

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1078

(Ano XIV)

(02/04/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Cristofobia, racismo e ultraje a culto
Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.

ARTIGOS

Eutanásia: Liberdade ou Ameaça?

Murilo Callou Tavares de Sá, 22.

O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e a pandemia do Coronavírus

Luis Paulo Rocha Cardoso, 31.

Os impactos das despesas de exercícios anteriores podem causar na apreciação das contas consolidadas (governo) pelo tribunal de Contas do Estado do Tocantins

Tiago Rodrigues de Moraes, 41.

A responsabilidade civil por danos causados pelas máquinas dotadas de inteligência artificial

Erivando Joter da Silva e André Hellison Oliveira Verissimo, 65.

Realismo Jurídico e Ceticismo

Murilo Callou Tavares de Sá, 81.

Rol taxativo de eventos e procedimento em saúde na visão do STJ

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 92.

Requisitos para validação de planejamento tributário baseado em amortização de ágio e deságio

Paulo Roberto de Sousa Bigolin, 113.

Os instrumentos de combate ao trabalho escravo e de proteção ao trabalhador no Brasil

Vitoria dos Santos Cardoso, 151.

Observância aos limites constitucionais da busca e apreensão na investigação criminal: uma abordagem à luz das nulidades processuais penais

Juliana Barreto de Carvalho Amorim, 171.

A legitimidade da Fazenda Pública em ajuizar Ação de Improbidade Administrativa em face das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei nº 8.429/92

Erivando Joter da Silva, 185.

O tratamento peculiar das licitações para as micro e pequenas empresas na economia brasileira

Murilo Callou Tavares de Sá, 200.

Judicialização das políticas públicas e a gestão híbrida do Sistema Penitenciário

Gleidy Braga Ribeiro, 212.

O direito à repartição do ICMS em favor dos municípios em face de isenção concedida por Estado-membro

Erivando Joter da Silva, 229.

Estudo sobre ratificação dos protestos marítimos formados a bordo: conceito e tramitação

Murilo Callou Tavares de Sá, 251.

A adoção de crianças por casais homoafetivos

Thaires dos Santos Sousa Passos de Almeida, 254.

CRISTOFOBIA, RACISMO E ULTRAJE A CULTO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – Graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal.

Sob o pretexto de realizar um ato de protesto relativo ao homicídio de um imigrante congolês no Rio de Janeiro, 1 um grupo liderado por um Vereador do PT, portando bandeiras desse partido e do PCB, invadiu a Igreja Nossa Senhora do Rosário em Curitiba, com uso de hostilidade e intimidação aos fiéis, gritando palavras ofensivas aos católicos e à Igreja Católica, tais como as imputações de “racistas” e “fascistas”. Assim também impediram o andamento da missa que era ali realizada. 2

É extremamente nítido que a motivação do ato criminoso perpetrado pelo Vereador e seus sequazes nada tem realmente a ver com um protesto contra eventual racismo ligado ao lamentável episódio utilizado como suposto argumento. Primeiro porque segundo consta a violência contra a vítima ocorreu devido a desentendimentos acerca de dívida trabalhista, bem como agressores e agredido eram negros. Usar o *coringa erístico* do chamado “racismo estrutural” é não somente desonestidade intelectual, como também banalização do real problema do racismo. Segundo porque os fatos se deram no Rio de Janeiro e não têm a menor ligação com catolicismo, missa ou a cidade de Curitiba. Aliás, se algum protesto ligado a racismo devesse ser realizado, a Igreja Nossa Senhora do Rosário deveria ser o último local a ser escolhido, pois que se trata historicamente de um templo construído **pelos** escravos negros **para** os escravos negros, inaugurado em 1737. Ao reverso de ligar-se a qualquer espécie de discriminação ou preconceito, o local é um símbolo concreto de inclusão religiosa, pois que erigida em oposição à alegação absurda de que os negros não teriam alma e seriam como os animais. 3 Aliás, essa oposição à reificação de qualquer povo sempre foi a tradicional posição da Igreja Católica, conforme

1 ASSASSINATO de Möise Kabagambe. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato_de_Mo%C3%AFse_Kabagambe, acesso em 27.02.2022.

2 VEREADOR do PT lidera invasão de Igreja Católica durante missa. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/vereador-do-pt-lidera-invasao-de-igreja-catolica-durante-missa/>, acesso em 27.02.2022.

3 IGREJA do Rosário (Curitiba). Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja_do_Ros%C3%A1rio_\(Curitiba\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja_do_Ros%C3%A1rio_(Curitiba)), acesso em 27.02.2022.

documentos oficiais dos quais é exemplo evidente a Bula “Sublimis Deus”, datada de 02.06.1537, da lavra do Papa Paulo III, cujo teor se transcreve:

O Deus sublime amou tanto o gênero humano, que criou o homem de tal maneira, que ele não só é participante dos bens terrenos, como as outras criaturas, mas também pode atingir o inacessível e invisível Bem Supremo, e vê-lo face a face. E, tendo sido o homem criado para alcançar a vida e a felicidade eterna, como disso é testemunha a Sagrada Escritura, e não podendo ninguém alcançar esta vida e felicidade eterna a não ser pela confissão da Fé em Nosso Senhor Jesus Cristo, é necessário que o homem seja de tal condição e natureza que possa receber a Fé em Cristo, e que todo aquele que recebeu uma natureza humana seja capaz de receber a própria Fé. Nem é crível que alguém seja de tal forma destituído de entendimento que se convença de que pode alcançar um fim, mas não pode de maneira nenhuma atingir os meios extremamente indispensáveis. Por isso a própria Verdade, que nem se engana nem pode enganar, ao enviar os pregadores da Fé para o ofício da pregação, se sabe que disse: «Ide e ensinai todos os povos». Ele disse «todos», sem faltar ninguém, sendo todos capazes da aprendizagem da fé.

Vendo isto com maus olhos o inimigo do gênero humano, que sempre se opõe às boas obras, para que estas desapareçam, excogitou um meio até agora inaudito para impedir que a palavra de Deus fosse pregada aos gentios, em ordem à sua salvação, e moveu alguns dos seus sequazes que, ávidos de satisfazer a sua cobiça, se atrevem a afirmar que os Índios ocidentais e meridionais e outros povos, que nestes tempos chegaram ao nosso conhecimento, devem ser indistintamente reduzidos aos nossos interesses, como mudos animais, sob o pretexto de que são inaptos para a Fé Católica. Então reduzem-nos à escravidão, castigando-os com os mesmos maus tratos com que castigam os brutos animais que os servem.

Nós, portanto, que exercemos na terra as vezes de Nosso Senhor, embora sejamos indignos, e que procuramos com todo o empenho as ovelhas do seu rebanho a nós confiadas e que estão fora do seu redil, para as trazer para este redil, atendendo a que os referidos Índios, como verdadeiros homens, não só são capazes da Fé Cristã, mas também, como nos foi referido, acorrem muito prontamente à fé, e querendo nós ainda tomar providências a respeito disto com

remédios convenientes, com a autoridade apostólica, pela presente Carta decretamos e declaramos que os mencionados Índios e todos os outros povos que no futuro chegaram ao conhecimento dos Cristãos, embora estejam fora da Fé de Cristo, não estão privados da sua liberdade e da posse das suas coisas, nem disso devem ser privados; pelo contrário, livre e licitamente podem usar, usufruir e gozar dessa mesma liberdade e posse, e não devem ser reduzidos à escravidão. E tudo o que se fizer ao contrário disto, seja nulo e sem efeito, sem qualquer valor ou autoridade. Decretamos e declaramos ainda que os referidos Índios e outros povos devem ser chamados à Fé de Cristo pela pregação da palavra de Deus e pelo exemplo de uma boa vida. 4

Um pouco adiante, em 1550, tornou-se célebre o debate entre Bartolomeu de Las Casas, frade dominicano espanhol e o filósofo e teólogo Juan Ginés de Sepúlveda. O primeiro defendeu a humanidade de todos os povos, contraditando a tese do segundo que julgava legítima a violência e dominação de nativos de terras colonizadas. Prevaleceu o entendimento de Las Casas. 5 E mais, a argumentação de Las Casas reforçou

a mão de todos quantos, no seu tempo e nos séculos seguintes, exerceram a sua atividade com base na convicção de que todos os povos do mundo são seres humanos, estando por isso dotados de todas as potencialidades e de todas as responsabilidades inerentes aos homens. 6

Mas, se o motivo para o ato criminoso não foi uma alegada revolta legítima contra o racismo e suas terríveis consequências, por que tudo aconteceu como aconteceu?

É do escritor Stendhal [Henry Beyle] uma frase que nos pode esclarecer bastante as circunstâncias e motivações desse caso:

“Ao homem foi dada a palavra para esconder seu pensamento”. 7

4 PAULO III, Papa. “*Sublimis Deus*”. Trad. Padre Zé. Disponível em <https://www.veritatis.com.br/sublimis-deus-paulo-iii-02-06-1537/> , acesso em 27.02.2022.

5 WOODS JR. , Thomas E. *O que a civilização ocidental deve à Igreja Católica*. Trad. Maria José Figueiredo. 2ª. ed. Lisboa: Aletheia, 2010, p. 158 – 162.

6 Cf. HANKE, Lewis H. *Bartolomé de Las Casas: An Interpretation of His Life and Writings*. La Hague: Martinus Nijhoff, 1951, p. 87.

7 STENDHAL [Henry Beyle]. *O Vermelho e o Negro*. Trad. Maria Cristina F. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1995, p. 147.

As reais motivações do grupo criminoso são ocultadas pelo pretexto da morte trágica e violenta de um imigrante, o que torna toda a conduta ainda mais abjeta e reprovável. Parafraseando o ditado popular, nem mesmo de boas intenções, das quais o inferno está cheio, se podem valer os infratores.

