem se referir à prudência: “a virtude é a disposição que dirige a decisão que consiste num meio termo justo, relativo a nós, cuja norma é a regra determinada sob a forma de uma relação, isto é: aquela que lhe daria o prudente”<sup>9</sup>. O prudente passa a ser a “encarnação da boa regra, da justa medida. E a prudência o atributo primordial do juiz”<sup>10</sup>. Os romanos traduziram *phronesis* por prudência<sup>11</sup>.

O Direito Romano foi o primeiro sistema jurídico com vocação universal da História. A explicação desse universalismo do Direito romano “foi a criação da *iurisprudencia* ou ciência do direito; ou seja, a análise racional do fenômeno jurídico mediante a elaboração de conceitos e princípios, tal como ocorreu com o saber filosófico dos gregos”<sup>12</sup>.

Com o surgimento da *pólis* ocorreu uma mudança de paradigma, que elevou o homem ao patamar de cidadão, com uma consequente participação no debate na praça pública, afastando os meros desígnios divinos.

Assim, o comportamento antijurídico passa a ser enfrentado por estruturas estabelecidas pela sociedade, possibilitando-se ao acusado a faculdade de, através de argumentos, demonstrar sua inocência, se for o caso. Assim, o julgamento supera o mero conflito entre o bem e o mal e, principalmente, o convívio social não é mais regulado por critérios maniqueístas, sendo reelaborado o conceito de justiça.

Assim, a *phronesis* – ou prudência segundo os romanos – passou a ser representada por uma racionalidade capaz de discernir o que é bom ou mau para o “ser humano, tornando-o hábil para agir na esfera dos bens humanos, vale dizer, na ação política. Não se trata de um conhecimento puro, mas de uma razão intuitiva que discerne não o exato, mas o correto”<sup>13</sup>.

Essa busca do certo e do justo, necessita de uma técnica para sua aplicação, a dialética, que é a técnica das contradições. Dessa maneira, o diálogo das opiniões contrárias seria possível e necessário por intermédio de um procedimento crítico, no intuito de negar e de erradicar as teses em desequilíbrio, tornando fortes e hígdas, em contraponto, as teses adequadas.

Assim, a dialética funcionava como uma espécie de “lógica da verdade procurada. Sob a influência de discussões filosóficas desse porte, a política grega confundia-se com a atividade ética da prudência”<sup>14</sup>.

A prudência grega – particularmente a equidade – verte-se na jurisprudência romana – “a virtude moral do discernimento, uma vez ligada aos atos de julgar, confere ao direito o caráter de equilíbrio e ponderação”<sup>15</sup>. Quando os romanos incorporaram o raciocínio prudencial e a técnica dialética, começaram a produzir um saber jurídico de natureza prática, atingindo, não raras vezes, graus de abstração extremadamente elevados<sup>16</sup>.

A literatura jurídica romana é farta ao indicar que, mesmo de forma gradativa, os tribunais e júzoes se especializavam, assim como se desenvolveu

uma linguagem própria dos juristas – com princípios, regras, meios de interpretação e de persuasão. Não pairam dúvidas de que essas estruturas estavam assentadas na sólida base da ética das virtudes. A questão que é superada por essa ética consiste em que a atividade do juiz não se encontrava mais ligada a termos mágicos, demiúrgicos, a rituais seriados. O juiz era alguém que passou a decidir – e a responder por sua decisão.

Enquanto a prudência aristotélica “era uma promessa de orientação da ação em busca do certo e do justo, a jurisprudência romana era a confirmação do certo e do justo nos feitos e exemplos dos antepassados e dos costumes daí derivados”<sup>17</sup>. Os romanos, “habitados a respeitar os limites da tradição, tiveram mais facilidade em transformar os métodos da retórica e da dialética em instrumentos jurídicos”<sup>18</sup>.

A felicidade humana, objeto da ética, é fruto da justiça. E a justiça perfaz-se, pelo menos numa de suas dimensões, na prática jurídica. A política tenta tornar os homens mais justos, não se constituindo apenas numa ação de manter a ordem pela ordem. A aplicação do direito se conforma em uma dessas práticas.

Nosso sistema jurídico é o sistema romanista, que traz, como uma de suas fontes, a jurisprudência, sendo certo, portanto, que nossa ordem jurídica não precisa concentrar-se unicamente na aplicação normativa, num positivismo legalista, desprovido de valores, mas sim ser oxigenada pela jurisprudência. Por ser perene atualização do justo, o direito se constitui em condição primeira de toda cultura, e nisso reside a dignidade da jurisprudência<sup>19</sup>. Já daí se percebe que o conceito de equidade aristotélico foi o embrião daquilo que concebemos como jurisprudência.

---

## A ÉTICA E O DIREITO POSITIVO – A TEORIA PURA DO DIREITO

---

Preliminarmente à discussão do conceito de ética no direito positivo, é importante trazermos breves considerações acerca da Teoria Pura do Direito, elaborada por Hans Kelsen<sup>20</sup>.

Kelsen construiu em sua teoria uma ciência jurídica desprovida de ideologismo<sup>21</sup>, que considerava o direito positivo como uma realidade jurídica, que exigiria assim a explicação do “ser”, e não no idealismo do “dever ser”<sup>22</sup>. Assim, aquilo que é deve ser explicado como é, e não como deveria ser.

É uma teoria que desenvolve uma visão extremamente técnica que, nas palavras de Kelsen: “[...] se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não de possa rigorosamente determinar como Direito. Quer isto dizer que ela visa libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estanhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental”<sup>23</sup>.

O ato – ou a conduta – em si tem uma motivação social, histórica e cultural. Mas a interpretação e a valoração do ato decorrem de um processo de valoração social que culmina na fixação de normas positivas, que uma vez postas se desprendem da valoração social que as originou. Kelsen esclarece de forma expressa que “[...] poderemos distinguir entre dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais



**“No dizer de Aristóteles “cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é um bom juiz em relação ao mesmo e o homem que recebeu uma instrução global é um bom juiz em geral”.”**

atos, uma manifestação externa da conduta humana; segundo, a significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito”<sup>24</sup>.

Portanto, a norma é aquilo que empresta à conduta valoração, ou seja, que empresta ao ato significado seja ele jurídico ou antijurídico conforme a vontade implícita no momento de elaboração da norma, que pressupõe as expectativas sociais implícitas no momento de sua criação, que não é objeto de avaliação quando da aplicação da norma abstrata, enquanto parte de um sistema positivo. A norma deve ser então considerada como verdadeiro esquema de interpretação e valoração da conduta social, dentro de critérios objetivos e científicos.

Portanto, o ser é um fato real, e o dever-ser é um fato real que possui significado perante a norma jurídica, de tal forma que adquire juridicidade. O dever-ser é a conduta<sup>25</sup> que se adéqua ao prescrito na norma, que esta determina como sendo uma permissão, faculdade, competência ou obrigação<sup>26</sup>.

A chave da compreensão da Teoria Pura do Direito é entender o “dever-ser” como o sentido subjetivo de todo ato de vontade através do qual um indivíduo, intencionalmente, visa à conduta de outrem. Entretanto, quando este “dever-ser” objetiva a satisfação de uma norma jurídica, será o “dever-ser” uma “norma válida”, amparado pelo ordenamento positivo-jurídico que lhe confere competência para tal<sup>27</sup>.

A validade da norma que integra o ordenamento jurídico decorre de uma “norma fundamental”, emanada de uma entidade competente, que teve tal competência legada pela Constituição, que representa o pressuposto máximo

de validade do dever-ser objetivo emanado das demais normas<sup>28</sup>. A “norma fundamental” é de certa forma um ponto de conexão ao subjetivismo do Direito Natural, já que não possui nada que lhe garanta a validade – nenhuma norma ou ato legislativo ou jurídico anterior –, mas apenas depende de sua aceitação por parte do povo e um Estado que, respeitando-a, a reconhecem como verdadeira e passa assim a existir, podendo sofrer positivação por via legislativa em alguns casos.

“No fato de, segundo uma teoria jurídica positivista, a validade do Direito positivo se apoiar numa norma fundamental que não é uma norma posta, mas uma norma pressuposta e que, portanto, não é uma norma pertencente ao Direito positivo cuja validade objetiva é por ela fundamentada, e também no fato de, segundo uma teoria jusnaturalista, a validade do Direito positivo se apoiar numa norma que não é uma norma pertencente ao Direito positivo relativamente ao qual ela funciona como critério ou medida de valor, podemos ver um certo limite imposto ao princípio do positivismo jurídico. Pelo mesmo motivo, podemos considerar a distinção entre uma teoria jurídica positivista e uma teoria jusnaturalista como uma distinção simplesmente relativa, não absoluta. A diferença entre estas duas teorias, porém, é suficientemente grande para excluir a concepção que ignora tal diferença e segundo a qual a teoria positivista da norma fundamental apresentada pela Teoria Pura do Direito seria uma teoria jusnaturalista”<sup>29</sup>.

A norma tem o poder de estatuir uma determinada conduta humana como devida. Se esta conduta se enquadra no disposto na norma ela será valorada, ou seja, considerada “boa”, caso contrário será desvalorada, ou seja, considerada “má”. O juízo segundo o qual esta conduta é confrontada com o constante na norma e julgada como “boa” ou “má” é chamado de “juízo de valor”, e pode ser respectivamente positivo ou negativo conforme o dito acima. Este juízo de valor recai sempre sobre fatos da ordem do ser<sup>30</sup>.

Estes valores que fundamentam os juízos são voláteis e arbitrários, pois possuem origem humana, logo podem mudar conforme as concepções dos seres humanos mudam com o passar do tempo: “quer isto dizer que a vigência de uma norma desta espécie que prescreva uma determinada conduta como obrigatória, bem como a do valor por ela constituído, não exclui a possibilidade de vigência de uma outra norma que prescreva conduta oposta e constitua um valor oposto”<sup>31</sup>.

O valor é ainda apontado como uma relação que tem a conduta humana como o fim almejado. Este fim poderia ter valor positivo ou negativo, e ser objetivo ou subjetivo. Um fim que se concretiza seria positivo; aquele que se desvia ou não se concretiza seria, por óbvio, negativo. Um fim objetivo é algo que deve ser realizado por força da legislação positiva que o estatui, já o fim subjetivo é aquele que o ser humano mostra, em si mesmo, como um desejo pessoal que anseia por concretizar<sup>32</sup>.

A conduta pode ser prejudicial ou útil, mas em ambos os casos é passível de receber sanções que podem ocorrer em forma de castigos ou prêmios<sup>33</sup>. O princípio que leva esta ordem a reagir a uma determinada conduta com um destes tipos de sanção chama-se *Vergeltung*, ou princípio retributivo.

A relação entre direito e moral era uma questão que merecia grande discussão nos fundamentos do sistema jurídico, mas que ganha uma explicação mais científica e objetiva a partir do direito positivo.

À evidência, moral e direito, bem como moral e ética, não se confundem.

O julgamento moral de uma conduta pode surgir no momento de criação da lei. Mas posta a lei, não se discute, em regra, a moral da conduta, que passa a ser classificada como jurídica ou antijurídica, neste caso entendida como aquela que é objeto de penalização pelo direito.

Moral e ética, como já dito, são igualmente diversas, em fundamento e finalidade.

A moral é inerente à sociedade e à construção de seus valores históricos. A ética, por sua vez, é o estudo da moral sob a ótica jurídica e científica. É de suma importância que se compreenda que as diferenças entre normas morais e normas jurídicas não obstam que as mesmas por vezes estejam conectadas pelo liame da sociedade na qual vigem, mas primeiro é necessário analisar as normas morais como normas sociais.

Kelsen ressalta o quanto é importante distinguir ética de moral, visto que a primeira cuida da análise da segunda, e esta, por sua vez, é oriunda daquilo que a sociedade considera como bom e justo<sup>34</sup>. Logo, pode-se dizer que a moral é oriunda do espírito de época de uma determinada sociedade.

Mas a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen transcende a filosofia e a mera análise do justo a partir de uma realidade social. Sua obra funde filosofia e ciência para trazer conceitos abstratos de uma forma objetiva. Traz uma visão concisa e sistemática do universo jurídico puro despido de quaisquer ideologias, de forma a alicerçar o conhecimento jurídico-positivo.

Moral é aquilo que a sociedade considera justo, sem qualquer forma de manipulação ou de interferência. Kelsen entende que a moral pode ser utilizada como um instrumento eficaz de controle político. A justiça é relativa, pois serve a moral, mas a moral também pode servir a justiça.

No direito positivo prevalece o conceito de justiça, dentro de um sistema como norma positivada. O justo é o previsto na lei. Sua fundamentação é objeto de estudo da filosofia, e não da teoria pura do direito – que por isso foi denominada como pura.

Assim, a Teoria Pura do Direito, livre de qualquer ideologia social ou política, parece-nos uma tese abstrata, que deve ser interpretada em termos, pois todos os grandes progressos do Direito se deram quando o mesmo se engajou em libertar o homem das trevas e da opressão, dando-o forças para se levantar trazendo consigo a bandeira das revoluções políticas que abalaram o mundo. O próprio Kelsen forjou sua teoria com um objetivo: desvincular o direito da vontade do governante, ou das ideologias políticas, para lhes servir de fundamento, fundamento este que almejava para si o status de verdade absoluta, pois segundo ele: “Assim, pois, nada parece hoje mais extemporâneo que uma teoria do Direito que quer manter sua pureza, enquanto para as outras não há poder, seja qual for que elas não estejam prontas a oferecer-se, quando já não tem pejo de alto, bom som e publicamente reclamar uma ciência do Direito política e de exigir para esta o nome de ciência “pura”, louvando assim como virtude o que, quando muito, só a mais dura necessidade pessoal poderia desculpar”<sup>35</sup>.

---

## O EVOLUÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE ÉTICA

---

No mundo contemporâneo existe uma crescente necessidade de discussão de dilemas éticos. A ética é um aspecto a ser considerado nas relações humanas.

Partiremos então de alguns conceitos já abordados.

A felicidade, definida como a “recompensa de um esforço constante e bem orientado”<sup>36</sup>, é o que há de mais valioso para o ser humano. A busca pela felicidade passa pelo entendimento dos conceitos de ética e moral, tema já abordado sob a ótica dos filósofos gregos e da teoria kelseniana, à evidência.

Comparato concede à palavra ética um sentido amplo, inerente à era moderna, que abrange religião, moral e direito<sup>37</sup>. No entanto, a definição de ética variou ao longo da história, permanecendo apenas um traço comum: a filosofia e o monoteísmo.

Diversas transformações históricas levaram à modificação do conceito de ética ao longo do tempo. No mundo antigo, tudo era decidido pela religião, que não distinguia entre direito e moral. O que se avaliava era a consonância do comportamento humano com a tradição, sendo o novo uma desconfiança.

No entanto, o desenvolvimento do saber filosófico fundado na razão e da fé monoteísta, no período axial (sec. VIII a II a.C.) fizeram surgir crítica racional dos preceitos éticos antigos.

Na era moderna ocorreu a afirmação do indivíduo sobre o grupo social e o desenvolvimento das ciências, o que permitiu distinguir entre ética, religião e direito. O direito foi consagrado como predomínio estatal; já a ética e a religião ganharam relevância na esfera privada. O mundo moderno precisou se adaptar ao novo, e não à tradição. Houve assim uma alteração flagrante de paradigma.

Em decorrência, ganharam relevância os conceitos de dignidade da pessoa humana e de bem comum.

A dignidade da pessoa humana adquiriu papel central nas discussões sobre direitos humanos ao longo do século XX, sobretudo frente ao cenário que eclodiu na Segunda Grande Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece a dignidade humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

A relevância do conceito de bem comum decorre da contraposição entre os interesses particulares e os interesses gerais da coletividade e, em especial, da necessidade de harmonização das relações. O bem comum busca a felicidade natural, o que lhe atribui um valor político.

Segundo Comparato, “a essência do regime político republicano encontra-se na distinção entre o interesse próprio de cada um em particular e o bem comum de todos, com a exigência de que este se sobreponha sempre àquele. Os indivíduos podem viver isoladamente em função de seu interesse particular. É a ideia expressa pelos pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, com a fórmula do ‘estado de natureza’. Mas a convivência política exige o respeito superior ao interesse comum de todos os membros do grupo social (‘o estado civil’)”<sup>38</sup>.

Desse raciocínio decorre o entendimento que a supremacia do respeito ao bem comum caracteriza e faz parte da natureza do regime republicano.

A expressão dignidade associada ao princípio da dignidade humana é uma proposição introduzida por Kant, na Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Para *Kant*, o ser racional deve agir de tal forma a tratar a humanidade em sua própria pessoa e nas demais como um fim em si e nunca como um meio. Assim, no reino dos fins tudo tem um preço, ou melhor, uma dignidade. Os seres racionais, enquanto fins em si mesmos, possuem um valor intrínseco, ou seja, uma dignidade.

Para Comparato, as instituições sociais devem ser moldadas com base no princípio republicano, considerando: a supremacia dos direitos humanos, respeitados em sua integralidade; a abolição dos privilégios particulares, seja de pessoas ou de corporações; a vedação à apropriação privada dos bens comuns; e a publicidade integral dos atos oficiais<sup>39</sup>.

Partindo da análise de mitos, Comparato observa que a “convivência harmoniosa de indivíduos e povos, embora destinados todos um dia a desaparecer, é sempre preferível à busca insensata da imortalidade”<sup>40</sup>. Afirmar também que a vida para o ser humano ultrapassa o plano de um mero existir biológico, sendo um eterno escolher de caminhos em busca da felicidade, que se revela no viver para o bem, donde conclui que “o verdadeiro sentido da vida humana é manifestamente ético”<sup>41</sup>.

---

### CONCLUSÃO

---

No mundo contemporâneo “a religião e a moral foram confinadas à condição de meros costumes privados, e submetidas ao direito, reconhecido doravante como a manifestação de vontade própria do soberano político, imposta coercitivamente aos povos. É possível enxergar, atuando em profundidade desde o início do mundo moderno, dois movimentos antagônicos, de cujo embate depende hoje o futuro da humanidade: o capitalismo e a construção do sistema mundial dos direitos humanos”<sup>42</sup>.

Assim, a construção do sistema mundial de direitos humanos é a única saída possível para a existência da humanidade, com base no bem comum. Nesse sentido ganha relevância a visão ética, sobretudo no campo do direito.

As consequências das decisões tomadas nas relações humanas podem afetar somente um indivíduo, um grupo de indivíduos ou até toda a Sociedade. A ação não decorre de uma ação espontânea ou instintiva, pois o comportamento é o resultado de uma decisão refletida, pensada e raciocinada.

O comportamento ético não é um comportamento inato, primitivo. Antes, reflete o grau de amadurecimento de um indivíduo, de uma família, de uma Comunidade, de um Estado ou de uma Nação.

O problema do que fazer ou deixar de fazer, em cada situação, é um problema prático moral. Mas definir o que é bom não é problema moral cuja solução pertence ao indivíduo em cada caso particular. Antes, é um problema teórico, de competência da ética, uma vez que geral.

Pode se dizer que a essência do ato moral está diretamente vinculada à questão da responsabilidade, isto é, o comportamento é moral quando o sujeito que o pratica é responsável pelos seus atos. Isso quer dizer que o indivíduo

pode fazer o que queria fazer, ou, dito de outra forma, o sujeito teve a possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas e agiu de acordo com a decisão tomada.

Conclui-se que a responsabilidade é inseparável da liberdade da vontade, ou melhor, a liberdade traz consigo a responsabilidade.

No dizer de Aristóteles “cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é um bom juiz em relação ao mesmo e o homem que recebeu uma instrução global é um bom juiz em geral”.

Para Aristóteles, então, a ética tem por objetivo determinar qual é o bem supremo para as criaturas humanas (a felicidade) e qual é a finalidade da vida humana (fruir esta felicidade da maneira mais elevada a contemplação).

Na era moderna, a ética deve ser vista como mais um instrumento para alcançar a felicidade, vista esta como um reflexo da dignidade da pessoa humana e do próprio bem comum. Assim, a ética não é uma valoração individual, mas sim, uma visão da ação em sua interação e reflexo com a coletividade. 

## NOTAS

- 1 In <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/idiomas/etica-origem-etimologica>, acesso em 19.05.2020.
- 2 In <https://sites.google.com/site/estudoshegel/etica/o-que-e-etica>, acesso em 18.05.2020.
- 3 In [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/32581/32581\\_5.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/32581/32581_5.PDF), acesso em 19.05.2020.
- 4 In <http://www2.videolivriaria.com.br/pdfs/11675.pdf>, acesso em 20.05.2020.
- 5 In <https://www.culturagenial.com/frase-so-sei-que-nada-sei>, acesso em 20.05.2020. Ao comentar a frase, Rebeca Fuks observa que “ao proferir a frase “Só sei que nada sei”, Sócrates reconhece a sua própria ignorância. Através do paradoxo socrático, o filósofo negava categoricamente o posto de professor ou grande sabedor de qualquer conhecimento. A lógica é simples: ao afirmar que nada sabe, ratifica o fato de que também nada tem para ensinar”.
- 6 SANGALLI, Idalgo José. O Fim Último do Homem. Porto Alegre RS: EDIPUCRS, p.22.
- 7 In <https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23614/a-jurisprudencia-romana-e-as-origens-da-ciencia-do-direito>, acesso em 23.05.2020.
- 8 FÁRIA, Maria do Carmo Bettencourt de. Direito e Ética: Aristóteles, Hobbes e Kant. São Paulo: Paulus, 2007, p. 57.
- 9 ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Tradução de Mario da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2001, p. 5.
- 10 FÁRIA, Maria do Carmo Bettencourt de. Direito e Ética: Aristóteles, Hobbes e Kant. São Paulo: Paulus, 2007, p. 58.
- 11 COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 110.
- 12 COMPARATO, op. cit., p. 120.
- 13 ARANHA, Guilherme Arruda. *Introdução Crítica ao Direito: em Busca do Equilíbrio entre Regulação e Emancipação*. São Paulo: Paulus, 2011, p. 21.
- 14 ARANHA, Guilherme Arruda. *Introdução Crítica ao Direito: em Busca do Equilíbrio entre Regulação e Emancipação*. São Paulo: Paulus, 2011, p. 22.
- 15 ARANHA, op. cit., p. 22.
- 16 JUSTO, Antônio Santos. *Direito Privado Romano: Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 19-34.
- 17 ARANHA, op. cit., p. 23.
- 18 ARANHA, Guilherme Arruda. *Introdução Crítica ao Direito: em Busca do Equilíbrio entre Regulação e Emancipação*. São Paulo: Paulus, 2011, p. 23.

- 19 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 400.
- 20 Neste sentido convém a título complementar dizer que: “sustenta-se que Kelsen sofre influência de uma dupla fonte de inspiração em suas ideias metodológicas vertebrais: Kant e o positivismo científico, respectivamente redefinidos pelo neokantismo e o positivismo lógico. A fusão de algumas ideias do kantismo com outras do positivismo determinou um processo dialético entre ambas as posturas, cuja síntese é a teoria pura do Direito. Isto é, um pensamento relativamente distante e reformulado dos pressupostos indicados. Quaisquer que sejam as variantes introduzidas nas diversas versões da teoria pura, durante a longa vida de Kelsen, o saldo teórico não deixa de ser um pensamento idealista, e isto porque, tanto o processo positivista do conhecimento (em sua forma experimental ou em sua modalidade lógica) como o racionalismo (em sua forma pré-gnoseológica e dogmática ou transcendental) têm como base a mesma problemática epistemológica, definem a mesma temática fundamental e ao mesmo tempo evitam possíveis relações da teoria com a realidade. Por razões epistemológicas, sustento a tese de que o positivismo é uma forma de idealismo, porquanto diacronicamente define sua problemática através de um movimento duplo: racional e empírico, conceitual e referencial, que, aceitando sua dialética, ao mesmo tempo está desprezando tanto o idealismo puro como o empirismo ingênuo. Conseqüentemente, temos como síntese um idealismo crítico que não admite um conhecimento exclusivamente processado pelo pensamento sem fazer referência à experiência para constituir a razão em fator determinante do conhecimento a partir da experiência; e um positivismo lógico, que se distancia dos dados sensíveis, desembocando em um conceitualismo vazio e formal, que se conforma com um controle sintático da realidade. A Teoria pura do Direito, ao ser reduzida a um conceitualismo presente tanto no idealismo crítico como no positivismo lógico, consegue eliminar de sua problemática a discussão sobre os fatores co-determinantes da realidade jurídica, como também sobre o papel social e político do Direito e as dimensões ideológicas dos diversos discursos enquanto prática jurídica concreta” (WARAT, 1995, p. 131-132).
- 21 Acerca deste termo esclarece Wolkmer que: “Nisso resulta a diferença entre a Teoria Pura do Direito e a ciência jurídica tradicional, que, consciente ou inconscientemente, ora em maior ora em menor grau, tem um caráter ‘ideológico’. [...] Precisamente, através desta sua tendência anti-ideológica revela-se a teoria pura do direito como verdadeira ciência do Direito. Com efeito, a ciência tem, como conhecimento, a intenção imanente de desvendar seu objeto. A ‘ideologia’, porém, encobre a realidade enquanto [...] a desfigura” (WOLKMER, 2002, p. 164)
- 22 A este respeito esclarece: “Porém a conduta estatuída na norma como devida (como devendo ser), e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondendo ou não correspondendo à norma (isto é ao conteúdo da norma)” (KELSEN, 2000, p. 7).
- 23 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 1.
- 24 KELSEN, ob. cit., p. 02.
- 25 Com relação a expressão conduta Kelsen diz que: “A expressão “conduta devida” é ambígua. Tanto pode designar a conduta que, na norma, enquanto conteúdo da norma, é posta como devida, e que de ser mesmo quando não ponha em ser ou realize; como também a conduta que de fato é ou se realiza e corresponde ao conteúdo da norma” (KELSEN, 2000, p.07).
- 26 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 18.
- 27 KELSEN, ob. cit., p. 9.
- 28 KELSEN, ob. cit., p. 9.
- 29 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 244.
- 30 KELSEN, ob. cit., p. 09.
- 31 KELSEN, ob. cit., p. 19.
- 32 Acerca da definição do termo valor pode-se dizer que: “Como valor designa-se ainda a relação que tem um objeto, e particularmente uma conduta humana, com um fim. Adequação ao fim (Zweckmässigkeit) é o valor positivo, contradição como fim (Zweckwidrigkeit), o valor negativo. Por “fim” pode entender-se tanto um fim objetivo como um fim subjetivo. Um fim objetivo é um fim que deve ser realizado, isto é, um fim estatuído por uma norma considerada como

objetivamente válida. É um fim posto à natureza em geral, ou ao homem em particular, por uma autoridade sobrenatural ou supra-humana. Um fim subjetivo é um fim que um indivíduo se põe a si próprio, um fim que ele deseja realizar. O valor que reside na correspondência-ao-fim é, portanto, idêntico ao valor que consiste na correspondência-à-norma, ou ao valor que consiste na correspondência-ao-desejo” (KELSEN, 2000, p. 24).

- 33 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 28.
- 34 Idem, p. 67.
- 35 Idem, p. 14.
- 36 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 13.
- 37 COMPARATO, ob. cit., p. 18.
- 38 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 617/618.
- 39 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 622.
- 40 COMPARATO, ob. cit., p. 691.
- 41 COMPARATO, ob. cit., p. 695.
- 42 COMPARATO, ob. cit., p. 698.

## BIBLIOGRAFIA

- ARANHA, Guilherme Arruda. *Introdução Crítica ao Direito: em Busca do Equilíbrio entre Regulação e Emancipação*. São Paulo: Paulus, 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mario da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 mai 2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. *Direito e Ética: Aristóteles, Hobbes e Kant*. São Paulo: Paulus, 2007.
- HÖFFE, Otfried. *Aristóteles: Introdução*. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- JUSTO, Antônio Santos. *Direito Privado Romano: Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.
- PAVIANI, Jaime; SANGALLI, Idalgo José. *Ética das Virtudes*. In: TORRES, João Carlos Brum (org.). *Manual de Ética: Questões de Ética Teórica e Aplicada*. Rio de Janeiro: Vozes; Caxias do Sul: Educus, 2014.
- RAMACHANDRA V. *A Falência dos Deuses – A Idolatria Moderna e a Missão Cristã*. São Paulo: ABU, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROCHA EGG, Rosiane Follador. *Ética nas Organizações*. Curitiba PR: IESDE, 2012.
- SANGALLI, Idalgo José. *O Fim Último do Homem*. Porto Alegre RS: EDIPUCRS, 1998.
- SUNG, M. J; SILVA: J.C. *Conversando sobre Ética e Sociedade*. Petrópolis, RJ. Vozes, 2003.
- WARAT, Luís Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



**NEI CALDERON** é Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania, Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie e Pós-graduado em Gestão de Serviços Jurídicos pela FGV, com especialização em recuperação de empresas. Sócio Fundador do Escritório Rocha, Calderon e Advogados Associados, com atuação destacada nas áreas do Direito Processual, Direito Empresarial e Direito Comercial. Autor do livro “Ação Monitória no Direito Positivo Brasileiro”, é membro do Comitê de Recuperação de Crédito, do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas e Políticas.



POR CAROLINA RICARDO

ARQUIVO PESSOAL

## Onde mora a impunidade? O esclarecimento de homicídios não é uma prioridade no Brasil

**“Num país que ostenta uma população prisional com mais de 740 mil pessoas, sendo que, mais de um terço está presa sem sequer ter sido julgada, a não resposta aos homicídios é um acinte.”**

**C**om 57 mil homicídios em 2018, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil tem a segunda maior taxa de homicídios por 100 mil habitantes da América do Sul, só perdendo para a Venezuela, segundo o relatório sobre homicídios do UNODC de 2019. Apesar da brutalidade

desse número, que atinge prioritariamente homens jovens e negros e que representam parte significativa da força de trabalho brasileira, o país não consegue responder satisfatoriamente a esses crimes.

Quando se analisa a forma como o estado investiga e esclarece cada uma dessas mortes violentas, não encontramos respostas. As famílias que perderam alguém vítima desse crime costumam ficar sem direito à verdade e à justiça. O esclarecimento de homicídios não é uma prioridade no Brasil.

O país mal sabe dizer quantos homicídios são efetivamente solucionados. A terceira edição do relatório “Onde Mora a Impunidade?”, produzido pelo Instituto Sou da Paz, perguntou aos 27 estados da federação qual o percentual de homicídios esclarecidos, ou seja, quantos homicídios ocorridos em 2017 foram denunciados pelo Ministério Público entre 2017 e 2018 para calcular o indicador nacional de esclarecimento de homicídios. Apenas 11 estados souberam responder.

A má qualidade ou a falta de informações sobre o esclarecimento dos homicídios é o sinal concreto de que resolver esses crimes não tem sido o foco das autoridades em nosso país. Além de manter as famílias sem direito à justiça, a não resolução dos homicídios deixa de produzir informações relevantes e precisas sobre as circunstâncias e os envolvidos nesses crimes, o que é fundamental para que, além da correta responsabilização dos autores, seja possível direcionar esforços para preveni-los.

Ao longo das três edições do relatório, apenas quatro estados foram capazes de informar corretamente o percentual de homicídios esclarecidos: Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Rondônia e São Paulo. O fato de produzirem o dado com qualidade já é um grande resultado. E nesta última edição, os quatro estados também apresentaram significativos percentuais de esclarecimento dos homicídios, respectivamente, 42%, 67%, 58% e 54%.

Num país que ostenta uma população prisional com mais de 740 mil pessoas, sendo que, mais de um terço está presa sem sequer ter sido julgada, a não resposta aos homicídios é um acinte. Trata-se do crime mais violento e que atenta contra o bem mais precioso da humanidade, que é a vida. Nada justifica investir recursos públicos para que o sistema de segurança pública e justiça criminal siga priorizando as prisões de pessoas que cometem crimes sem violência e em flagrante e mantendo presas pessoas que não foram julgadas.

É preciso direcionar o esforço para a mira correta: os homicídios. Os Ministérios Públicos precisam produzir as informações e aprimorar o fluxo de trabalho com as polícias e o judiciário, as polícias Militar e Civil precisam trabalhar integradas com foco no esclarecimento dos homicídios e o Judiciário precisa acelerar o processamento desses crimes. Somente assim o Brasil será capaz de utilizar corretamente seus órgãos de justiça e segurança pública, de controlar essa epidemia de mortes violentas e de garantir o direito à verdade e à justiça às vítimas e familiares. 

# Responsabilidade das empresas, ESG e negócios assimétricos

POR LUCAS AUGUSTUS ALVES MIGLIOLI

“Alguns ativistas investidores empacotaram o desenvolvimento sustentável como um negócio. Puseram de lado o mundo real. É preciso ampliar o foco desse engajamento, dando carga também nas obrigações do Poder Público. Só assim os benefícios da tríade *Environment, Social and Governance* se estenderão a toda sociedade.”

**I**mpulsionada pelo ambiente de negócios convulsionado pela pandemia, ganhou força nos últimos meses a propaganda em torno da governança corporativa sob a teoria da responsabilidade social da empresa alinhada aos princípios denominados *Environment, Social and Governance* (ESG). Este movimento global – ou uma espécie de vírus contaminante por sua teoria de definir o que seria o lado bom da força – precisa vir de forma mais objetiva para o tatame. O discurso sobre quais devam ser as responsabilidades das empresas e o que elas perdem se não estiverem alinhadas com o “politicamente correto” ainda está pueril. Esgrime fragilidades, se fundamenta no futuro incerto e insano, omite o todo e se reduz a obrigações a quem pode contratar um polpudo pacote de serviços para ficar bem na opinião pública.