O fato de tratar-se o líder da horda de um Vereador do PT e de terem consigo várias bandeiras do PCB é muito esclarecedor, pois que seus grandes ídolos genocidas sempre aconselharam a ocultação dos verdadeiros desígnios como um meio eficiente para chegar a seus objetivos.

Stálin é apontado como um mestre da discrição, o qual aconselhava e praticava a conduta de “jamais dizer o que você está pensando”. Efetivamente, segundo o estudioso da era de Stálin, Robert Conquest, ele era dotado de uma “obscura e excepcional discrição”, de forma que “nunca dizia o que tinha em mente, nem mesmo as metas políticas”. 8

Como lembra Fiuza, essa técnica de ocultação e desvio de atenção comumente utilizada é similar àquela “história do ladrão que sai correndo gritando ‘pega ladrão’, para que todos olhem para o lado errado”. 9

Parece que os discípulos aprenderam parcialmente as lições do mestre. Só não são perfeitos porque aqui e ali deixam escapar uma indiscrição que revela seus reais desígnios. Neste caso, por exemplo, uma passeata do PT, antecedente ao fato, gravada em vídeo e áudio e veiculada nas redes sociais (datada de 20.03.2021), demonstra qual a real finalidade dos atos criminosos praticados com a invasão da Igreja. O grito de guerra não poderia ser mais claro e eloquente:

“Igreja fascista tu tá na nossa lista” (sic). 10

Portanto, os atos criminosos foram tão somente a concretização de uma ameaça e de um objetivo político – ideológico que já havia sido exposto a quem quisesse ver e ouvir. A finalidade de toda a balbúrdia não era protestar contra o racismo, não era lamentar a morte de um homem a pancadas, mas apenas e tão somente atacar o cristianismo e mais especificamente, neste caso, a Igreja Católica e seus fiéis. A Igreja, o cristianismo imotivadamente rotulado de “fascista” *estão na lista* desses criminosos. Aliás, esse uso de rótulos pejorativos indefinidos e injustificados também faz parte da ocultação de desígnios, visando à desmoralização e desumanização de seus alvos, sem a necessidade de maiores

8 Apud, SUVOROV, Viktor. *O Grande Culpaço – O Plano de Stálin para iniciar a Segunda Guerra Mundial*. Trad. Flora Salles. Barueri: Amarilys, 2010, p. 255.

9 FIUZA, Guilherme. *Fake Brazil – A epidemia de falsas verdades*. São Paulo: Faro Editorial, 2020, p.142.

10 PASSEATA do PT ameaça Igrejas. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KUh6v-g6uUU>, acesso em 27.02.2022.

fundamentos, com sustento tão somente em gritos de guerra e expressões dotadas de carga emocional, capazes de despertar os mais obscuros sentimentos humanos e “justificar” os atos mais absurdos. Como nos revela Benson, em seu romance distópico praticamente profético, esses recursos subterrâneos que manipulam a racionalidade e a emoção humanas, são capazes de obnubilar a “consciência do indivíduo” sobrepondo a “massa coletiva” à “personalidade” como fato e como direito. 11 É dessa matéria que se compõem o ódio, a discriminação e a perseguição a bodes expiatórios, cuja inocência não tem mais qualquer relevância, já que sua execução sumária nada mais é do que a catarse insana de uma massa ignara. Resta claro, retomando as percucientes observações de Fiuzza, que a autodesignada “resistência democrática” somente “estava pronta para lutar, com todas as suas forças, pela ditadura”. 12

Por cegueira ideológica, pois “o cego de caráter só enxerga o que quer”, 13 e mesmo por desconhecimento mais amplo do assunto, há uma tendência a negar o fenômeno da “Cristofobia”, especialmente no Brasil, sob a pueril alegação de que a maioria dos brasileiros se autodeclara “cristão”. 14 Isso é uma puerilidade porque é evidente o fato de que uma maioria silenciosa tem sido há muito tempo sufocada numa *espiral do silêncio* por uma minoria arrogante e barulhenta, não somente no âmbito da liberdade religiosa, mas em vários outros aspectos da vida pública e privada. 15 Também demonstra um desconhecimento da matéria, porque trata da “Cristofobia” como um fenômeno que possui apenas um aspecto, qual seja, o da efetiva “perseguição religiosa” violenta e direta. Antequera expõe, em trabalho amplo sobre o tema, as várias formas de manifestação da Cristofobia, sendo possível vislumbrar inclusive uma gradação e uma progressão das condutas, seguindo das mais sutis e chegando, aos poucos, até as mais graves. A “perseguição religiosa” é apenas uma das facetas mais violentas do fenômeno, à qual se pode chegar por meio de lentos e sutis movimentos, os quais podem passar despercebidos na sociedade, até mesmo por ação deliberada de seus próprios promovedores. Antes da efetiva perseguição religiosa pode-se passar pela “hostilização religiosa” e pelo “assédio religioso”. 16 Essas espécies de condutas cristofóbicas não são, porém, necessariamente estanques e sequenciais, podendo ocorrer concomitantemente. No Brasil vivemos, na

11 BENSON, Robert Hugh. *O Senhor do Mundo*. Trad. Ronald Robson. Campinas: Sétimo Selo, 2021, p. 231.

12 FIUZA, Guilherme. Op. Cit., p. 115.

13 Op. Cit, p. 116.

14 TOSTES, Angélica, CORAZZA, Delana. Cristofobia, projeto de poder e as resistências da luta cristã. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2020/11/13/cristofobia-projeto-de-poder-e-as-resistencia-da-luta-crista>, acesso em 28.02.2022.

15 Para melhor compreensão desse fenômeno da “espiral do silêncio” Cf. NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, “passim”.

16 Para melhor compreensão vide: ANTEQUERA, Luis. *Cristofobia: A perseguição aos cristãos no século XXI*. Florianópolis: ID, 2020, p. 19 – 26.

maioria das vezes, uma situação de “hostilização religiosa”, o que não significa que a violência e a ameaça não possam acontecer em uma manifestação de efetiva “perseguição religiosa” (como no caso intimidador e violento em tela). Camus já alertou há tempos que a revolta em nome de uma suposta “liberdade” encontra-se no âmago de todas as revoluções. Acena-se com “liberdade” e “justiça”, mas sempre chega um ponto em que a “justiça” “exige a suspensão da liberdade”. É o momento em que o “terror” vem “coroar a revolução” com seu rastro de “assassinato e violência”. 17 Essa gradação e natural escalada da “Cristofobia” não permite que as pessoas permaneçam inertes e inermes, vivendo uma ilusão idílica, em geral criada por setores ligados à própria prática opressora, e não reagindo e reprimindo os abusos perpetrados logo em seu início deletério, de maneira a evitar seu progresso natural.

É interessante notar que um verdadeiro “negacionismo” se impõe pelos supostos bem – pensantes diante do fenômeno da “Cristofobia”. É impossível que não haja a percepção de que o cristianismo, desde suas origens mais remotas, tem sido submetido a uma feroz perseguição. A figura do Cristo em seu humilhante julgamento e execução já é um fato inegável que marca toda a cristandade posterior e todo cristão. Afora o fato de que a religião teve de iniciar-se clandestinamente e sua história está repleta de mártires crucificados, queimados, empalados, jogados aos leões etc. Esse é um fato histórico que não pode simplesmente ser apagado ou ocultado por capricho. Nem pode ser circunscrito em sua atualidade a determinados locais por esta ou aquela razão, já que se sabe que a intolerância e a irracionalidade são germes que se propagam de forma insidiosa. A humilhação dos cristãos em seus diversos graus e formas se repete de forma recorrente ao longo do tempo, inobstante seja mesmo incompreensível a motivação para “humilhar quem já foi humilhado ao extremo”. 18

Apenas mais um dentre tantos exemplos históricos de humilhação cristã, encontra-se no seio dos regimes totalitários do século XX (Nazismo, Comunismo, Fascismo), alguns dos quais ainda se mantêm até hoje. Mas, para dar um exemplo de crueldade extremada seria bom lembrar o tratamento conferido a crentes cristãos na Romênia durante o chamado “Experimento Pitesti”, quando presos políticos eram torturados até se renderem, renegando sua fé e sendo obrigados a, eles mesmos, torturarem outros presos na mesma condição. Trata-se de uma das mais bárbaras aplicações da tortura como “método de reeducação” e “adestramento”. Veja-se uma descrição feita por Ierunca:

La imaginación delirante de Turcanu se desataba especialmente cuando habia de vérselas con estudiantes que creiam en Dios y se

17 CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 131.

18 ANTEQUERA, Luis. Op. Cit., p. 33. Para conhecer ainda mais profundamente a perseguição que chega ao genocídio de cristãos ao redor do mundo na atualidade: MARSHALL, Paul, GILBERT, Lela, SHEA, Nina. *Perseguidos – O ataque global aos cristãos*. Trad. Emerson Justino. São Paulo: Mundo Cristão, 2014, “passim”.

obstinaban en no renegar. A algunos los 'bautizaban' todas las mañanas metiéndoles la cabeza en el cubo lleno de orina y excrementos mientras los otros entonaban a su alrededor la fórmula del bautismo. Eso duraba hata que el agua habia burbujas. Cuando el preso recalcitrante estaba a punto de ahogarse, lo sacaban, le daban un breve respiro y luego volvían a sumergile la cabeza. Uno de esos 'bautizados' a los que se les aplicó sistemáticamente la tortura llegó a un automatismo que le duró dos meses: todas las mañanas, para regocijo de los reeducadores, iba a meter él solo la cabeza en el cubo. 19

Além do mais, o fenômeno antirreligioso é global, compõe uma agenda clara de organismos internacionais, e pretender isolar artificialmente, mediante o uso de um véu ideológico, um país ou região, significa simplesmente tornar seus habitantes vulneráveis à hostilização, assédio e perseguição, mediante uma indevida alienação. Como bem expõem Roccella e Scaraffia:

As religiões são, na realidade, as formas culturais e institucionais mais demonizadas pelos organismos internacionais, porque são consideradas inimigas – enquanto concorrentes – do pensamento único dos direitos e, enquanto portadoras de críticas às formas extremas de individualismo às quais chegaram as atuais formulações dos direitos. 20

É nesse quadro de hostilização e até mesmo de um início de perseguição, mediante violência e grave ameaça, que se devem analisar as condutas daqueles que invadiram a Igreja Nossa Senhora do Rosário em Curitiba. A questão racial e a tragédia da morte violenta ocorrida no Rio de Janeiro, não passam de pretextos, mero disfarce para os reais objetivos desta e de futuras ações criminosas.