A relação entre governança corporativa e responsabilidade social é estrutural da organização das empresas. A sua função social tem sido aprimorada por força de pressões das relações de trabalho e do aprimoramento de sistemas legais. Sem perder a essência de geração de riqueza e distribuição aos integrantes de sua cadeia de valor. Estabelecendo-se isso como verdade relativa, chamo a atenção para o volume gigantesco de valor detida hoje por pouquíssimas empresas de tecnologia e a forma como chegaram lá. Numa comparação a ser detalhada pela academia, fica a mim a impressão de que, no mínimo, são iguais aos barões capitalistas que a história nos ensina a detestar porque implantaram a indústria do petróleo, do refrigerante, da celulose ou qualquer outra que altere o conceito

que se almeje ideal para o meio ambiente. Gasta-se bilhões para desenvolver carros elétricos enquanto milhões de pessoas sucumbem à fome, doenças, perseguições etc. Isso deveria ser uma vergonha para nós, seres humanos.

Na medida em que não se tenha isto na tela, a tendência de levar as empresas para o que se entende como boas práticas nas relações com a sociedade demonstra estar sendo, na verdade, a prática de responsabiliza-las por serem o que são, mesmo agindo de acordo com a lei.

Como os grupos de interesse não conseguem alterar a estrutura normativa da atuação dos negócios formais, lutam – de forma legítima, frise-se – uma longa guerra de relações públicas, por corações e mentes daqueles que cresceram sob a égide do desenvolvimento sustentável.

É aqui onde o ambiente real de negócios não foi levado em consideração.

Ao contrário do que se pensa, o desenvolvimento sustentável não se comunicou com toda a economia real. Os negócios assimétricos continuam de fora e cada vez mais firmes em atividades que comprometem o futuro, inclusive da teoria ESG e suas boas intenções.

A adoção de práticas positivas pelas empresas formais em qualquer lugar do mundo não é mérito, mas obrigação. Operam sob regimes legais, repito. Quando pegos na contramão, as desconformidades são apontadas, denunciadas, passam por julgamentos legais e da opinião pública, têm reputação comprometida, e se conseguirem se manter ativas, a concorrência já terá ocupado muito do seu espaço. Isso é capitalismo sangue bom.

Mas as empresas de negócios assimétricos, que vendem produtos e serviços à revelia das normas de convivência social, ambiental e de saúde pública, permanecem fora do alcance das mensagens.

Pondo um pouco de lado o empacotamento de serviços à venda que a ESG expõe, na medida em que se aprofunda o olhar para a questão, chama atenção a preocupação com um canudinho que assola a vida marinha e a pressão para proibi-los nos restaurantes. A opção estilo ESG é nesse caminho. Deveria ser diferente. Ir no cerne da questão e apurar que o problema está no lixo jogado ao mar, de um lado simplório, por embarcações, muitas piratas e tantas outras legalizadas mesmo; e, do lado complexo, por se jogar lixo diretamente no mar em boa parte de nossa costa e em todo o Sahel africano. Lá como cá não se tem saneamento básico para impedir o despejo de esgoto no oceano.

Antes de empresas, são os governos que precisam de ESG, de governança honesta e intensa pressão social para aprimorar sua atuação. De seus atos, ativos ou omissivos, nasce a força das atividades assimétricas. A gestão pública deve ser mais responsável, eficiente e transparente. Deve, antes de qualquer outra coisa, assegurar os interesses dos cidadãos, garantir-lhes dignidade.

Mas, definitivamente, alguns ativistas investidores empacotaram o desenvolvimento sustentável como um negócio. Puseram de lado o mundo real. É preciso ampliar o foco desse engajamento, dando carga também nas obrigações do Poder Público. Só assim os benefícios da tríade *Environment, Social and Governance* se estenderão a toda sociedade. 



**LUCAS AUGUSTUS ALVES MIGLIOLI** é especialista em direito administrativo e sócio do Miglioli e Bianchi Advogados e integrante da Comissão Especial de Estudos de Compliance da OAB-SP.



# Ressarcimento das vítimas em casos de pirâmide financeira

POR JORGE CALAZANS

**“Ante o sentimento de impunidade que faz com que crimes dessa natureza não parem de crescer, é necessário tipificar o crime de agentes que operam como um dos crimes contra o patrimônio previstos no Código Penal, penalizando os criminosos com uma pena proporcional ao dano financeiro e mental que geram as milhares de vítimas.”**

**R**ecentemente, uma decisão oriunda da 1ª Vara Federal Criminal de Vitória/ES, na Ação Penal nº 000273-28.2014.4.02.5001, envolvendo a empresa TELEXFREE, caiu como um banho de água fria em milhões de vítimas que perderam suas economias em esquemas Ponzi e pirâmide em todo o país.

Estima-se que atualmente existam 400 esquemas semelhantes no Brasil, com mais de 10 milhões de pessoas tendo perdido suas economias. Somente em 2019, a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) recebeu 10 vezes mais denúncias relacionadas a esse tipo de esquema criminoso do que nos últimos sete anos.

Para análise da decisão em questão, primeiramente se faz interpretá-la e chegamos realmente à conclusão que na presente demanda os credores não são vítimas, pois os réus foram condenados a penas privativas de liberdade de 12 anos e 6 meses de reclusão por infração aos arts. 4º, *caput*, e 16 da Lei nº 7.492/86 (Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro), no período entre 18/02/2012 e 15/04/2014. Como elucidado na própria Lei geradora da condenação, a vítima é o próprio Sistema Financeiro Nacional.

Nessa decisão, foi decretado o perdimento de bens em favor da União, conforme autoriza o art. 91, § 1º, do Código Penal, de todos os bens adquiridos pela TelexFree, como imóveis (apartamentos, salas comerciais, terrenos e um hotel), valores em reais, dólares e veículos, uma vez considerados de origem ilícita.

Além de atingir o Sistema Financeiro Nacional, onde a Justiça competente é a Federal, salutar frisar que os esquemas em pirâmide e Ponzi também são crimes contra a economia popular, previsto no art. 2º Lei nº 1.521 de 26 de Dezembro de 1951, e em alguns casos, o agente comete o crime de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal.

No estelionato, a vontade do autor é dirigida para uma pessoa determinada. Já no crime contra a economia popular, o delito dirige-se para uma universalidade de sujeitos indeterminados. Porém, em casos dessa natureza, as vítimas determinadas ou indeterminadas são aquelas que de alguma forma foram induzidas ao erro, e entregaram suas economias aos golpistas. Nessa situação, observa-se a ressalva do art. 91 inciso II, que coloca que antes da perda em favor da União, se assegure os direitos das vítimas e dos terceiros de boa-fé.

O grande imbróglgio em casos dessa natureza ocorre, muitas vezes, em virtude além dos crimes do Código Penal e do crime previsto na Lei que defende a economia popular. O projeto de expansão dos golpistas envolve a oferta de investimentos coletivos sem autorização para tal. Diante disso, fica suscitado um conflito de competência, pois se tratando de conexão entre crimes de competência federal e estadual, a competência será da Justiça Federal por força do art. 122 do Superior Tribunal de Justiça. Segundo esta, “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual.

Muitas vezes, a discussão do presente conflito provoca a prescrição de tipos penais. Principalmente os crimes contra a economia popular, onde a pena é baixa, excluindo assim o direito dos lesados mesmo observando as ressalvas.

É importante destacar que cada caso é um caso, e a decisão no presente é ainda em 1º grau, cabendo recursos a instâncias superiores.

O que de fato deve ser feito pelos lesados é o acompanhamento do caso em todas as esferas. Na esfera penal, é fundamental que se faça representado por assistentes de acusação para que o mesmo de forma combativa garanta que se cumpra o que determina o art. 387, IV, do Código de Processo Penal, onde “o juiz, ao proferir sentença condenatória, (...) fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”

No mais, ante o sentimento de impunidade que faz com que crimes dessa natureza não parem de crescer, é necessário tipificar o crime de agentes que operam esquemas Ponzi e pirâmide como um dos crimes contra o patrimônio previstos no Código Penal, penalizando os criminosos com uma pena proporcional ao dano financeiro e mental que geram as milhares de vítimas. Dessa forma, evitará que vigaristas se beneficiem da insegurança jurídica para voltarem a delinquir. 



ARQUIVO PESSOAL

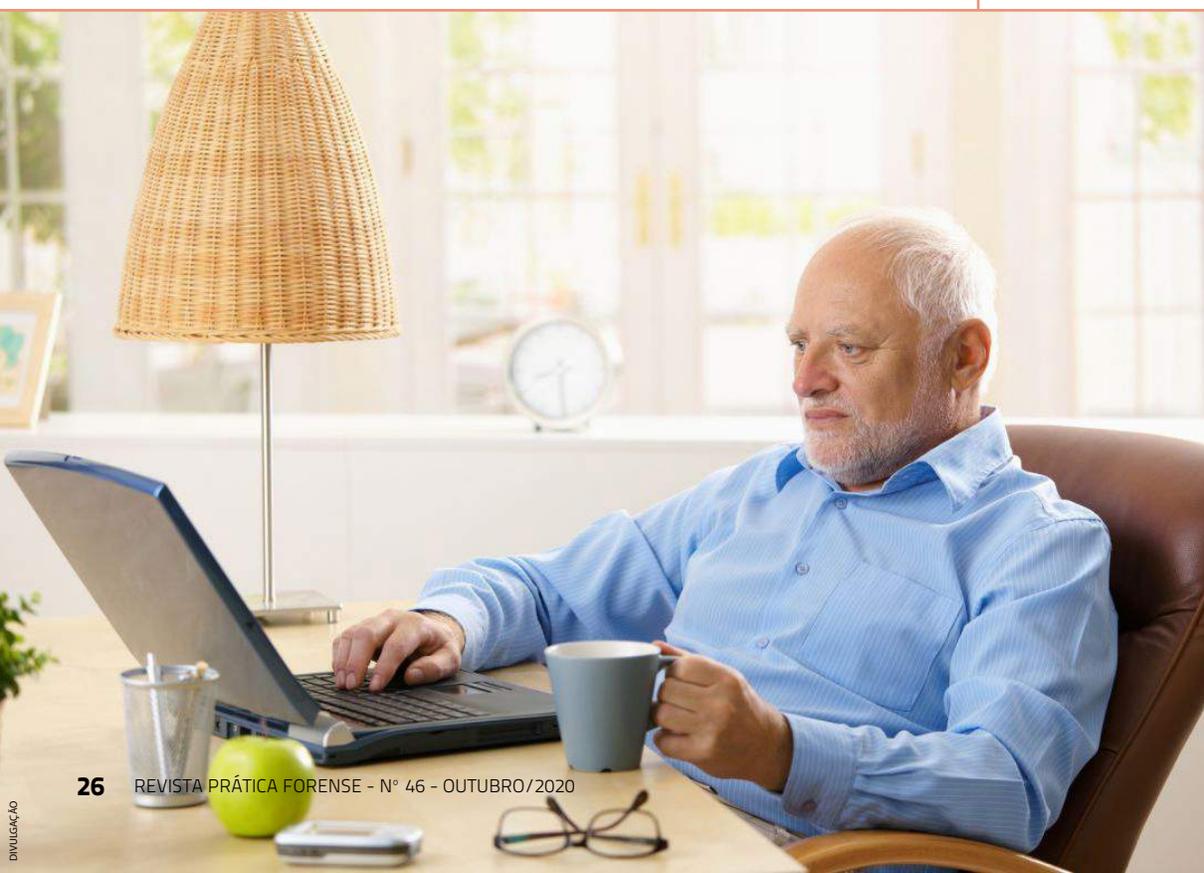
**JORGE CALAZANS** é Advogado, especialista na área criminal, Conselheiro Estadual da ANACRIM, sócio do Escritório Calazans & Vieira Dias Advogados, com atuação na defesa de vítimas de fraudes financeiras.

# Simulador de aposentadoria do INSS está de volta, porém requer cuidados

POR JOÃO BADARI

**“Com a utilização do meu.inss o governo conseguiu prestar a maior parte dos seus serviços de maneira remota. Um grande avanço para os trabalhadores e aposentados.”**

O serviço oferecido pelo Portal meu.inss voltou em abril deste ano, e agora em outubro passou até mesmo a fazer projeções de valores futuros que o trabalhador poderá receber ao se aposentar. O botão “Simular Aposentadoria”, já está disponível e adequado às mudanças da Nova Previdência, incluindo as regras de transição trazidas pela mesma.



Caso o segurado já tenha condições de se aposentar antes de 13 de novembro de 2019 o simulador automaticamente irá lhe mostrar o direito ao benefício e o valor a ser recebido, comparando o mesmo com as novas regras que vier a fazer jus.

Importante: o simulador realiza o serviço para quem está a menos de 5 anos de aposentar-se, ou para quem já possui o direito de obter a tão sonhada aposentadoria.

Hoje o simulador realiza 7 tipos de cálculos: sendo 2 de Aposentadoria por Idade e 5 de Aposentadoria por Tempo de contribuição.

---

### SISTEMA GARANTE APENAS A SIMULAÇÃO

---

O segurado saberá se tem mesmo direito à Aposentadoria somente após a análise do INSS, pois algumas informações podem ser alteradas durante a simulação. E é por isso que, ao solicitar o benefício, o INSS pode pedir que você envie documentos para comprovação dos períodos trabalhados.

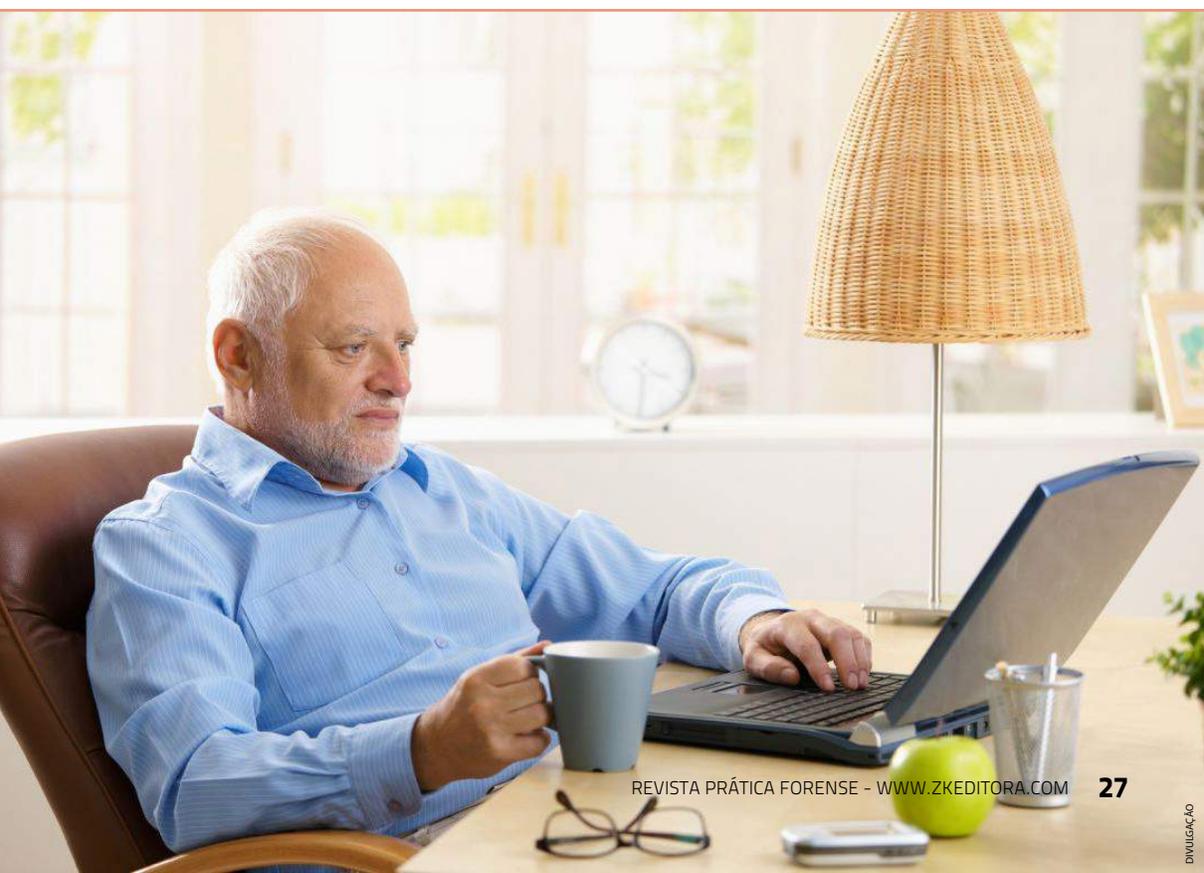
---

### DEVO CONFIAR NA SIMULAÇÃO?

---

A simulação realizada pelo Portal do INSS é bem interessante, e deverá ser utilizada como um norte para o segurado. Mas alerta: tomem cuidado, pois ela ainda não está preparada para realmente realizar seu planejamento de aposentadoria.

Explico, a simulação, embora muito completa: demonstra se você pode ou não se aposentar, o tempo e idade que faltam para atingir o benefício, o tempo



que falta para cada regra de transição, o novo serviço de mostrar os valores que irá receber (até mesmo com as regras que ainda não foram atingidas), dentre outros, não realiza pontos-chaves de um planejamento de aposentadoria.

Irei abaixo elencar os 5 mais importantes, e cruciais para uma melhor aposentadoria:

1 – O segurado mesmo sabendo o valor de seu benefício e quanto tempo deve esperar para obter uma renda maior, não sabe se vale a pena esperar por este período. O simulador não calcula o montante que perdeu ao longo dos anos que teve que esperar pelo seu benefício, e em quanto tempo a diferença de renda deverá compensar este valor.

2 – O simulador utiliza apenas os dados do CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais) para a projeção de valores e datas prováveis para a obtenção do benefício, porém muitos documentos estão com cadastros errados no INSS.

Os principais erros apresentados são: salários de contribuição menores do que os realmente recebidos, lacunas em períodos de contribuição, ausência de recolhimentos por parte do empregador, vínculos com anotações (como exemplo a extemporaneidade), dentre outros.

Se o CNIS apresenta dados divergente, o que é bem rotineiro, o segurado não terá a exata data de obtenção da regra mais vantajosa, que em muitos casos será antes da simulação realizada pelo site do INSS, e nem mesmo o valor real que poderia receber. Isso pode trazer uma aposentadoria não apenas tardia, como em valor menor que o devido.

3 – O sistema não considera os períodos especiais trabalhados antes de 13 de novembro de 2019, com isso não trazendo a conversão de período especial em comum, que deverá ser comprovada documentalmente (como por exemplo pela entrega do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP).

A conversão do período especial em comum traz grandes vantagens tanto adiando sua aposentadoria, como aumentando o valor da mesma. Mesmo que a aposentadoria não seja especial, com a conversão de um período trabalhado em condições insalubres por exemplo, poderá ter uma aposentadoria integral, sem a aplicação do fator previdenciário em seu benefício.

4 – Como acima explicado sobre períodos especiais, o simulador não reconhece outras variáveis que podem aumentar o valor do seu benefício e adiar a sua aposentadoria, tais como: período rural trabalhado de forma especial, alistamento militar e estudo em escola técnica.

5 – Talvez este seja o mais importante no planejamento, pois sempre ouvimos em nosso escritório após a realização de um planejamento de aposentadoria: “nem sempre o maior benefício, será o melhor benefício”. Isso se dá pelo fato do simulador não demonstrar o quanto você perdeu ao esperar a regra de transição ou nova permanente que lhe garanta a maior aposentadoria, e talvez não compense esperar.

Monetariamente, nem sempre a maior aposentadoria lhe trará o maior montante recebido ao longo dos anos, por desconsiderar o quanto foi recebido mensalmente (incluindo o 13º) no período da espera.

Em razão destes 5 problemas, a falha cadastral pode tornar contagem imprecisa e trabalhador deve sempre conferir os seus dados.

---

## CONFERINDO OS DADOS

---

Sempre antes de realizar sua simulação baixe o CNIS e confira com base em sua carteira de trabalho e carnês de recolhimento se os valores estão corretos.

Analise se todos os vínculos e pagamentos estão no sistema, e se os valores estão corretos.

Os períodos especiais deverão ser comprovados documentalmente para o INSS (alistamento militar, período trabalhado no campo e escola técnica também).

Outro item importante, é sempre observar as “anotações do CNIS”, que são siglas que estarão no canto direito da tela em frente os valores de contribuição, na última folha do documento estará o que significa a sigla/abreviação. O trabalhador deverá se atentar a cada uma delas, pois na maioria dos casos o INSS não utilizará automaticamente seu cadastro.

---

## COMO REALIZAR A SIMULAÇÃO?

---

O Meu INSS é pelo aplicativo para celulares ou acessado no site [gov.br/meuinss](http://gov.br/meuinss).

O serviço aparece na tela inicial do aplicativo, do lado direito (botão “simular aposentadoria”) ou no meio da tela do computador.

O cadastro no Meu INSS é bem simples, bastando criar uma senha e utilizar o número do CPF, pode ser feito pelo próprio aplicativo ou pelo site dos seguintes bancos: Banco do Brasil, Banrisul, Bradesco, Caixa, Itaú, Mercantil do Brasil, Santander, Sicoob e Sicredi.

Após o login (CPF) e senha, clicando no botão para simular os cálculos já irão aparecer na próxima tela.

Se o segurado preferir, ele ainda poderá baixar um arquivo com mais detalhes sobre as regras e simulações realizadas pelo site, para isso é preciso clicar no botão “Baixar PDF”, que está na própria tela da simulação.

Com a utilização do meu.inss o governo conseguiu prestar a maior parte dos seus serviços de maneira remota, pois o segurado pode pedir aposentadoria, pensão, BPC, atualizar dados cadastrais, bloquear empréstimo consignado, verificar suas solicitações de benefícios e recursos, excluir desconto de mensalidades associativas, agendar perícias e atendimentos presenciais e, até mesmo, enviar atestado médico para pedidos de auxílio-doença (pois ainda é possível requerer o benefício por incapacidade de maneira remota).

Um grande avanço para os trabalhadores e aposentados. 



**JOÃO BADARI** é Advogado especialista em Direito Previdenciário e sócio do escritório Aith, Badari e Luchini Advogados.



## Da prescrição em processo administrativo disciplinar e em processo de apuração de falta ética – da similitude com as regras de direito penal<sup>1</sup>

por ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON E WALKYRIA DE OLIVEIRA ROCHA TEIXEIRA

**“Por tantas incongruências não se pode coadunar com a norma fixada na Ata da 127ª reunião de 28 de fevereiro de 2011 da Comissão de Ética Pública de que o prazo prescricional da pena de censura seria de 2 (dois) anos por analogia a sanção de suspensão da Lei nº 8.112/90.”**

O presente artigo tem por desiderato realizar um estudo dogmático quanto as regras que versão sobre a prescrição no bojo do processo administrativo disciplinar<sup>2</sup> federal prescrito na Lei nº 8.112/90 e quanto ao processo de apuração de falta ética no que tange a violação dos deveres e vedações referente as condutas éticas do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/94).

Destaca-se que em todo o momento recorrer-se-á as regras quanto a prescrição em matéria penal, posto que tanto o delito quanto a falta disciplinar constituem-se infrações, possuindo um altíssimo grau de similitude.

A infração administrativa guarda uma certa simetria com o crime, difere apenas a seara que uma e outra pertence, mas ambas são infrações, daí não poder ser diferente a questão da prescrição e sua aplicação.<sup>3</sup>

Nesta face prefacial do trabalho é importante explicitar e contextualizar, um pouco o fenômeno prescricional.

De tal sorte, a prescrição vem a ser a perda do direito de punir do Estado em decorrência do transcurso do lapso temporal.<sup>4</sup> O fator tempo constitui-se em um limite ao *jus puniendi* estatal, não subsistindo *ad eternum*, pois o tempo tem a capacidade de corroer a mácula social causada pela infração.<sup>5</sup>

A inércia estatal em processar e aplicar a devida sanção ao sujeito que perpetró a infração faz com que haja a perda do interesse social e que a própria infração caia em esquecimento, pois como diz o provérbio popular “não há nada que o tempo não cure”.

A questão da prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser conhecido de ofício, ou seja, sem necessidade de provocação pelas partes, em qualquer momento do processo.

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, a presente pesquisa de caráter bibliográfica, tem por escopo apreciação quanto ao conteúdo normativo no que tange as regras prescricionais referente ao processo administrativo disciplinar e ao processo de apuração de falta ética na órbita do Poder Executivo Federal.

---

## DAS PONDERAÇÕES SOBRE A PRESCRIÇÃO EXTRAÍDO DO ESTUDO DO DIREITO PENAL

---

### Das teorias fundamentadoras da prescrição

---

No processo evolutivo de formação e consolidação do instituto da prescrição criou-se diversas teorias buscando fundamentar as razões de existência do mesmo, sendo estas a da teoria do esquecimento; teoria da dispersão das provas; teoria da expiação moral; teoria da emenda; e da teoria psicológica.

Nesse tópico será feito a exposição das respectivas teorias, sem adentrar em minúcias exaustivas, advertindo que todas elas, em maior ou menor grau, não ficaram imunes a críticas.

Adverte-se, ainda, que são teoria construídas, à época, em torno do fato delitivo e o *jus puniendi* estatal. As razões das respectivas teorias não perdem sentido em face do tema ora versado nesse ensaio, pois estar a se tratar de fatos

ilícitos de cunho administrativo e o limite temporal da aplicação da sanção administrativa por parte do Estado.

Repita-se, as razões justificantes para a prescrição em âmbito administrativo não divergem das bases prescricionais em âmbito penal.

---

### Da teoria do esquecimento

---

O fato natural tempo apagaría a lembrança do delito praticado, desaparecendo o repúdio social causado pela aquela conduta típica, acarretando, assim, a perda do interesse em punir, pois tornar-se-ia desnecessário a aplicação da pena.

---

### Da teoria da dispersão das provas

---

Por essa teoria o tempo corroeria as provas, dificultando ou mesmo impossibilitando sua coleta, visto que as mesmas teriam sido destruídas ou mesmo perdidas, o que inviabilizaria a descoberta da “verdade”.

---

### Da teoria da expiação moral

---

Já nesta teoria o acusado teria sido levado pelo fator tempo a expiação de sua culpa, sendo atormentado pelo remorso. O próprio tempo prescricional seria algo de extrema angústia para o acusado, o qual levaria anos para ver o fim da lide penal.

De tal sorte, a utilidade da pena deixar de existir.

---

### Da teoria da emenda

---

Pela teoria da emenda afirma-se que a punição deixaria de ter razão pela presunção de que com o decorrer do passo temporal o acusado teria se corrigido e melhorado como pessoa e cidadão.

---

### Da teoria psicológica

---

Por fim, na teoria psicológica o decurso do tempo levaria uma mudança na psique do agente delitivo vindo a ocorrer um rompimento donexo psicológico entre o fato e o agente.

Em suma, o indivíduo de “hoje” é uma pessoa melhor, distinguindo-se daquele indivíduo que cometeu o fato típico. De sorte que se perpetuar a persecução penal estar-se-á a punir uma pessoa diferente e não mais o sujeito do crime.

---

### Da prescrição e suas espécies

---

A prescrição pode se dar no âmbito da pretensão punitiva, vindo ocorrer a extinção do direito de punir antes do trânsito em julgado da sentença

condenatória, o que vem por impedir o acionamento do Poder Judiciário ou quando da existência de processo crime, de que o objeto seja julgado em definitivo, o que impossibilita a formação do título executivo judicial penal.

Este tipo prescricional pode se suceder em três momentos distintivos, sendo assim denominados de prescrição: em abstrato; retroativa e intercorrente.

Além disso, a prescrição desenvolve-se, também, no aspecto da pretensão executória, tolhendo o direito do Estado em executar a sanção penal, em momento superveniente ao trânsito em julgado da sentença definitiva.

---

## DO REGRAMENTO PRESCRICIONAL NA ÓRBITA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FEDERAL

---

No art. 142 da Lei nº 8.112/90, o qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, tem-se o parco conjunto normativo que esquadrija o regramento quanto a prescrição das faltas disciplinares perpetradas pelo servidor público federal.

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II – em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

---

### Da prescrição da pretensão punitiva em abstrato

---

Neste primeiro tipo prescricional tem-se por referência a sanção máxima abstratamente possível de ser cominado ao servidor infrator.

O prazo prescricional em face da respectiva sanção é o regramento contido no *caput* do art. 142 da Lei nº 8.112/90, consubstanciando-se no seguinte retrato:

Sanção	Prazo prescricional
a) Demissão; b) Cassação de aposentadoria ou disponibilidade; c) Destituição de cargo em comissão	5 anos
Suspensão	2 anos
Advertência	180 dias

## Do termo inicial para contagem da prescrição punitiva em abstrato

O que se refere ao termo inicial para contagem da prescrição, na dimensão da matéria penal, o mesmo é amplamente regulado no art. 111 do Código Penal. Na questão criminal o termo inicial varia segundo o tipo de delito:

Art. 111 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

- I – do dia em que o crime se consumou;
- II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
- IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.
- V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. (Grifos nossos)

Já na Lei nº 8.112/90 a questão é tratada, apenas, no § 1º do art. 142, o qual possui a seguinte prescrição:

Art. 142. (...).

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da *data em que o fato se tornou conhecido*. (Grifos nossos)

O imbróglio jurídico apresenta-se em desvelar o sentido normativo de “tornou conhecido”, pois é a partir de como se interprete tal expressão o prazo de contagem da prescrição poderá variar sensivelmente.

É visível que o legislador, neste ponto espelhou-se no art. 111, IV do Código Penal. Todavia, ao invés de restringir-se a hipóteses de falsificação e alteração de assentos funcionais, utilizou-se como regra geral a data que o fato se tornou conhecido para toda e qualquer infração disciplinar.

Na esteira dos julgados do STJ, a egrégia corte tem-se posicionado, firmemente, em entender como marco para contagem da prescrição a data que a autoridade competente para instauração do processo administrativo disciplinar tomou conhecimento da infração.

Atente que não é do conhecimento de qualquer autoridade Administração Pública, mas sim, da autoridade competente em aplicar a sanção ao respectivo servidor subordinado.

Segue ementas de julgados do STJ sobre a matéria:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE DETALHAMENTO DA PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE MÁCULA. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RESTAURAÇÃO DOS

AUTOS ADMINISTRATIVOS SEM ATENÇÃO AOS DITAMES DO CPC. INAPLICABILIDADE. ATENÇÃO ÀS LEIS Nºs 8.112/90 E 9.784/99. AUSÊNCIA DE DANO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular feito administrativo disciplinar que resultou na demissão do impetrante, o qual alega prescrição da pretensão punitiva, mácula por excesso de prazo na condução do feito, ausência de detalhamento na portaria inaugural, bem como nulidade em virtude de a restauração dos autos não ter observado os arts. 1.063 até 1.069 do Código de Processo Civil.

2. *É firme o entendimento no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para apuração de infração disciplinar é a data da cognição do fato pela autoridade competente, cuja contagem interrompe-se com a instauração de processo disciplinar; desse modo, a contagem é retomada por inteiro após o decurso de 140 (cento e quarenta) dias, em razão das prescrições da Lei nº 8.112/90, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precedente: MS nº 19.755/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3.9.2015.*

3. Infere-se dos argumentos trazidos pelo impetrante que não ocorreu a prescrição; isso porque é incontroverso que o processo administrativo disciplinar foi instaurado em 7.10.2011 (fl. 24, e-STJ), cuja prescrição somente se consumaria em março de 2017, já acrescido dos 140 (cento e quarenta) dias tendo a punição sido aplicada em 20.4.2016 (fl. 23, e-STJ). (Grifos nossos).

(...)<sup>6</sup>

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. PUBLICAÇÃO DA PORTARIA INAUGURAL EM BOLETIM DE SERVIÇO. ILEGALIDADE INEXISTENTE. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA AO MINISTRO DE ESTADO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 1º, I, DO DECRETO Nº 3.035/99. ABANDONO DE CARGO. RITO SUMÁRIO. ART. 140, I, DA LEI Nº 8.112/90. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. ANIMUS ESPECÍFICO DE ABANDONO DO CARGO. EXISTENTE E COMPROVADO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. *O termo inicial da prescrição para apuração disciplinar é contado da data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Procedimento Administrativo Disciplinar (art. 142, § 1º). A prescrição é interrompida com a instauração do referido procedimento (art. 142, § 3º), não sendo definitiva, visto que após o prazo de 140 dias – prazo máximo para conclusão e julgamento (art. 152, c/c art. 167) – o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro.*

2. *In casu, a inequívoca ciência do suposto ilícito se deu por meio do ofício nº 607/2000- DEPES, datado de 19.9.2000. O Procedimento Administrativo Disciplinar foi instaurado pela Portaria nº 872/2002, publicada em 14.10.2002, sendo este o marco interruptivo do prazo prescricional, que voltou a correr por inteiro, acrescidos 140 (cento e quarenta) dias. Afastada a prescrição da pretensão punitiva, porquanto a Portaria Demissória nº 19 foi publicada em 6.2.2003, dentro, portanto, do quinquênio legal.*

3. A Terceira Seção desta Corte também firmou o entendimento no sentido de que a publicação do ato constitutivo da comissão de processo administrativo disciplinar em órgão que não seja o Diário Oficial da União não constitui ilegalidade.

4. Nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores, a competência para julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades poderá ser delegada aos Ministros de Estado (art. 1º, I, do Decreto nº 3.035/1999).

(...)<sup>7</sup> (Grifos nossos).

Acreditamos que por uma questão de segurança jurídica e com o fito de evitar um prolongamento de forma desarrazoável do *jus puniendi* da Administração Pública que o marco inicial para a prescrição desse deferia ser conforme o regramento do Código Penal, ou seja, da data da falta disciplinar consumada. A dotar-se-ia o regramento da data do conhecimento da falta disciplinar pela autoridade administrativa competente quando diante de hipóteses de falsificação, adulteração de registros e assemelhados.

É claro que isso constituir-se-ia hipótese para *lege ferenda*, mas é muito evidente que pela atual redação e com a interpretação dada pelo STJ o direito de punir da Administração pode-se perpetuar *ad infinitum* indo de encontro a própria natureza do instituto da prescrição, tornando-se, assim, as faltas disciplinares imprescritíveis.

É neste sentir, quanto ao marco da contagem prescricional a partir da data do fato, o posicionamento adotado por Ricardo Teixeira Lemos:

(...). Melhor seria, e propomos, que o prazo prescricional se iniciasse na data em que o fato foi praticado, independentemente dele tornar-se conhecido ou não da autoridade. Cremos que houve um equívoco do legislador, pois não há em direito algo igual. (...). Tranquilamente, prazo conta a partir da data do fato, caso contrário estaríamos forçando uma situação de imprescritibilidade não autorizada pela Constituição Federal. (...)<sup>8</sup>

Só a título de ilustração quanto ao seguimento dado pela interpretação dada pelo STJ. Imagine caso de servidor público federal que de forma reiterada não cumpre a jornada de 8 horas diárias e também não compensa. O ponto é aferido digitalmente. Nas normas internas da autarquia onde o servidor infrator labora a atribuição para exercer o poder de punição é da autoridade máxima do referido ente da administração pública indireta (superintendente “x”). O chefe imediato do servidor infrator é omissivo ao não cumprimento das 8 horas diárias, apesar, do fato ser facilmente aferível através de consulta da intranet dos pontos do servidor em questão. O chefe do RH não tem atribuição e nem condições de aferir o ponto de todos os servidores da autarquia. Durante 6 anos as auditorias internas, por um processo de amostragem nas fiscalizações, nunca se deparam com os pontos o servidor infrator. O chefe imediato se aposenta e vem um novo chefe que ao perceber as faltas disciplinares do subordinado informa a autoridade administrativa competente. Trata-se de um caso, em tese, que seria apenado com a sanção de advertência, de sorte que o

prazo prescricional seria de 180 dias. Pelo entendimento consolidado do STJ desconsidera-se esses 6 anos transcorridos de falta disciplinar que o chefe imediato tinha conhecimento ou que outros entes da administração poderiam ter conhecimento facilmente para contar-se a prescrição quando do recebimento do memorando por parte do chefe imediato a autoridade máxima da autarquia.

Se não se pode falar de marco prescricional da data da infração disciplinar ou, quiçá, da data que a Administração, de forma geral, teve ou poderia ter conhecimento da falta,<sup>9</sup> é certo que dificilmente, na praxe do direito administrativo sancionador, prescrito na Lei nº 8.112/90, deparar-se-á com caso de prescrição *in abstracto*.

---

### Das causas interruptivas da prescrição

---

No que tange as causas interruptivas da prescrição sucede-se a interrupção do prazo prescricional, “zerando-se” o tempo transcorrido e começando a correr, novamente, um novo prazo.

Na seara penal, há diversos marcos de interrupção da prescrição penal ilustradas no art. 117 do Código Penal:

Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

III – pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência.

§ 1º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

No regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais a questão é posta brevemente e de forma contraditória, cujo teor fica sujeito a severas críticas, nos §§ 3º e 4º do art. 142, abaixo transcrito:

Art. 142. (...).

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Vindo levar-se por uma interpretação meramente gramatical, a redação do § 3º do art. 142 perpetuaria o poder sancionador da Administração,<sup>10</sup> privilegiando

a inércia da mesma, visto que em sua prescrição determina que com a instauração da sindicância (essa punitiva e não meramente investigativa) ou do processo administrativo disciplinar tem-se a interrupção da prescrição até a decisão final pela autoridade administrativa competente.

O referido dispositivo é criticado por Ricardo Teixeira Lemos:

Com a última parte desse parágrafo não concordamos, que até a decisão final proferida por autoridade competente estaria interrompida a prescrição. Engraçado, não é isso que funciona na prática, não é assim também que a doutrina propugna e também não é assim que as Legislações de alguns Estados falam, como por exemplo o Estatuto do servidor público do Estado de Goiás.<sup>11</sup>

O STJ consolidou o entendimento de que o prazo prescricional se inicia novamente com o transcorrer do prazo legal para o término do processo administrativo, o qual, também, é chamado pela doutrina de franquia.<sup>12</sup> Esse prazo para término do processo administrativo varia conforme a modalidade, a qual pode ser sindicância, processo administrativo disciplinar ordinário e processo administrativo disciplinar sumário.

No processo administrativo disciplinar ordinário o prazo para seu término seria de 60 dias, prorrogado mais 60 dias, além de 20 dias para autoridade administrativa competente prolatar decisão. Na sindicância seria o prazo para conclusão de 30 dias, prorrogável mais 30 dias, tendo autoridade administrativa competente, também, 20 dias para decidir. Já no processo sumário, a franquia consubstancia-se da seguinte forma: 30 dias, prorrogável mais 15 dias somado ao prazo de 5 dias para autoridade julgadora.

Assim, o prazo de duração legal do processo, quando tratar de processo administrativo disciplinar é de 140 dias; de sindicância seria 80 dias; e por fim, no processo sumário (por acumulação ilegal de cargo; inassiduidade habitual) ter-se-ia 50 dias.

Esse lapso da franquia é somado ao lapso prescricional decorrente de cada sanção. De tal maneira, o lapso temporal para reconhecimento da prescrição ficaria desenhado da seguinte maneira:

	<b>Advertência</b>	<b>Suspensão</b>	<b>Demissão</b>
<b>PAD</b>	140 dias + 180 dias	80 dias + 180 dias	50 dias + 180 dias
<b>Sindicância</b>	140 dias + 2 anos	80 dias + 2 anos	50 dias + 2 anos
<b>Processo sumário</b>	140 dias + 5 anos	80 dias + 5 anos	50 dias + 5 anos

A prescrição fruto do lapso temporal após transcorrido o tempo de franquia configuraria a chamada prescrição intercorrente.<sup>13</sup>

O entendimento de que a interrupção do prazo prescricional não é indefinida encontra-se respaldo na jurisprudência do STJ, que entende pelo reinício da contagem prescricional após transcorrer o prazo legal para encerramento do feito.

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. PRESCRIÇÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR- PAD. MARCO INTERRUPTIVO. RETOMADA DA CONTAGEM DO PRAZO, POR INTEIRO, APÓS DECORRIDOS 140 DIAS DO INÍCIO DO PROCESSO. AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA IMPEDIR A CONSUMAÇÃO DA DEMISSÃO. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM INVERTIDA. DEMISSÃO EFETIVADA. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA. SEGURANÇA DENEGADA.

1 – O prazo prescricional, no caso em concreto, é o de cinco anos, previsto no art. 142, I, da Lei nº 8.112/90. O termo inicial da prescrição para apuração disciplinar é contado da data do conhecimento do fato pela autoridade competente (art. 142, § 1º). *A prescrição é interrompida com a instauração do referido procedimento (art. 142, § 3º), não sendo definitiva, visto que após o prazo de 140 dias – prazo máximo para conclusão e julgamento (art. 152 c/c art. 167) – o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro.*

2 – *A inequívoca ciência do fato deu-se em 2.3.1999. O Procedimento Administrativo Disciplinar foi instaurado pela Portaria nº 16, de 30.4.1999, prazo interruptivo do prazo prescricional, que voltou a correr por inteiro, acrescidos 140 (cento e quarenta) dias, ou seja, em 18.9.1999.*

3 – Não obstante iniciado novo prazo prescricional, verifica-se que, após o trâmite do processo disciplinar, foi apresentado relatório conclusivo pela Comissão Processante em 13.4.2000 (fls. 17/44), sendo certo que em 21.7.2000 o ora impetrante propôs medida cautelar perante a Justiça Federal, buscando a suspensão do processo administrativo (fls. 45/63). O pedido liminar foi deferido para impedir que fosse efetivado o ato demissório até decisão cautelar definitiva.

4 – Contra tal desiderato, a União interpôs agravo de instrumento em 20.9.2000, com pedido de atribuição de efeito suspensivo (fl. 92), que restou indeferido pelo relator. Somente em 21.6.2005 foi realizado o julgamento de mérito do agravo de instrumento pelo Tribunal Regional da 1ª Região, sendo o recurso provido para cassar a decisão concessiva da liminar.

5 – Estampa-se a ocorrência de causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva disciplinar, porquanto a Administração Pública não poderia ter levado a efeito o ato demissório enquanto vigente a medida liminar, caso em que o prazo prescricional somente voltou ao seu curso normal após a cassação da medida, datada de 21.6.2005. Segurança denegada.<sup>14</sup> (Grifos nossos).

O professor Ricardo Teixeira Lemos diverge de tal entendimento, lapidando de que não há sentido nesse vácuo jurídico (franquia) para o retorno da contagem do prazo prescricional. Vislumbra o doutrinador supra, e com razão, de que com prolação da portaria de sindicância ou processo administrativo disciplinar tem-se a interrupção do prazo prescricional, vindo o mesmo, em seguida, a voltar a correr novamente de forma semelhante como se sucede no Direito Penal.<sup>15</sup>

Ora, quando é que cessou a prescrição? Quando a autoridade competente baixou portaria, peça básica inicial da ação administrativa, a partir daí, convenhamos, se inicia novo prazo prescricional. Não é admissível que a partir daí fique

suspensão o prazo prescricional até que um dia a autoridade competente venha a julgar e que também eternize a instrução.<sup>16</sup>

(...).

Porém, o nosso entendimento é o seguinte: baixada a portaria, interrompe-se a prescrição, recomeça a contar de novo, instrui-se o feito; quando o infrator é apenado pode ocorrer aí a prescrição. Digamos que ele foi apenado com advertência, cuja instrução tenha demorado sete meses. Ora, ele não terá que cumprir nada, pois está extinta a punibilidade pela prescrição retroativa, pegando-se a data da decisão e retroagindo à data da portaria resultou em um prazo superior a 180 dias, logo está prescrita, extingue-se a punibilidade e apaga-se tudo, da mesma forma no Direito Penal. Pode também o lapso para prescrição retroativa ser anterior à portaria, retroagindo à data do fato.<sup>17</sup>

---

### DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A FALTA ÉTICA DAS NORMAS DEONTOLÓGICAS DO CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

---

Por meio do Decreto nº 1.171/94, baixado pelo ex-presidente Itamar Franco, tem-se a inserção do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, o qual especifica um rol de regras deontológicas, deveres e vedações ao servidor público federal.

O referido Código de Ética tem aplicação no seio da Administração Pública Federal direta e indireta (autárquica e fundacional) e seus respectivos órgãos, devendo ser constituída uma comissão de ética, no bojo de suas estruturas organizacionais, com o desiderato de “orientar e aconselhar sobre a ética profissional do servidor, no tratamento com as pessoas e com o patrimônio público, competindo-lhe conhecer concretamente de imputação ou de procedimento susceptível de censura”.<sup>18</sup>

No que tange ao processo ético disciplinar a única pena prescrita em caso de violação dos tipos éticos postos no Código alhures é a sanção de censura:

*XXII – A pena aplicável ao servidor público pela Comissão de Ética é a de censura e sua fundamentação constará do respectivo parecer, assinado por todos os seus integrantes, com ciência do faltoso. (Grifos nossos)*

Sem adentrar no mérito quanto a legalidade da imposição de uma pena de cunha administrativo, via decreto do Poder Executivo,<sup>19</sup> vem a indagação, natural, de qual seria o prazo prescricional para que as comissões de ética pudessem aplicar a sanção de censura aqueles servidores ou empregados públicos que violassem as normas deontológicas éticas prescritas.

Afirma que a questão da perda do *ius puniendi* estatal quanto a censura é completamente omissa no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

É certo, também, que não se pode conceber uma sanção dada pela Administração Pública de cunho imprescritível por violação dos ditames constitucionais,

visto que no seio da própria Constituição a única regra de imprescritibilidade refere-se a condutas criminosas de crime de racismo<sup>20</sup> e delitos perpetrados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático,<sup>21</sup> conforme redação do art. 5º, XLII e XLIV.<sup>22</sup>

A celeuma fora resolvida no bojo da Comissão de Ética Pública, a qual veio por responder a uma consulta feita pela comissão de ética do Ministério da Fazenda sobre o prazo prescricional da pena de censura, sendo a referida resposta dada na Ata da 127ª reunião de 28 de fevereiro de 2011, onde se entendeu pelo lapso prescricional de 2 (dois) anos.

A lógica jurídica para essa conclusão perpassou-se pelo conteúdo do art. 16 do Decreto nº 6.029/07 o qual prescreve que nos casos de omissão do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal poderia se socorrer da analogia e princípios do direito administrativo.

De tal sorte, a Comissão de Ética Pública acabou por fazer a analogia da censura com a sanção de suspensão da Lei nº 8.112/90, o qual possui o prazo prescricional de 2 anos, conforme o art. 142, II da lei supra. Caso a conduta seja punível com demissão, por analogia, adotar-se-á o prazo de 5 anos, conforme a lei retro.<sup>23</sup>

---

### Algumas ponderações básicas

---

Após a exposição da presente realidade normativa quanto ao lapso prescricional da pena de censura no seio de processo de apuração de falta ética quanto a conduta de servidores ou empregados, no âmbito federal, indagações tornam-se prementes.

Partindo do pressuposto de que não há violação do princípio da legalidade a imputação da sanção de censura via Decreto nº 1.171/94, em que escala de hierarquia normativa uma ata de reunião estaria no mesmo patamar de um decreto federal prolatado pela Presidência da República, aponto de inovar quanto a matéria de prazo prescricional?

Seria possível fazer analogia no que tange a matéria prescricional? Onde ficaria as exigências de certeza e segurança jurídicas quantos as regras punitivas por parte da Administração Pública?

Lembrar que de forma semelhante pode-se espelhar no Direito Penal, o qual não admite a analogia, excepcionalmente, para beneficiar o réu (analogia *in bonam partem*).

Nesse processo de analogia,<sup>24</sup> no qual socorre-se a Lei nº 8.112/90, com o fito de colmatar uma omissão do aspecto material do plexo normativo da falta ética federal, que razões confere semelhança real ou item de identidade entre a pena de censura e a sanção de suspensão prescrita na Lei nº 8.112/90? Há grau de semelhança que justifica tratamento igual?<sup>25</sup> São iguais em sua essência?<sup>26</sup>

Se entender que a ata de reunião da Comissão de Ética Pública possui status normativo de decreto, bem como a questão da censura e do seu respectivo prazo prescricional não precisaria ser veiculado via lei, qual a razão de realizar analogia com a sanção de suspensão, cujo prazo prescricional é de 2 (dois) anos, ao invés da sanção de advertência que possui prazo de 180 (cento e oitenta) dias?

Vale apontar que em uma interpretação sistemática pode-se determinar que a censura seria uma forma de advertência agravada, como bem se afere,

por exemplo, na Lei Complementar nº 75/93 que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União:

Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas:

I – a de advertência, reservadamente e por escrito, em caso de negligência no exercício das funções;

II – a de censura, reservadamente e por escrito, em caso de reincidência em falta anteriormente punida com advertência ou de descumprimento de dever legal;

(...). (Grifos nossos)

Tem-se essa percepção, também, quando da análise da Lei Complementar nº 35/79 que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional

Art. 43 – A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

Art. 44 – A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.

(...)

De tal sorte, por tantas incongruências não se pode coadunar com a norma fixada na Ata da 127ª reunião de 28 de fevereiro de 2011 da Comissão de Ética Pública de que o prazo prescricional da pena de censura seria de 2 (dois) anos por analogia a sanção de suspensão da Lei nº 8.112/90.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do desenvolvimento exposto pode-se extrair certas premissas, dentre elas destacamos que está consolidado na jurisprudência do STJ que o marco para contagem da prescrição no bojo do processo administrativo disciplinar dar-se da data do conhecimento da infração por parte da autoridade competente para instauração do processo administrativo disciplinar tomou conhecimento da infração.

Acreditamos que a título de lege ferenda o marco inicial deveria ser da data do fato consumado, como ocorre no Direito Penal, e, apenas, em certos casos da data do conhecimento da infração por parte da autoridade competente (casos de falsificação, por exemplo).

No que tange ao prazo prescricional no caso do processo de apuração de falta ética não se entende cabível que a Comissão de Ética Pública possa determinar o prazo prescricional de 2 (dois) anos, via analogia, como feito através da Ata da 127ª reunião de 28 de fevereiro de 2011. Tal matéria deveria, pelo menos, ser veiculada via decreto como fora instituído o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.<sup>27</sup>

Por derradeiro, entendemos ainda, que a analogia, se perpetrada, encontra-se melhor amparo quando feito entre a pena de censura e advertência da Lei nº 8.112/90 e não com a pena de suspensão, de sorte que o prazo prescricional deveria ser de 180 (cento e oitenta) dias ao invés de 2 (dois) anos como firmado na referida ata. 

## NOTAS

- 1 Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.
- 2 “(...) é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 975).
- 3 LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal – retroativa e antecipada em face da competência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203.
- 4 Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 581. “Dessa forma, poderíamos conceituar a prescrição como o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”. (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. V. I, p. 705).
- 5 “(...) A passagem do tempo apaga a lembrança dos fatos fazendo com que o crime caia no esquecimento de maneira a cessar o alarma e o desequilíbrio social por ele causado. (...)”. (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 771).  
“Sabe-se que o fundamento material da prescrição reside na falta de necessidade da pena pelo transcurso de certo tempo. Ela se produz precisamente quando se obscurece ou apaga a lembrança do delito e o sentimento de alarma que no seu dia pode produzir, e o tempo transcorrido ocultando-se da Justiça sob a ameaça pendente da pena, parece já suficiente castigo, especialmente quando o criminoso não voltou a delinquir, talvez demonstrando a sua reinserção social, o que faz desnecessária a prevenção especial. A doutrina alemã, referindo-se à prescrição, ensina: Apóia essa doutrina, em primeiro lugar, a idéia de que a necessidade da pena diminui paulatinamente com o passar do tempo, até desaparecer por completo, e isto desde a perspectiva da retribuição e da prevenção geral como a partir da ótica da finalidade ressocializadora da pena, de modo que a prescrição da persecução penal não descansa apenas na desaparecimento da necessidade da pena, mas, do mesmo modo, na experiência processual de que o crescente distanciamento temporal entre o processo penal e a prática do fato aumentam progressivamente as dificuldades probatórias, de modo que o perigo de sentenças errôneas resulta cada vez maior. Por seu turno, esclarece Soler, referindo-se à prescrição: Não é que o transcurso de tempo – como observa Von Liszt – tenha um poder místico criador ou destruidor do direito; com ela a ordem jurídica não faz mais que se comportar, como ordenamento prático que é, reconhecendo o poder dos fatos, já que é manifesta a inconveniência de uma repressão muito tardia. Reconhece Soler que os argumentos em prol da prescrição são de política legislativa”. (FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, ps. 191-192).
- 6 STJ, Primeira Seção, Mandado de segurança nº 22.575/PA, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24/08/2016, DJe 30/08/2016.  
“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA CIÊNCIA DOS FATOS PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. PENA EM CONCRETO. CAUSA INTERRUPTIVA. TRANSCURSO DE MAIS DE 4 (QUATRO) ANOS DO

### CONHECIMENTO DOS FATOS ATÉ A ABERTURA DO PROCESSO DISCIPLINAR. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado ao propósito de determinar ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça a anulação da Portaria nº 61, de 3/2/2015, que, com base no Processo Administrativo Disciplinar, aplicou a penalidade de demissão ao Impetrante por subsunção do fato (“Prevalecer-se, abusivamente, da condição de funcionário policial”) às disposições do art. 43, XLVIII, da Lei nº 4.878/1965, c/c art. 132, IV da Lei nº 8.112/90 (“improbidade administrativa”).
2. Assiste razão ao impetrante em relação à ocorrência do decurso do prazo prescricional para pretensão disciplinar.
3. A pena privativa de liberdade definitiva em concreto fixada foi de 1 (ano), conforme julgamento pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial 1.106.603/SP. Portanto, dúvida não há quanto ao interregno de prescrição, que, nos termos do art. 109, V, do Código Penal c/c o art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, é de 4 (quatro) anos.
4. A controvérsia gira em torno do marco inicial do lapso prescricional e causas de interrupção quanto à aplicação da penalidade demissional no processo administrativo disciplinar.
5. O termo inicial (a quo) para contagem do prazo de prescrição da ação disciplinar é a data em que o fato se tornou conhecido (art. 142, § 1º). Por sua vez, prevê como causa interruptiva da prescrição “A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar [...]” (art. 142, § 3º). É certo que, no mundo ideal, o termo inicial pode coincidir com a abertura da sindicância ou com a própria instauração do processo administrativo disciplinar, nos casos em que, tomando conhecimento do fato delituoso, a autoridade prontamente inicie a “persecução” administrativa disciplinar. Não obstante, não é a regra. Em geral, decorre algum tempo para que a burocracia estatal, após tomar ciência do fato, persiga formalmente o infrator, a fim de penalizá-lo, no âmbito civil, administrativo ou penal.
6. Com base na própria conclusão exarada pela Superintendência Regional local, bem como pela Comissão Processante, deve-se entender que a autoridade competente para instaurar o processo disciplinar tomou conhecimento do fato em 18.4.2005. Portanto, quando da ocorrência da causa interruptiva, qual seja, instauração do Processo Administrativo Disciplinar (em 22.10.2012), o lapso prescricional de 4 (quatro) anos, iniciado em 18.4.2005, já havia operado.
7. Segurança concedida”. (STJ, Primeira Seção, Mandado de segurança nº 21.822/DF, rel. Min. Og Fernandes, julgado em 26/08/2015, DJe 14/09/2015).
- 7 STJ, Terceira Seção, Mandado de segurança nº 9.120/DF, rel. Min. Ericson Marinho (desembargador convocado do TJ/SP), julgado em 28/10/2015, DJe 06/11/2015.
- 8 LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal – retroativa e antecipada em face da competência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ps. 201-202.
- 9 “O primeiro período da prescrição começa com o conhecimento da infração, que pode ser por informações dentro da própria Administração, a exemplo, com fiscalizações internas, correições, autorias, além de outros. Atualmente também admite-se como marco inicial o conhecimento público da infração, isto é, notícias sobre corrupção e improbidade política e administrativa, que caindo no domínio do conhecimento comum da comunidade nacional, e às vezes internacional, chegam a configurar o conceito jurídico de fato notório, não tendo o Administrador como justificar sua omissão em razão do desconhecimento”. (MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1075).
- 10 “A norma, tal como é apresentada, parece permitir que a interrupção se prolongue até o infinito, bastando, para tanto, que não seja proferida decisão no respectivo processo administrativo. Se assim fosse, seria imperioso reconhecer a total inexistência de proteção do servidor público, sujeito a uma prescrição que dependeria da conclusão do processo”.

- (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 986).
- 11 LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal – retroativa e antecipada em face da competência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203.
- 12 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1074. “(...) O segundo momento da prescrição começa quando termina o intervalo de franquia, mesmo que o processo não tenha sido concluído”. (MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 1074).
- 13 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 986.
- 14 STJ, Terceira Seção, Mandado de segurança nº 11.323/DF, rel. Min. Ericson Marinho (desembargador convocado do TJ/SP), julgado em 24/06/2015, DJe 04/08/2015.
- 15 “As infrações administrativas se nos afiguram com grande simetria com as infrações penais, daí porque é plausível estabelecer tudo o que se refere a prescrição do Direito Penal nas infrações administrativas. Veja que o próprio legislador já mandou aplicar nas infrações disciplinares, que também constituam crime, os mesmos prazos de prescrição, logicamente também todas as espécies, §2º da Lei em tela”. (LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal – retroativa e antecipada em face da competência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 205).
- 16 LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal – retroativa e antecipada em face da competência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203.
- 17 LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal – retroativa e antecipada em face da competência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 204.
- 18 Inciso XVI do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.
- 19 ADMINISTRATIVO. IBAMA. CÓDIGO FLORESTAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. PORTARIA Nº 267 -P/88. ILEGALIDADE. ESTIPULAÇÃO DE INFRAÇÕES E PENALIDADES. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA INSUBSISTENTE.
1. A estipulação prevista no art. 26 da Lei nº 4.771, de 15/9/65 (Código Florestal), constitui contravenção penal. A aplicação da multa ali prevista é privativa do Juiz, não podendo ser feita pelo IBAMA.
2. A definição de infrações administrativas (e a cominação de penalidades) somente pode ocorrer por lei, em sentido formal. Portaria da Administração não é instrumento adequado a essa finalidade, sem que lei anterior o tenha autorizado.
3. A delegação de competência prevista no Decreto-lei nº 289, de 28/02/67, perdeu a sua validade (ressalvados os efeitos dos atos já praticados) com a EC nº 11, de 13/10/78 (art. 3º). Efeitos análogos decorrentes do art. 25 do ADCT/88.
4. A Portaria nº 267-p, de 05/9/88 – IBDF, não pode subsistir, quando dispõe sobre penalidades administrativas, posto que fundada em delegação de competência contida em diploma legal não recepcionado pela Constituição de 1988.
5. Improvimento da apelação e da remessa. Manutenção da sentença. (Grifos nossos) (TRF 1º região, terceira turma, Apelação Civil nº 1998.01.00.056844-8/MG, relator desembargador Olindo Menezes, data do julgamento em 01/12/1998, DJ 21/05/1999, p. 145).
- 20 O presente delito é tipificado pela Lei nº 7.716/89.
- 21 O delito em destaque encontra-se estruturado no corpo da Lei nº 7.170/83 que versa sobre crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social.
- 22 No Código Penal Imperial com auspícios da Constituição de 1824 adotou a imprescritibilidade de toda pretensão executória. (Cf. LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal – retroativa e antecipada em face da competência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 02). Código Penal Imperial. Art. 65. As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum.

- 23 “1 – Procedimento Preliminar de Ofício nº 74/2008. Almério Cançado de Amorim. Presidente da Comissão de Ética do Ministério da Fazenda. Relator: Dr. Roberto Caldas. Trata-se de consulta quanto ao prazo de prescrição de procedimento sobre ato, fato ou conduta que denotem indícios de transgressão a princípio ou norma ética envolvendo agentes públicos, de forma análoga aos dispositivos previstos para a prescrição da ação disciplinar. Em 13.09.2010, a Conselheira Dra. Marília Muricy solicitou vista após apresentado o voto pelo Relator, no sentido de que a prescrição, com fundamento no art. 16 do Decreto nº 6.029/2007, por analogia ao art. 142 da Lei nº 8.112/90, deverá ser de dois anos como regra, salvo na hipótese de falta punível com recomendação de exoneração, quando será de cinco anos. Na data de hoje, a Conselheira apresentou seu voto-vista acompanhando o voto do relator, com ressalvas quanto ao risco de se estender o conteúdo do Decreto, no tocante à utilização da analogia, para orientações normativas de ordem geral. O Presidente proclamou a decisão final: especificamente em matéria de prescrição é aplicável, por analogia, a Lei nº 8.112/90, nos termos do voto do Relator. (...)” (Ata da Reunião Ordinária da Comissão de Ética Pública (107ª Reunião) – Data: 28 de Fevereiro de 2011. Disponível em: < <http://etica.planalto.gov.br/atas/2011/28-02/ata-de-reuniao-28-de-fevereiro-de-2011> >. Acessado em: 20 de maio de 2017).
- 24 “Pressupõe: 1º) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva; 2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3º) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança formal; exige-se a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a ideia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e ~ que se compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários (2). O processo é perfeito, em sua relatividade, quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere depa-ram como entrosadas as mesmas ideias fundamentais (3)”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Herme-nêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 172).
- 25 “O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna”. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 278).
- 26 “A analogia consiste na aplicação dos princípios extraídos da norma existentes a casos outros que não os expressamente contemplados, mas cuja diferença em relação a estes, não seja essencial; consiste, isto é, na aplicação desses princípios aos casos juridicamente iguais, ou iguais por sua essência”. (RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 534)
- 27 Em verdade, o melhor seria a veiculação por dispositivo legal do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, abarcando os deveres, proibi-ções, sanções e lapso prescricional.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 105. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 14 de março de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm)>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 21 de maio de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm)>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm)>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 23 de junho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1171.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm)>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.029, de 01 de fevereiro de 2007. Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm)>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. V. I.

LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal – retroativa e antecipada em face da competência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.



ARQUIVO PESSOAL

**ROCCO ANTONIO RANGELI ROSSO NELSON** é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Articulista e poeta. Autor do livro *Curso de Direito Penal – Teoria Geral do Crime – Vol. I* (1ª ed., Curitiba: Juruá, 2016); *Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena – Vol. II* (1ª ed., Curitiba: Juruá, 2017).



ARQUIVO PESSOAL

**WALKYRIA DE OLIVEIRA ROCHA TEIXEIRA** é Mestre em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN. Especialista em Jurisdição e Direito Privado pela ESMARN/UNP, especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela FESMP. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Auditora Federal, Advogada, Chefe da Auditoria Geral do IFRN.

# Contratos de Plano Médico Empresarial Resolução de Conflitos em tempo de Pandemia

por TÂNIA CRISTINA BONINCONTRO

“A Arbitragem e a Mediação devem ser tratadas como ferramentas importantes no momento que estamos vivendo. Existem muitos envolvidos neste sistema, entre eles contratos milionários de Empresas Privadas com Planos Médicos, contratos estes bilaterais, que continuam com pouca eficácia e muitos gastos para ambos os lados.”



**T**orna-se imperativo utilizarmos as ferramentas da arbitragem e da mediação, especialmente pelo momento que estamos passando, para dar agilidade na resolução de conflitos nos contratos de plano médico empresarial. A matéria merece relevância para melhoria das condições de vida das pessoas e das empresas.

O foco normalmente é na relação médico paciente, consumerista, no entanto, existem mais envolvidos neste sistema, entre eles, contratos milionários de empresas privadas com planos médicos, p.ex. Estes contratos são bilaterais, tem pouca eficácia e muitos gastos para ambos os lados com muitas questões que precisam ser assistidas com celeridade e especificidade para que, ao invés de rompimentos abruptos, desgastantes e custos, tenham um atendimento mais eficaz que possa ser feito pelos meios alternativos de auto-composição e heterocomposição. O artigo tem como escopo demonstrar a pertinência, o cabimento e a extensão da aplicação do procedimento arbitral e da mediação na solução específica de conflitos em serviços em contratos na área da Saúde, pois o Poder Judiciário em razão do fenômeno da judicialização desta área, está cada vez mais congestionado. Neste momento de pandemia estes métodos podem ser úteis para solucionar muitos problemas que atualmente se está enfrentando e que só tendem a piorar. Analisar-se-á a legislação arbitral e de mediação e como podem ser utilizadas entre as empresas. A proposta do presente trabalho é fazer um recorte exemplificativo nos contratos empresariais de plano médico para propor a cláusula de MED-ARB para otimizá-los e assim, restar demonstrado que os contratos em saúde deveriam utilizar da Mediação e Arbitragem para melhoria de seus resultados quanto a resolução de conflitos.

---

## DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO

---

O Brasil estabelece em sua Constituição Federal que é dever do Estado suprir a Saúde para a população. A saúde é direito social Constitucional e está assegurada no art. 6º, caput, da Constituição Federal, como também no art. 196, “Da ordem social”. Veja-se:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

A própria CF ressalva a sua relevância, observados nos artigos 197 e 199, como também permite a possibilidade pela iniciativa privada:

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente *ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*

Art. 199. *A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.* (grifos nossos)

Hoje, a saúde por iniciativa privada é um negócio muito rentável e tão próspero que o setor brasileiro de planos e seguros é o segundo maior sistema privado de saúde do mundo, tornando-se um campo extremamente lucrativo.<sup>1</sup>

---

## ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

---

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é o órgão regulador, nascido e vinculado ao Ministério da Saúde, responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil. Criada pela lei nº. 9961 de 28/01/98, para regular um campo próspero e lucrativo, que trata o que há de mais sagrado e mais caro ao ser humano, sua saúde. Prevendo que a sua manipulação poderia gerar ações abusivas contra a população, a ANS foi criada para que isto não acontecesse, por intermédio de medidas e ações do governo que envolvesse o desenvolvimento de normas, controles e fiscalização para assegurar o interesse da população e do poder governamental. Atualmente a ANS realiza mediações entre planos de saúde e seus consumidores que são em verdade, intermediações, onde abre-se um chamado para que o plano médico atenda as reivindicações do consumidor. Caso haja denúncias dos planos médicos estes podem sofrer sanções ou até mesmo serem cancelados.