Neste ponto já é possível ingressar no estudo jurídico específico dos crimes cometidos pelos invasores.

O primeiro e mais evidente crime configurado é aquele previsto no artigo 208, CP, cujo "nomen juris" é "Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo", tratando-se claramente de um "Crime contra o sentimento religioso". Invadindo a Igreja mediante uso de força e intimidação por ameaças, além de ofensas verbais diretas, não

19 IERUNCA, Virgil. *El Experimento Pitesti – o sobre el poder omnímado*. Trad. Joaquín Garrigós. Madrid: Humanitas, 2019, p. 36.

20 ROCCELLA, Eugenia, SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o Cristianismo: A ONU e a União Europeia como nova ideologia*. Trad. Ruy Albino de Assunção. Campinas: Ecclesiae, 2014, p. 9.

resta dúvida de que escarneceram publicamente dos fiéis e do sacerdote que ali exercia suas funções. A doutrina chama a atenção para a exigência de “uma finalidade especial” do agente, qual seja, o dolo específico voltado para o menoscabo da “crença ou função religiosa da vítima”, o que certamente está presente no caso concreto, 21 até pela escolha do local para a prática da simulação de protesto racial. Impediram o seguimento da cerimônia religiosa (missa) que ali se realizava. E não importa se a missa estava em seu início, no seu final ou mesmo se não era realizada missa. Se havia (e havia) fiéis em culto, oração, contemplação, estes foram impedidos e tolhidos covardemente de sua liberdade religiosa e de culto. Ensina Greco que a palavra “cerimônia” contida no tipo penal, se refere a um ato revestido de “solenidade”. Já a expressão “culto religioso”, igualmente prevista, serve para identificar “o regular ato de adoração, sem a presença de solenidades, exigidas para determinadas ocasiões especiais”. 22 A colagem de cartazes pela Igreja toda sem autorização de quem de direito vilipendia publicamente ato e objetos de culto religioso. Isso porque o verbo “vilipendiar” deve ser interpretado “no sentido de menoscabar, desprezar, enfim, tratar como vil, publicamente, ato ou objeto de culto religioso”. 23 Frise-se que o emprego de força para a entrada no local deve ser devidamente apurado porque causa de aumento de pena de um terço, além da responsabilização penal pela violência à pessoa ou a coisas (eventuais lesões corporais – artigo 129, CP ou danos – artigo 163, CP) em sistema de cúmulo material. 24 Em não havendo lesões corporais ou danos (crimes), mas apenas vias de fato (contravenção penal do artigo 21, LCP), serão estas últimas absorvidas como infração penal – meio para a prática do crime previsto no artigo 208, CP, embora sejam suficientes para configurar a exasperação penal pelo emprego de “violência”. Essa é a lição, por exemplo, de Magalhães Noronha, ao afirmar que o cúmulo material somente se configura “se a violência constitui *crime* (lesão corporal, dano etc.)” (grifo no original). 25 No mesmo diapasão se manifesta Bitencourt, para quem a violência real majora a pena em um terço, mas se a violência “constituir crime em si mesma, haverá soma de penas”. 26

21 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12^a. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 771.

22 Op. Cit., p. 771.

23 Op. Cit., p. 771.

24 JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 3. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103. Há autores que discutem a questão terminológica, prevalecendo que o uso da expressão “cúmulo material de penas” deve ser preferido à alegação de que ocorre “concurso material de crimes” no que diz respeito ao disposto no Parágrafo Único do artigo 208, CP. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 463 – 464.

25 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 3. 19^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 81. No mesmo sentido: JESUS, Damásio. Op. Cit., p. 103.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., p. 467.

Vale transcrever a lição dos autores Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fabio M. de Almeida Delmanto a respeito da importância do bem jurídico relativo ao “sentimento religioso” e à “liberdade religiosa”:

Tamanha é a importância da espiritualidade em nossas vidas que, no preâmbulo da Constituição da República, ao lado do reconhecimento de que o Estado brasileiro baseia-se nos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, está consignado que o legislador constituinte promulgou a Magna Carta sob a proteção de Deus. De forma coerente com o reconhecimento de que nosso Estado é laico, sendo vedado “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (art. 19, I), a Carta Política garante, por meio de cláusula pétrea insculpida no seu art. 5º., VII, o pluralismo religioso, ao dispor que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Segundo o Papa João Paulo II, na lembrança de Giorgio Feliciani, a liberdade religiosa identifica-se com “um dos pilares que sustentam o edifício dos direitos humanos”, ou, mais precisamente com sua “pedra angular”, sendo que a liberdade de crença deve se impor não somente pelos Estados, mas por todas as pessoas das diversas religiões, as quais devem respeito e colaboração recíprocos, reconhecendo, ao fervorosamente defenderem suas crenças, “o direito inalienável e o solene dever” de cada indivíduo “de seguir a própria reta consciência na busca da verdade e na adesão a essa”. 27

Contudo, as práticas criminosas dos autointitulados “manifestantes” (sic) não param por aí. Fato é que, ao utilizarem o subterfúgio de um suposto protesto racial, *instrumentalizaram arditamente o tema do racismo exatamente para praticarem o crime de racismo contra os católicos e cristãos em geral.*

Com a repetição das imprecisões já ocorridas em outras manifestações políticas, conforme demonstrado neste texto, rotulando os cristãos e mais especificamente os

27 DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 684. Para acesso ao original citado por Feliciani e pelos autores em destaque: PAOLO II, Giovanni. *Le Vie della Giustizia*. Roma: Bardi Editore e Libreria Editrice Vaticana, 2004, p. 494.

católicos como “fascistas” e “racistas”, considerando as consequências desse tipo de rotulação discriminatória, não resta dúvida de que praticaram e incitaram a discriminação ou preconceito de religião, exatamente nos termos do previsto no artigo 20 da Lei de Racismo (Lei 7.716/89), violando ainda preceito constitucional garantista insculpido no artigo 5º., XLII, CF, razão pela qual a pena aplicável ao caso é imprescritível e o delito é inafiançável.

Poderia ser cogitada infração ao artigo 140, § 3º., CP (Injúria – Preconceito), pois ali também a lei se refere a ofensas que envolvam elementos referentes à religião. Essa tipificação, segundo entendimento firmado pelo STJ e pelo STF, 28 não retiraria do caso a classificação como crime de racismo imprescritível e inafiançável, nos termos do artigo 5º., XLII, CF. Não obstante, entende-se que tal crime seria, “in casu”, absorvido pelo crime de racismo (artigo 20 da Lei 7.716/89), isso porque não se trata de simples ofensas à honra de caráter individual e determinado. As ofensas proferidas não atingiram somente os católicos ali presentes, nem somente os católicos enquanto categoria religiosa, mas tinham a intenção de se dirigir a todos os cristãos, ensejando exatamente a discriminação ou preconceito generalizado que se pretende coibir com o disposto na Lei 7.716/89 e no artigo 5º., XLII, CF. Ademais, como já visto, o ato não é isolado, mas componente de uma atuação de natureza política que tem por finalidade o ataque e a destruição moral, senão material, do cristianismo e dos cristãos. “Xingamentos ou adjetivações com expressões discriminatórias ou preconceituosas”, configuram a Injúria Racial. 29 A individualização ou determinação da pessoa ofendida afasta o racismo, mas a expressão de “aversão”, “ojeriza” ou “preconceito” em relação a um “grupo ou coletividade”, ao reverso, configura perfeitamente o crime de racismo, tal como ocorre no caso em estudo. 30

Estefam chama a atenção para a distinção entre a Injúria Racial e o crime de racismo. O autor ensina que na injúria há o “assaque de expressões ofensivas” que atingem a autoestima subjetiva da vítima. Já no racismo se nega o exercício de algum direito da

28 RODAS, Sérgio. STF equipara Injúria Racial a Crime de Racismo, considerando-a imprescritível. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel>, acesso em 28.02.2022. FONTENELE, Vivian. Injúria Racial e sua imprescritibilidade: posicionamento recente do STF e do STJ. Disponível em <https://masterjuris.com.br/injuria-racial-e-sua-imprescritibilidade-posicionamento-recente-do-stf-e-do-stj/>, acesso em 28.02.2022. Embora discordando pessoalmente dessas decisões do STJ e do STF, devido a uma escancarada violação do devido processo legislativo e à criação jurisprudencial de crimes em frontal aviltamento do Princípio da Legalidade, este é o quadro atual a respeito do tema, considerando que as decisões dos tribunais máximos brasileiros não são passíveis de revisão na prática, especialmente do STF. Nossos fundamentos contrários ao “status quo” do tema podem ser vistos na seguinte publicação: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Para o STJ Injúria é Crime de Racismo. Será? Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/383442042/para-o-stj-injuria-e-crime-de-racismo-sera>, acesso em 28.02.2022.

29 SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. *Crimes de Racismo*. Leme: Mizuno, 2012, p. 95.

30 Op. Cit., p. 96.

vítima ou se incita o preconceito por motivo de raça, cor, **religião**, etnia ou procedência nacional (grifo nosso). 31

Na mesma senda manifesta-se Nucci, na esteira da jurisprudência pátria:

Se o agente pretender ofender um indivíduo, valendo-se de caracteres raciais, aplica-se o art. 140, § 3º, do Código Penal. No entanto, se o seu real intento for *discriminar* uma pessoa, embora ofendendo-a, para que, de algum modo, fique segregada, o tipo penal aplicável é o do art. 20. Confira-se: “Configura crime de racismo a oposição indistinta à raça ou cor, perpetrada através de palavras, gestos, expressões, dirigidas ao indivíduo, em alusão ofensiva a uma determinada coletividade, agrupamento ou raça que se queira diferenciar. Comete o crime de racismo, quem emprega palavra pejorativas, contra determinada pessoa, com clara pretensão de menosprezar ou diferenciar determinada coletividade, agrupamento ou raça” (TJSC, Ap. 2004.031024-0, 1ª. C. , rel. Amaral e Silva, 15.02.2005, v.u.) Igualmente: TJRS, Ap. 70011779816, 7ª. C. , rel. Sylvio Baptista, 04.08.2005, v.u. 32

Observe-se também que a imputação do artigo 208, CP não impede a persecução penal referente ao artigo 20 da Lei 7.716/89. Bens jurídicos diversos estão em jogo (sentimento religioso e liberdade religiosa num caso; preconceito racial e/ou religioso no outro). Conforme bem destacam Amaury Silva e Artur Carlos Silva, em obra especializada, o legislador cria uma série de proteções ao livre exercício da religião, as quais não são excludentes e quando há preconceito “direcionado contra a opção religiosa”, é de se aplicar a Lei 7.716/89. 33 Afinal, o ultraje ao culto poderia ter sido perpetrado sem necessariamente haver condutas de evidente discriminação religiosa generalizada, as quais não são meio necessário para tal prática criminosa.

De acordo com o exposto, portanto, os invasores da Igreja Nossa Senhora do Rosário em Curitiba podem ser responsabilizados, procedida a devida apuração e processo legal, por crimes de Ultraje a Culto (artigo 208, CP), em cúmulo material (inteligência do artigo 208, Parágrafo Único, CP) com eventuais lesões corporais (artigo 129, CP) e/ou crime de dano (artigo 163, CP), tudo isso em concurso formal impróprio por diversidade de

31 ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

32 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006, p. 240 – 241.

33 SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. Op. Cit., p. 39 – 41.

desígnios (artigo 70, "in fine", CP), com conseqüente cúmulo material de penas, com o crime de racismo previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89.

É evidente que os atos ilícitos praticados pelo Vereador do PT e sua turba não são geradores somente de responsabilidade criminal.

Há também a responsabilidade civil por danos materiais e/ou morais devidamente apurados em regular Processo Civil, seja em relação aos fiéis que foram ofendidos e coartados em suas liberdades, seja pela Arquidiocese como representante local da Igreja Católica. Por isso respondem solidariamente todos os participantes do ato ilícito, nos termos dos artigos 186, 187, 264 e 275 c/c 927 do Código Civil.

Acaso algum ou alguns dos ofensores for funcionário público também deverá responder por seus atos na esfera administrativa, mediante o devido Processo Administrativo Disciplinar, podendo chegar a receber a penalidade de demissão ou demissão a bem do serviço público. Considerando que, segundo consta, as pessoas envolvidas são de Curitiba-PR, a responsabilização, conforme a lotação do funcionário, deve dar-se com sustento no "Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Paraná" (artigos 214, VI e VII, 220, II e 221, I) ou no "Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Curitiba" (artigos 214, VI, 219, II e IV e 220, primeira parte). Em havendo funcionários de outras localidades serão aplicáveis também penalidades administrativas com base nos respectivos diplomas disciplinares, inclusive no que tange a funcionários federais, o "Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União" (artigo 201, V, 207, III e 209, primeira parte).

Por seu turno, o Vereador envolvido deve responder a procedimento político – administrativo para cassação de seu mandato por evidente infração ao necessário "decoro parlamentar". A apuração e penalização deve dar-se de acordo com o "Regimento Interno da Câmara Municipal de Curitiba" (Resolução 8/12), com fulcro no disposto no artigo 14, que remete ao respectivo "Código de Ética e Decoro Parlamentar", parte integrante do "Regimento Interno" como anexo, nos termos da redação dada pela Resolução 2/17 (vide artigos 3º., II, V, XIV e XV; artigo 6º., IV; artigo 10, I e IV todos do "Código de Ética e Decoro Parlamentar"). Caberá à Mesa da Câmara Municipal de Curitiba dar o devido andamento ao caso, fazendo valer as normas legais aplicáveis. A omissão ou leniência da edilidade diante desse quadro é inadmissível, configurando conivência com os atos criminosos perpetrados pelo Vereador e ofensa grave ao povo curitibano e, em última análise, à população brasileira, especialmente a cristã.

Por derradeiro vale destacar que as responsabilidades criminal, civil, administrativa e político – administrativa são independentes e cumulativas, não constituindo "bis in idem" com relação aos infratores.

REFERÊNCIAS

ANTEQUERA, Luis. *Cristofobia: A perseguição aos cristãos no século XXI*. Florianópolis: ID, 2020.

ASSASSINATO de Möise Kabagambe. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato de Mo%C3%AFse Kabagambe](https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato_de_Mo%C3%AFse_Kabagambe) , acesso em 27.02.2022.

BENSON, Robert Hugh. *O Senhor do Mundo*. Trad. Ronald Robson. Campinas: Sétimo Selo, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6^a. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, Guilherme. *Fake Brazil – A epidemia de falsas verdades*. São Paulo: Faro Editorial, 2020.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12^a. ed. Niterói: Impetus, 2018.

HANKE, Lewis H. *Bartolomé de Las Casas: An Interpretation of His Life and Writings*. La Hague: Martinus Nijhoff, 1951.

IERUNCA, Virgil. *El Experimento Pitesti – o sobre el poder omnímado*. Trad. Joaquín Garrigós. Madrid: Humanitas, 2019.

IGREJA do Rosário (Curitiba). Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja do Ros%C3%A1rio \(Curitiba\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja_do_Ros%C3%A1rio_(Curitiba)) , acesso em 27.02.2022.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 3. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARSHALL, Paul, GILBERT, Lela, SHEA, Nina. *Perseguidos – O ataque global aos cristãos*. Trad. Emerson Justino. São Paulo: Mundo Cristão, 2014.

NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 3. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006.

PAOLO II, Giovanni. *Le Vie dela Giustizia*. Roma: Bardi Editore e Libreria Editrice Vaticana, 2004.

PASSEATA do PT ameaça Igrejas. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KUh6v-g6uUU> , acesso em 27.02.2022.

PAULO III, Papa. *“Sublimis Deus”*. Trad. Padre Zé. Disponível em <https://www.veritatis.com.br/sublimis-deus-paulo-iii-02-06-1537/> , acesso em 27.02.2022.

ROCCELLA, Eugenia, SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o Cristianismo: A ONU e a União Europeia como nova ideologia*. Trad. Ruy Albino de Assunção. Campinas: Ecclesiae, 2014.

RODAS, Sérgio. STF equipara Injúria Racial a Crime de Racismo, considerando-a imprescritível. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel> , acesso em 28.02.2022.

FONTENELE, Vivian. Injúria Racial e sua imprescritibilidade: posicionamento recente do STF e do STJ. Disponível em <https://masterjuris.com.br/injuria-racial-e-sua-imprescritibilidade-posicionamento-recente-do-stf-e-do-stj/> , acesso em 28.02.2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Para o STJ Injúria é Crime de Racismo. Será? Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/383442042/para-o-stj-injuria-e-crime-de-racismo-sera> , acesso em 28.02.2022.

SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. *Crimes de Racismo*. Leme: Mizuno, 2012.

STENDHAL [Henry Beyle]. *O Vermelho e o Negro*. Trad. Maria Cristina F. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1995.

SUVOROV, Viktor. *O Grande Culpado – O Plano de Stálin para iniciar a Segunda Guerra Mundial*. Trad. Flora Salles. Barueri: Amarilys, 2010.

TOSTES, Angélica, CORAZZA, Delana. Cristofobia, projeto de poder e as resistências da luta cristã. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2020/11/13/cristofobia-projeto-de-poder-e-as-resistencias-da-luta-crista> , acesso em 28.02.2022.

VEREADOR do PT lidera invasão de Igreja Católica durante missa. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/vereador-do-pt-lidera-invasao-de-igreja-catolica-durante-missa/> , acesso em 27.02.2022.

WOODS JR. , Thomas E. *O que a civilização ocidental deve à Igreja Católica*. Trad. Maria José Figueiredo. 2ª. ed. Lisboa: Aletheia, 2010.

EUTANÁSIA: LIBERDADE OU AMEAÇA?

MURILO CALLOU TAVARES DE SA: Analista Judiciário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Maurício de Nassau e em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale.

RESUMO: O presente artigo traz uma análise sobre os questionamentos jurídicos acerca da prática da eutanásia, abordando questões como o direito à liberdade, à vida, e até mesmo o direito à uma morte sem sofrimentos. Esses direitos entram em conflito sobretudo quando não se tem no ordenamento jurídico uma legislação sobre o tema e se trata de direitos com argumentos bastantes nobres, seja de qual lado você esteja. É neste cenário que se tenta trazer argumentos e fazer com que toda a sociedade possa refletir sobre o assunto, sendo um tema que não se tem uma resposta correta e definitiva a ser seguida.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia; Direitos fundamentais; Direito à vida; Estado democrático de direito; Dignidade da Pessoa Humana; Livre Arbítrio.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A prática da eutanásia pelo mundo; 3. Direito à Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana; 4. Ameaça ao direito à vida; 5. Eutanásia na legislação brasileira; 6. Considerações Finais; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

De acordo com a própria Carta Magna, o direito à vida é inviolável, e nenhuma pessoa poderá ser privado dela de modo arbitrário, sob pena de responsabilização criminal e civil. De um lado, há quem defenda o direito à vida sob quaisquer circunstâncias, de outro, existe uma parcela da sociedade favorável a uma morte digna, sem sofrimentos.