---

## JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

---

O contrato de plano médico empresarial entre empresas privadas e operadoras/segurados de saúde tem aumentado, e planos individuais estão praticamente extintos<sup>2</sup>. Cada vez mais se ouve sobre a judicialização da Saúde. Seria importante encontrar caminhos alternativos para composição de litígios e perenidade dos serviços. Entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, conforme revela a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”. O estudo, elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostra que, no mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu 50%<sup>3</sup>. “No período de três meses de vigência do Novo Coronavírus foram ajuizadas mais de três mil ações relacionados à saúde”, conforme o Ministro Toffoli. No mesmo artigo o Corregedor Nacional da Justiça, Ministro Humberto Martins, destacou que “a crise sanitária resultará em um aumento maior no número de processos”<sup>4</sup>. Ou seja, a tendência é piorar a situação nos próximos anos. Ter alternativas para a solução dos conflitos pode ser imperativo para melhor distribuição da justiça. Autonomia será uma questão de vida ou morte, tanto humana quanto financeira.

---

## PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO EM SAÚDE

---

Conforme nos ensina o prof. Jamil Moysés Filho no módulo do MBA Executivo em Saúde referente a Planejamento e Gestão Estratégica em Saúde, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), existem comportamentos que reforçam

qualidades vitais para uma organização, entre eles a adaptabilidade, a flexibilidade e a rapidez na tomada de decisões.

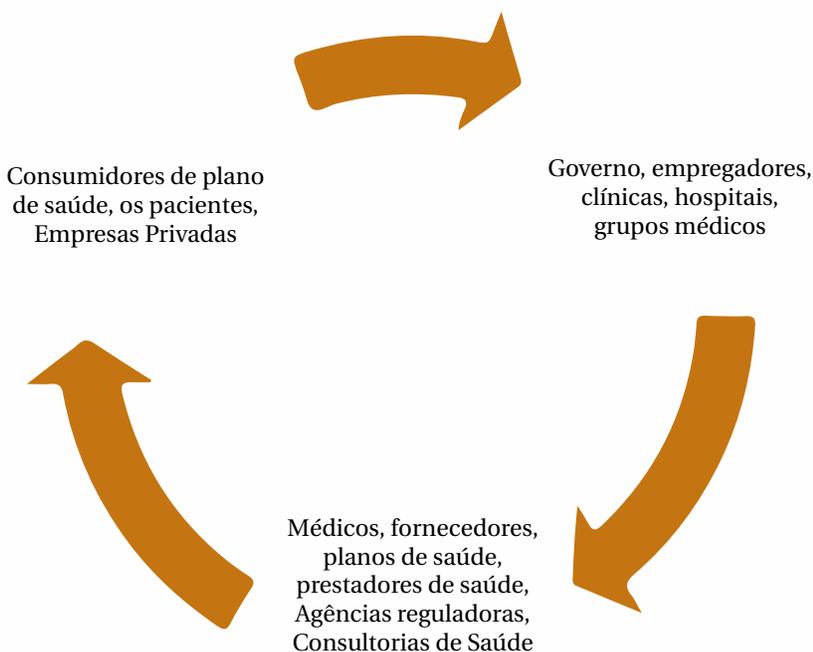
“As organizações de saúde devem desenvolver estratégias... Em se tratando de planejamento estratégico, algumas palavras-chave constituem-se como partes integrantes: processo decisório, definição de prioridades, risco, escolhas e integração. Sua finalidade última é buscar a perenidade da empresa, ou seja, a continuidade da relação dela no ambiente no qual está inserida. Significa proporcionar simultaneamente robustez e flexibilidade. É como se a empresa passasse a usar uma lente bifocal através da qual ela consegue enxergar longe (o futuro) e perto (o presente) ...”<sup>5</sup>

Destarte, estudar a fundo a realidade dos fatos, analisá-los e avaliar impactos, tendências prováveis faz parte do processo de um planejamento estratégico eficaz.

Continua a nos ensinar o professor:

“Empresas constituem-se em sistemas sociais que congregam diferentes agentes com os quais mantêm relações: os stakeholders<sup>6</sup>, que são os públicos, representados por pessoas e instituições que impactam ou são impactadas pela organização, isoladamente ou de forma integrada.... A priorização e o direcionamento de todas as expectativas, combinados com a contribuição de cada stakeholder, se tornam necessários para que, uma vez alcançados os objetivos estratégicos da organização, os objetivos individualizados também possam ser alcançados. Assim, a definição do comprometimento dos stakeholders e da sua real contribuição, associados à visão do negócio, constituem-se elementos significativos do plano estratégico das organizações”<sup>7</sup>

Seguem alguns *stakeholders* em contratos de saúde para exemplificar:



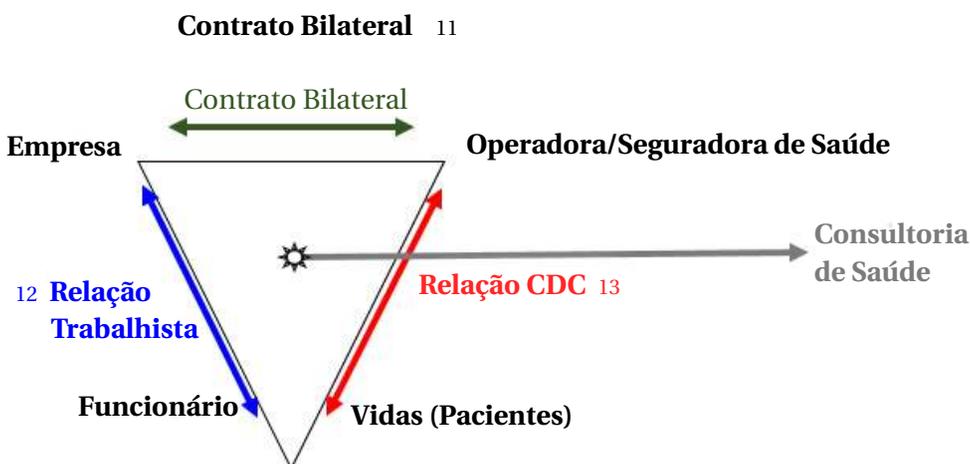
Apenas enxergar o consumidor final é uma visão simplista. Embora o enfoque neste trabalho verse sobre os contratos de planos médicos, todos os *stakeholders* em saúde merecem atenção.

Existem muitos envolvidos nesta história, entre eles grandes empresas transnacionais contratadoras destes serviços que envolvem muitos atores no processo e precisam de especialistas ágeis para resolver questões que necessitam da maior celeridade possível e confidencialidade.

Além de incluir muitos agentes, muitos fatores influenciam o contrato de plano médico empresarial entre eles: a sinistralidade que é o resultado do contrato, resultando do quanto se gasta e a diferença de quanto se paga para a operadora de saúde, a inflação médica que é o indicador que mostra a variação dos custos relacionados à saúde, que é um dos principais utilizados na conta do reajuste, Atualizações no Rol de Procedimentos da ANS, são intervenções e remédios inclusos como indispensáveis, conforme a medicina se atualiza, se renova, novos procedimentos são inclusos como obrigatórios para que os planos liberem para utilização aos contratantes dos planos, interferindo no custo (exemplo: inclusão do exame referente ao coronavírus). Aumento do Break Even<sup>8</sup> em razão da sinistralidade, se estabelece uma relação entre a despesa médica e o prêmio. Em uma sinistralidade negativa, os gastos com despesas médicas são maiores. Para haver um ponto de equilíbrio (ou break even), a média deve ficar nos 70%. Ou seja, a cada R\$ 100 pagos pela empresa, o gasto médico deve ficar em até R\$ 70 reais.<sup>9</sup> Além disso, há também os gastos com aposentados e demitidos, conforme a Lei nº 9656/1998<sup>10</sup>. Os artigos 30 e 31 da referida lei que normatizam os direitos destes a permanecerem no plano médico empresarial após o seu desligamento.

Aposentados e Demitidos impactam no resultado da apólice mesmo não fazendo mais parte do grupo de funcionários, pois o sistema é de mutualismo, se há um uso exagerado, principalmente pelo grupo dos mais idosos, o valor pago mensalmente é menor que efetivamente utilizado e assim não se sustenta.

Evidencia-se que são muitas as variáveis e possibilidades de conflito neste formato de contrato em razão de tantos modelos de relação jurídica que surgem de natureza comercial<sup>11</sup>, trabalhista<sup>12</sup>, e consumerista<sup>13</sup>, a saber:



Conforme esquematizado acima, existem muitas relações jurídicas neste modelo de contrato. O principal, que gera os demais é um contrato bilateral, sinalagmático, com a mesma força, entre a empresa contratante e a operadora de saúde. Podemos observar a relação trabalhista, entre empresa e empregados, e destes de consumidor com a operadora. Para auxiliar com sua expertise também encontramos as consultorias de saúde, que estabelecem um contrato entre a empresa contratante e seus serviços terceirizados ao Recursos Humanos da companhia. A ideia defendida é que há possibilidade em dar maior efetividade na resolução de conflitos com agilidade, flexibilidade, confidencialidade na relação entre todas as empresas (agentes) envolvidas no processo por intermédio de métodos alternativos de solução de conflitos.

---

## **MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – MEIOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ATUAIS**

---

Onde há pessoas, há conflitos. Contratos empresariais relacionados a planos médicos não são diferentes. Temos para solução de conflitos meios de heterocomposição, como a jurisdição estatal e a arbitragem (jurisdição privada), quanto a autocomposição, por mediação, conciliação e negociação.

Manter de forma sustentável os contratos de plano médicos empresariais é um grande desafio, pois existem muitas nuances que fazem com que este tipo de contrato seja muito volátil, já que são muitas as questões a serem observadas.

A utilização de métodos tradicionais de composição de litígios, como o judiciário, traz entraves, entre eles, a falta de celeridade, a publicidade (não há confidencialidade), falta de conhecimento dos juízes referente a este tema. Problemas na seara do judiciário que gastam anos para resolver a questão, e desencadeiam em rompimentos inconciliáveis.

O Estado transfere a sua responsabilidade pública ao setor privado e como as empresas se sentem desesperadas na busca de celeridade, confidencialidade, conhecimento específico e aprofundado sobre o assunto, não sentem que os problemas são resolvidos. Inclusive há um enorme interesse em não se perder a manutenção destes contratos. Romper com as empresas de saúde e depois refazê-los com outras é desgastante, diante de tanta complexidade. Um exemplo disto é o fato de a substituição de plano ser feita em até 60 dias.

Este contrato de plano médico empresarial é de cunho patrimonial e pode ser usado a lei de arbitragem. Conforme explica Scavone, “Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade.”<sup>14</sup>

Procedimentos judiciais são morosos e burocráticos advindos de um sistema processual tradicional, ainda mais moroso e complicado nos tempos atuais. A solução que se espera deve ser célere. Tal condição faz com que os meios alternativos de solução de conflitos como Arbitragem e Mediação tornem-se verdadeiras estratégias jurídicas que privilegiam a rapidez, a equidade, a economia, o sigilo e a especialização.

## CONCLUSÃO

A Arbitragem e a Mediação devem ser tratadas como ferramentas importantes no momento que estamos vivendo. Existem muitos envolvidos neste sistema, entre eles contratos milionários de Empresas Privadas com Planos Médicos, contratos estes bilaterais, que continuam com pouca eficácia e muitos gastos para ambos os lados. Muitas questões que precisariam ser assistidas para que ao invés de rompimentos abruptos, desgastantes e custos, tenham um atendimento mais eficaz pelos meios alternativos de autocomposição (mediação) e heterocomposição como a (arbitragem).

Conforme os ensinamentos de Scavone<sup>15</sup> "(...) isto porque, muitas vezes não interessa aos contendores, notadamente no *âmbito empresarial*, que *suas demandas se tornem públicas, posto que escancarar as entranhas corporativas pode significar o fim do negócio*". (grifos nossos).

Neste sentido, nota-se a fragilidade das operadoras e seguradoras de planos médicos, empresas da Saúde Suplementar, sob a regulação da ANS (Agência Nacional de Saúde) que tem poderes para multar, suspender e demais sanções às estas instituições. Resolver os seus problemas sem alarde é um grande objetivo, pois caso a ANS receba muitas reclamações, estas empresas correm o risco de terem os seus planos cancelados.

Nessa medida encontra-se na arbitragem a especialização, com rapidez, informalidade e confidencialidade. No mesmo sentido as características da mediação, ou seja, o processo auto compositivo privilegia questões que apenas acrescentariam para o contrato empresarial de plano médico, entre eles: visão prospectiva, foco em soluções, disputa a ser resolvida com enfoque pluralista, uso pragmático do direito, formalismo definido pelos usuários, linguagem e regras simplificadas, participação ativa das partes, advogados direcionados a contribuir com soluções negociadas, concentração nos interesses e processo humanizado.

Conforme restou demonstrado, há pertinência, cabimento para aplicação do procedimento arbitral e de mediação na solução destes conflitos. Ao analisar a legislação destes institutos devem ser implementados como importantes ferramentas para o planejamento estratégico entre as empresas.

Especificamente este tipo de contrato não encontra amparo nos métodos convencionais, pois precisam de um olhar mais sensível para a permanência do acordo de forma sustentável e eficiente.

Há vias para a resolução de conflitos com diálogo, flexibilidade e demais características do método, como a *expertise do árbitro e mediador* no assunto específico que o juiz, como generalista, não possui, como também, a imparcialidade, confidencialidade que cominam em acordos que ambos fiquem satisfeitos para manutenção dos pactos de forma sustentável.

Diante do exposto, as empresas contratantes, as empresas contratadas de saúde e respectivas consultorias deveriam repensar estrategicamente seus acordos de plano médico empresarial, instituir com urgência nos seus contratos a cláusula de MED-ARB e seguir um caminho que trará solução e rapidez com benefícios a todos os envolvidos. O momento é de inovações rápidas que estão vindo para ficar. ✎

---

## NOTAS

- 1 BONINCONTRO, Tania Cristina. *Lei de Aposentados e Demitidos, a inviabilidade do processo*. Monografia em Direito Médico. Verbo Jurídico. Orientador Felipe Leichtweis, 2012.
- 2 Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/plano-de-saude-individual-mais-raro-caro-15848792>> acesso em 04/05/2020.
- 3 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>. Acesso em 17/02/2020 – 2019 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
- 4 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-22/solucao-consensual-conter-judicializacao-saude-toffoli>> acesso em: 01/07/2020.
- 5 MOYSÉS FILHO, Jamil. *Planejamento e Gestão Estratégica em Organizações de Saúde*/Jamil Moysés Filho – (et al.), Rio de Janeiro: FGV, 2010, 1. ed., 4ª Reimpressão, 2013.
- 6 Significado – *Stakeholder* é um termo da língua inglesa que tem como significado “grupo de interesse”. Fazem parte deste grupo pessoas que possuem algum tipo de interesse nos processos e resultados da empresa.. disponível em < <https://www.dicionariofinanceiro.com/o-que-sao-stakeholders/>> acesso em 04/05/2020.
- 7 MOYSÉS FILHO, Jamil. *Planejamento e Gestão Estratégica em Organizações de Saúde*/Jamil Moysés Filho – (et al.). Rio de Janeiro: FGV, 2010. 1. ed., 4ª Reimpressão, 2013.
- 8 Significado – Ponto de Equilíbrio Financeiro – O Ponto de Equilíbrio Financeiro é um índice percentual que marca o ponto em que as vendas criam receitas que se igualem as despesas e custos de uma operação.Disponível em <<https://www.dicionariofinanceiro.com/busca/?s=Break+Even>> acesso em 04/05/2020.
- 9 Disponível em <<https://oinsurance.com.br/rajuste-plano-de-saude-empresarial/>> acesso em 16.02.20
- 10 Lei nº 9656/1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.
- 11 Contratos Bilaterais são aqueles que criam obrigações para ambas as partes e essas obrigações são recíprocas; cada uma das partes fica adstrita a uma prestação (ultra citroque obrigatio), p. 23. São igualmente chamados sinalagmáticos, da palavra grega *sinlagma*, que quer dizer contrato com reciprocidade, p. 24. Curso de direito civil / Washington de Barros Monteiro.
- 12 Relação Trabalhista – Contrato de trabalho stricto sensu é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada, p. 242 e 243.- SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*/Arnaldo Sussekind.
- 13 Relação Código de Defesa do Consumidor – De acordo com Silveira (2009), o fornecedor, na hipótese da medicina prestada por meio de convênios de saúde, é, como definido no art. 3º do CDC, a empresa que oferece o serviço médico, p. 50. O código de Defesa do Consumidor nasceu com a especial tarefa de regular as relações jurídicas de consumo, considerando a desigualdade que se apresentava entre o fornecedor (e assemelhados) e o consumidor (destinatário final) p. 51. MACHADO, Alice Caraciki Morucci (et al). *Aspectos Jurídicos em Saúde*.
- 14 SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação*. Luiz Antônio Scavone Júnior. 8. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22 e seguintes.
- 15 SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação*. Luiz Antônio Scavone Júnior. 8. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22.

---

## REFERÊNCIAS

BONINCONTRO, Tania Cristina. *Lei de Aposentados e Demitidos, a inviabilidade do processo*. Monografia em Direito Médico, Verbo Jurídico, Orientador Felipe Leichtweis, 2012.

- BONINCONTRO, Tania Cristina. *Plano Médico Empresarial para Aposentados e Demitidos – Possibilidade de Redução de Custos – TCC para MBA Executivo em Saúde*, FGV, Orientador: Jamil Moysés Filho.
- BOTTEON, Lissandra Christine. *Arbitragem e Direito à Saúde: Possibilidade e eficácia de uso do método arbitral para garantir o direito constitucional à saúde*.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Azevedo, André Gomma de (Org.) *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed., (Brasília/DF-CNJ), 2016.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Justiça Pesquisa – Judicialização da Saúde no Brasil – Perfil das demandas, causas e propostas de Solução, Pesquisa solicitada ao Instituto de Pesquisa, INSPER em 2019.
- CAVALCANTI, Fabiano Robalinho, Prof. *Curso de Direito FGV Rio de Janeiro – Arbitragem*. 1. ed., Roteiro de Curso 2014.1.
- DANTAS, Eduardo. *Direito Médico/Eduardo Dantas*. 4. ed., ver. Ampl. e atual., Salvador: JusPodivm, 2019.
- FUHERER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de processo civil/Maximilianus Cláudio Américo (et. Al.)* – 43. ed. Integralmente de acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2018.
- LEI DE ARBITRAGEM – Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, atualizada de acordo com as alterações da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.
- LEI DE MEDIAÇÃO – Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.
- MACHADO, Alice Caraciki Morucci (et al). *Aspectos Jurídicos em Saúde*. Rio de Janeiro, FGV, 2010. 1. ed., 4ª Reimpressão: 2013. ISBN: 978-85-225-0844-0.
- MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face de princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica/Pablo Castro Miozzo*: Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros, 1910. *Curso de direito civil / Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1987-1991. 26. ed. Saraiva.
- MOYSÉS FILHO, Jamil. *Planejamento e Gestão Estratégica em Organizações de Saúde/Jamil Moysés Filho – (et al.)* – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. 1. ed., 4ª Reimpressão: 2013. ISBN: 978-85-225-0846-4.
- SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação*. Luiz Antônio Scavone Júnior. 8. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MOTTA JÚNIOR, Aldemar. *Reforma da Lei de Arbitragem*. Comentário ao Texto Completo – Lei nº 9307, de 23 de setembro de 1996, com as alterações da Lei nº 13.129, de 20 de maio de 2015. OAB – Conselho Federal – Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem. COPREMA – Colégio de Presidentes das Comissões de Mediação e Arbitragem.
- PORTER, Michael E. *Repensando a saúde: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos / Michael E. Porter, (et. Al.)*. Porto Alegre: Bookman, 2007.
- RODRIGUES, Silvio, 1917. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: Contribuem para um balanço aos 20 anos da CF/88*. Publicação – Revista do Instituto de hermenêutica jurídica 20 anos de Constitucionalismo democrático – E agora? Porto Alegre – Belo Horizonte, 2008 p. 163-206.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Responsabilidade Civil/Cristiano Heineck Schmitt*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho/Arnaldo Sussekind (et al)*. 19. ed. atual, São Paulo: LTr. 2000.



**TANIA CRISTINA BONINCONTRO** é Pós-Graduada em Direito Médico, MBA pela FGV em Gestão Executiva em Saúde e em Mediação pelo TASP – Centro de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Larga experiência na área em Empresa Multinacional, com diversos cursos na área de Direito Médico, Mediação e em Compliance.

# Saiba quais são os cuidados para fechamento definitivo de uma empresa

POR PERCIVAL MARICATO



**FECHADO**

**“Todas as fórmulas devem ser bem pensadas, sem emoção ou ilusões, sem se apegar por demais à empresa, sem tratá-la como alguém da família, pois esses momentos exigem frieza e racionalidade.”**

**O** que se temia, foi alertado, exposto em dados e ganha, inelizmente, a dimensão esperada. Dezenas de milhares de empresas, principalmente de micro e pequeno porte, fecharão suas portas definitivamente. Mesmo findo os períodos de quarentena, teremos ainda um longo período de recessão. Além da retração dos consumidores, despesas com funcionários, estoques comprados e não vendidos, fato do príncipe (decretos obrigando suspensão de atividades empresariais), estas empresas, com poucas exceções, não têm reservas financeiras para longos períodos de inatividade ou recessão e não têm acesso a financiamentos. Podem até reduzir drasticamente seus custos com muito esforço, menos de 20% dos tempos normais.

Em cartilha sobre soluções para a crise do coronavírus (<http://www.mari-catoadvogados.com.br/artigo/cartilha-de-solucoes-para-a-crise-do-coronavirus-nas-empresas>), mostramos caminhos para superação deste momento, mas mesmo assim, muitas não sobreviverão, afirma.

Se perceber que não sobreviverá, o empresário deverá pensar em como fechar as portas de forma gradual e organizada, evitando ter como herança problemas futuros e relação a reclamações trabalhistas, execuções fiscais, inquéritos ou processo de falência com investigação sobre paradeiro do patrimônio da empresa, acusações de conduta irresponsável, processos penais de sonegação, a desconsideração da pessoa jurídica nas cobranças, impedimento de abrir ou de se associar a novos negócios ou mesmo ocupar um bom emprego por longos anos e tantos outros comuns para quem fecha apenas de fato e procura fingir-se de morto.

As dificuldades já são tantas que fazem prever o encerramento das atividades, talvez seja o caso de aproveitar as energias físicas e psíquicas e as reservas financeiras, quem sabe a venda de estoques, marca e bens intangíveis, reunir créditos ainda possíveis, para ir, cortando custos e reduzindo passivos, devolvendo equipamentos, desligando e indenizando funcionários, liquidando dívidas gradualmente, extinguindo ou reduzindo obrigações até onde for possível.

Pontos centrais de atenção para encerramento de empresas:

### **DÍVIDAS TRABALHISTAS**

A liquidação das obrigações trabalhistas é prioritária. E não só pela questão humanitária e reciprocidade, como por ser a Justiça do Trabalho mais eficiente e de maior resiliência em condenar a empresa, executar créditos dos reclamantes e decretar com mais facilidade a desconsideração da pessoa jurídica. Condenada a empresa, se esta não tiver condições de pagar, seus sócios terão sua vida e declarações de renda dos últimos cinco anos vasculhadas, na busca de bens que satisfaçam as condenações (bens de algum valor, contas em banco, veículos, imóveis, ações, créditos, doações ou vendas no período pré-insolvência etc.). Não é difícil obter-se em outras áreas da justiça a chamada prescrição intercorrente (extinção da ação por ficar mais de cinco anos arquivada, sem atividade do credor), o que não costuma ser admitido na Justiça do Trabalho. Ou seja, a busca por bens durará muitos e muitos anos. Melhor, pois, ir

liquidando gradualmente essas obrigações, fazendo acordos, parcelando pagamentos, procurando homologá-los na Justiça do Trabalho sempre que viável.

Importante que, mesmo se fechada a empresa, mesmo que o empresário sinta já não dispor de nada mais com que responder pela dívida da reclamação (vale para qualquer outra cobrança ajuizada), ele deve evitar a revelia, ou seja, deve se defender em juízo, para reduzir o valor da possível condenação tanto quanto for possível. Como dito, ele pode ficar mais que década sendo cobrado insistentemente e quanto mais elevado o valor, mais o credor insistirá em receber. Por outro lado, nunca se sabe se o empresário não conseguirá se reabilitar no mercado e voltar a ter condições de abrir ou voltar a ser sócio de uma outra empresa, ou poderá acontecer dele receber herança. E então, deixando correr as cobranças sem se defender, poderá ser cobrado por valores vultosos, até delirantes.

Outra consequência será o registro dessas reclamações (tanto como demais ações de cobrança) nos distribuidores de ações de cada área da justiça (trabalhista, estadual, federal), dos serviços de proteção ao crédito, tolhendo financiamentos, cheques especiais e cartões de crédito, a possibilidade de acesso a determinados empregos, dificultando o exercício de profissão, por muitos anos, até mais de década.

---

## DEFESA CONTRA COBRANÇAS DE FORNECEDORES, PRESTADORES DE SERVIÇO E DO FISCO

---

Com fornecedores e prestadores de serviço, deve-se ir aos poucos cortando despesas e tentando acordo, como, por exemplo, devolvendo produtos e equipamentos, trocando dívida por patrimônio e estoques, reduzindo e parcelando outras existentes. Para um credor que percebe a insolvência do devedor, é bem melhor receber o equipamento semi usado de volta, parcelar uma dívida em 30 pagamentos ou mais, com fiador melhor ainda. Ou seja, é melhor receber o possível do que arriscar ter que ir a Juízo, gastar com advogado e nada receber ou ter que esperar mais tempo ainda, devido a lentidão do Judiciário.

O fisco (dívidas tributárias e previdenciárias) é outro problema no horizonte. Todos sabemos que com reservas escassas, as primeiras contas que o empresário deixa de pagar são as tributárias. Muitas outras são consideradas prioritárias.

E colabora para essa conduta o fato do fisco, há o federal, os estaduais e os municipais, ser bem mais demorado em cobrar seus créditos. Esperam a dívida tributária acumular por meses seguidos para só então iniciar os procedimentos de cobrança extrajudiciais, seguido de execuções fiscais, que também poderão ficar por mais de década correndo nos fóruns, sempre na busca de bens a penhorar.

Em certas situações o fisco permite parcelamentos, às vezes por programas especiais (Refis...), que convém aproveitar, principalmente se o empreendedor pretende no futuro próximo voltar a empreender ou se tem bens a penhorar. Deve o empresário ter cuidado com aumentar ou “rolar” a dívida, recusar acordos, pois o Judiciário pode ser lento, mas as cobranças no mesmo

são feitas com incidência de juros, correção, honorários de advogado do credor, multas e custas judiciais. Isto sem contar que o devedor tem que constituir e pagar o próprio advogado.

---

### RECUPERAÇÃO JUDICIAL, FALÊNCIA, INSOLVÊNCIA

---

A empresa devedora pode ainda apelar para o processo de recuperação judicial, complexo e demorado, vantajoso quando tem patrimônio, estoques, créditos, para negociar com credores, possibilidades de recuperação. É recurso pouco usado por pequenas empresas e no setor de serviços, mesmo por médias e grandes, pois nestas é raro existir estoques para ir trabalhando e patrimônio a defender.

Poderá ainda pedir autofalência ou ter sua falência requerida por terceiros e decretada pelo Juiz. É procedimento que convém evitar, especialmente se não se têm livros contábeis em ordem, não se sabe explicar onde foram parar recursos e patrimônio, como se deu o aumento da dívida.

Se para a pessoa jurídica existe falência, para pessoa física existe o processo de insolvência. Pode se dar com sócios que, após a desconsideração da pessoa jurídica, também não conseguem adimplir dívidas. Nesse caso, ficam “insolventes”, perdem o crédito, a disponibilidade do nome para novo empreendimento e por vários anos (formalmente cinco após o encerramento da falência ou insolvência).

---

### COBRANÇAS DE LOCADORES E BANCOS

---

As cobranças de bancos e locadores submetem-se às situações acima, com poucas diferenciações. O locador pode cobrar os alugueres atrasados, mas costuma antes ajuizar despejo por falta de pagamento e nada pior para o bom nome de uma empresa. O locador costuma atrasar mais de três meses de alugueres não pagos até decidir pela proposição da ação de despejo, pois rotineiramente se tenta negociações e acordos. Mesmo após propor a ação, o despejo só é decretado, em condições de normalidade do funcionamento do fórum, mais de seis meses após, muito mais ainda se for discutir força maior ou o locatário tiver alguma justificativa para não pagar (uma reforma necessária há muito solicitada e não feita). No entanto, pode ser uma dívida que irá ficando caro e se a empresa vai fechar mesmo, pode convir e evitar esse passivo acumulando-se e rescindir o contrato amigavelmente, parcelando a dívida, evitando multa contratual. Reitere-se que com raras exceções, os credores preferem receber valor menor ou a médio e longo prazo do que ficar litigando.

Veja mais em cartilha sobre alugueres: <http://www.maricatoadvogados.com.br/artigo/o-direito-de-renegociacao-do-valor-dos-alugueres-a-serem-pagos-durante-a-criese-do-coronavirus-e-periodo-de-recessao-que-se-seguira>

Quanto aos bancos, os negócios mais rentáveis do país, já têm provisão de perdas, e perante situação difícil do devedor, também tentará negociar por meses, oferecendo redução de valores e parcelamentos de longo prazo, condições, tanto melhor se houver avalista.

Inexistindo propostas razoáveis do banco, convém a empresa consultar advogados, pois os contratos bancários, não raro, têm cláusulas abusivas, juros exorbitantes e inadmissíveis na convivência civilizada. Perante um processo judicial, o banco fica ainda mais propenso a fazer acordos razoáveis. E quando percebe que o devedor não tem como pagar, pode desistir de prosseguir com a ação e permitir seu arquivamento e a prescrição intercorrente. O pior acontece quando ele vende esse “crédito podre” a empresas especializadas em cobranças, estas insistirão muito mais no recebimento.

---

## FORÇA MAIOR E OUTROS FUNDAMENTOS DE RESISTÊNCIA DO DEVEDOR

---

Em sua defesa, nas dívidas acumuladas ou agravadas pela crise do coronavírus, a empresa pode alegar descumprimento por motivo justo, a quarentena, fuga de consumidores, acontecimentos responsáveis por oneração excessiva das obrigações, imprevisibilidade, fato do príncipe, força maior e etc. A crise é fato notório, o que pode ajudar a rescindir contratos (sem pagamento de acréscimos e multas) e reduzir e/ou parcelar dívidas além de evitar desconsideração da pessoa jurídica, tudo como explicado mais sucintamente, inclusive com fundamentos jurídicos, na cartilha supra referida. Adite-se que a negociação, em situação tão extremada, é uma obrigação do credor.

---

## DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

---

Como dito acima, um dos maiores riscos que corre o empresário que fecha a empresa ou acumula dívidas sem pagar é a desconsideração da pessoa jurídica. Acontece quando o credor, constatado que a empresa não tem como pagar a dívida e nem bens para serem penhorados, pede que o juiz desconsidere a empresa e dirija a execução contra o patrimônio de seus sócios. A desconsideração só deve ocorrer caso haja alguma irregularidade na atividade da empresa: dívidas excessivas ou suspeitas, livros contábeis incompletos, sumiço de patrimônio, sonegação de informações, desvio de finalidade, confusão patrimonial, atos ilícitos e irregulares, enfim, e contra o sócio ou sócios responsáveis. Muitas vezes, o simples fechamento de portas sem informar a junta comercial, de novo endereço, pode ser suficiente para a medida extrema.

E então a perseguição do credor continuará, contra o sócio (ou sócios), pelo que possui, exceto o bem de família (onde reside a família), muitas vezes pelo que têm ou vendeu quando já era visível a insolvência, por possíveis aquisições no futuro, inclusive herança do pai, da mãe ou quem quer seja. Se esse empresário formar nova empresa ou entrar de sócio em alguma outra, o patrimônio ou quotas desta, correspondente a esse empresário, serão suscetíveis de penhora.

Por isso é importante que o empresário que resolve fechar as portas em definitivo decida se não vale a pena já ir vendendo patrimônio e pagando como pode os credores, e fazendo prova, que devem ser guardadas por muitos anos, dessa sua conduta, da boa-fé e idoneidade no encerramento de atividades, se possível com o encerramento formal da empresa, muito mais difícil, mas muito mais seguro. Muitas vezes o empresário não só não desvia bens, como até pede empréstimos à família ou terceiros, vende seu veículo ou o apartamento na

praia, para pagar essas dívidas, mas não guarda documentos comprovando sua conduta ética e responsável. E então, quando requerida a desconsideração da pessoa jurídica, anos após, não sabe como provar sua inocência.

---

## ENCERRAMENTO LEGAL, VENDA DA EMPRESA OU ADMISSÃO DE NOVO SÓCIO

---

O mais seguro no encerramento das atividades é fazê-lo também formalmente, junto aos órgãos públicos. Mais de 90% das pequenas empresas que fecham as portas de fato no país, não fazem isso, pois é necessário dezenas de documentos. Não obstante, sendo possível, é bem melhor, pois o empresário fica reabilitado para novas ações no mercado.