Embora se saiba de que a vida é um dos bens mais preciosos, em situações específicas o seu valor passa por um processo de relativização, se questionando sobre sua qualidade, a exemplo de um ser humano que convive com uma doença sem cura. É difícil para muitas pessoas aceitarem o fato de deixar de ter uma vida ativa para, de um momento para outro, se ver acometida de uma doença incurável, tendo que passar constantemente por tratamentos médicos dolorosos e não desejados.

Para diversas pessoas, a vida se esvazia completamente e a eutanásia começa a ser vista como uma alternativa para colocar fim a todo esse sofrimento. Isso se dá pelo fato de que a vida não é um fim em si mesma, devendo ser observada diante todo o contexto em que está inserida, levando em consideração a dignidade da pessoa humana, a

qualidade de vida, a autonomia, etc. Nessas situações, cabe a cada um de nós nos questionarmos: temos o direito de morrer? Qual o ponto de equilíbrio para manter a vida de uma pessoa que se encontra em estado vegetativo? Seria justo impor a um indivíduo se submeter a procedimentos e suportar as dores da doença mesmo contra a sua vontade apenas para mantê-la “viva”? Isso não seria retirar o seu direito de liberdade?

Outro ponto que gera divergências é se caberia ao Estado manter uma postura imparcial, deixando a escolha ao livre arbítrio da pessoa, a fim de que se evite o abuso quanto ao exercício desses direitos, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito. Nessa seara, começa-se a indagar o que deve ter maior relevância: o direito à liberdade de optar por uma morte digna ou a obrigatoriedade imposta de permanecer vivo? É através desse difícil debate que o presente trabalho busca uma análise e reflexão acerca desses direitos.

2. A prática da eutanásia pelo mundo

A palavra *eutanásia* possui origem grega: *eu* (bom) e *thanatos* (morte), e se traduz na boa morte, morte calma, morte sem dor e tranquila, tendo utilização desde a antiguidade:

Quem nos traz o melhor indicativo da história da eutanásia é, sem dúvida, Flamínio Favero. Relata o autor que na Índia antiga os doentes incuráveis eram atirados ao rio Ganges, "depois de receberem na boca e no nariz um pouco de lama sagrada"; também, em Esparta, os monstros, os deformados, os cacoplásticos de toda a sorte eram arremessados do alto do monte Tajeto. [1]

O histórico dessa prática demonstra que os valores sociais, culturais e religiosos são os fatores determinantes para que uma sociedade seja contrária ou a favor dessa conduta.

A Igreja não poderia deixar de se fazer presente, ao longo da história, defendendo posição contrária à eutanásia, pois antecipar o momento da morte seria burlar as leis de Deus, a lei natural da vida. Até mesmo para a maioria das religiões, além do cristianismo, a eutanásia seria uma maneira de uma pessoa “roubar” o direito à vida do outro, se caracterizando como uma forma de homicídio.

Ela encontra-se inserida em diversas legislações atuais e éticas médicas mundiais, consistindo na prática da morte, com o intuito de amenizar o sofrimento do paciente e de seus entes queridos, pois o momento da morte se mostra certo, seu quadro clínico incurável do ponto de vista médico.

Nos anos 90 esteve vigente na Austrália, por poucos meses, uma lei que permitia a eutanásia. Os requisitos para a sua execução eram diversos, por exemplo: vontade do próprio paciente, idade mínima de 18 anos, doença sem cura, inexistência de qualquer método que possa curar o enfermo, exatidão do diagnóstico, ausência de quadro

depressivo, informação do paciente acerca dos tratamentos disponíveis, capacidade de decisão etc.

As variadas legislações do exterior se voltam constantemente para o assunto da eutanásia em seus respectivos códigos. Dessa forma, tem-se que essa conduta é tipificada como homicídio privilegiado pela maior parte dos povos latinos (Colômbia, Cuba, Bolívia, Costa Rica, Uruguai), ou até mesmo vista como conduta atípica em outros, a não ser que se dê por razão egoística, a exemplo do Peru. Embora muitos ainda permaneçam com uma postura bastante conservadora, entre eles, citamos a Argentina e o Brasil, os quais não afastam o delito de figurar entre os tipos de homicídio, em suas variadas formas. [2]

No hodierno Código do Uruguai, ficou estabelecido o perdão judicial nos seguintes termos no seu artigo 37: "Os juízes têm a faculdade de exonerar do castigo ao indivíduo de antecedentes honestos, autor de um homicídio efetuado por móvel de piedade, mediante súplicas reiteradas da vítima". [3]

De modo oposto, as legislações europeias são bem mais generosas, algumas vezes isentando de qualquer pena (Rússia, Código Criminal de 1922), outras estabelecendo penas atenuadas, como na Inglaterra, Holanda, Suíça, Áustria, Noruega, República Checa e Itália, ainda que outros não a aceitem de maneira formal, como a Grécia, França, Espanha e Bélgica. [4]

No ano de 2001, a Holanda consagrou-se como o país pioneiro em todo o mundo em legalizar a eutanásia. Inúmeras pessoas foram contra, houve protestos, mas ainda assim as pesquisas apontavam que, em média, 90% dos cidadãos holandeses eram favoráveis à prática. Em momento anterior a esse avanço legislativo, a eutanásia era tolerada sob condições especiais desde 1997. [5]

No direito brasileiro, o Código Penal não dispõe sobre o crime da eutanásia. O ato do médico que priva seu paciente da vida por compaixão, comete o crime de homicídio simples tipificado no art. 121, sujeito a pena de 6 a 20 anos de reclusão, confrontando ainda o princípio da inviolabilidade do direito à vida estabelecido pela Constituição Federal.

Por volta de 1996, chegou a ser proposto um projeto de lei no Senado Federal que previa a possibilidade de ser realizada a eutanásia no Brasil. Esse projeto, como se sabe, não teve êxito, sendo uma questão ainda muito nebulosa no nosso país. [6]

3. Direito à liberdade e dignidade da pessoa humana

Ao tratar sobre o presente tema, em algum momento esbarramos nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana. O fundamento deste princípio estabelece uma ligação com a possibilidade de a pessoa trilhar seu próprio caminho e desenvolver sua personalidade de acordo a sua vontade, desde que sejam respeitados os direitos de

terceiras pessoas. Essa autonomia também deve ser estendida aos momentos finais da vida do ser humano.

Com o avanço da tecnologia, aumentou-se significativamente os equipamentos disponíveis para a sociedade médica, o que assegurou inúmeros benefícios para a saúde das pessoas, além de que todo esse aparato tecnológico pode acabar influenciando na dignidade da pessoa, pois esses avanços englobam, sobretudo, um maior controle sobre o processo natural da morte, com seu consequente prolongamento.

Os indivíduos que optam pela eutanásia têm a intenção de pôr fim a um longo período de sofrimento, nas situações em que não existe mais qualquer chance de cura, e já que não possuem uma vida digna, desejam ao menos que a morte tenha essa dignidade e seja menos dolorosa.

Outro viés bastante abordado é o das vagas disponíveis nos hospitais. Muitas vezes a capacidade máxima encontra-se atingida com pacientes com morte já esperada, sem mais possibilidade de cura, e com intenso sofrimento causado pela doença. Nesse caso, feita a eutanásia, além de diminuir o a dor do enfermo, liberaria vagas nos hospitais, as quais poderiam ser utilizadas para a manutenção ou para salvar vidas com chances concretas de cura.

Acatar o pedido da eutanásia de pessoas em grave enfermidade e com sofrimento intenso, para muitos, corresponde a respeitar a autodeterminação da pessoa, sua dignidade e garantir a o tão esperado alívio.

Sob um olhar jurídico, o direito à liberdade é tido como um direito fundamental de primeira geração, estando presente na Constituição Federal de 1988 no título "Dos direitos e garantias fundamentais". Através deste mesmo diploma legal, o direito à vida também possui amplo resguardo, sobretudo pelo aparato jurídico brasileiro.

De acordo com ordenamento vigente, a vida não poderá ser cessada de maneira antecipada. Feito de outro modo, configuraria a ilicitude do ato, além de confronto direto à Constituição. Nenhuma pessoa poderá ser privada da vida devido a mero alvedrio de outrem, pois o direito à vida envolve tanto o direito de permanecer vivo como também o de ter condições mínimas de sobrevivência, além do direito a ter um tratamento, por parte do Poder Público, que se coadune com tal preceito. [7]

Sob essa perspectiva, não se aceita o uso da eutanásia, tendo em vista que essa prática coloca fim à vida humana, rompendo com seu percurso natural. Por um longo período a eutanásia foi vista como um crime, mesmo que cometido sob a justificativa da compaixão, objetivando-se amenizar as dores e o sofrimento daquele que se encontrava

desamparado pelo fato de não existirem possibilidades científicas de recuperação ou reversão do quadro da doença.

Além disso, para o Direito, a vida é o mais importante direito fundamental sendo esta inviolável e irrenunciável.

4. Ameaça ao direito à vida

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...). [8]

O direito à vida é contemplado na Constituição Federal, no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo consagrado como o mais fundamental dos direitos, uma vez que, é dele que derivam todos os demais direitos. É regido pelos princípios Constitucionais da inviolabilidade e irrenunciabilidade, ou seja, o direito à vida, não pode ser desrespeitado, sob pena de responsabilização criminal, nem tampouco pode o indivíduo renunciar esse direito e almejar sua morte.