Quem também prevê que terá que encerrar a empresa pode procurar imediatamente compradores para ela. Evidente que se puder vender tão bem que possa recuperar seu investimento e trabalho, até ter lucro, o empresário deve fazê-lo. Mas em certas situações, na “bacia das almas”, findo o gás e próximo do fechamento de fato, existindo um comprador idôneo (não só pelo nome, mas também por possuir patrimônio, fiador, garantias), que se responsabilize por todas as dívidas, convém repassar a empresa por preço simbólico ou por preço a pagar daí a um ano, ou ainda para pagamento parcelado, a perder de vista.

Se a empresa tiver bom nome, marcas, produtos, *good will*, com novos sócios e injeção de capital poderá se reerguer. Nos tempos atuais, os valores intangíveis normalmente valem muito mais que valores materiais e patrimoniais. Sempre o empresário deve pesquisar muito bem a quem está vendendo, exigir alteração do contrato na junta, pois do contrário estará apenas aumentando seus problemas em vez de ter soluções. A venda sem essa certeza, tanto como nos demais casos, mas com muito mais necessidade, deve ser precedida de contrato detalhado, formal, com orientação de advogado, um anexo de bens, créditos, dívidas, estoques, faturamento médio (antes da crise) etc., e rápida alteração do contrato social na junta comercial, na data em que se entrega a posse. De tal forma que o comprador não tenha como alegar estes ou aquele detalhe não cumprido, para não cumprir as obrigações que assume.

A venda será tanto mais fácil quanto melhor estiverem os livros, quanto menor for a dívida, mais conservado o patrimônio, razoável a duração do contrato de locação e o valor do aluguel, o crédito na praça, menor os riscos trabalhistas. E principalmente, o potencial da empresa para fazer sucesso com nova administração.

O empresário poderá ainda optar por procurar por sócio com capital, o que não é nada fácil em tempos difíceis, poderá vender algo e injetar recursos, o fato é que todas fórmulas devem ser bem pensadas, sem emoção ou ilusões, sem se apegar por demais à empresa, sem tratá-la como alguém da família, pois esses momentos exigem frieza e racionalidade. 



**PERCIVAL MARICATO** é Empresário, professor de pós-graduação, advogado e sócio fundador do Maricato Advogados Associados.

# Empresas *offshore* Importante conhecer o conceito de empresa *offshore* e sua utilidade e legalidade

por LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ



**“A maior conexão global abriu possibilidade aos empresários, dos mais distintos níveis, e segmentos, de buscar ampliar mercados, nacionalmente, regionalmente (Mercosul ou Europa, p.ex.) ou globalmente (acesso a distintos mercados mundiais).”**

O universo empresarial sofre, cada vez mais e com maior velocidade, mudanças e diminuições de barreiras, ampliadas e aprofundadas pela popularização e maior acesso da população mundial à *internet*.

Barreiras de fronteiras caíram ou foram radicalmente reduzidas (ou eliminadas para mercados comuns). O maior, mais rápido e amplificado acesso a formas de comunicação e divulgação de informações, a mundialização, propagação da tecnologia, facilitação e melhoria da comodidade e velocidade de meios de transporte, diminuiu distâncias, diferenças, abrindo mercados, criando e amplificando desejos e oportunidades. O que antes apenas era acessível aos grandes grupos e pessoas com alto conhecimento aduaneiro e de comércio internacional, hoje verificamos a possibilidade ao pequeno ou médio empresário de realizar transações em sua localidade, ou em distintas partes do território nacional, ou mesmo com alcance internacional. A tecnologia, somada à crescente e maior integração mundial encurtou distâncias, conectou mercados e amplificou possibilidade de acesso a clientes e consumidores.

Com isso, parece importante rememorar a utilidade, legalidade, cuidados e forma de operações envolvendo as chamadas empresas *offshore* (ou *offshore companies*). Esta possibilidade, histórica, sempre esteve a disposição daqueles que se lançaram a empreendimentos internacionais – marítimos, terrestres ou aéreos – buscando conjugar benefícios e utilidades com proteção, segurança e facilidades.

Existem distintos conceitos e entendimentos para enquadrar uma “empresa *offshore*”. Sem prejuízo, antes de pensar em qualquer definição ou uso de uma estrutura ou entidade legal no exterior, é imprescindível saber que incorporar, constituir, possuir, manter ou ser titular de uma empresa no exterior é, no atual cenário regulatório brasileiro, absolutamente possível, real e legal.

---

### EXISTEM DISTINTOS CONCEITOS E ENTENDIMENTOS PARA ENQUADRAR UMA “EMPRESA OFFSHORE”

---

O termo *offshore* usualmente se refere a “afastado” ou “fora da costa”. Para entidades legais, o termo está associado a empresas constituídas em países e territórios diferentes da sua sede/matriz ou de seus titulares/sócios. Há quem diga que o termo tem origem nos tempos dos corsários, que praticavam atos de pilhagem “legal” e saqueavam embarcações em alto mar ou costas, guardando o fruto/produto de suas ações em local/localidade *offshore* (fora da costa).

Assim, *offshore* é o termo comum atribuído a entidades legais – empresas ou mesmo contas bancárias – mantidas em países e territórios onde a tributação é menor ou praticamente inexistente (quando comparado com o país de origem de seus titulares). Há quem chame tais entidades legais de sociedades extraterritoriais ou empresas extraterritoriais. Geralmente em países com forte sigilo bancário e fiscal, juntamente com sigilo ou maior proteção de dados do registro público de comércio e empresas, tornando difícil ou mesmo não sendo possível identificar os membros componentes do quadro social e titulares da

empresa. Assim, *offshore* é uma entidade legal que regularmente opera fora dos limites territoriais onde está localizada, e cuja estrutura e requisitos formais e legais para sua incorporação naturalmente devem variar de acordo com o ordenamento jurídico de cada país.

Mas há quem se refira aos países onde há menor tributação ou ela é praticamente inexistente como paraísos fiscais (*tax havens*), termo diretamente relacionado à prática de alguns países quando adotaram política fiscal mais favorável, ou até mesmo de isenção fiscal, visando atrair investimentos e capitais estrangeiros (caso de muitas ilhas na América Central, e na América Latina, o Uruguai é um exemplo típico dessa política). Como são reconhecidos, inclusive por normas nacionais e internacionais, os paraísos fiscais (*tax havens*) são aqueles países onde os custos, alíquotas, encargos e as obrigações tributárias (principais e/ou acessórias) incidentes sobre a operação da entidade legal são drasticamente reduzidas ou até mesmo não incidentes ou não existentes. E aí reside a confusão.

Logo, primeira importante distinção e compreensão, sob a ótica brasileira, é a dos conceitos de *offshore* e de paraísos fiscais (países onde existe redução ou isenção dos tributos, ou em outras palavras, que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior aos níveis nacionais).

Na parte fiscal, é vital compreender o conceito de “países ou dependências com tributação favorecida” e países de “regimes fiscais privilegiados”. Segundo a Instrução Normativa RFB nº 1037, de 04 de junho de 2010, em sua mais recente atualização de 2019, são considerados países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as jurisdições listadas na versão mais atual do art. 1º da norma<sup>1</sup>. Por outro lado, são considerados regimes fiscais privilegiados aqueles aquelas jurisdições listadas na versão mais atual do art. 2º da norma<sup>2</sup>.

Vale sempre lembrar a questão de estímulos financeiros e econômicos ao empresário e ao desenvolvimento de atividades empresariais, dado que quanto maior ingerência do Estado e quanto maior a carga tributária existente, certamente será maior o incentivo e interesse de pessoas naturais e empresas para planejar e investir no exterior. A razão e o incentivo aumenta em função da busca por mercados e poupança em moedas fortes, com maior estabilidade econômica e política, e naturalmente, a busca por melhor alocação fiscal ou de impostos. Em muitos casos, segurança está associada a sigilo e privacidade, gerando economia fiscal, pessoal, patrimonial, sucessória, de custos administrativos e eventual acesso a crédito melhor.

Distintamente do que se pode imaginar ou alegar, a constituição de uma empresa *offshore* é uma prática plena e totalmente lícita, desde haja um planejamento lícito, e que sejam respeitados os princípios e valores ético-legais, legislação aplicável, normas regulatórias nacionais (sob ótica dos empresários constituintes), internacionais e locais da sede da empresa a ser constituída. Também é requisito da legalidade da operação que a constituição da empresa *offshore* não seja destinada (utilizada) para fins criminosos e ilícitos,

tais como corrupção, roubos, ocultação de bens, valores, e direitos, meio para financiamento ao tráfico e ao terrorismo, e conseqüentemente, não se destina à lavagem de dinheiro (*money laundering*). Neste ponto, sempre importante lembrar regras de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo (PLDFT), dado que sua aplicação sempre envolverá aspectos domésticos e internacionais.

Quanto à aplicação e uso destas estruturas *offshore* em planejamentos fiscais e tributários (inclusive planejamento sucessório e de heranças), é essencial se atentar à necessidade de que a operação tenha o devido “propósito negocial”. Segundo importante e pontual entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”), ao avaliar a estruturação de uma operação, não apenas a legalidade deve ser observada, e sim seu propósito econômico. Em voto, a relatora Juliana Feriato destacou ser necessário “verificar a função a que se destina a operação dentro do empreendimento econômico, e não somente a prática de atos baseados em dispositivos legais (princípio da estrita legalidade em matéria tributária)”. Pontuou, ainda, que não é suficiente haver licitude na cadeia de atos realizados e operacionalizados, “tampouco a máxima argumentativa da liberdade empresarial de auto-organização, para legitimar as alternativas escolhidas em uma reestruturação societária, pois estas devem estar providas de causa econômica, de modo que o motivo da reorganização não seja único ou predominantemente de economizar tributos.” (Processo nº 10380.725189/2017-20 – decisão de março de 2019). Trata-se, de um aprofundamento do debate e de conceitos de elisão e evasão fiscal<sup>3</sup>.

Com todos estes pontos, conceitos em mente, destacamos que o consultor e operador de direito deve sempre buscar a melhor e mais eficiente operação jurídica para acomodar as necessidades e vontades do cliente, tendo em vista sempre o devido “propósito negocial” de cada operação, especialmente para fins de licitude do planejamento fiscal e/ou sucessório. Vale lembrar que muitas famílias e pessoas naturais buscam soluções lícitas por meio de empresas holdings constituídas em países estrangeiros (empresas *offshore*), por razões pessoais ou familiares, especificamente visando a administração de investimentos e patrimônio. Estas estruturas visam proporcionar sigilo, privacidade e segurança aos seus titulares, naturalmente considerando uma melhor alocação de custos fiscais.

*Last but not least*, não se pode esquecer da necessidade/obrigação frente ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (“CNPJ”) de indicação e apontamento, para entidades legais domiciliadas no exterior, das pessoas naturais caracterizadas como beneficiárias finais. Isto porque segundo o art. 4º da *Instrução Normativa RFB nº 1863, de 27 de dezembro de 2018*, em sua mais recente atualização agosto de 2020, são consideradas obrigadas de inscrição no CNPJ aquelas entidades legais domiciliadas no exterior que, no País sejam titulares de direitos ou realizem operações estabelecidas no inciso XV da norma<sup>4</sup>.

Uma vez enquadradas, as entidades legais estrangeiras devem fornecer, nos termos do art. 8º da norma, informações cadastrais abrangendo as pessoas autorizadas a representá-las, bem como a cadeia de participação

societária, até alcançar as pessoas naturais caracterizadas como beneficiárias finais. Para efeitos desta determinação, considera-se beneficiário final a) a pessoa natural que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente a entidade; ou b) a pessoa natural em nome da qual uma transação é conduzida. Presume-se influência significativa quando a pessoa natural: a) possui mais de 25% (vinte e cinco por cento) do capital da entidade, direta ou indiretamente; ou b) direta ou indiretamente, detém ou exerce a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da entidade, ainda que sem controlá-la. Alertamos que as entidades que não preencherem as informações referentes ao beneficiário final ou que não apresentarem os documentos na forma prevista na Instrução terão sua inscrição suspensa no CNPJ e ficarão impedidas de transacionar com estabelecimentos bancários, inclusive quanto à movimentação de contas-correntes, à realização de aplicações financeiras e à obtenção de empréstimos.

A maior conexão global abriu possibilidade aos empresários, dos mais distintos níveis, e segmentos, de buscar ampliar mercados, nacionalmente, regionalmente (Mercosul ou Europa, p.ex.) ou globalmente (acesso a distintos mercados mundiais). Para isso, certamente o correto e eficaz uso de estruturas e entidades *offshore* pode contribuir para o sucesso de uma empreitada. A atual possibilidade/facilidade de se constituir uma entidade legal em qualquer lugar do mundo, outorga maior flexibilidade ao empresário, maior escolha do ambiente regulatório mais favorável, maior proteção cambial e política e maior segurança jurídico-institucional, sempre tendo em vista que a operação do negócio deve guardar e respeitar o devido “propósito comercial”. 

## NOTAS

- 1 Instrução Normativa RFB nº 1037 de 04.jun.2010. “Art. 1º Para efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as seguintes jurisdições: I – Andorra; II – Anguilla; III – Antígua e Barbuda; IV – Antilhas Holandesas; (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1658, de 13 de setembro de 2016); V – Aruba; VI – Ilhas Ascensão; VII – Comunidade das Bahamas; VIII – Bahrein; IX – Barbados; X – Belize; XI – Ilhas Bermudas; XII – Brunei; XIII – Campione D’ Italia; XIV – Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); XV – Ilhas Cayman; XVI – Chipre; XVII – Cingapura; (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1773, de 21 de dezembro de 2017); XVIII – Ilhas Cook; XIX – República da Costa Rica; (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1773, de 21 de dezembro de 2017); XX – Djibouti; XXI – Dominica; XXII – Emirados Árabes Unidos; XXIII – Gibraltar; XXIV – Granada; XXV – Hong Kong; XXVI – Kiribati; XXVII – Lebuán; XXVIII – Líbano; XXIX – Libéria; XXX – Liechtenstein; XXXI – Macau; XXXII – Ilha da Madeira; (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1773, de 21 de dezembro de 2017); XXXIII – Maldivas; XXXIV – Ilha de Man; XXXV – Ilhas Marshall; XXXVI – Ilhas Maurício; XXXVII – Mônaco; XXXVIII – Ilhas Montserrat; XXXIX – Nauru; XL – Ilha Niue; XLI – Ilha Norfolk; XLII – Panamá; XLIII – Ilha Pitcairn; XLIV – Polinésia Francesa; XLV – Ilha Queshm; XLVI – Samoa Americana; XLVII – Samoa Ocidental; XLVIII – San Marino; (Revogado(a) pelo(a) Instrução Nor-

mativa RFB nº 1896, de 27 de junho de 2019); XLIX – Ilhas de Santa Helena; L – Santa Lúcia; LI – Federação de São Cristóvão e Nevis; LII – Ilha de São Pedro e Miguelão; LIII – São Vicente e Granadinas; LIV – Seychelles; LV – Ilhas Solomon; LVI – St. Kitts e Nevis; (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1658, de 13 de setembro de 2016) (Vide Instrução Normativa RFB nº 1658, de 13 de setembro de 2016) LVII – Suazilândia; LVIII – Suíça; (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1474, de 18 de junho de 2014); LIX – Sultanato de Omã; LX – Tonga; LXI – Tristão da Cunha; LXII – Ilhas Turks e Caicos; LXIII – Vanuatu; LXIV – Ilhas Virgens Americanas; LXV – Ilhas Virgens Britânicas; LXVI – Curaçao; LXVII – São Martinho; LXVIII – Irlanda.” Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>. Acesso em 29.set.2020

- 2 Instrução Normativa RFB nº 1037 de 04.jun.2010. “Art. 2º São regimes fiscais privilegiados: I – (Revogado(a) pelo(a) Ato Declaratório Executivo RFB nº 3, de 25 de março de 2011); II – com referência à legislação do Uruguai, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de “ Sociedades Financeiras de Inversão (Safis)” até 31 de dezembro de 2010; III – com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *holding company* que não exerçam atividade econômica substantiva; IV – com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *holding company* que não exerçam atividade econômica substantiva; V – com referência à legislação da Islândia, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *International Trading Company* (ITC); VI (Revogado(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1474, de 18 de junho de 2014); VII – com referência à legislação dos Estados Unidos da América, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *Limited Liability Company* (LLC) estaduais, cuja participação seja composta de não residentes, não sujeitas ao imposto de renda federal; ou VIII – com referência à legislação da Espanha, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros* (E.T.V.Es.); IX – com referência à legislação de Malta, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *International Trading Company* (ITC) e de *International Holding Company* (IHC); X – com referência à Suíça, os regimes aplicáveis às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *holding company*, *domiciliary company*, *auxiliary company*, *mixed company* e *administrative company* cujo tratamento tributário resulte em incidência de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), de forma combinada, inferior a 20% (vinte por cento), segundo a legislação federal, cantonal e municipal, assim como o regime aplicável a outras formas legais de constituição de pessoas jurídicas, mediante *rulings* emitidos por autoridades tributárias, que resulte em incidência de IRPJ, de forma combinada, inferior a 20% (vinte por cento), segundo a legislação federal, cantonal e municipal; XI – com referência à legislação da República da Áustria, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *holding company* que não exerçam atividade econômica substantiva; XII – com referência à legislação da República da Costa Rica, o Regime de Zonas Francas (RZF); XIII – com referência à legislação de Portugal, o regime do Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM); e XIV – com referência à legislação de Singapura, os seguintes regimes de alíquota diferenciada para: a) armador ou fretador ou para empresa de transporte aéreo não residentes (*special rate of tax for non-resident shipowner or charterer or air transport undertaking*); b) seguradoras e resseguradoras ou o regime de isenção aplicável a tais empresas (*exemption and concessionary rate of tax for insurance and reinsurance business*); c) Centro de Finanças e Tesouraria (*concessionary rate of tax for Finance and Treasury Centre*); d) administrador fiduciário (*concessionary rate of tax for trustee company*); e) renda derivada de títulos de dívida (*concessionary rate of tax for income derived from debt securities*); f) empresa de comércio global e empresa elegível (*concessionary rate of tax for global trading company and qualifying company*); g) empresa de incentivo do setor financeiro (*concessionary rate of tax for financial sector incentive company*); h) prestação de serviços de processamento para instituições financeiras (*concessionary rate of tax for provi-*

sion of processing services for financial institutions); i) gestor de investimentos em transporte marítimo (*concessionary rate of tax for shipping investment manager*); j) beneficiário de renda fiduciária (*concessionary rate of tax for trust income to which beneficiary is entitled*); k) arrendamento de aeronaves e motores de aeronaves (*concessionary rate of tax for leasing of aircraft and aircraft engines*); l) gestor de investimentos em aeronaves (*concessionary rate of tax for aircraft investment manager*); m) empresa de investimento em contêineres (*concessionary rate of tax for container investment enterprise*); n) gestor de investimentos em contêineres (*concessionary rate of tax for container investment manager*); o) corretores de seguros autorizados (*concessionary rate of tax for approved insurance brokers*); p) renda derivada da gestão de negócios registrados de fideicomissos ou de empresas elegíveis (*concessionary rate of tax for income derived from managing qualifying registered business trust or company*); q) corretores de navios e de operações de proteção de frete marítimo (*concessionary rate of tax for ship broking and forward freight agreement trading*); r) serviços de suporte relacionados com transporte marítimo (*concessionary rate of tax for shipping-related support services*); s) renda derivada da gestão de investimentos autorizados (*concessionary rate of tax for income derived from managing approved venture company*); e t) empresa em processo de expansão internacional (*concessionary rate of tax for international growth company*). Parágrafo único. Para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados previstos nos incisos III e IV do *caput*, entende-se que a pessoa jurídica que exerce a atividade de holding desempenha atividade econômica substantiva quando possui, no seu país de domicílio, capacidade operacional apropriada para os seus fins, evidenciada, entre outros fatores, pela existência de empregados próprios qualificados em número suficiente e de instalações físicas adequadas para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas: I – ao desenvolvimento das atividades com o fim de obter rendas derivadas dos ativos de que dispõe; ou II – à administração de participações societárias com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.” Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002> . Acesso em 29.set.2020

- 3 A grande distinção, inicial e primordial, fica por conta dos conceitos de *elisão fiscal* e *evasão fiscal* (e a diferenciação do enquadramento jurídico de ambos). Em linhas bastante simples e gerais, *elisão fiscal* seria a diminuição da incidência de tributos, por meio de planejamento tributário que vise a eliminação ou afastamento do fato gerador do(s) tributo(s), ficando o contribuinte desobrigado ao pagamento do mesmo, pois o fato que o gerou foi eliminado. A *elisão fiscal* seria uma conduta lícita do contribuinte que busca a redução da carga tributária incidente sobre a sua atividade econômica. Por outro lado, a *evasão fiscal* ilegal e ilícita, pela qual o contribuinte simula, sonega, fraudula e se vale dos mais distintos meios para desviar a incidência e o pagamento dos tributos.
- 4 Instrução Normativa RFB nº 1863, de 27 de dezembro de 2018. “Art. 4º São também obrigados a se inscrever no CNPJ: (...) XV – entidades domiciliadas no exterior que, no País: a) sejam titulares de direitos sobre: 1. imóveis; 2. veículos; 3. embarcações; 4. aeronaves; 5. contas-correntes bancárias; 6. aplicações no mercado financeiro ou de capitais; ou 7. participações societárias constituídas fora do mercado de capitais; b) realizem: 1. arrendamento mercantil externo (leasing); 2. afretamento de embarcações, aluguel de equipamentos e arrendamento simples; ou 3. importação de bens sem cobertura cambial, destinados à integralização de capital de empresas brasileiras; (...)” Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97729> . Acesso em 29.set.2020



ARQUIVO PESSOAL

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

# Céticos, mentiras e *fake news*

POR LUIZ GUILHERME PIVA



“Creiam então os céticos que, dadas sua relevância e sua quase onipresença, a mentira existe de verdade.”

**O**s que não creem em mentiras saibam que, a julgar pela Bíblia – se ela estiver falando a verdade –, a mentira é muito antiga: a primeira é aquela com que a serpente induziu Eva ao pecado original. E muito importante, a ponto de constar dos dez mandamentos. Afinal, ela seria nada menos do que filha do diabo (João 8:44). Por isso, “cuidado com os falsos profetas, que vêm até vós vestidos como ovelhas, mas, interiormente, são lobos devoradores” (Mateus 7:15).

A mentira é também categoria filosófica. Numa conferência, Jacques Derrida aborda, entre outras, a visão de Kant, que absolutiza o valor da verdade: “A veracidade nas declarações é o dever formal (*formale Pflicht*) do homem com relação a cada um, por mais grave que seja o prejuízo que dela possa resultar”; a de Santo Agostinho, que, em outra direção, relativiza a mentira: “Quem enuncia um fato que lhe parece digno de crença ou acerca do qual formava opinião de que é verdadeiro não mente, mesmo que o fato seja falso”; e a de Hanna Arendt, que traz a questão, de modo contraditório, para a política: “As mentiras sempre foram consideradas instrumentos necessários e legítimos, não somente do ofício do político ou do demagogo, mas também do estadista”.

Aliás, na teoria política há o “dilema do prisioneiro”, construído sobre incentivos e constrangimentos a dois suspeitos para falarem a verdade ou mentirem. Curiosamente, a mentira é considerada “colaboração” e a verdade, “traição”. Mas aquela é castigada e esta, premiada.

Há muitas formulações famosas, e divergentes, sobre a mentira. Nietzsche acreditava que as “convicções são inimigos mais perigosos da verdade do que as mentiras”. Já Napoleão defendia que “a História é um conjunto de mentiras sobre as quais se chegou a um acordo”, opinião próxima à de Goebbels, de que “uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade”. Em sentido antípoda e crítico, Marx dizia que a ideologia é o conjunto de valores da classe dominante impostos como universais, criando uma realidade falsa.

Na psicanálise a mentira é central. Freud a entendia como manifestação de desejos inconscientes – portanto, também como verdade. Nas fábulas infantis, que permitem muitas leituras pela psicanálise, também, como nos casos de “Pinóquio”, “Pedro e o Lobo”, “Chapeuzinho Vermelho” e tantos outros – muitos deles com o lobo bíblico em pele de cordeiro acima citado, tal qual num famoso caso psicanalítico (“O Homem dos Lobos”) – e na política, segundo Arendt.

Grande parte da literatura e da arte é construída em torno da mentira. Capitu mentiu? Para Federico Fellini “a mentira é sempre mais interessante do que a verdade”. E também canções populares, como “Pra que Mentir?”, de Noel Rosa e Vadico, “Dom de Iludir”, de Caetano Veloso, e “Samba do Grande Amor”, de Chico Buarque.

Creiam então os céticos que, dadas sua relevância e sua quase onipresença, a mentira existe de verdade. O que lembra o paradoxo de Epimênides, poeta cretense que disse que “todos os cretenses são mentirosos”, formulação que também pode ser expressa – por dois prisioneiros, digamos – assim: “Eu sempre minto”; ou: “Eu só falo fake news”. Se o emissor está mentindo, fala a verdade. Mas, se fala a verdade, está mentindo.

E versa-vice. 



ARQUIVO PESSOAL

**LUIZ GUILHERME PIVA** é economista (UFJF), com mestrado (UFMG) e doutorado (USP) em Ciência Política. Publicou “Ladrilheiros e semeadores” (Editora 34) e “A miséria da economia e da política” (Manole)

# Educação inclusiva é um caminho sem volta

POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

**“É lamentável a necessidade das pessoas de bem e demais defensores da dignidade da pessoa humana terem de recorrentemente vociferar textos de lei contra políticas retrógradas fortuitas em descompasso com valores universais da plena e igual participação das pessoas com deficiência no sistema de ensino e na vida em comunidade.”**

**V**olta e meia políticos do momento pelos seus mais diversos motivos surpreendentemente atacam os consagrados princípios da igualdade e não-discriminação das pessoas com deficiência. Talvez pensando mais no Orçamento Público do que na dignidade da pessoa humana. Olvidando que o planejamento e a execução das finanças públicas são servientes dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Não existe discricionariedade administrativa ao agente público para atingir a dignidade da pessoa com deficiência.

O legado maldito do nazismo que tomou conta da Europa durante o Terceiro Reich de 1933 até 1945, que acreditava na superioridade de uns em detrimento de outros, inaugurando técnicas de segregação, eutanásia e extermínio de pessoas, não pode e não deve despertar



novamente. Somos todos iguais, custe o que custar – e vale também para o Orçamento Público –, doa a quem doer – inclusive políticos –, quem viver verá. O Século XX passou levando consigo a era de intolerância, discriminação e totalitarismo. Não queremos nunca mais guetos, campos de concentração, entidades paramilitares e propaganda psicológica estatal.

O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade não é uma alternativa, nem de longe uma opção política. É o fundamento da República Federativa do Brasil, ao encontro dos valores universais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Todo o recente calhamaço legislativo brasileiro caminha a passos largos no sentido de reconhecer e promover direitos iguais e inalienáveis das pessoas com deficiência.

O extenso art. 24 da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 2008, proclama que todos os Países devem assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, proibindo que as pessoas com deficiência sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência ou outro pretexto político malicioso. Reservas e políticas domésticas incompatíveis com o objetivo e o propósito dessa Convenção implica na denúncia deste instrumento internacional. Seremos o Hades do mundo?

É lamentável a necessidade das pessoas de bem e demais defensores da dignidade da pessoa humana terem de recorrentemente vociferar textos de lei contra políticas retrógradas fortuitas em descompasso com valores universais da plena e igual participação das pessoas com deficiência no sistema de ensino e na vida em comunidade. Nossos valores culturais deveriam, como devem, ser suficientes para consagrar a igualdade e não-discriminação de todos, o Direito deveria ser um *plus*.

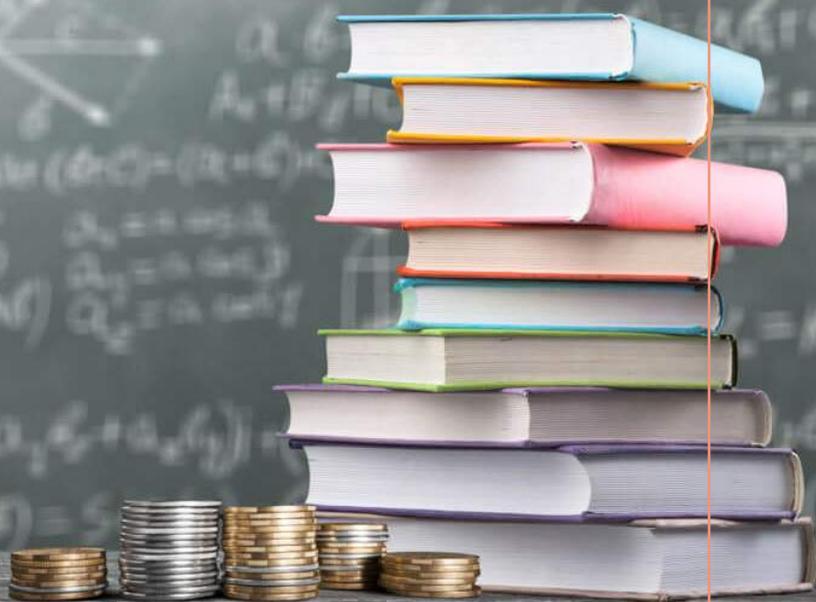
O judaísmo, o cristianismo, o islamismo, a umbanda e as demais religiões que compõem a diversidade social e cultural brasileira são uníssonas em pregar o amor, a caridade, o respeito e a compaixão ao próximo. É incompreensível a necessidade das instituições democráticas e da sociedade civil de perscrutarem artigos, incisos e alíneas do ordenamento jurídico para dizer o óbvio: todos somos iguais. Paulo dizia aos gálatas: “Não há judeu nem grego, escravo ou livre, homem ou mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus”.

Meu filho se sentará na sala de aula ao lado de um coleguinha portador de deficiência. E se meu filho for uma criança portadora de deficiência, ele se sentará na sala de aula ao lado de um coleguinha não portador de deficiência. Frequentarão a mesma padaria, o mesmo supermercado, a mesma praia, o mesmo shopping, o mesmo parque e talvez, ao final da vida de cada um, de uma vida igual e digna, serão sepultados no mesmo cemitério. Deixarão as lembranças de suas vidas e saudades neste plano.

E, se eu não tiver filhos, este é o mundo que quero viver. 🍷



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



# Como estudar com pouco dinheiro

POR MARCIA DESSEN

**“A maioria dos jovens não nasceu em berço esplêndido e não contará com a ajuda dos pais para financiar seus estudos.”**

**T**rabalhar desde muito cedo é a realidade mais comum, seja para contribuir com as despesas da família, seja para pagar um curso superior, ampliando as chances de conseguir um bom emprego e um salário justo.

Como pagar a faculdade quando a renda é insuficiente? Existem basicamente dois caminhos para obter a graduação: recorrer a uma bolsa de estudos, parcial ou total, em uma das escolas que oferecem essa alternativa, ou aderir a um programa de financiamento estudantil.

## **FIES**

O Fundo de Financiamento Estudantil é uma ação do Ministério da Educação que financia cursos superiores não gratuitos com avaliação positiva no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior.

Durante o curso, o estudante paga mensalmente o valor da coparticipação, a parcela dos encargos educacionais não financiada.

Após a conclusão do curso, o estudante amortizará o saldo devedor do financiamento de acordo com a sua realidade financeira, conforme sua renda. Nos casos de estudantes sem renda, será devido apenas o pagamento mínimo.

O pagamento mensal será retido na fonte, descontado diretamente do salário, se houver. Estima-se que o financiamento seja quitado em 14 anos.

---

## PROUNI

---

Programa do Ministério da Educação que oferece bolsas de estudo em instituições particulares de educação superior, em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, a estudantes brasileiros sem diploma de nível superior.

Além de ter feito o Enem e obtido no mínimo 450 pontos na média das provas e nota na redação maior do que zero, o candidato deve comprovar renda familiar bruta mensal, por pessoa, de até um salário mínimo e meio (bolsa integral) ou de até três salários mínimos (bolsa parcial, 50%) e satisfazer a pelo menos uma das condições abaixo:

- ter cursado o ensino médio completo em escola da rede pública;
- ter cursado o ensino médio completo em escola da rede particular, na condição de bolsista integral da própria escola;
- ter cursado o ensino médio parcialmente em escola da rede pública e parcialmente em escola da rede particular, na condição de bolsista integral da própria escola privada;
- ser pessoa com deficiência;
- ser professor da rede pública de ensino, no efetivo exercício do magistério da educação básica, integrante de quadro de pessoal permanente de instituição pública e concorrer a bolsas exclusivamente nos cursos de licenciatura. Nesses casos, não há requisitos de renda.

É possível escolher qualquer curso com bolsa disponível, em qualquer instituição participante do ProUni. O programa reserva bolsas para políticas de ação afirmativa (cotas), devendo o candidato cotista se enquadrar nos demais critérios de seleção.

---

## CURSOS LIVRES

---

Dependendo da qualificação pretendida e da área profissional de atuação, os alunos podem acessar cursos livres, a distância, gratuitos. Embora não sejam reconhecidos pelo MEC, complementam o currículo e agregam valor na hora de procurar trabalho ou investir na carreira. O site QueroBolsa apresenta diversos cursos nacionais e internacionais, vale a pena conhecer. 📖



**MÁRCIA DESSEN** é Planejadora financeira CFP ("Certified Financial Planner"), autora de "Finanças Pessoais: O Que Fazer com Meu Dinheiro".

# Saneamento básico promete agenda positiva do Brasil

POR PAULO FRANCO

“Retirada do contexto ideológico que cercam temas ambientais, a política de saneamento ambiental tem a capacidade de juntar adversários de momento num movimento de cidadania, que vai impactar positivamente a vida de dezenas de milhões de pessoas que hoje são discriminados pela falta de acesso à água corrente e a rede de esgotos.”

O saneamento básico em nosso país adquiriu status de agenda positiva em função de três grandes vetores de influência sobre políticas públicas: A longa cauda da Operação Lava-Jato e seus efeitos diretos na relação entre entes públicos e privados. O aumento da influência dos princípios do desenvolvimento sustentável como essência de negócios neste século. E a consciência objetiva sobre nossos problemas de infraestrutura social em face da carência de recursos básicos para higiene desvelada pela pandemia no coronavírus.

Esse ambiente permitiu um avanço importante. A promulgação de novo marco legal do saneamento básico. O conjunto de dispositivos da nova norma prevê a universalização dos serviços de água e esgoto até 2033 e viabiliza a injeção de mais investimentos privados nos serviços de saneamento.

Conforme extenso material publicado pela Agência Brasil, “essas normas serão instituídas de forma progressiva e deverão promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, e assegurar a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Serão estabelecidos parâmetros para fiscalização do cumprimento das metas de cobertura e dos indicadores de qualidade e aos padrões de potabilidade da água, além de critérios limitadores de custos a serem pagos pelo usuário final.

De acordo com a lei, as regras deverão também estimular a cooperação entre os entes federativos, possibilitar a adoção de processos adequados às peculiaridades locais e regionais e incentivar a regionalização da prestação dos serviços, visando contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços.

As normas a serem editadas deverão ainda estimular a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica das empresas prestadoras dos serviços de saneamento. E deverão tratar, entre outros assuntos, sobre padrões de qualidade e eficiência, regulação tarifária, redução progressiva e controle da perda de água e reuso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública.

No âmbito de regulação tarifária, serão estabelecidos mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda, para possibilitar a universalização dos serviços, e, quando couber, o compartilhamento dos ganhos de produtividade das empresas com os usuários”.

Os impactos positivos desta intensa agenda de trabalho para os próximos anos começam pelo forte incentivo às empresas que têm dedicado esforços para o reconhecimento do setor, inclusive defendendo sua reputação. Avança para mais clareza nas regras de prestação de serviços com efeitos importantes nas licitações e na judicialização das disputas. E cuidará da melhora dos números de saúde pública, cujos atendimentos decorrentes de doenças contraídas por condições insalubres de habitação sem acesso a água e esgoto. Em 2017, segundo o Ministério da Saúde (DATASUS), foram notificadas mais de 258 mil internações por doenças de veiculações hídricas no país.

De acordo com o Instituto Trata Brasil, em vinte anos (2016 a 2036), considerando o avanço gradativo do saneamento, o valor presente da economia com saúde, seja pelos afastamentos do trabalho, seja pelas despesas com internação no SUS, deve alcançar R\$ 5,9 bilhões no país.

Tem mais. O novo marco legal de saneamento básico alinha o Brasil à Organização das Nações Unidas (ONU), que lançou em 2015 os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Esta é uma agenda de sustentabilidade adotada pelos países-membros da ONU para ser cumprida até 2030. O objetivo de número 6 (seis) é “Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos”. Neste objetivo, estão definidas como metas a distribuição de água de forma igualitária para a população mundial, a melhoria da qualidade da água, o fim da defecção a céu aberto e a garantia de saneamento para todos.

Os resultados desse esforço para o qual todos estamos convocados gerará melhoria dos índices apurados pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). Conheçam aqui: <http://www.snis.gov.br/>

Retirada do contexto ideológico que cercam temas ambientais, a política de saneamento ambiental tem a capacidade de juntar adversários de momento num movimento de cidadania, que vai impactar positivamente a vida de dezenas de milhões de pessoas que hoje são discriminados pela falta de acesso à água corrente e a rede de esgotos. Uma boa luta, enfim. Com muitos temas e distorções a serem enfrentados e regulamentados. 📌



**PAULO FRANCO** é sócio do Franco Advogados.



## Comentários ao art. 89 da Lei nº 8.666/1993: Contratação direta fora das hipóteses legais previstas

por SIDNEY BITTENCOURT

**“Ainda que a supremacia do interesse público alicerce a exigência de licitação para contratações da Administração Pública, é inegável que existirão situações nas quais a competição licitatória se mostrará impossível ou, ainda que factível, frustrante, caso estabelecida visando o interesse público almejado.”**

**N**essas hipóteses, a lei autoriza a adoção de procedimento diferenciado, com alterações de formalidades, advindo daí as contratações diretas sem licitação, por intermédio de dispensas ou inexigibilidades.

Tratamos da questão no livro “Contratando sem licitação”<sup>1</sup>, – quando informamos que distinguimos três formas de contratação direta na Lei Geral de Licitações:<sup>2</sup> (a) a licitação dispensada, tratada no art. 17; (b) a licitação dispensável, aludida no art. 24; e (c) a licitação inexigível, versada no art. 25.

A grande maioria dos autores segue essa partição – embora existam alguns que considerem apenas a existência do duo dispensa e inexigibilidade. Como cada hipótese deriva de situações diversas, não há como reconhecer que, em termos práticos, a qualificação tripartite seja benéfica.

Na licitação dispensada (art. 17), intimamente ligada à alienação de bens públicos, a Administração Pública figura, de regra, como “vendedora”, enquanto que, na licitação dispensável (art. 24), em posição oposta, atua como “compradora”, isto é, na qualidade de “contratante” (adquirindo bens ou contratando a prestação de serviços ou a execução de obras).

Na licitação inexigível (art. 25), a Administração também intenta contratar, assumindo, nesse mister, posição idêntica à prevista na licitação dispensável.

Noutro quadrante, nos casos de licitação dispensável, mesmo sendo possível a competição licitatória, a lei autoriza a não realização de certame licitatório, segundo critério de oportunidade e conveniência. Já nas hipóteses de licitação dispensada, a lei rejeita a realização do certame, não havendo margem para a discricionariedade da Administração.

Nesse contexto, a posição plenária da Corte de Contas federal, que, ao apreciar a matéria, fez constar, no Acórdão nº 2837/2008, que, na licitação dispensada, diversamente do que ocorre nos casos de licitação dispensável, não cabe ao administrador a decisão de licitar ou não, pois é a própria lei que determina a contratação direta.

Outro elemento comprovador da real existência da diferenciação entre a licitação dispensada e a dispensável é encontrado no próprio texto legal. O art. 26, objetivando o controle das contratações diretas, determina, perseguindo a eficácia do ato, a comunicação do enquadramento, no prazo máximo de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial.<sup>3</sup>

Verifica-se que o preceptivo, nas hipóteses de licitação dispensada (art. 17), não determina o cumprimento das formalidades, o que demonstra simplificação procedimental (sendo obrigatório o atendimento tão somente nas situações reguladas nos §§ 2º e 4º do art. 17), enquanto que, no caso de licitação dispensável (art. 24), com exceção das hipóteses previstas nos incs. I e II do art. 24, que tratam de dispensa em função do baixo valor da contratação, exige a observância às formalidades instituídas no dispositivo.

Em síntese, por tudo que foi exposto, conclui-se que:

- Licitação dispensada ocorre quando a lei determina que se faça a contratação direta, sem a realização de licitação;
- Licitação dispensável ocorre quando a lei autoriza a contratação direta, sem a realização de licitação; e
- Licitação inexigível é a que a realização de licitação é inviável.

Nesse passo, o art. 89 da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993), inaugurando a Seção III – Dos Crimes e das Penas, prevê como crime a dispensa ou a inexigibilidade licitatória “fora das hipóteses previstas em lei” ou “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.<sup>4</sup>

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

## DAS CONDUTAS PUNÍVEIS

O preceptivo indica três condutas puníveis:

- Dispensar a licitação em hipótese não prevista na lei;
- Inexigir a licitação em situação não indicada no diploma; e
- Deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade licitatória.

Como já registrado, três são os artigos da Lei Geral de Licitações que aludem a matéria: 17, 24 e 25.

O art. 17, versando sobre a alienação de bens e direitos da Administração, ao tratar das “licitações dispensadas”, disciplina dois objetos normativos: os requisitos para alienação de bens e as situações de dispensa de licitação.

Com relação à alienação de imóveis públicos, o dispositivo relaciona exaustivamente as situações cuja licitação restará dispensada, a saber:

- Dação em pagamento (arts. 356 a 359 CC);
- Doação (art. 538 CC), permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- Permuta (art. 533 CC);
- Investidura;
- Venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo;
- Alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública;
- Procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383/1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;
- Alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública;
- Alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e
- Concessão de título de propriedade ou de direito real de uso quando a utilização do imóvel destinar-se: (a) a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; ou (b) a pessoa natural que,

nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 [um] módulo fiscal e limitada a 15 [quinze] módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha [mil e quinhentos hectares].

Tal como ocorre com os bens públicos imóveis, também os bens públicos móveis possuem situações exaustivas passíveis de dispensa licitatória.

Seis são as hipóteses:

- Doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

- Permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

- Venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

- Venda de títulos;

- Venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em face de suas finalidades; e

- Venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

O art. 24, por sua vez, aborda a hipótese de “licitação dispensável”, ou seja, a que desobriga a instauração da licitação, caso seja conveniente ao interesse público.

Muito embora a regra para celebração de contratos pela Administração Pública seja a instauração da licitação, a lei ressalva hipóteses em que o administrador poderá prescindir de fazê-la, com supedâneo na Constituição Federal, dado que o inciso XXI do art. 37, ao estabelecer a obrigatoriedade do certame licitatório, exime de competição os casos especificados na legislação.

A razão é simples: nem sempre o procedimento licitatório determina uma contratação mais vantajosa.

Nesse contexto, o artigo elenca 35 hipóteses exaustivas de dispensa de licitação:

- Obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do art. 23, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

- Outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo 23 e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

- No caso de guerra ou grave perturbação da ordem;

- No caso de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços

que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

- Quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

- Quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

- Quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o § 3º do art. 48<sup>5</sup> e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

- Para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência da lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

- Quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

- Para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

- Na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

- Nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

- Na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

- Na aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

- Na aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

- Na impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por

órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

- Na aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

- Nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea “a” do inciso II do art. 23;

- Nas compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

- Na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

- Na aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do art. 23;

- Na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

- Na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

- Na celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão;

- Na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

- Na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

- Na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

- Na contratação de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão;

- Na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força;

- Na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal;

- Nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004,<sup>6</sup> observados os princípios gerais de contratação dela constantes;

- Na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica;

- Na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água;

- Na aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII do art. 23,<sup>7</sup> e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; e

- Na construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.

O art. 25 trata de licitações inexigíveis, tendo especificidade diferenciada, pois, como o próprio dispositivo informa, ocorrem quando houver inviabilidade de competição.

Comentamos sobre a questão: “Como preconiza a Carta Magna, a licitação pública é a ferramenta obrigatoriamente adotada pela Administração para oferecer oportunidades iguais a todos que com ela queiram contratar, sempre cotejando propostas com o intuito de escolher a mais vantajosa ao interesse público. Nessa qualidade, a licitação pressupõe viabilidade de competição.

Logo, havendo comprovada inviabilidade dessa disputa, a licitação perde a sua razão de ser, advindo, como resultado lógico, as situações em que a competição não é exigida. Nessa contextura, a inexigibilidade de licitação sempre decorrerá da inviabilidade de competição. Essa, inclusive, é a expressa indicação do *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993: “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”. Clarificando a questão, Carlos Pinto Coelho Motta<sup>8</sup> assenta que, nesse caso, a lei concebe a tese da licitação materialmente impossível. Destarte, nas situações enquadráveis em inexigibilidade, o dever de licitar será, dada a impossibilidade fática de confronto, totalmente afastado”.<sup>9</sup>

Contudo, ao tratar da inexigibilidade licitatória, o legislador fez constar, a título elucidativo, os mais tradicionais exemplos de situações com essas características, sem a mínima preocupação de exauri-las. Tanto é que, ao traçar o texto do *caput* do dispositivo, registrou a expressão “em especial”,<sup>10</sup> inculcando a não taxatividade das hipóteses elencadas.

Dispusemos: “Deflui-se que o *caput* do art. 25 tem função normativa independente, podendo uma contratação direta nele fundar-se exclusivamente, sem a necessidade de enquadramento em qualquer um dos incisos que, como explicitado, apenas exemplificam alguns casos passíveis de enquadramento”.<sup>11</sup>

Assim, como uma das circunstâncias elencadas no art. 89 em comento é “inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei”, e como as situações legais indicadas são exemplificativas, entenda-se que o legislador sinalizou que estaria incorrendo em crime o agente público que venha a enquadrar como inexigível de certame um objeto passível de ser licitado.

Observamos: “Verifica-se, de plano, defeito insuperável nesse texto que dá início à parte penal da lei. Busca-se, à evidência, a proteção da total lisura nas contratações sem licitação, com o impedimento do alargamento das hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Ocorre, porém, como já comentado, que, diferentemente das hipóteses de dispensa de licitação elencadas no art. 24, que são exaustivas, os casos de inexigibilidade não se exaurem nas três situações que o art. 25 enumera. Ao contrário, como o próprio *caput* do dispositivo indica, a licitação só pode ser inexigível quando constatada a inviabilidade de competição. Daí vislumbra-se a falta de objetividade jurídica do texto legal”.<sup>12</sup>

É de se ressaltar, entretanto, que os incisos exemplificativos possuem grande importância, pois detêm função restritiva, estabelecendo requisitos e pressupostos de admissibilidade da contratação direta nos casos previstos, sendo eles:

a) aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

b) contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13,<sup>13</sup> de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização;<sup>14</sup> e

c) contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Averbe-se aqui a existência de regras específicas sobre o tema referente às empresas estatais. São aplicáveis às licitações e contratos regidos pela Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) as normas de direito penal da Lei Geral de Licitações. Pois bem, se art. 28, que inicia o Capítulo I (Das Licitações), versando sobre a exigência de licitação e dos casos de dispensa e de inexigibilidade (Seção I), preceitua que os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos da lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30, que tratam de dispensa e inexigibilidade.<sup>15</sup>

Contudo, o § 3º prevê exceções importantes, dispensando as empresas públicas e as sociedades de economia mista da observância dos dispositivos do capítulo nas seguintes situações:

a) comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais; e

b) nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Segundo o § 4º consideram-se “oportunidades de negócio” a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Observamos sobre a matéria:<sup>16</sup>

“O §3º assenta que as empresas estatais estão liberadas de observância aos dispositivos referentes às licitações nas seguintes situações: (a) comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais; e (b) quando a escolha do parceiro estiver associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Evidentemente, para atuarem, as estatais, como qualquer outra empresa, precisam celebrar contratos com terceiros. Tais ajustes poderão consignar contratações de bens, serviços ou obras destinadas ao desenvolvimento normal de seus trabalhos, ou, por outro lado, ser inerentes à própria atividade para a qual foram criadas.

Inteligentemente, o legislador considerou essa distinção ao estabelecer os dois parâmetros para a não adoção das formas licitatórias.

Destarte, as regras do inciso I, que desobrigam as estatais da aplicação de procedimentos licitatórios nos casos de comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, intencionam assegurar a competitividade. Nesse caso, foram atendidas não só as observações da doutrina, mas a orientação

do TCU, que apontavam no sentido de que as empresas estatais não precisariam licitar atividades-fim.

Já as normas do inciso II, que afastam a aplicação quando a escolha do contratado (parceiro) estiver associada a características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, objetivam o fomento das operações no mercado de capitais.

Nessa hipótese, o § 4º indica o que seria essa oportunidade de negócios: 'a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente'.

Parece-nos que tem razão Ronny Charles, que considera essa descrição exemplificativa, não exaurindo a possibilidade de que outras relações negociais se enquadrem na referida circunstância.<sup>17</sup>

A matéria é comentada por Bernardo Strobel Guimarães, que chega a visualizar que o inciso delinea mais uma situação de inexigibilidade de licitação, considerando que o próprio dispositivo encerra seu texto mencionando que está 'justificada a inviabilidade de procedimento competitivo': {Cuida-se de tema importantíssimo na prática, que não havia sido ainda objeto de disciplina detalhada por parte do legislador. Nada obstante a ausência de normas expressas sobre o tema, diversas estatais passaram a explorar atividades de negócio ao lado de seus objetivos primários. Isso com vistas a assegurar os mais diversos objetivos tais como: acesso a setores estratégicos, para dispersar riscos, para promover a inovação tecnológica, etc. (...). Logo, é claro o afastamento da licitação para a exploração das chamadas <oportunidades de negócio>. Aqui, o tema deve ser encarado sobre a ótica da gestão da empresa e da seleção a partir de critérios técnicos empresariais. Toda vez que o negócio a ser estruturado não constituir a aquisição pura e simples de bens e serviços (o que exige licitação, cf. art. 28, *caput*), a seleção do parceiro deve se pautar pela lógica da inexigibilidade de licitação. Isso porque não há aqui a possibilidade de se criar uma métrica objetiva para a seleção do parceiro a ser escolhido para explorar o que a lei chamou de <oportunidade de negócio>. Note-se, portanto, que a parte final da redação do art. 28, § 3º, II (que diz <justificada a inviabilidade de procedimento competitivo>) não é um convite velado à realização da licitação. A referida justificativa serve exatamente para indicar que o vínculo a ser celebrado constitui uma verdadeira <oportunidade de negócio>, e não a celebração de um contrato ordinário. Em se estando diante de uma verdadeira <oportunidade de negócio>, o caso será de inexigibilidade, ainda que possa haver outros particulares (em tese) capazes de celebrar vínculo dessa natureza com a empresa estatal}."<sup>18</sup>

Assente-se que, a nosso ver, como anotamos no livro mencionado<sup>19</sup>, em que pese à menção à inviabilidade de procedimento competitivo no próprio corpo do preceptivo, consideramos que a situação não configura um caso de inexigibilidade de licitação, mas, sim, de inaplicabilidade das regras licitatórias, em face de incompatibilidade, tal como ocorre com a escolha de partícipes num convênio, não podendo, devido à sua essência, ser submetidas a licitações.

Cabe anotar, contudo, que se faz presente a necessidade da demonstração de inviabilidade de competição. Ronny Charles e Dawison Barcelos, nesse

sentido, salientam que se trata de uma qualificante para a escolha do parceiro, uma vez que a disputa, em determinadas situações, pode ser inútil ou prejudicial para a escolha adequada para a Administração: “A utilização tecnicamente inadequada do vocábulo ‘inviabilidade’ não deve ser usada para conectar esta hipótese de “não observância” a uma hipótese de inexigibilidade, mas como qualificante necessária à escolha do parceiro. Assim, mesmo que se configure como uma ‘oportunidade de negócio’ a realização de determinada parceria, a indicação do eventual parceiro, sem procedimento competitivo, exige que seja justificada certa inviabilidade. Bom frisar, assim como ocorre na inexigibilidade, a inviabilidade de procedimento competitivo não ocorre apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial para a escolha adequada da parceria. Aqui também, verificar-se-á a inviabilidade de competição em várias situações, como na ausência de pluralidade de interessados aptos, quando o procedimento licitatório não for adequado a atender à necessidade da Administração, quando os critérios de seleção forem inapropriados à escolha do objeto contratual pretendido”.<sup>20</sup>

## DA OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico tutelado é a moralidade administrativa, salvaguardando-se a regularidade e a lisura de uma contratação pública, notadamente a competitividade.

É crime de perigo abstrato, pois não há necessidade do contrato (celebrado ou a ser celebrado) com a Administração venha a causar-lhe prejuízo.

Nesse sentido, a decisão do TJRS: “O crime do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, para sua caracterização objetiva, dispensa a demonstração da determinação do prejuízo econômico para a Administração Pública. O fracionamento de contrato de serviço público contínuo e permanente feito pela Administração visando evitar a realização de prévia licitação caracteriza a prática do crime do art. 89, *caput*.”

Ainda que o contrato seja considerado necessário para a Administração, a incriminação decorrerá da dispensa ou inexigibilidade da licitação irregular, independentemente de prejuízo. Como anota Vicente Greco Filho,<sup>21</sup> caso haja prejuízo concreto à Administração, que consistiria no superfaturamento do preço, ensejará adicional sanção civil, prevista no art. 25, § 2º.<sup>22</sup>

## DOS SUJEITOS DO CRIME

As condutas puníveis indicadas só podem ser cometidas por servidor público, levando em conta o sentido amplo dado pelo art. 84, que considera como tal aquele que exerce cargo, função ou emprego público, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração. Contudo, não seria qualquer servidor, mas somente o agente que tenha recebido oficialmente a atribuição para a declaração de dispensa ou inexigibilidade licitatória.

O sujeito ativo do crime, portanto, é o agente público que dispensou a licitação ou não enquadrado a inexigibilidade corretamente (ou seja, que não tenha

caracterizado a inviabilidade de licitação) ou, ainda, que não tenha observado as formalidades alusivas às contratações diretas nessas situações.

Consoante o preceituado no parágrafo único do dispositivo, também será considerado sujeito ativo do crime aquele que, estranho aos quadros funcionais da Administração, tenha contribuído para a consumação do ilícito e se beneficiado da dispensa ou da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com a Administração. Destarte, o particular beneficiado com o contrato celebrado em função da conduta criminosa do servidor público também estará incurso no crime, sendo punido com a mesma pena (detenção<sup>23</sup> de três anos e multa), desde que comprovadamente tenha concorrido para a consumação da ilegalidade.

Existe a possibilidade de terceiros também responderem, como é o caso da autoridade superior que ratifica a dispensa ou a inexigibilidade da licitação ou do procurador ou assessor jurídico que emite parecer concluindo pela legalidade das situações. Na ocorrência, comprovada a participação efetiva, responderão como partícipes. No entender do STJ, o parecerista jurídico não deverá ser responsabilizado quando indicar tão somente a necessidade e conveniência da contratação do serviço, mas não dispor pela dispensa ou inexigibilidade.<sup>24</sup> A nosso ver, contudo, o emissor do parecer não estará cometendo o crime ao oferecê-lo favorável a não feita do certame licitatório, por força da independência técnica e profissional, salvo na hipótese de ajuste doloso prévio.<sup>25</sup>

O sujeito passivo do crime é a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, o fundo especial, a autarquia, a fundação, a empresa pública, a sociedade de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos mencionados, conforme indicado no parágrafo único do art. 1º da Lei.

---

## CONSUMAÇÃO/TENTATIVA

---

### Da consumação

---

Nas duas primeiras formas (dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei) o crime se aperfeiçoa com os atos oficiais de dispensa ou de inexigibilidade da licitação fora das hipóteses previstas em lei,<sup>26</sup> pouco importando, como já gizado, se o contrato foi celebrado ou não.

Na outra forma (deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade), o delito também se aperfeiçoa com os atos oficiais de dispensa ou de inexigibilidade, mas que tenham ocorridos sem o atendimento prévio de prazos e formalidades necessárias, notadamente os elementos obrigatórios de instrução dispostos no parágrafo único do art. 26: razão da escolha do fornecedor ou executante, justificativa do preço, documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados e caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso.

## Da tentativa

Mesmo que o art. 83 indique que “os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo”, entendemos que a tentativa, ainda que teoricamente possível, é, na prática, inviável.

Senão, vejamos: (a) os crimes de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei”, embora sejam condutas comissivas (os agentes fazem algo proibido), só se consumarão com os atos formais de declaração de dispensa ou de inexigência, logo, não há como dar início à execução e não se consumar, para que se caracterize a tentativa; e (b) o crime de “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, configura conduta omissiva própria, logo, a omissão em si já consuma o crime, afastando a hipótese de tentativa.

## DO ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, configurado na vontade livre e consciente do agente público de praticar os atos declaratórios de dispensa ou de inexigibilidade da licitação ou de não observar as formalidades concernentes às hipóteses de contratação direta, tendo total ciência dos ilícitos praticados.

Sobre a matéria, como antes anotado, há, no Judiciário, divergências nos julgados no que se refere ao caráter formal ou material do crime, ou seja, quanto à exigência ou não de ocorrência de dano específico ao erário público.

Crimes formais (também chamados delitos de atividade) são aqueles que se contentam com a mera ação humana, esgotando a figura do tipo, para consumação, ainda que não ocorra nenhum dano; são materiais (também conhecidos com causais ou de resultado) os ilícitos que necessariamente demandam para consumação um resultado naturalístico.

É antiga a discussão quanto à aplicação do dispositivo penal, para que se configure o crime, se há a necessidade de dolo específico de fraudar o erário ou de causar prejuízo à Administração.

Como assenta Edson Mazini: “Por um lado, defende-se que o dispositivo tem por função punir o administrador desonesto, e não o somente inábil. Por outro, a inexistência da exigência desse especial fim de agir no dispositivo conduziria à conclusão de que o crime seria de mera conduta. A simples violação das normas que tratam da dispensa e inexigibilidade de licitação já seria suficiente, por si só, para fundamentar uma condenação”.<sup>27</sup>

Na prática, juízos de primeiro e segundo grau costumam absolver os acusados do ilícito sob a fundamentação de que este se trata de crime material, cuja verificação de efetivo dano aos cofres públicos é essencial para consumação. Assim, não bastaria a prova de que, por exemplo, se dispensou uma licitação fora dos casos legais, mas também a intenção do agente de, assim procedendo, causar prejuízo à Administração.

As decisões absolutórias, geralmente, se fundamentam em precedentes emanados da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Exemplifique-se

com a APN nº 375, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 24.04.2006: “O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei nº 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário”.

Não obstante, observa o juriconsulto que as 5ª e 6ª Turmas do mesmo Juízo, responsáveis pela apreciação dos feitos criminais, em posicionamentos mais recentes, passaram a entender de forma diversa, sustentando que o crime se refere a um ilícito de mera conduta, não exigindo qualquer resultado naturalístico para a consumação (como a lesão ao erário).<sup>28</sup>

A despeito disso, em julgado de sua Corte Especial, o mesmo Juízo decidiu, por maioria, que o crime de que trata esse texto exige a vontade do agente voltada a lesar os cofres públicos e, além disso, a existência do efetivo dano ao patrimônio público.<sup>29</sup>

Com a vivência que temos na matéria, sustentamos que, para a configuração do crime deste art. 89, há a necessidade de dolo específico, ou seja, que a dispensa ou a inexigência da licitação tenham ocorrido com o firme propósito de lesar a Administração, devendo a conduta resultar em efetivo dano ao erário, até porque é bastante factível na situação o crime eventual, notadamente quando o agente é levado a tomar essa iniciativa com base em parecer técnico expedido por setor competente especializado no objeto em causa.<sup>30</sup>

Nesse mesmo sentir, Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira, ao concluírem que não seria admissível reconhecer que o crime previsto no art. 89 é de mera conduta, ou seja, seria suficiente apenas a conduta de não ter realizado a licitação, independentemente da presença do dolo e do resultado danoso, pois bastaria apenas a existência do ato de dispensar ou tornar inexigível a licitação.<sup>31</sup>

No caso do parágrafo único – que igualmente penaliza o particular (*extraneus*) que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da dispensa ou inexigibilidade ilegal, disso tenha se beneficiado para celebrar contrato com o Poder Público –, ao dolo genérico de contribuir para o afastamento ilegal da licitação, deve-se somar o dolo específico, consistente em concorrer para a ilegalidade com o intuito de celebrar contrato com a Administração.

Como observa Glaucio Roberto Brittes de Araujo, a figura do parágrafo previu corretamente a vontade específica do particular contratado de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade ilícita, evitando, dessa forma, que venha a ser punido tão somente por ter prestado o serviço ou fornecido o bem por contrato cuja ilegalidade fora provocada apenas pelo servidor: “Por ter sido estabelecida tal exigência e criada uma figura autônoma, a opinião predominante é a de que não se admite a participação do contratado na conduta do *caput* do artigo. Caso contrário, o parágrafo restaria inócuo. Não teria sido criado, se a intervenção penal se contentasse com qualquer contribuição para a falta de licitação, independentemente de desiderato espúrio, como a vantagem própria ou o prejuízo ao erário, e de perspectiva de lesão ao bem jurídico”.<sup>32</sup>

E mais: ainda que o terceiro particular tenha concorrido para a consumação da ilegalidade, caso não se beneficie celebrando contrato com o Poder Público,

não responderá pelo crime.<sup>33</sup> É o que também advoga Vicente Greco Filho: “A nós parece que, por força da redação do próprio preceito, não basta ao particular concorrer intencionalmente para a consumação da ilegalidade. Exigiu, ainda, que se beneficie do ato ilegal, celebrando contrato com a Administração”.<sup>34</sup>

Apesar de a regra mencionar a expressão “concorrer”, o que configuraria, em tese, o concurso de pessoas (coparticipação), verifica-se que, na hipótese, o particular não é colocado como partícipe, mas, sim, como autor, pois é punido na mesma proporção que o agente público.

## DA PENA

A pena prevista é a detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, tanto para o agente público quanto para o particular.

Cumulativamente, aplicar-se-á a sanção pecuniária (multa), que corresponderá à vantagem obtida ou potencialmente auferível pelo agente, como preceitua o art. 99,<sup>35</sup> a qual será fixada e calculada em índices percentuais que, de acordo com § 1º do mesmo art. 99, não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato celebrado.<sup>36</sup>

## DO AGRAVAMENTO DA PENA

Como já explicitado, o § 2º do art. 84 determina que os servidores ocupantes de funções qualificadas (cargos em comissão ou de função de confiança)<sup>37</sup> terão aumento da pena aplicável por cometimento de crimes licitatórios (acréscimo da terça parte).<sup>38</sup>

Trata-se de sanção especial em função de ser nesses servidores, pelas características-chaves de seus trabalhos, que a Administração deposita mais confiança e responsabilidade, motivo pelo qual, inclusive, possuem maior remuneração.<sup>39</sup>

Destarte, se o autor do crime previsto no artigo for ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança, a pena deverá ser aumentada de um terço, consoante determina o dispositivo supracitado. 

## NOTAS

- 1 BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação*, 2. ed., São Paulo: Almedina, 2020.
- 2 A maioria dos autores segue essa partição, mas há os que apenas consideram a existência da dispensa e da inexigibilidade. Entrementes, como de cada hipótese derivam situações diversas, a doutrina em peso reconhece que, em termos práticos, essa qualificação é benéfica.
- 3 Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.  
Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:  
I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço.

IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

- 4 Cabe registrar a não incidência do delito previsto neste dispositivo nas hipóteses em que as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) firmam contratos com base no previsto no § 3º art. 28 da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), uma vez preceituada a dispensa de observância de licitação nas situações de: (a) comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais; e (b) nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.
- 5 Art. 48 (...) § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.
- 6 Art. 3º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, ICTs e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

Parágrafo único. O apoio previsto no *caput* poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, as ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos, e a formação e a capacitação de recursos humanos qualificados. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 4º A ICT pública poderá, mediante contrapartida financeira ou não financeira e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:(Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

I – compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com ICT ou empresas em ações voltadas à inovação tecnológica para consecução das atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

II – permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por ICT, empresas ou pessoas físicas voltadas a atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, desde que tal permissão não interfira diretamente em sua atividade-fim nem com ela conflite; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

III – permitir o uso de seu capital intelectual em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

Parágrafo único. O compartilhamento e a permissão de que tratam os incisos I e II do *caput* obedecerão às prioridades, aos critérios e aos requisitos aprovados e divulgados pela ICT pública, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades a empresas e demais organizações interessadas. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 5º São a União e os demais entes federativos e suas entidades autorizados, nos termos de regulamento, a participar minoritariamente do capital social de empresas, com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas nas políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo.(Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 1º A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá à empresa, na forma da legislação vigente e de seus atos constitutivos. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 2º O poder público poderá condicionar a participação societária via aporte de capital à previsão de licenciamento da propriedade intelectual para atender ao interesse público. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 3º A alienação dos ativos da participação societária referida no *caput* dispensa realização de licitação, conforme legislação vigente. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 1º Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o *caput* deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até 2 (dois) anos após o seu término.

§ 2º Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.