De acordo com Moraes: *“O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como o direito de liberdade que inclua o direito à própria morte.” [9]*

Constitucionalmente o homem tem direito à vida e não sobre a vida. Cabe ao Estado assegurar o direito à vida, e este não consiste apenas em manter-se vivo, mas sim em ter vida digna quanto à subsistência. Ainda com base no doutrinador Moraes:

O Estado deverá garantir esse direito a um nível adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. [10]

Se o Estado garante o direito à vida, pode-se interpretar que, conseqüentemente, veda a morte provocada, a exemplo da eutanásia. No entanto, para os defensores dessa medida, ela não deveria ser vista como uma ameaça ao direito de viver, pois apenas chegará a ser aplicada nos pacientes que estejam com a morte iminente e esta seja inevitável, como quando como alguém esteja vivo só por causa dos aparelhos, vivendo de modo vegetativo. Ou seja, percebe-se que não é aplicada de modo indiscriminado, além de levar em conta sempre a opinião do paciente.

Assim, de que maneira estaria o direito à vida ameaçado se o indivíduo não goza do direito à vida de forma plena, não se podendo sequer afirmar que ele possua uma vida

digna, visto estar privado de sua liberdade e de desempenhar diversos direitos. Nesses casos a pessoa não consegue ter uma qualidade de vida adequada, não desfrutando da cultura, do lazer, nem mesmo as suas próprias funções vitais podem ser consideradas autônomas.

Pensando de modo oposto ao que prega a legislação brasileira, Dimoulis e Martins acreditam que em razão do aspecto subjetivo dos direitos fundamentais, aquele que induz, instiga ou auxilia o suicídio de outrem não deveria ser punido, observe-se:

Levar a sério o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais significa considerar que o indivíduo tem sim o direito (“negativo”) de deixar de viver se assim o decidir. Isso significa, juridicamente, que o suicídio (e sua tentativa) não pode ser punido ou de qualquer forma sancionado. Em decorrência disso, em princípio, nem as pessoas que ajudam alguém a suicidar-se, oferecendo, por exemplo, substâncias que permitam pôr fim à vida, deveriam ser penalizadas, já que sua atuação nada mais é do que participação no exercício de um direito fundamental. [11]

De acordo com o conceito constitucional de vida, um ser humano que se apresenta nessa situação não possui mais vida, a “vida” já foi tirada dele mesmo de que modo involuntário.

5. Eutanásia na legislação brasileira

Na legislação do nosso país é conferido o direito à vida, direito esse consagrado em todo o ordenamento jurídico, pois é o mais relevante alicerce de qualquer prerrogativa jurídica da pessoa, motivo pelo qual o Estado preserva a vida do ser humano, desde concepção até o momento da morte.

Ao se analisar o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, pode-se perceber que a maior particularidade do direito à vida passa a ser vista como um verdadeiro dom de Deus e precisa que ser preservada de qualquer maneira. O próprio Poder Público, entretanto, em certas ocasiões, acaba permitindo que o cidadão, de modo legítimo, pratique atos que retiraram a vida de seu semelhante, a exemplo do estado de necessidade, legítima defesa e aborto legal. Apesar de serem exceções, abre espaço para maiores alargamentos.

Não se deve analisar o direito à vida de forma isolada, pois dentro da nossa Carta Magna nos deparamos com muitos princípios norteadores, como o da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III; a proibição de tratamento desumano ou

degradante, conferido pelo art. 5º, inciso III; a privação de direito por motivo de crença religiosa, encontrado no art. 5º, inciso VIII, dentre outros.

A Constituição assegura a indisponibilidade da vida humana, mas até onde é possível considerar uma vida digna, quando se trata de alguém em estado vegetativo, ou em coma irreversível? Ou até onde é certo deixar pessoas com chances reais de cura na espera que muitas vezes acontece nos corredores superlotados de um hospital, enquanto alguém ocupa sua vaga sem qualquer chance de retorno, sem vida, apenas por apego da família ou por uma legislação que não o deixa o arbítrio de escolher seu destino.

A maior pergunta que incomoda a maioria das pessoas, é: será que não estamos deixando de lado o nosso livre arbítrio por motivos religiosos e abraçando a ideia de que só a Deus cabe o direito de escolher nossa hora de morrer, uma vez que Ele é o grande criador da vida? Até onde a religião influencia na ciência? E que poder ela tem no campo do direito?

Sem regulamentação, responder por homicídio é o destino de quem pratica a eutanásia. Considerando esse contexto do delito, vale destacar que o consentimento do ofendido não afasta a ilicitude da conduta do médico, além de não a desqualificar como o tipo penal de homicídio, pois essa manifestação não é prevista em lei como causa de exclusão da tipicidade da conduta. Essa prática será considerada culpável sempre que o médico pudesse ter agido de maneira diversa, evitando a conduta ilícita.

No entanto, mesmo punível, a nobre razão de valor moral ou social que levou o médico a realizar a eutanásia pode ser levado em consideração como causa especial de redução de pena do crime de homicídio. A definição do que se trata como motivo de elevado valor moral ou social está disposta na Exposição de Motivos do Código Penal, o qual entende que essa razão é aquela que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (aqui se encaixa o caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria etc.

Diante todos os argumentos, cabe ainda mencionar que o Código Penal não pode ser interpretado de forma isolada, mas deve levar em consideração o contexto constitucional, motivo pelo qual o consentimento do ofendido na eutanásia poderia ser visto pelos doutrinadores do país como uma causa de exclusão de ilicitude. Este argumento se coaduna com o fato de que, de acordo com a Constituição, o princípio da inviolabilidade à vida não é superior a nenhum outro, existindo no outro lado a dignidade da pessoa humana, reconhecida como princípio orientador de toda a Lei Maior.

Dessa maneira, resta claro o intenso choque entre princípios constitucionais que devem ser sopesados na ocasião que se aplica a tutela penal.

Independentemente da opinião sustentada, não resta dúvidas que a questão debatida quando o tema da eutanásia é abordado é justamente a disponibilidade da vida humana, e este assunto ainda permanecerá sendo o foco de ferventes controvérsias pelo passar dos anos. Na esperança de ter chegado ao objetivo proposto, chegamos à conclusão de que a prática da eutanásia, questão bastante polêmica e demasiadamente complexa, está longe de chegar a um consenso, mas uma coisa é certa: em todos os casos deve ser analisada de acordo com o caso concreto.

6. Considerações finais

É imensa a complexidade do tema quando se tenta travar um debate acerca da prática da eutanásia. Encontra-se argumentos ricos tanto a favor quanto contra, demonstrando que, ainda, é quase impossível chegar a um consenso acerca do tema.

Além do aspecto moral e religioso, estão envolvidas muitas pessoas com pensamentos que tendem ser divergentes, como o doente, sua família, a equipe médica e a própria sociedade.

O direito à vida esbarra de modo frequente com o direito à morte, mas aquele ganha força quando se vê totalmente acobertado pelo Estado, pela religião e por grande parte da população.

A Constituição consagra, como já vimos o direito à vida para o exercício dos demais, e nesse caso o indivíduo não é mais capaz de exercer mais nenhum de seus direitos por conta própria, nem mesmo pode desfrutar do direito à vida em sua plenitude, pois este consiste em vida digna quanto a subsistência. Logo esse indivíduo já teve parte de seu direito à vida violado, pois como pode-se falar em vida digna para o indivíduo que não pode exercer seus direitos de cidadão e tem sua liberdade tolhida.

Então, será que a eutanásia nesses casos não estaria ajudando o indivíduo a sentir-se livre e digno, permitindo que ele possa optar pela não continuidade da sua sobrevivência? Pois não seria tirada a sua vida, sendo que não existe mais vida em sua plenitude, e estaria ainda poupando a violação dos seus demais direitos fundamentais, como a liberdade e a dignidade? São questões bastantes complexas que cabe a cada um de nós refletir.

7. Referências

CARVALHO, Daniela Garcia. **Eutanásia: como resolver esta questão no Brasil**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em 25 de março de 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Atlas, 2014.

FILHO, Jaime Arbueiz Carneiro. Eutanásia. **Revista Consulex**. São Paulo, a. 3, n. 29, mai. 1999.

GOLDIM, José Roberto. Breve histórico da eutanásia e eutanásia. Internet: Disponível em: <http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/euthist.htm> . Acesso em 25 de março de 2022.

JÚNIOR, Geraldo. Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos. 2002. Disponível em: <http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/eutanasiaaspectoseticosejuridicos.pdf> . Acesso em 25 de março de 2022.

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. 3ªed. São Paulo: Editora Atlas. 2000, p.320.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 9ªed. São Paulo: Editora Atlas. 2001, p. 804.

Notas

[1] GOLDIM, José Roberto. Breve histórico da eutanásia e eutanásia. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/euthist.htm> . Acesso em 25 de março de 2022.

[2] FILHO, Jaime Arbueiz Carneiro. Eutanásia. **Revista Consulex**. São Paulo, a. 3, n. 29, mai. 1999. P. 18.

[3] FILHO, Jaime Arbueiz Carneiro. Eutanásia. **Revista Consulex**. São Paulo, a. 3, n. 29, mai. 1999.

[4] JÚNIOR, Geraldo. Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos. 2002.

[5] CARVALHO, Daniela Garcia. **Eutanásia: como resolver esta questão no Brasil**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em 25 de março de 2022.

[6] CARVALHO, Daniela Garcia. **Eutanásia: como resolver esta questão no Brasil**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em 25 de março de 2022.

[7] CHIMENTI, Ricardo C. et al. Curso de direito constitucional. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

[8] Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

[9] MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais.3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. P.91

[10] MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais.3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. P 87.