§ 3º O pagamento decorrente da contratação prevista no *caput* será efetuado proporcionalmente aos trabalhos executados no projeto, consoante o cronograma físico-financeiro aprovado, com a possibilidade de adoção de remunerações adicionais associadas ao alcance de metas de desempenho no projeto. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 4º O fornecimento, em escala ou não, do produto ou processo inovador resultante das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação encomendadas na forma do *caput* poderá ser contratado mediante dispensa de licitação, inclusive com o próprio desenvolvedor da encomenda, observado o disposto em regulamento específico. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 5º Para os fins do *caput* e do § 4º, a administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar concomitantemente mais de uma ICT, entidade de direito privado sem fins lucrativos ou empresa com o objetivo de: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

I – desenvolver alternativas para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador; ou (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

II – executar partes de um mesmo objeto. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 6º Observadas as diretrizes previstas em regulamento específico, os órgãos e as entidades da administração pública federal competentes para regulação, revisão, aprovação, autorização ou licenciamento atribuído ao poder público, inclusive para fins de vigilância sanitária, preservação ambiental, importação de bens e segurança, estabelecerão normas e procedimentos especiais, simplificados e prioritários que facilitem: (Incluído pela Lei nº 13.322, de 2016)

I – a realização das atividades de pesquisa, desenvolvimento ou inovação encomendadas na forma do *caput*; (Incluído pela Lei nº 13.322, de 2016)

II – a obtenção dos produtos para pesquisa e desenvolvimento necessários à realização das atividades descritas no inciso I deste parágrafo; e (Incluído pela Lei nº 13.322, de 2016)

III – a fabricação, a produção e a contratação de produto, serviço ou processo inovador resultante das atividades descritas no inciso I deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 13.322, de 2016)

§ 4º Os recursos recebidos em decorrência da alienação da participação societária referida no *caput* deverão ser aplicados em pesquisa e desenvolvimento ou em novas participações societárias. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 5º Nas empresas a que se refere o *caput*, o estatuto ou contrato social poderá conferir às ações ou quotas detidas pela União ou por suas entidades poderes especiais, inclusive de veto às deliberações dos demais sócios nas matérias que especificar. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 6º A participação minoritária de que trata o *caput* dar-se-á por meio de contribuição financeira ou não financeira, desde que economicamente mensurável, e poderá ser aceita como forma de remuneração pela transferência de tecnologia e pelo licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação de titularidade da União e de suas entidades. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

- 7 XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.
- 8 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações & contratos*. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 231.
- 9 BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020.
- 10 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...).
- 11 BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação*. 2. ed., São Paulo: Almedina, 2020.
- 12 BITTENCOURT, Sidney. *Licitação Passo a Passo*, 10. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- 13 Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
- I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
  - II – pareceres, perícias e avaliações em geral;
  - III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
  - IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
  - V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
  - VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
  - VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- 14 Sendo vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.
- 15 Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:
- I – para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
  - II – para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;
  - III – quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas;
  - IV – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;
  - V – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;
  - VI – na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;
  - VII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;
  - VIII – para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
  - IX – na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

X – na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.

XI – nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;

XII – na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

XIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

XIV – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;

XV – em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º ;

XVI – na transferência de bens a órgãos e entidades da administração pública, inclusive quando efetivada mediante permuta;

XVII – na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação;

XVIII – na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

§ 1º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso VI do caput, a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

§ 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 .

§ 3º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I – aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese do *caput* e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II – razão da escolha do fornecedor ou do executante;
- III – justificativa do preço.

- 16 BITTENCOURT, Sidney. *A Nova Lei das Estatais: Novo Regime de Licitações e Contratos nas Empresas Estatais*, Leme: JHMizuno, 2018, p. 66.
- 17 TORRES, Ronny Charles Lopes de. *As licitações públicas na nova Lei das Estatais: Lei Federal nº 13.303/2016*. *Revista Síntese Direito Administrativo – RSDA*, n. 130, set. 2016.
- 18 GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *As joint ventures das empresas estatais na Lei 13.303/16: inexistência de licitação*. Disponível em <http://www.zenite.blog.br/as-joint-ventures-das-empresas-estatais-na-lei-13-30316-inexistencia-de-licitacao/#.V7b-5fkrLIU>
- 19 BITTENCOURT, Sidney. *A Nova Lei das Estatais: Novo Regime de Licitações e Contratos nas Empresas Estatais*, Leme: JHMizuno, 2018, p. 67.
- 20 Barcelos, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de Torres. *Licitações e contratos nas empresas estatais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 108.
- 21 GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.
- 22 § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.
- 23 Paulo José da Costa Jr. faz uma interessante observação sobre a sanção cominada nos dispositivos da Lei (a detenção): “O legislador penal, que se mostrou de certo modo severo nos limites de dosagem das penas prescritas, não foi coerente ao cominar, como pena privativa de liberdade, a detenção e não a reclusão. Embora o estatuto penal vigente tenha praticamente abolido, com a reforma operada em 1984, as distinções que antes se faziam entre reclusão e detenção, algumas diferenças permaneceram, principalmente de natureza processual-penal. Atente-se para aquela, constante no art. 323 do Código de Processo Penal, condizente com a concessão da fiança. Será ela concedida nos crimes apenados com detenção, mas não o será se o crime for punido com reclusão em que a pena mínima seja superior a dois anos. Será que o legislador da presente lei não atentou para esse particular? Não teria pretendido cominar a pena de reclusão, e não a de detenção, para as figuras penais descritas?” (*Direito penal das licitações*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 40).
- 24 STJ, HC: 108985 DF 2008/0133843-2, Rel: Min. Laurita Vaz, 5ª T. 26.05.2009 DJe 15.06.2009.

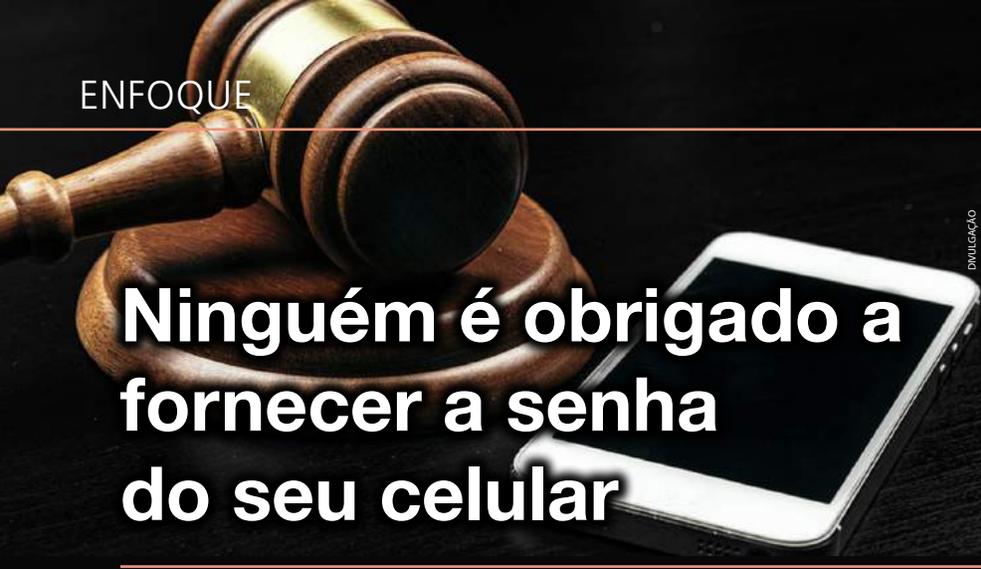
- 25 No mesmo sentido, André Guilherme Tavares de Freitas (*Crime na Lei de Licitações*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 53).
- 26 Ressaltando que a regra prevista para a inexigibilidade é a inviabilidade de competição, sendo as hipóteses listadas no art. 25 meros exemplos.
- 27 MAZINI, Edson. Parecer DADM s/nº, 27.09.2012.
- 28 Como exemplos, os seguintes julgados: RESP nº 200801049832 RESP – Recurso Especial – 1058261 Rel. Min. Jorge Mussi – STJ – Órgão julgador 5ª Turma Fonte DJE – Data: 01.02.2011 Data da Decisão: 16.12.2010 – Data da Publicação: 1º.02.2011 – Recurso especial. Crime previsto na lei de licitações. Ex-prefeito. prestação de serviços de radiodifusão. Inexigibilidade de licitação. Valor superior ao previsto na norma reguladora. Dolo específico. prescindibilidade. superveniência da Lei nº 9.648/98. Irrelevância. Recurso desprovido 1. Não cabe a declaração de inexigibilidade do processo licitatório quando há a comprovação de que é viável a competição, configurando-se o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 com a mera declaração do agente de que o certame seria inviável, sendo irrelevante a inexistência de dolo específico em causar lesão ao erário. 2. A superveniência da Lei nº 9.648/98 trouxe apenas a alteração dos valores nominais relacionados às modalidades de licitação, não podendo ser aplicada retroativamente a fim de afastar a tipicidade do ato ilegal, já que o crime em comento, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte, é de mera conduta e se consuma no momento em que há a declaração de inexigibilidade do processo. 3. Recurso especial a que se nega provimento. HC nº 201000797610 HC – Habeas Corpus – 171152 Rel. Min. Og Fernandes – STJ – Órgão julgador 6ª Turma Fonte DJE DATA: 11.10.2010 Data da Decisão: 21.09.2010 – Data da Publicação: 11.10.2010 – Habeas corpus. Dispensa de licitação fora das hipóteses legais. Art. 89, da lei nº 8.666/93. Comprovação de dolo específico ou prejuízo à administração. Desnecessidade. 1. Segundo a iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93 é de mera conduta, não havendo a exigência, para sua caracterização, da comprovação do dolo específico de fraudar o erário ou de causar prejuízo à Administração. Precedentes. 2. Na hipótese, o paciente, no exercício do cargo de Vice-Prefeito, teria firmado, verbalmente, contrato com empresa de terraplanagem, sem a prévia realização de licitação. 3. De se acrescentar que as instâncias ordinárias aludiram ao fato de que a contratação ocorreu sem que existisse previsão legal nem situação emergencial. 4. Além disso, a condenação do paciente foi confirmada em sede de apelação e também através de revisão criminal. Chegar-se a conclusão diversa demandaria a incursão no conjunto fático-probatório, providência vedada na via eleita. 5. Ordem denegada. HC 94.720/PE, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.08.2008 e 113.067/PE, Rel. Min. Og Fernandes, DJE 10.11.2008 [...] 2. O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei. 3. Já decidiu a 3ª Seção desta Corte que o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente a consciência dessa circunstância; isto é não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo ao erário, por exemplo) [...]. HC 113067/PE, Rel. Min. Og Fernandes, sexta turma, julgado em 21.10.2008, DJe 10.11.2008 [...] 3. O tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é delito de mera conduta, não exige dolo específico, mas apenas o genérico, representado, portanto, pela vontade de contratar sem licitação, quando a lei expressamente prevê a realização do certame. Independe, assim, de qualquer resultado naturalístico, como por exemplo, prejuízo ao erário. [...]”.
- 29 No Informativo nº 494, o julgado foi noticiado da seguinte forma: “Dispensa de licitação. Ausência de dolo específico e dano ao erário. A Corte Especial, por maioria, entendeu que o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 exige dolo específico e efetivo dano ao erário. No caso concreto a prefeitura fracionou a contratação de serviços referentes à festa de carnaval na

cidade, de forma que em cada um dos contratos realizados fosse dispensável a licitação. O Ministério Público não demonstrou a intenção da prefeita de violar as regras de licitação, tampouco foi constatado prejuízo à Fazenda Pública, motivos pelos quais a denúncia foi julgada improcedente" (APn nº 480-MG, Rel. originária Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 29.03.2012).

- 30 Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal – STF, ao apreciar questão envolvendo Secretário Estadual de Educação de Santa Catarina que houvera homologado procedimento de inexigibilidade de licitação para aquisição de licenças de software para a rede pública. Na denúncia, o Ministério Público sustentou, com fundamento em laudo pericial, a existência de outros softwares aptos à finalidade almejada, o que indicaria a necessidade de licitação. Além de indicar que o laudo pericial constatou que o software da empresa escolhida tinha mais especificações do que os das concorrentes e era mais adequado ao seu objeto, o Colegiado também sublinhou a ausência nos autos de prova de conluio com a empresa escolhida e de recebimento de qualquer vantagem econômica pelo então secretário. Tendo anotado, para a escolha, não houve qualquer participação pessoal do acusado, tendo a tomada de decisão sido realizada em atendimento ao indicado pelas instâncias técnicas envolvidas. Por fim, concluiu que o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 reclama o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, que não se faz presente quando o agente atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica ( Inq 3753/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 18.4.2017).
- 31 MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bckmann. *Inexigibilidade de Licitação*, Curitiba: Zênite: 2016.
- 32 ARAUJO, Glaucio Roberto Brittes de. *Intervenção penal nas licitações*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 159.
- 33 No mesmo sentido, Cesar Roberto Bittencourt (Controvérsias do crime de dispensa ilegal de licitação. *Boletim IBCCrim*, ano 19, n. 225, ago./2011).
- 34 GRECO FILHO. *Dos crimes da Lei de Licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.
- 35 Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.
- 36 § 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.
- 37 O §1º do art. 84 informa que se equipara a servidor público, para os fins da lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.
- 38 § 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.
- 39 Dispositivo que reedita critério adotado de causa especial de aumento de pena previsto no art. 327 do Código Penal, referente ao exercício de cargo em comissão ou função de confiança em quaisquer órgãos que integram a Administração direta e indireta.



**SIDNEY BITTENCOURT** é Mestre em Direito pela UGF, consultor, parecerista e conferencista consagrado. Autor de inúmeras obras jurídicas, além de articulista, com artigos, ensaios, pareceres e estudos publicados nos principais veículos de divulgação jurídica. Professor de cursos de pós-graduação em diversas instituições de ensino, tais como: Fundação Getúlio Vargas, Universidade Cândido Mendes, Lex Magister Cursos Jurídicos, Faculdade Bêthencourt da Silva, COAD – Centro de Orientação, Atualização e Desenvolvimento Profissional, CEAP – Centro de Aperfeiçoamento Profissional, Materko e Centro de Instrução Almirante Newton Braga de Faria. Elaborador de mais de uma centena de artigos e com o maior número de livros editados sobre licitações e acordos administrativos do mercado jurídico nacional, o que motivou o emérito professor Ivan Barbosa Rigolin a asseverar que “é o mais prolífico e profícuo autor de obras sobre assuntos que envolvem licitações e contratos”. É considerado um dos maiores especialistas em licitações e contratos do País.



# Ninguém é obrigado a fornecer a senha do seu celular

POR LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

**“A não obrigatoriedade de fornecimento da senha para desbloqueio do celular visa proteger o conteúdo da vida do cidadão, vida esta, que por um fenômeno da atualidade, encontra-se armazenada no seu celular, razão pela qual, este conteúdo precisa estar amparado e protegido pela lei.”**

O aparelho celular tem se tornado, cada vez mais, um dispositivo no qual armazenamos praticamente tudo sobre nossas vidas. Desde nossa agenda de telefones, até fotos, documentos, anotações e mensagens.

Pelo celular recebemos e transmitimos nossos e-mails e mensagens, de modo que ali se encontram nossas conversas profissionais, pessoais e íntimas. Talvez por uma falha do fabricante, não se exige uma senha específica para acessar alguns aplicativos e os e-mails, quando o usuário já tiver desbloqueado o celular.

Habitamos a registrar as nossas vidas, por meio de milhares de fotos e vídeos que são armazenadas no álbum de fotografias do celular, de maneira que, por elas, se pode verificar, facilmente, por onde andamos, quais locais visitamos, com quem estivemos, o que apreciamos, etc. Por este dispositivo, nossa vida é desnudada.

Muitos documentos, inclusive os mais importantes, que outrora estavam no cofre ou em gavetas trancadas em nossas casas e escritórios, agora estão conosco, acompanhando-nos todo o tempo, podendo ser acessados por qualquer pessoa que obtenha a senha do nosso celular.

Nossa agenda diária de compromissos, que antes era feita no papel e descartada ao final de cada ano, agora acumula informações ano após ano, na palma da mão, registrando o passado, o presente e o futuro.

Não há dúvida, que neste aspecto, o aparelho celular se assemelha às gavetas, arquivos e cofres do cidadão, cujo acesso, reitera-se, é extremamente facilitado, bastando inserir uma senha (numérica, biométrica ou de reconhecimento facial) para escancarar todo o seu conteúdo.

A questão principal é se o cidadão pode manter esta senha em sigilo absoluto, não a revelando a ninguém, nem mesmo à polícia ou a um juiz de Direito, mesmo no caso de apreensão do aparelho. A resposta é positiva. O cidadão não está obrigado a fornecer esta senha a ninguém, nem, tampouco, a desbloquear seu celular.

Em outras palavras, caso se obtenha acesso ao conteúdo do celular, sem autorização do seu proprietário ou sem uma ordem judicial, tudo o que for ali encontrado não poderá ser utilizado como prova contra o dono do celular.

Este foi o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujos Ministros decidiram, por unanimidade, no julgamento do RHC 89.981, que a conversa por WhatsApp não pode ser utilizada como prova, quando o seu acesso não foi autorizado pela Justiça, pois será uma invasão, além de uma prova ilegal.

O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal brasileira veda o acesso a estas informações, quando estabelece, a inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Assim decidiu o Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, no RHC citado, ao analisar o acesso a mensagens, sem prévia autorização judicial, concluindo que houve violação dos dados armazenados no celular, e em razão disso, determinou o desentranhamento dos autos, das conversas pelo WhatsApp.

Conforme se verifica, as garantias individuais protegem as informações e dados do cidadão constantes do celular, assim, de acordo com a lei, um policial não pode, para produzir provas, obrigar ninguém a informar a senha do celular ou a desbloqueá-lo.

Dúvida persistiria, nos casos em que a apreensão do celular se dá por ordem judicial, ou mesmo quando um Juiz de Direito ordena (ilegalmente), que lhe seja fornecida a referida senha. Nestes casos, o cidadão estaria obrigado a obedecer à ordem judicial e caso não o fizesse, responderia por algum crime?

A resposta é simples. Em nenhuma hipótese o cidadão estará obrigado a fornecer a senha de seu celular a quem quer que seja, nem mesmo a um Juiz de Direito. O aparelho pode ser apreendido, o juiz poderá determinar a realização de perícia e a tentativa de quebra do sigilo da senha, mas não poderá ordenar ou compelir o cidadão a revelar a senha desse aparelho.

Ademais, outro fundamento para esta conclusão decorre do princípio de que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) e também do Pacto San José da Costa Rica (art. 8º, 2, g), do qual o Brasil é signatário, que garante o direito da pessoa de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Diante de tudo isto, verifica-se que a não obrigatoriedade de fornecimento da senha para desbloqueio do celular visa proteger o conteúdo da vida do cidadão, vida esta, que por um fenômeno da atualidade, encontra-se armazenada no seu celular, razão pela qual, este conteúdo precisa estar amparado e protegido pela lei. ■



ARQUIVO PESSOAL

**LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO** é Advogado Criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo por três gestões (2004/2012), Conselheiro Federal da OAB (2013/2018), Presidente de Honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e Presidente da Academia Brasileira de Direito Criminal (ABDCRIM).

# Ad Litteram

POR VICENTE DE PAULO SARAIVA

**“Na tradução dos textos latinos para o português, necessário se faz o frequente recurso a circunlóquios e perifrases, a fim de se expressar o correto e íntimo significado daqueles.”**

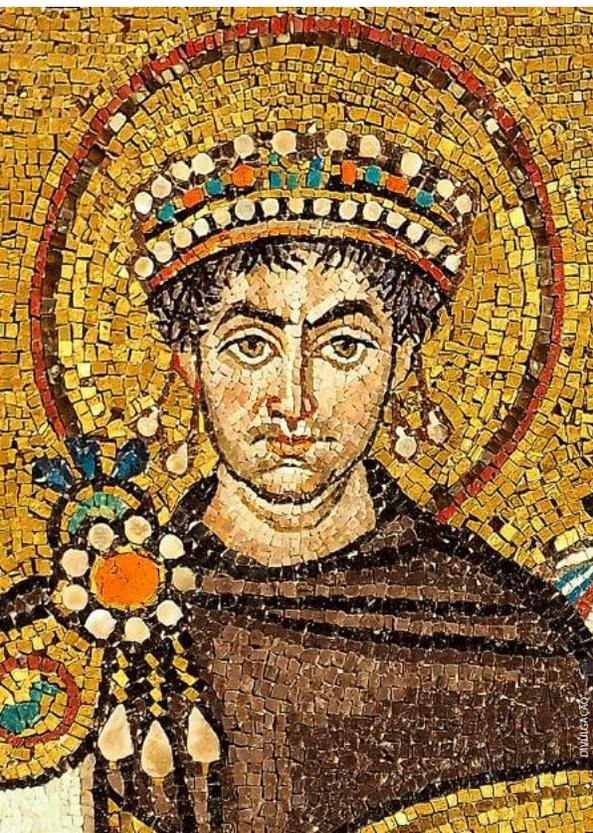
À letra (= Ao pé da letra).

Ou mesmo: *Literalmente*.

*Litteram* está no acus. [sg.] a pedido da preposição *ad*, com a qual está formando uma locução adverbial, conotando um adjunto adverbial de modo.

*Ad litteram* refere-se à interpretação puramente gramatical da expressão ou de um texto jurídico (especialmente os de natureza legal), sem se atentar para o seu espírito, ou seja: sem se atentar para o seu espírito, ou seja: sem se perquirir a vontade da lei e sua finalidade (v. *mens/ratio legis* = o espírito da lei). Quer dizer: esquece-se de que o verdadeiro sentido das palavras acha-se preso ao contexto e de que as próprias leis se interpenetram num sistema jurídico coerente e teológico.

Por outro lado, se se tratar de uma *versão* para nosso vernáculo, atente-se que nossas fontes primeiras acham-se vazadas no latim do direito, que é uma língua especial, apresentando sérias dificuldades em sua intelecção, quer pelas suas divergências léxicas (muitas vezes), quer pelas diferenças



JUSTINIANO I (483-565), Imperador bizantino, a quem se deve a codificação das leis romanas e as de seu tempo (*Corpus Juris Civilis*).

sintáticas e estilísticas (conforme eruditamente analisado pelo reconhecido romanista e latinista, Ministro Moreira Alves, em conferência pronunciada em Roma perante os magistrados italianos - cujo texto inédito gentilmente nos foi cedido).

*Lexicamente*, ora são termos especificamente jurídicos; ora surgem outros, não-jurídicos propriamente, mas que, dentro do direito, recebem tratamento ou definição peculiar, passando assim a ter sentido técnico; ora é o próprio vocábulo que admite dupla interpretação, seja porque seu sentido se modificou no curso da evolução do Direito Romano, seja porque seu emprego se deu em época anterior àquela em que veio a ser compendiado no *Corpus Juris Civilis* – quando, com Justiniano, já tinha significado diferente. (Isto sem se falar nos erros dos copistas e nas interpolações inseridas na codificação, exigindo uma autêntica reconstituição da provável forma original.)

Ademais, na estrutura *morfológica* do latim, além das declinações nominais – onde as desinências dos casos expressam as variadas funções sintáticas dos termos na frase –, existem ainda formas verbais de nós desconhecidas (como o gerundivo e o supino) empregadas em construções específicas, assim como desconhecidas nos são, p. ex., a conjugação perifrástica e a existência dos verbos depoentes.

Ocorrem, sobretudo, construções *sintáticas* típicas da língua latina – quais o acusativo com o infinitivo e o ablativo absoluto –, afora o fato de não haver correspondência entre as regências (nominal e verbal) do latim com as de nossa língua.

Em consequência, na tradução dos textos latinos para o português, necessário se faz o frequente recurso a circunlóquios e perífrases, a fim de se expressar o correto e íntimo significado daqueles.

Não obstante, por motivos didáticos (como temos feito nos verbetes passados), pode-se admitir uma tradução *literal*, um tanto “forçada” mesmo (desde que não seja ridícula), mas de caráter “provisório” (devendo ser de imediato seguida da versão mais consentânea com o gênio de nossa língua). Isso porque, sem essa primeira tradução literal, impossível explicar morfosintaticamente o porquê dessa ou daquela construção latina. Basta exemplificar com o uso do gerundivo em expressões como *actio aquae pluviae arcendae* (= ação de reter a água da chuva), onde aquele tempo verbal atraiu, para o caso (genitivo) então exigido para sua própria função sintática, o termo que seria seu complemento; entretanto, passou a concordar com ele em gênero e número (feminino singular). Exemplifique-se, ainda, com expressões como *actio empti/ex empto* (= ação de compra/derivada de uma compra), com sua dupla formulação: ora, nelas, apesar da aparente sinonímia, o adjunto adnominal (expresso pelo genitivo) está longe de revelar a força do adjunto adverbial de origem (derivado do uso da preposição *ex* com ablativo). 📖



VICENTE DE PAULO SARAIVA é Subprocurador-Geral da República (aposentado) e autor da obra *Expressões Latinas Jurídicas e Forenses* (Saraiva, 1999, 856 p.).

# Adoção de 50 crianças e adolescentes?



por Eudes Quintino de Oliveira Júnior

**“Apesar dos bons propósitos que revestem o alto índice de adoção por um só casal, percebe-se, em razão das exigências e cuidados relacionados com a concessão judicial da adoção, que poucos casos foram judicialmente reconhecidos com a chancela legal.”**

Causou estranheza quando a imprensa divulgou que o casal Flordelis e Anderson – ela deputada federal, pastora e cantora gospel, ele pastor – teria adotado mais de 50 crianças e adolescentes. Na realidade, pelo que se vai colhendo à medida que cresce a investigação a respeito do assassinato de Anderson, ocorrido em 2019, é que ainda não há um número exato com relação aos filhos efetivamente adotados. Mas é certo que crianças e adolescentes da comunidade que viviam em estado de vulnerabilidade, mesmo sem qualquer procedimento judicial instaurado, frequentavam a casa que se tornou um verdadeiro abrigo. Daí que, com o constante acolhimento, chegou-se a um número expressivo de “adotados”.

Não se pretende aqui perquirir as causas ou os autores do homicídio do pastor e sim tecer alguns comentários a respeito da lei que permite a adoção no Brasil.

A adoção, desde os primórdios da humanidade, sempre despertou a atenção pela sua característica de relação afetiva, na qual uma criança é recebida por uma família, geralmente carregada de uma sensibilidade extremada na busca de tal vínculo, e proporciona a ela um acolhimento caloroso com o propósito de se iniciar uma nova história de vida. Vigora a regra *adoptio naturam imitatur* (a adoção imita a regra da própria natureza), que prevalecia no Direito Romano, compreendendo sempre um ato praticado por um casal formado por homem e mulher. O que se leva em consideração nos casos de adoção é justamente o afeto, o pertencimento, o envolvimento emocional que impulsionam as pessoas que participam desse relacionamento familiar.

A legislação que trata da adoção no Brasil é o Estatuto da Criança e do Adolescente. A lei menorista, em diversas oportunidades, faz ver que toda criança ou adolescente deve ser criado ou educado no seio da família natural. A adoção, portanto, é uma medida excepcional e deve ocorrer somente quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa. Por ela atribui-se a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, desde que sejam 16 anos mais velho que o adotando. Ocorre a adoção conjunta quando feita por pessoas casadas civilmente ou que vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. Na adoção unilateral um dos cônjuges adota o filho do outro com a manutenção de todos os vínculos. É possível, também, a adoção por casal homoafetivo, com o reconhecimento de entidade familiar.<sup>1</sup> Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

A lei menorista, dentre outras exigências, aponta como fator primordial a ser observado na adoção o estágio de convivência – lapso temporal que

precede o relacionamento com a criança e o adolescente, pelo prazo de 90 dias – observando sempre a peculiaridade de cada caso.

Quando se fala em estágio de convivência compreende-se o período de integração entre as pessoas envolvidas no processo de adoção, visando estabelecer bases sólidas para um relacionamento harmônico de caráter afetivo. Não é uma experiência qualquer e sim uma fase de conhecimento mútuo, natural e necessário para qualquer ser humano.

Daí que, quanto mais nova for a criança, melhor será para o recrudescimento dos laços afetivos pois, em razão da tenra idade, vive em função de seus cuidadores e junto deles procura criar uma base estrutural com a solidez necessária. Nos casos dos adolescentes, porém, aqueles que se enquadram entre 12 e 18 anos de idade, que muitas vezes passaram por mudanças drásticas de ambientes familiares, uma verdadeira *via crucis* de experiências frustradas, referido estágio, além de ser mais delicado, exige uma dilação maior do lapso previsto na lei, justamente para aparar as arestas de relacionamentos infrutíferos e contornar os traumas que abalaram a formação psicológica e intelectual do jovem. É comum na justiça menorista o casal pretendente à adoção de adolescente, ainda no início do estágio de convivência, relatar uma série de conflitos que impedem a concretização do projeto, com frustração total para as partes envolvidas.

Mas o prazo estabelecido em lei tem como fator positivo a redução do tempo previsto no procedimento legal. Os interessados que invocam a tutela jurisdicional pleiteando a adoção vivem, durante toda a tramitação do processo, momentos de incertezas e muitas vezes até de insegurança e merecem uma resposta que seja célere, sem, no entanto, prejudicar as avaliações necessárias para a obtenção da medida. O estágio de convivência é de vital importância não só para o entrelaçamento entre as pessoas, mas também para a exploração de todas as qualidades e virtudes recomendadas, daí ser o período propício para fazer brotar e intensificar o afeto.

E é sabido que todo tipo de relacionamento, seja lá em que idade for, na realidade, se traduz no afeto, que vem a ser um apego sentimental. A convivência, pode-se concluir, faz com que haja comunicação entre as pessoas, criando vários espaços de sintonia afetiva, mesmo sem o determinismo genético.

No caso relatado no início, apesar dos bons propósitos que revestem o alto índice de adoção por um só casal, percebe-se, em razão das exigências e cuidados relacionados com a concessão judicial da adoção, que poucos casos foram judicialmente reconhecidos com a chancela legal. 

### NOTA

1 ADI 4277; ADPF 132, ambas do Supremo Tribunal Federal.



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



# Iluminação pública

## Novas regras às Distribuidoras de Energia e os impactos nas concessões dos serviços de iluminação

POR ALFREDO GIOIELLI

**“As novas regras permitirão a transparência desejada para a execução dos contratos firmados pelos Municípios com a iniciativa privada, possibilitando uma melhor gestão dos parques de iluminação Pública.”**

**A** Resolução Normativa nº 888, de 30 de junho de 2020, que alterou em parte a REN nº 414/2020, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, fruto da consulta pública nº 12/2020, que colheu subsídios para aprimorar as disposições relacionadas ao fornecimento de energia referente ao serviço de iluminação, e que foi instruída pela Nota Técnica nº 043/2019-SRD/ANEEL, vem sendo festejada e comemorada pelos gestores Municipais e profissionais que atuam no serviço de gestão do parque de iluminação das Cidades, que são conhecedores do grau de lesividade, desrespeito e abuso do Poder Econômico, que as Distribuidoras de Energia estão praticando com evidente materialidade de lesão ao Patrimônio Público.

Importante destacar que o art. 113 da REN nº 414/2010, já havia sofrido, no final de 2018, uma modificação com relação à ampliação dos prazos prescricionais, que eram regulados por resolução. A limitação de prazo para eventual ressarcimento beneficiava as Distribuidoras de Energia quando realizavam faturamento a maior a revelia dos Municípios na conta de energia de consumo da iluminação pública, causando, de forma lesiva, prejuízos ao erário. Porém, quando tais distribuidoras eram apanhadas nessas irregularidades, a devolução se limitava ao prazo de trinta e seis meses. O dispositivo foi alterado em decorrência da decisão proferida, pelo MM Juízo da 19ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública sob nº 5024153-93.2018.4.03.6100, proposta pelo Ministério Público Federal contra a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e já acatada em despacho da própria Agência, publicado sob nº 18, em 4 de janeiro de 2019, fixando o prazo prescricional de 10 (dez) anos para efeitos de devolução de faturamento realizado a maior, respeitando, em entendimento harmônico o art. 205 do Código Civil, ampliando assim a possibilidade de auditoria por parte das novas concessionárias para examinarem todas as memórias de cálculos que deram base ao faturamento da energia consumida, a fim de identificar irregularidades e exigir das distribuidoras as devoluções dentro do novo prazo vigente, levando esses recursos a ingressarem no caixa do Poder Concedente, para repartição com o concessionário, como receitas adicionais e/ou acessórias a depender da forma que o contrato foi firmado.

Diversas são as imposições ilegais – sem dúvida -, estabelecidas pelas Distribuidoras de Energia, e que se arrastam até os dias atuais. Destacamos algumas que entendemos relevantes, para demonstrar como a nova resolução contribuirá no combate de atos lesivos ao Poder Público e a sujeição absurda dos Municípios ao arbítrio dessas Distribuidoras. Vejamos algumas práticas que serão finalmente afastadas: a) recusa no reconhecimento da empresa que recebeu por delegação o serviço público de gestão da iluminação pública; b) negativa de atendimento a requerimentos do Poder Público ou do concessionário, a fim de apresentar detalhamento do consumo estimado faturado à iluminação pública, no qual conste quantidade de lâmpadas, consumo, potência nominal por lâmpada, separada das perdas elétricas, ciclo de faturamento, consumo em KWh (reatores para lâmpadas de sódio e metálica) e luminária

com tecnologia LED; c) entrega da prestação de contas do detalhamento do faturamento da CIP, comparado com os valores arrecadados e quantidade de consumidores dentro do mês; d) a indevida cobrança de taxa de administração sobre a arrecadação da CIP, cobrada pelas Distribuidoras no País, em muitos casos, sem autorização legislativa; e) encontro de contas dos débitos existentes dos municípios com os créditos arrecadados da CIP, com violação expressa aos arts. 62, 63 e 64 da Lei nº 4.320/64 (Lei Orçamentária); f) negativa de atualização do cadastro das substituições de luminárias convencionais pelas novas tecnologias LED, retardando com isso, a redução do consumo estimado do parque de iluminação; g) não autorização da implantação do sistema de telegestão, que permite o controle e medição de consumo das luminárias instaladas nos parques das cidades, dentre outras práticas.