[11] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Atlas, 2014. p. 139.

O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

LUÍS PAULO ROCHA CARDOSO:

Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direitos Humanos pela Faculdade CERS.

Resumo: Muito se tem noticiado na mídia nacional e internacional sobre os reflexos econômicos da pandemia do novo coronavírus no Direito Privado. Todavia, os reflexos também se estendem ao âmbito público, notadamente quanto aos negócios jurídicos de tratado sucessivo firmados entre o Poder Público e os particulares. A relevância na análise dos impactos gerados pelo vírus que ocasiona infecção respiratória com potencialidade nociva ao ser humano, ganha maior importância diante da necessidade da prestação contínua de serviços públicos essenciais, sem perder de vista a imprescindibilidade da manutenção da saúde econômica dos contratos administrativos. Com base nisso, as soluções devem ser consideradas não só para o futuro, com a projeção de aumento de receitas e de redução de gastos, como também para o presente momento, com investigação e pesquisas elaborados por juristas, em conjunto com a sociedade, devendo-se debruçar em soluções de curto a médio prazo, visando a manutenção da equação econômico-financeiro das relações jurídicas, sem que haja uma desproporcionalidade tamanha que possa gerar prejuízos incalculáveis para a coletividade. Por fim, deve-se realçar que o objetivo desse ensaio jurídico é de trazer um panorama geral, possibilidades e modelos de revisão dos contratos administrativos diante da teoria da imprevisão, bem como encontrar soluções, a fim de proteger a sustentabilidade econômica do poder público e da sociedade.

Palavras-chave: Coronavírus; Contratos Administrativos; Poder Público; Revisão Contratual; Reequilíbrio econômico-financeiro.

Abstract: Much has been reported in the national and international media about the economic consequences of the new coronavirus pandemic in Private Law. However, the reflexes also extend to the public sphere, notably with regard to the legal transactions of a successive treaty signed between the Public Power and the individuals. The relevance in the analysis of the impacts generated by the virus that causes respiratory infection with harmful potential to the human being, gains greater importance in the face of the need for the continuous provision of essential public services, without losing sight of the indispensability of maintaining the economic health of administrative contracts. Based on this, solutions must be considered not only for the future, with the projection of increased revenues and reduced expenses, but also for the present moment, with investigation and research carried out by jurists, together with society, to focus on short to medium term

solutions, aiming at maintaining the economic-financial equation of legal relations, without such disproportionality that could generate incalculable losses for the community. Finally, it should be noted that the objective of this legal essay is to provide an overview, possibilities and models for reviewing administrative contracts in the face of the theory of unpredictability, as well as finding solutions in order to protect the economic sustainability of public authorities and of society.

Keywords: Coronavirus; Economic and financial rebalancing; Administrative Contracts. Concession; Review.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do estado de calamidade e os reflexos nos contratos administrativos. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. Introdução

Em meados de março de 2020, a população brasileira foi arrebatada pela notícia de que a disseminação³⁴ de um novo vírus vindo a China estaria ocorrendo de forma comunitária e a sua rápida propagação gerou preocupação a diversas autoridades públicas no sentido de adotar medidas imprescindíveis e imediatas com o objetivo de conter a transmissão do vírus, principalmente com o intuito de ganhar tempo para equipar adequadamente o setor da saúde, reduzindo a carga de pessoas que necessitava de atendimento emergencial nos hospitais públicos e privados.

Com base nessa rápida e assustadora propagação do COVID-19, que ainda provoca a morte de milhares de pessoas no mundo, como também a imprescindibilidade de internação de muitas pessoas simultaneamente no pico da infecção, somada a necessidade de isolamento social, com a interrupção de prestação de serviços em determinados setores econômicos e a diminuição de circulação de ativos financeiros, além das estratégias de aumento exponencial de contratações emergenciais no âmbito da Saúde e suas implicações indiretas em outros ramos, verificou-se o desequilíbrio de diversos contratos administrativos, notadamente nos contratos de concessão.

Ademais, o surto do novo coronavírus, ao que tudo indica, de um lado, diferencia-se de todas as pandemias enfrentadas no passado recente e, de outro, ocasionando uma crise econômica global com características inigualáveis, eventualmente diferentes do último grande evento econômico: a explosão da bolha do mercado imobiliário dos EUA, em 2008.

Nesse sentido, a ordem cronológica do avanço planetário da doença pelo SARS-Cov-2 em 2020, pode-se elencar, até chegar ao reconhecimento estado de emergência

³⁴ Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/transmissao-comunitaria-de-coronavirus-desde-fevereiro-o-que-muda-agora/>

de cada Estado da federação, leis e atos normativos relevantes, como: a declaração de emergência em Saúde Pública de importância internacional em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (COVID-19), pela Organização Mundial da Saúde, em 30/01/2020; adoção de medidas de emergência em saúde pública de importância nacional e internacional, previstas no Regulamento Sanitário Internacional, promulgado pelo Decreto Federal nº 10.212, de 30/01/2020; a edição de Portaria nº 188/GM/MS, de 04/02/2020, do Ministério da Saúde, que declara emergência em saúde pública de Importância Nacional (ESPIN), em decorrência da Infecção Humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV); e a Lei Federal nº 13.979, de 06/02/2020, que regulamentou as medidas de contenção do possível contágio por coronavírus da população brasileira, conhecida como “Lei do Coronavírus”.

Diante dessa evolução legislativa, o impacto financeiro começou a ser observado pelo Poder Público com a diminuição da captação de recursos públicos, como é o exemplo da queda da arrecadação de tributos, como é o caso dos Estados, com o imposto de circulação de mercadorias e serviços - ICMS, e dos Municípios, com o imposto de serviços de qualquer natureza - ISS, além da fragilização da saúde econômica das sociedades empresárias contratadas, afetando diretamente a prestação do serviço, e, por consequência, gerando o exponencial aumento de pleitos de revisão dos contratos administrativos, alicerçados na teoria da imprevisão, principalmente em razão de argumentos sustentados de caso fortuito e de força maior, consubstanciados na onerosidade excessiva, na álea extraordinária e na teoria da imprevisão.

Entretanto, o diagnóstico quanto aos reflexos do evento externo - força maior, caso fortuito - devem ser analisados com o enquadramento específico de cada situação ao objeto contratado e aos termos de responsabilidade assumidos pela Contratada/Concessionária, não havendo uma exigência de reequilíbrio econômico-financeiro automático de todos os contratos administrativos de trato sucessivo, sem a demonstração, efetiva, dos impactos na manutenção do contratado.

Ainda, sem perder de vista a teoria da imprevisão, verifica-se que a equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidos pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato, tendo como norte o princípio da isonomia entre os pactuantes e a paridade entre os encargos e a retribuição contratual.

Portanto, a análise quanto aos impactos da doença é inevitável, tendo em vista a necessidade de manutenção da saúde econômico-financeira das sociedades empresárias e do poder econômico da Administração Pública no que tange aos contratos de trato sucessivo firmados entre ambos, bem como a projeção das consequências geradas pela desproporcionalidade na relação jurídica.

2. Do estado de calamidade e os reflexos nos contratos administrativos

A quebra do equilíbrio financeiro dos contratos é um fenômeno preponderantemente econômico, que pode estar ligado a ocorrência de fatos supervenientes imprevisíveis, e, por consequência, podem alterar as bases econômicas dos contratos administrativos ao ponto de tornar inviável o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo particular.

Nesse sentir, a onerosidade excessiva é uma manifestação do princípio do equilíbrio econômico dos contratos, que tem como arcabouço constitucional a isonomia material. A onerosidade excessiva comporta duas principais teorias: a teoria da imprevisão (artigo 478 do Código Civil³⁵), adotada para relações presumidamente paritárias em busca de um mínimo de segurança jurídica, exigindo que o desequilíbrio econômico resulte de acontecimentos extraordinário e imprevisível; e a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico (art. 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor³⁶), mais protetiva em razão da presumida vulnerabilidade do consumidor, dependendo tão somente do desequilíbrio econômico.

Diante disso, a execução de um contrato administrativo deve estar baseada numa relação de igualdade, fato que essa situação pode ser abalada por 2 (dois) tipos de álea: a ordinária, que se vincula ao risco normal da atividade envolvida no contrato; e a extraordinária, que diz respeito a eventos considerados imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis.

O doutrinador Marçal Justen Filho conceitua e diferencia as áleas ordinárias e extraordinárias da seguinte forma:

“É costumeiro distinguir os conceitos de álea ordinária e extraordinária, para determinar que a teoria (da imprevisão) somente se aplica em face desta última. A distinção entre ordinariade e extraordinariade relaciona-se a probabilidade da ocorrência dos eventos. O critério diferencial não é a mera possibilidade do evento, o que tornaria inútil a distinção: todo evento possível seria previsível e, por isso, integraria a álea ordinária. Logo, comporiam a álea

³⁵ Art. 478. do Código Civil: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

³⁶ Art. 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor: São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

extraordinária apenas os eventos impossíveis, os quais nunca ocorreriam por sua própria definição. A diferença entre álea extraordinária e álea ordinária somente é simples quando se examinam situação externas.” (MARÇAL, 2010, p. 240).

Ademais, as circunstâncias imprevistas, além de serem supervenientes à celebração do contrato, devem ultrapassar a normalidade, ser excepcionais, extraordinárias, causando um desequilíbrio muito grande no contrato.

Logo, os efeitos oriundos da pandemia originada pelo Novo Coronavírus estão ligados intimamente a um fato imprevisível, o que significa dizer que o Poder Público e a parte Contratada não podiam, em tese, prever e se antecipar no sentido de adotar medidas que ajudassem na manutenção das bases econômicas do Contrato Administrativo.

Quanto à normativa, *a priori*, verifica-se que a Constituição da República estabelece que Administração Pública deve contratar mediante licitação e manter, durante a relação contratual, as condições efetivas da proposta. Esse é o sentido do artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna³⁷.