Essas irregularidades cometidas pelas Distribuidoras de Energia, de forma consciente e planejada, e sem justificativa, por si só já permitem a identificação do ilícito contratual em relação ao próprio regime de Concessão Federal, que impõe no contrato o dever de cumprir e fazer cumprir as normas legais e regulamentares do serviço, respondendo, perante o Poder Concedente, a ANEEL, e terceiros, pelos eventuais danos e prejuízos causados em decorrência da exploração dos serviços, ensejando com isso, indícios suficientes a permitir a instauração da persecução civil ou criminal, para comprovação do dano ao patrimônio público. Vale lembrar que após a comprovação do dano é perfeitamente possível à condenação por ato de improbidade administrativa, posto que os funcionários das Distribuidoras de Energia são considerados agentes públicos de acordo com o art. 2º c/c o art. 10º, ambos da Lei nº 8.429, de 02.06.1992 (Lei de Improbidade Administrativa), respondendo pelas suas condutas lesivas, além de incorrerem em crime de desobediência, já que as requisições ou determinações de providências direcionadas às distribuidoras são assinadas por servidores públicos no exercício de suas funções.

Com efeito, a ANEEL, trouxe importantes modificações que terão impactos diretos nas concessões dos serviços de iluminação pública que estão sendo contratados via concessão, visando à delegação desses serviços às empresas que atuam na gestão do parque das Cidades, sendo uma delas, a autorização para que contrato de fornecimento de energia possa ser firmado com a empresa que recebeu o serviço por delegação, nos termos do parágrafo segundo do art. 26-A da REN nº 888/2020, determinando que a contratação do serviço de distribuição de energia elétrica poderá ser celebrado por quem receber a delegação do poder público municipal, devendo a distribuidora de energia proceder a alteração da titularidade nos casos solicitados.

Julgamos esse dispositivo extremamente relevante. Com muito acerto a Agência Reguladora acolheu um desejo dos gestores Municipais, já que grande parte das Distribuidoras de Energia se recusa a entregar documentos essenciais para conferência da fatura de energia, que é realizada por estimativa nos parques de iluminação, sob o argumento de que as empresas que receberam o serviço de gestão por delegação, não possuem legitimidade para tratar da gestão dos parques das Cidades com as Distribuidoras, e com isso, retardam

de forma injustificada a conferência dos valores que são faturados e impedem a atualização do cadastro para efeitos de faturamento com as novas tecnologias que estão sendo aplicadas, objetivando a redução de consumo, depois de inseridas no sistema de faturamento das Distribuidoras e reconhecidas em seu cadastro.

Nesse sentido, o parecer da Procuradoria Federal junto à ANEEL, autuado sob nº 00098/2020/PFANEEL/PGF/AGII, de 27.03.2020, comprova de forma cabal e inequívoca o que estamos trazendo ao debate como posicionamento, já que a Agência Reguladora decidiu que o Consórcio vencedor nos contratos de Parceria Público Privada é parte legítima para adotar todas as providências necessárias diretamente com a Distribuidora para gerir o parque de iluminação pública das Cidades, uma vez que o Contrato de Concessão firmado os com Municípios, é suficiente para requisitar todas as informações e providências de atualização de cadastro junto a Distribuidora de Energia, constituindo manifesta ilegalidade a recusa e o seu não atendimento. (§ 1º do item 14 do Parecer).

Dessa forma, com o contrato celebrado diretamente com a empresa que recebeu o serviço por delegação, o concessionário contratado pelo Poder Concedente possui mais autonomia direta para discutir todas as cláusulas do novo instrumento, não devendo aceitar nenhuma imposição arbitrária que possa prejudicar a execução de sua contratação com o Poder concedente, e, com isso, tratar diretamente todas as medidas que devem ser aplicadas para o fiel cumprimento do seu contrato, entre elas, requisitar o detalhamento de todo faturamento emitido do consumo de energia. Muito embora o contrato de fornecimento de energia possa ser apresentado dentro de um modelo padrão da distribuidora, importa destacar que o concessionário não está obrigado a aceitar condições que a própria REN nº 414/2010, com as alterações da REN nº 888/2020, não está autorizando, e por essa razão, havendo cláusula abusiva, o questionamento é medida que se impõe para equilíbrio na relação jurídica.

O avanço na nova regulamentação impede definitivamente os abusos, e a forma arbitrária com que algumas Distribuidoras de Energia especificavam equipamentos de iluminação pública para efeitos de homologação e instalação no parque de iluminação das cidades sob sua jurisdição, onde a manutenção já é feita pelos Municípios, em especial com editais de gestão ou aquisição de luminárias. Não é demais lembrar que tal matéria sempre foi regulada pelas normas da ABNT, como a NBR 15129:2012, exigido do Poder Público nos editais, a apresentação de ensaios de segurança realizados em laboratórios oficiais acreditados pelo INMETRO, isso também é previsto na NBR IEC 60598-1:2010, e a Portaria nº 20/2017, do INMETRO, fixou posteriormente os requisitos técnicos a serem atendidos pelas Luminárias para Iluminação Pública Viária, com a utilização de Lâmpadas de Descarga ou Tecnologia LED. A prática de estabelecer na norma interna da Distribuidora, requisitos técnicos para a concepção, funcionamento, marca e modelo dos equipamentos de iluminação pública está vedada agora pela resolução, nos termos do parágrafo 7º do art. 4º, e certamente, se assim não fosse, causaria impacto econômico significativo se os concessionários ficassem reféns dessa ilegalidade, o que prejudicaria o

princípio constitucional da isonomia e a livre concorrência desse mercado, pois seria passível de direcionamento das compras para o setor público ao gosto da Distribuidora de Energia.

O assunto estava sendo questionado na ANEEL, e não passou despercebido na Agência Reguladora, que se posicionou – quando provocada – por meio do Ofício nº 191/2014-SRC/ANEEL, de 14/10/2014, decidindo em favor dos Municípios, que “a escolha de equipamentos de iluminação pública é de responsabilidade do Poder Público Municipal, devendo atender às normas técnicas publicadas por órgãos oficiais, não cabendo às distribuidoras qualquer ingerência sobre esse procedimento.”

De outro lado, e sem dúvida um dos pontos mais delicados que sempre comprometeu a redução do consumo do parque de iluminação pública para emplacar a viabilidade econômica dos estudos antecedentes à concessão, foi a fixação de um prazo estimado para atualização do cadastro, com base nas novas eficientizações implantadas e apresentadas nas Distribuidoras de Energia. Com exigências descabidas desde o projeto elétrico, mesmo que se tratasse de redução de carga e sem previsão para promover as atualizações, as distribuidoras estavam deitando e rolando com o dinheiro público, sem reconhecer as novas luminárias com tecnologia LED, instaladas pelos concessionários, visando obter a redução do consumo, que somente ocorre, se o cadastro, para efeito de faturamento da energia consumida, for atualizado, vez que não basta simplesmente substituir as luminárias convencionais pelas novas tecnologias, sem que a atualização do cadastro ocorra pela própria Distribuidora.

A demora ou a negativa de aceitação por parte da Distribuidora na atualização interna do seu cadastro, que propicia a verdadeira redução de carga, pode muitas vezes comprometer a própria concessão, aumentando o custo de toda a operação, com potencial prejuízo ao contratado, uma vez que a Distribuidora continuará faturando a conta pelo consumo dos equipamentos antigos, mesmo ciente das atualizações, onerando os cofres públicos e causando lesão de difícil reparação ao Poder Concedente, vez que ao promover a regularização do seu cadastro para efeitos do novo ciclo de faturamento, as distribuidoras não aplicavam, e, até o momento, não aplicam, a devolução dos valores de forma retroativa a essas novas eficientizações, mas cobraram por um longo tempo com base nas tipologias antigas cadastradas, materializando o prejuízo aos cofres municipais.

A nova resolução extirpa essa violação e a consequente malversação do dinheiro público praticado pelas Distribuidoras de Energia, regulando de forma definitiva: a) vedação de a distribuidora exigir a apresentação de projeto luminotécnico ou estudos do impacto na rede de distribuição (§ 4º do art. 21-B); b) a não dependência de apresentação e aprovação prévia de projeto ou de autorização da distribuidora para redução de carga (inciso I do art. 21-C); c) na realização do faturamento mensal, a distribuidora atualizará mensalmente as informações, sob pena de corrigir o faturamento nos termos do art. 113 da REN nº 414/2010, que determina a aplicação de acréscimos de atualização monetária com base na variação do IGP-M e juros de mora de 1% (um

por cento) ao mês, calculados *pro rata die*, em valor igual ao dobro do que foi pago em excesso. (§ 1º do art. 24-A).

Com os avanços e correções trazidas pela nova regulamentação, a ANEEL também enfrentou – é necessário que se diga -, de forma precisa, um dos temas de maior relevância no cenário da iluminação pública, e que é fundamental para execução e sobrevivência dos contratos de gestão e liquidação da conta de consumo vinculado a uma arrecadação, que não pode ser utilizada para pagamentos de despesas estranhas a sua destinação, em especial, a que se refere à cobrança da Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública na fatura de energia. Essa é, sem dúvida, uma das questões mais polêmicas e que foi discutida com mais intensidade, pelos aspectos ligados à utilização dos valores arrecadados. O valor cobrado para a arrecadação dessa receita pelas distribuidoras de energia e o encontro de contas – prática abusiva – entre o que é arrecadado para a COSIP, e o que está sendo exigido dos Municípios na administração dessa receita, foi alvo de alentadas críticas em nossas publicações, tamanha a ilegalidade perpetrada, com a violação ao princípio da isonomia no tratamento da arrecadação dos tributos federais (PIS e COFINS), e Estaduais (ICMS), que as Distribuidoras têm a atribuição de responsabilidade tributária ao arrecadar e repassar tais tributos. Mas o que historicamente se viu, foi uma flagrante postura de jamais se manifestarem no sentido de exigir da União ou dos Estados, qualquer tipo de contraprestação, com a imposição de uma esdrúxula e ilegal taxa de administração do tributo, inexistente em nosso ordenamento jurídico.

Por sua vez, a ANEEL, acolhendo a tese do Ministério Público Federal, na Ação Civil Pública ajuizada em 2018 – , concordou que a imposição do encontro de contas por meio de convênio é uma prática abusiva, vez que a distribuidora utiliza de um recurso público de origem tributária, em que é mera arrecadadora, para efetuar pagamento para si própria. Nessa corrente, a imagem de não repasse, praticada sem alforria legal, é capaz de permitir a identificação do ilícito penal de apropriação indébita de receita pública, mercê da teórica da infidelidade, nos moldes da Lei 8.666/93, além de possível ato de improbidade, razões suficientes para que a ANEEL, além de proibir a cobrança de uma taxa de administração, reconhece a ilegalidade praticada, determinando que a referida arrecadação seja realizada de forma não onerosa ao poder público municipal ou distrital (§ 1º, do art. 26-C), proibindo também a compensação dos valores arrecadados da contribuição com os créditos devidos pelos Municípios, salvo quando houver autorização expressa na legislação municipal (§ 2º, do art. 26-C), autorizando a cobrança de multa de 2% (dois por cento), atualização monetária e juros de mora, em caso de não repasse até o décimo dia útil do mês subsequente ao de arrecadação.

Vale ressaltar ainda outro ponto importante, que ensejará uma batalha entre Distribuidoras de Energia e Concessionárias de Serviço de gestão do parque de iluminação, com aplicação da telegestão e da dimerização das luminárias. A ANEEL saiu na frente do INMETRO, ao editar o manual que regula os dispositivos de carga com a operacionalização do art. 26 da REN nº 414/2010,

inserindo condições mínimas para sua implantação. Nesse sentido, a telegestão será uma ferramenta usada para gerir, controlar e monitorar redes de iluminação pública. Esse sistema de comunicação proporcionará o controle de forma remota e individual das luminárias, fazendo pleno uso dos seus parâmetros operacionais e fiscalizando a qualidade de energia fornecida pelas Distribuidoras. Nesse aspecto é importante lembrar que essa ferramenta propiciará a imputação de responsabilidade por queima de equipamentos instalados quando ocorrerem variações de cargas que danifiquem essas luminárias ou acessórios. Indagamos: é interesse das Distribuidoras aceitar esse nível de fiscalização que comprovará a eventual ineficiência do seu serviço prestado?

Algumas Distribuidoras se anteciparam e lançaram seus pilotos de sistema para gestão e medição de energia na iluminação pública com uso de rede de comunicação híbrida, depositando o registro de patente desse dispositivo no INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Alguns posicionamentos, porém, têm causado estranheza, quando defendem que o uso da telegestão reduzirá a conta de consumo ao acionar a dimerização, permitindo à redução do fluxo luminoso em determinados horários noturnos. Ora, nada adianta a implantação de luminárias com tecnologia LED no parque de iluminação pública, com possibilidade de dimerização visando à redução de consumo, se a distribuidora de energia oferecer resistência em aceitar o dispositivo implantado, criando embaraços na aplicação do equipamento. Ainda, se deve levar em conta que a cobrança de energia é realizada por estimativa e não por medição, tornando inócua a redução da intensidade luminosa, se o faturamento ocorrer pelos valores nominais cadastrados na Distribuidora. Certamente será mais uma questão para a ANEEL acompanhar e solucionar essa corrida pela eficiência dos parques de iluminação das cidades, monitorando o abuso praticado pelas Distribuidoras de Energia.

Concluimos que a nova resolução da ANEEL atingiu os objetivos, regulamentando situações outrora desgastantes, relacionadas à política pública de distribuição de energia. Assim, as novas regras permitirão a transparência desejada para a execução dos contratos firmados pelos Municípios com a iniciativa privada, possibilitando uma melhor gestão dos parques de iluminação Pública, com reflexos diretos nas concessões dos serviços, permitindo aplicação de tecnologias que auxiliam na redução do consumo, trazendo segurança jurídica com vistas ao controle e eficiência energética, permitindo a realização do retorno sobre os investimentos realizados. 



ARQUIVO PESSOAL

**ALFREDO GIOIELLI** é Advogado e palestrante, especialista no segmento de iluminação pública. Atua desde 1995 para o setorial, prestando consultoria e assessoria, auxiliando na viabilização de projetos de eficiência energética e modernização do parque de iluminação. Autor de diversos pareceres publicados em revistas jurídicas e do segmento de iluminação pública voltado para área de licitações. Atuou também pela Associação Brasileira da Indústria de Iluminação (Abilux) e Associação Brasileira de Empresas de Serviço de Iluminação Urbana (Abrasi). Participou de importantes Congressos e seminários a saber: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE.SP) com a Palestra “O Plano de Transição de domínio da Gestão da Iluminação Pública e os Impactos Econômicos”, Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE.MG) com o tema: “Fraudes em Licitações envolvendo Iluminação Pública” e Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE.SE) com a palestra intitulada: “Iluminação das Cidades – Mitigação de risco de dano nas contratações – Modelagens e novas tecnologias; – Federação dos Municípios do Estado do Maranhão (FAMEM) Iluminação das Cidades – Dificuldades enfrentadas pelos Municípios com as Distribuidoras de Energia e Novas Tecnologias.” e Ordem dos Advogados do Brasil Subseção São Paulo – (OAB/SP) – Dificuldades enfrentadas pelos Municípios com as Distribuidoras e Novas Tecnologias aplicada nas Cidades.

# Ação de cobrança Judicial

por CARLA GRAZIELA PORTO

**“É interessante tanto para o devedor quanto para a empresa evitar chegar à justiça para regularizar a dívida. Afinal, o processo é demorado, cansativo e oneroso.”**



**A**s pessoas atualmente estão cada vez mais endividadas e não sabem quais os procedimentos a fazer. Saiba que qualquer pessoa pode passar por isso e até ficar com o “nome sujo” na praça. O importante é você procurar negociar, fazer um bom planejamento financeiro e evitar chegar a uma cobrança judicial.

Claro que ninguém fica sem pagar uma dívida porque quer, mas sim por não ter encontrado uma forma de quitá-la. Mesmo com as boas intenções de quem deve, as empresas precisam receber para continuarem funcionando.

Para isso, acabam tendo um controle rígido do que deve ser pago a elas e todo um processo de cobrança a ser feito no caso de inadimplência, visando sempre o equilíbrio financeiro. É neste processo que o acordo entre quem deve e a empresa, preferencialmente, deverão acontecer, caso isso não ocorra a empresa credora recorre à ação judicial, no intuito de estar recebendo os valores perdidos.

Se depois de várias tentativas nada deu certo e um acordo entre o devedor e a empresa não foi feito, acontece a cobrança judicial, ou seja, a cobrança passa a ser feita através da justiça.

Assim as mais frequentes são a Ação de Cobrança, como a monitória, que visa à formação de um título, contudo, na Ação de Cobrança a prova do direito pleiteado em juízo pode ser testemunhal e documental, ao passo que a Ação Monitória admitirá apenas prova por escrito, o que se daria, por exemplo, através de um cheque prescrito, duplicata vencida e etc.

A negociação só chega a este ponto em casos extremos, nos quais todos os contatos não surtiram resultado algum. É interessante tanto para o devedor quanto para a empresa evitar chegar à justiça para regularizar a dívida. Afinal, o processo é demorado, cansativo e oneroso.

Entre as ações judiciais algumas são mais frequentes:

- Ação de Execução de Título Extrajudicial: usada para receber dívidas vindas de cheques, notas promissórias e duplicatas. É feita a intimação e dado um prazo para que a pessoa pague. Caso não o faça, bens podem ser bloqueados.
- Ação Monitória: usada também para receber dívidas vindas de cheques, notas promissórias e duplicatas. É indicada para quando a pessoa tem como provar que a dívida existe graças a vários documentos. Como não há audiência de conciliação, ela torna mais rápido o procedimento de cobrança.
- Ação de Cobrança Procedimento Comum: indicada para quando há pouco documento sobre a dívida. Mais demorado.

O ideal é que a dívida seja negociada antes de chegar a este ponto, pois geram custas que são arcadas tanto para o credor como para o devedor. 



**CARLA GRAZIELA PORTO** é colaboradora do escritório Giovani Duarte Oliveira, responsável pelo setor de Cobrança. Graduada em Processos Gerenciais e graduanda em Direito.

# Com o advento da Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019) em vigor, qual o verdadeiro prazo de conclusão do inquérito policial com investigado preso?

por MARCEL GOMES DE OLIVEIRA E JOAQUIM LEITÃO JUNIOR

INVESTIGAÇÃO



**“A medida legislativa foi louvável ao instituir o art. 3º-B, §2º, do CPP, por se permitir o prazo da investigação de 10 (dez) dias prorrogáveis por até 15 (quinze) dias.”**

**A** discussão centra, se a denominada lei de pacote anticrime manteve o prazo em 10 (dez) dias ou ampliou para 15 (quinze) dias ou se teríamos a dualidade de prazos para finalização de procedimento policial com investigado preso no âmbito do Código de Processo Penal<sup>1</sup>.

Após a vigência da Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019), onde dentre as modificações terminou por operar diversas mudanças no Código de Processo Penal, de plano surgiu uma polêmica no âmbito da investigação, qual seja: qual o verdadeiro prazo de conclusão do inquérito policial com investigado preso?

Antes de respondermos, cabe asseverar que, bem antes do pacote anticrime, não existia a previsão de prorrogação do inquérito policial no Código de Processo Penal, apesar de existir em legislações extravagantes esta possibilidade, como por exemplo, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

Enfim, o art. 10, do Código de Processo Penal permaneceu intacto com a previsão de que o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o investigado tiver sido preso em flagrante ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão<sup>2</sup>.

A propósito, o art. 10, do Código de Processo Penal dispõe que:

“Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”.

De outro lado, com advento da Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019), passou a contemplar o investigado se estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Vejam os art. 3º-B, do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019):

“Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.”

Com isto, temos a primeira conclusão, a de que numa interpretação sistemática, a redação do texto do pacote anticrime ao dispor sobre prorrogação do prazo do inquérito policial de investigado preso por até 15 (quinze) dias, ratifica a existência do prazo de 10 (dez) dias iniciais, previsto no artigo 10 do

CPP, já que apenas se pode prorrogar o que se iniciou anteriormente. Aqui se aplica a máxima de hermenêutica de que não há palavras inúteis no texto da lei.

Nos valem da exemplificação, cita-se o delegado de polícia e professor, Ruchester Marreiros Barbosa (2020, p. 01), que traz uma situação de clareza solar a demonstrar um dos poucos acertos do legislador no pacote anticrime na parte da investigação:

“Exemplifiquemos: qual medida se adotaria quando o investigado é suspeito, sem indícios suficientes de autoria para denúncia, mas ameaça de morte a vítima, não tendo funcionado a medida de proibição de contato? Há *periculum libertatis*, no caso concreto, há prova do crime de furto qualificado e, não obstante, não haja elementos robustos de indícios de autoria, como por exemplo confronto de digitais do suspeito com as colhidas no interior da residência e além disso uma gravação de uma imagem que parece com o suspeito, mas não é tão nítida. Como se decretar uma preventiva sem indícios robustos de autoria? Nosso sistema é extremamente falho nesse aspecto.

Suponhamos que nesse caso tenha ocorrido uma prisão em flagrante na modalidade de flagrante presumido? Caso já vivenciado por nós na prática em que a pessoa que ameaçava a vítima era relacionado a outro autor do crime, ambos com qualificação desconhecida até então, que depois se descobriu que possuíam fisionomias muito semelhantes. É de extrema relevância em um caso como esse, a existência de um mecanismo capaz de proteger a vida da vítima, tutelado pelo processo penal, na qual, em muitos casos, a providência deve ser a privação da liberdade do suspeito.

A captura do suspeito foi feita com a apreensão do telefone celular, em que existia uma ligação efetuada para a vítima, mas a imagem captada pela câmera de segurança coincidia muito pouco com o mesmo, restando poucos indícios de autoria. A prova do crime, ainda, era somente a declaração da vítima, sem o reconhecimento, por ter sido um delito de furto qualificado, cuja imagem captada por câmeras não ajudou.

Essa vítima já tinha sido furtada outras vezes e por essa razão colocou câmeras de segurança no interior da residência, onde se captou algumas imagens dos autores do furto. Portanto já haviam outras investigações em trâmite, mas sem autoria definida. No último furto a imagem foi capturada e uma pessoa parecida foi encontrada nas cercanias aproximadamente 3 horas depois por uma equipe da polícia militar que sabia estar havendo muitos furtos na região e teve contato com as imagens divulgadas em redes sociais”.

Juntamente com o capturado e detido em flagrante, além do celular, que não era da vítima, mas havia uma ligação do seu telefone para o da vítima, por onde recebeu a ameaça de não procurar a polícia. Havia também uma passagem aérea para três dias depois com destino a Argentina e alguns endereços que poderiam ser checados como sendo locais que os mesmos teriam estado e se hospedado e a identificação estrangeira do investigado, que era chileno, mas falava bem o português. Juro que isso não é invenção.

Se formos analisar tecnicamente o fato, a prisão em flagrante ao ser comunicada dependeria, ainda de algumas diligências para robustecer os indícios de

autoria para o oferecimento da denúncia, não sendo uma hipótese tipicamente que se daria para deduzir uma pretensão acusatória.

A prisão temporária também está descartada, visto que não há no rol das infrações penais cabíveis no artigo 1º, III da Lei 7.960/89, o delito de furto qualificado e coação no curso do processo para essa medida. A medida de não contato com a vítima seria inócua, tendo em vista a possibilidade concreta de viajar para outro país, além de não se saber o paradeiro certo, mas somente um suposto local de hospedagem, conseqüentemente, precário.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico é totalmente despreparado para uma circunstância de se acautelar os fins processuais da investigação criminal. Existe com narrado, necessidade de se proteger cautelarmente a investigação tal qual ocorre na fase jurisdicional. Há risco de fuga e há comprometimento da coleta de evidências (ou provas no sentido lato).

A solução para essa lacuna veio no artigo 3º-B, §2º, que deixou explícita a possibilidade da prisão processual de flagrante, cuja novidade é reconhecer o prazo da investigação por 10 dias prorrogáveis por até 15 dias sob de acarretar o relaxamento da prisão pela não conclusão da investigação e não pelo não oferecimento da denúncia.

Assim sendo, após a vigência do pacote anticrime o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante: 1) não pode mais convertê-la em prisão preventiva de ofício; 2) não poderá decretar a preventiva abrindo prazo para o oferecimento da denúncia; 3) deverá observar na representação do Delegado há indicação da necessidade do prosseguimento da investigação criminal com fins processuais e desde já a possibilidade de postergação da situação prisional para assegurar a coleta de evidências”.

Com este exemplo, podemos perceber que o artigo 3º-B, §2º, do CPP veio para suprir lacuna com a possibilidade clara de prisão processual de flagrante, em que a novidade é reconhecer o prazo da investigação por 10 (dez) dias prorrogáveis por até 15 (quinze) dias, sob pena de eventual excesso (extrapolamento) de prazo acarretar o relaxamento da prisão pela não conclusão da investigação e não pelo não oferecimento da denúncia.

Obviamente, não quer dizer que a prorrogação se dará até nos 15 (quinze) dias cravados, já que a lei faz uso da expressão *até 15 (quinze) dias*, o que implica concluirmos que, a prorrogação seria de 01 (um) dia até o máximo de 15 (quinze) dias, além dos 10 (dez) dias normais do art. 10, do CPP, em caso de o delegado de polícia representar pela prorrogação do procedimento policial com investigado preso.

Há vozes advogando o prazo de 15 (quinze) dias mais 15 (quinze) dias, em que se arvora de analogia do prazo do inquérito policial ao menos na esfera federal (art. 66 da Lei 5.010/1966), sob o argumento de o que o legislador desejou igualar as contagens de prazos de conclusão de inquérito policial na Justiça Estadual e na Justiça Federal com superação (derrogação) do art. 10 do CPP, o que não concordamos *datíssima máxima vênia*, pois não há lacuna para se usar a analogia e a interpretação seria *contra legem*, ignorando dispositivos em plena vigência. O que há de fato é a previsão clara e indiscutível de 10 (dez) dias, com a possibilidade de se adicionar mais 15 (quinze) dias.

De qualquer forma, por zelo, cabe aduzir que o dispositivo do indigitado art. 3º-B, §2º, do CPP está com a eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

## DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por derradeiro, concluímos que a medida legislativa foi louvável ao instituir o art. 3º-B, §2º, do CPP, por se permitir o prazo da investigação de 10 (dez) dias prorrogáveis por até 15 (quinze) dias, em caso de representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, sob de acarretar o relaxamento da prisão pela não conclusão da investigação e não pelo não oferecimento da denúncia, embora o dispositivo em análise esteja com a eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal. 

## NOTAS

- 1 Lembramos aqui que existem legislações penais especiais as quais estabelecem prazo distinto da regra geral do CPP e, neste caso, prevalece a norma especial sobre a geral, como exemplo, o art. 51 da Lei 11.343/2006 – lei de drogas –, onde estabelece que “o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto”, sendo que “os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária”.
- 2 Vale lembrar de importante discussão acerca do prazo da conclusão do Inquérito Policial quando há o cumprimento de prisão temporária de crimes hediondos ou equiparados, onde poderá alcançar até sessenta dias (30 dias + 30 dias), portanto, bastante superior ao prazo estabelecido pelo art. 10 do CPP. Há divergência sobre o tema, onde se posicionam três correntes: a primeira entende que, mesmo o agente sendo preso temporariamente por crime hediondo ou equiparado o prazo seria o do art. 10, CPP (ou seja, 10 dias para a conclusão das investigações); já a segunda corrente entende que o prazo seria o do tempo da prisão temporária – 30 (trinta) ou 60 (sessenta) dias, neste último, em caso de prorrogação, sendo ao final acrescido ainda o prazo para a conclusão do inquérito, então em caso de agente preso temporariamente por tráfico de drogas, a autoridade policial poderia ter até 120 dias para a conclusão do IPL, porquanto o prazo máximo da temporária seria 60 (sessenta), acrescido de outros 60 (sessenta) dias para a conclusão do inquérito; por fim, a terceira corrente entende que o prazo para a conclusão do Inquérito será o prazo da prisão temporária, neste caso no prazo de 30 dias (trinta) dias, ou, havendo prorrogação da prisão temporária em até 60 (sessenta) dias.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. ACADEMIA DE POLÍCIA: A prisão processual de flagrante é novidade no “pacote anticrime”. Publicado no CONJUR em 31 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/academia-policia-prisao-processual-flagrante-novidade-pacote-anticrime>>. Acesso em 23 de março de 2020.



ARQUIVO PESSOAL

**MARCEL GOMES DE OLIVEIRA** é Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa – DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso – ACADEPOL/MT.



ARQUIVO PESSOAL

**JOAQUIM LEITÃO JUNIOR** é Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente Diretor Adjunto da Academia de Polícia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Colunista do site Justiça e Polícia, palestrante, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos.

# A importância da mídia para a visibilidade da violência sexual

POR FERNANDO CASTELO BRANCO E LUCIANA TEMER

**“Só depois da grande exposição do caso na mídia é que outras vítimas (inclusive adolescentes) tiveram coragem de se expor e o Conselho Regional de Medicina se apressou em suspender a licença do médico. Daí a extrema importância da mídia, responsável e investigativa, para dar visibilidade para estes casos.”**

**D**epois do caso da menina de 10 anos estuprada e, a princípio, impedida de fazer um aborto ao qual tinha direito, agora é a vez do médico Abib Maldaun Neto tomar conta da mídia. Ele está sendo acusado de abusar sexualmente de suas pacientes. Fez isso com várias, mas o caso só veio à tona quando, em 2014, uma delas teve coragem de denunciar. A vítima, uma mulher de 31 anos, procurou o nutrólogo porque estava com dificuldade de perder peso. Ao examiná-la, sem enfermeira na sala, iniciou o exame clínico apalpando sua virilha, supostamente na procura de possíveis gânglios. Depois disse que iria ver como estava sua libido, começou a estimular o clitóris e introduziu dois dedos em sua vagina. A Associação Brasileira de Nutrologia já esclareceu que não é função do nutrólogo fazer diagnóstico e exames relacionados à vida sexual dos pacientes. O caso foi levado ao Conselho Regional de Medicina e, no transcorrer do procedimento ético-disciplinar, descobriu-se uma segunda vítima, violentada pelo mesmo médico em 2012. Aquela representação, no entanto, havia sido arquivada pois, segundo o CRM, era a primeira contra o Dr. Abib e resumia-se à palavra da vítima contra a do médico. Com o novo relato, essa primeira representação foi desarquivada e

segue também sob investigação. Além da denúncia no CRM, instaurou-se em 2014 um processo criminal, que resultou na condenação do médico por violação sexual mediante fraude.

O que este caso, o da menina de 10 anos e tantas outras violências sexuais têm em comum? O silêncio. A menina de 10 anos vinha sendo estuprada desde os 6 anos, o que não é incomum. O relatório de violências sexuais contra crianças e adolescentes do Ministério da Saúde aponta que cerca de 40% das violências são reiteradas. As vítimas do médico, inicialmente, também se calaram.

Com a repercussão do caso na mídia mais de 20 mulheres já tiveram coragem de denunciar os abusos sofridos. Precisamos entender de onde vem esse silêncio. Uma das causas é, sem sombra de dúvida, o fato da vítima ser de alguma forma culpabilizada pela violência sofrida. Vejam as perguntas que boa parte das pessoas faz ao ouvir histórias como essas: Por que ela (menina) não contou para ninguém? Por que ela (paciente) ficou passiva diante da situação e não impediu o médico? São questionamentos que tentam descobrir qual a “parcela de culpa” da vítima na violência, uma inversão total de perspectiva, própria de uma sociedade machista. Mas vamos pegar o caso concreto da menina de 10 anos e das pacientes do nutrólogo para refletir a respeito dessas questões? Muito bem, em primeiro lugar, vale a pena lembrar que boa parte dos abusos ocorre em situações nas quais a vítima estaria supostamente segura, na chamada zona de proteção. No caso da menina, dentro de casa, com pessoas de confiança. No caso da paciente, em um consultório médico, local também de suposta segurança. Em segundo lugar, muitas vítimas se calam porque sabem que serão desacreditadas. Veja que a primeira denúncia no CRM foi arquivada por ser *apenas* a palavra da vítima contra a do médico. E é assim em muitos casos. Quando não há evidências físicas, é normalmente a palavra da vítima contra a do abusador.

Crimes sexuais dessa natureza acontecem normalmente entre quatro paredes, das casas e dos consultórios. Para além disso tudo, há uma leniência da sociedade com casos considerados “leves” ou “improváveis”. Imagine que, mesmo após a condenação criminal em duas instâncias, o nutrólogo continuava atendendo normalmente! Só depois da grande exposição do caso na mídia é que outras vítimas (inclusive adolescentes) tiveram coragem de se expor e o Conselho Regional de Medicina se apressou em suspender a licença do médico. Daí a extrema importância da mídia, responsável e investigativa, para dar visibilidade para estes casos. Quem sabe quando todos falarem de violência sexual esta questão alcance o tamanho e a gravidade que realmente tem, as vítimas sejam encorajadas a denunciar e estas denúncias sejam levadas a sério. ✍



ARQUIVO PESSOAL

**FERNANDO CASTELO BRANCO** é Advogado criminal que representa as vítimas de Abib Maldaun Neto, Professor de Processo Penal da PUC-SP.



ARQUIVO PESSOAL

**LUCIANA TEMER** é Presidente do Instituto Liberta, Advogada, Professora de Direito Constitucional da PUC-SP e UNINOVE.

DISQUE  
100  
OBJETOS  
HUMANOS



ELIANE TRINDADE  
JORNALISTA

**DENUNCIE A EXPLORAÇÃO  
SEXUAL INFANTIL. DISQUE 100.  
MESMO DE MÁSCARA SUA VOZ PODE SER OUVIDA**

ACESSE:  
**LIBERTA.ORG.BR**

  INSTITUTOLIBERTA