Com efeito, diante da baliza constitucional, observa-se que durante toda a execução do contrato administrativo, o valor real da proposta deve ser mantido. Ocorre, todavia, que com o decorrer do tempo, o valor real naturalmente pode sofrer alterações, sendo necessária a utilização de instrumentos jurídicos hábeis a preservar ou restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Nesse prumo, não se pode confundir os dois instrumentos presentes no ordenamento infraconstitucional, que tem como objetivo a readequação do preço, nos casos em que se verifica a ocorrência de áleas ordinárias e extraordinárias: o “reajuste” e a “revisão”.

Em primeiro lugar, o reajuste está ligado à dinâmica do reequilíbrio ordinário das bases financeiras do contrato, como é o caso de finalidade recompor o preço do contrato em virtude de álea ligada ao objeto ordinário do contrato, como é o caso de atualização monetária e perda inflacionária. Por outro lado, a revisão está associada às áleas extraordinárias, nas hipóteses de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, todavia, de

³⁷ Art. 37, XXI da CF/88: Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

consequências incalculáveis, configurando álea econômica extracontratual, sendo o objeto do presente artigo.

Nesse contexto, o reequilíbrio dos preços ajustados é um mecanismo de readequação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Além disso, o reequilíbrio também pode estar ligado às circunstâncias supervenientes imprevisíveis, que não são naturais ao contrato, que influenciam diretamente no contrato administrativo, criando uma disparidade entre as partes do negócio jurídico. Nessa hipótese, temos a possibilidade de alterar as bases econômicas do contrato através de acordo bilateral entre as partes, conforme se verifica no preceito previsto no artigo 65, inciso II, alínea "d", da Lei nº 8.666/93³⁸.

O dispositivo supra permite o reequilíbrio econômico-financeiro contratual, de sorte que é autorizada a revisão contratual nos casos em que ocorrerem fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que onerem demasiadamente uma das partes da relação contratual.

No que tange especificamente aos contratos de concessão, verifica-se que a Lei que dispõe sobre o regime de concessão e de permissão da prestação de serviços públicos autoriza, em seu artigo 9º³⁹, o reequilíbrio dos contratos de concessão, quando: há a criação de encargos que provocam impacto na equação econômico-financeira ou há uma alteração unilateral que afete o equilíbrio.

Também há previsão no mesmo sentido na Lei de Parcerias Público-Privadas (PPP), Lei de n.º 11.079/04, especificamente no artigo 5º, inciso III, quando preleciona que deve existir a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária⁴⁰.

³⁸ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

³⁹ Art. 9º: § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro; § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

⁴⁰ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Com base nesses termos, o professor Flávio Amaral Garcia, ensina:

"a revisão implica a ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no início da relação contratual." (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 272).

Em alternativa, o evento imprevisível não significa dizer que apenas pelo fato de sua existência, que todo e qualquer contrato será automaticamente passível de revisão contratual. Nesse contexto, deve-se sempre averiguar os impactos concretos do evento futuro e imprevisível, com base nos termos contratuais e obrigações assumidas, sempre associadas às previsões presentes no edital de convocação da licitação.

Diante disso, é possível analisar o evento e a sua possibilidade de gerar consequências aos contratos administrativos seguindo os pressupostos: a) o evento deve ser posterior ao momento de formação da equação econômico-financeira, que tem como marco a apresentação da proposta pelo particular ao Poder Público; b) incalculável alteração nos encargos do particular, gerando dificuldade, ou, até mesmo, impossibilidade no respeito as obrigações firmadas; c) indiscutível imprevisibilidade do evento: a Lei menciona fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis. d) ausência de conduta culposa do particular.

A jurisprudência do egrégio Tribunal de Contas da União (TCU) segue na mesma direção, como se verá a seguir:

"Equilíbrio econômico-financeiro. Contrato. Teoria da Imprevisão. Alteração Contratual. A ocorrência de variáveis que tornam excessivamente onerosos os encargos do contratado, quando claramente demonstradas, autorizam a alteração do contrato, visando ao restabelecimento inicial do reequilíbrio econômico-financeiro, com fundamento na teoria da imprevisão, acolhida pelo Decreto-Lei 2.300/86 e pela atual Lei nº 8666/93" (TCU, TC-500.1258/92-9 Min. Bento José Bugarin, 27/10/94, BDA nº 12/96, Dez/96, p.834).

Além disso, tal entendimento também está consoante a Orientação Normativa Nº 22 da Advocacia Geral da União (AGU), de 01/04/2009:

"O reequilíbrio apenas se aplica nos casos em que a relação de encargos e preços formada inicialmente tenha sido alterada por fatores imprevisíveis e alheios à vontade das partes. Nestas condições,

não se presta o reequilíbrio econômico-financeiro para mera correção de preços alterados pela corrosão inflacionária, ou mesmo para sanar propostas elaboradas com equívocos ou distorções verificadas em razão do risco ordinário da atividade comercial”

Ademais, diante do momento de pandemia originada pela disseminação do Novo Coronavírus, a (AGU) emitiu parecer jurídico⁴¹ reconhecendo a pandemia causada pela Covid-19 como evento de força maior, apto, portanto, a justificar o reequilíbrio de contratos, especialmente, de concessão.

Nesse sentido, não restam dúvidas sobre os impactos deletérios no equilíbrio econômico-financeiro proporcionado pela pandemia originada pelo vírus COVID-19 e sua capacidade de não só desestabilizar o setor da saúde pública e privada, como também impactar singularmente no âmbito econômico privado, sem perder de vista as consequências negativas aos contratos administrativos, notadamente as concessões de serviço público. Para que não haja a banalização da aplicação da teoria da imprevisão, anota-se a extrema relevância na adoção de medidas que possam proporcionar modificações proporcionais e razoáveis, com o objetivo de se identificar, na prática, os contratos afetados e que necessitam ser equacionados para equilibrar a relação entre o Poder Público e o particular.

3.Considerações Finais

Não se escapa que o ordenamento jurídico sustenta a mutabilidade dos contratos administrativos. No entanto, essa característica funciona apenas com relação às cláusulas regulamentares. No tocante às cláusulas financeiras dessas contratações, opera-se a intangibilidade, em nome da segurança jurídica. Caso não fosse assim, o Poder Público ficaria refém dos particulares, que poderiam apresentar propostas além do necessário para a contratação de serviços e objetos.

Nesse sentido, o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, portanto, possui grande relevância no cenário atual, tendo previsão constitucional e infraconstitucional. Para que haja equação das bases financeiras do contrato, deve-se preencher os requisitos previstos na Lei de Licitações e Contratos, em seu artigo 65, inciso II, alínea “d”, pois não se trata de poder discricionário do administrador público, mas sim de garantia do contratado, prevista no edital e na legislação.

Todavia, diante dos fatos aqui mencionados, verifica-se grande dificuldade no reequilíbrio e a revisão da equação econômico-financeira de todos os contratos administrativos que sofreram impactos concretos diante da crise originada pela COVID-19,

⁴¹ PARECER nº. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AG

tendo em vista a escassez de dinheiro público em todos as esferas federativas. De certa maneira, a grande parte das sociedades empresárias contratantes sofreram algum impacto negativo em razão da pandemia, e, o reequilíbrio de todos esses contratos parece não ser a melhor solução para o Poder Público, diante das peculiaridades já tratados neste artigo.

Com base nisso, é salutar trazermos soluções alternativas para este problema, tendo em vista que o Brasil não possui a mesma saúde econômica de outros países, que enfrentaram a pandemia com injeção de trilhões de dólares, ampliação de planos de renda básica de forma eficiente e suficiente, liberação e facilitação de crédito aos pequenos e médios empresários e etc.

No que tange às soluções externas aos contratos administrativos, o Poder Público pode adotar medidas que permitam a desoneração da máquina pública quanto às obrigações assumidas, com a redução de obras não essenciais e redução de pagamento das outorgas.

De outro lado, com relação aos aspectos internos dos contratos, deve-se pensar em uma solução imediata que permita o aumento de receita das concessionárias, viabilizando a sua efetiva atuação. Entretanto, é importante ressaltar que não parece a melhor solução o aumento tarifário, tendo em vista que estaríamos onerando ainda mais a sociedade que já sofreu diretamente com os impactos da pandemia, notadamente com relação ao crescimento espantoso das taxas de desemprego. Nesse sentido, não há uma lógica sustentável para alicerçar esse pedido.

Outra solução, mas de longo prazo, perpassa pela ideia de extensão dos contratos, especialmente aqueles com término de vigência em pouco tempo, permitindo que haja o refinanciamento pelos próprios investidores, podendo manusear aquele ativo com um tempo maior, além de permitir a revisão do cronograma de investimentos.

Portanto, as soluções não parecem ser de fácil implementação, muito pelo motivo de que ambos os interessados (Poder Público e o particular) sofreram impactos diante de um evento extraordinário e imprevisível sem precedentes. Assim, devemos nos debruçar ainda mais em alternativas que possam permitir a saúde econômico-financeira não só do poder público, mas como também do parceiro privado.

4.Referências

AGU. Orientação Normativa 22 da AGU, de 1º de abril de 2009. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2009-04-01;22>

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**. São Paulo: MP, 2009.

CARVALHO, André Castro. **Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos**. 5ª ed. São Paulo: Revista do Ministério Público Do Estado de São Paulo, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Manual de Direito administrativo**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética. 2009.

OS IMPACTOS DAS DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES PODEM CAUSAR NA APRECIÇÃO DAS CONTAS CONSOLIDADAS (GOVERNO) PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

TIAGO RODRIGUES DE MORAIS:
Formado em Ciências Contábeis pela
Faculdade Católica do Tocantins.

DAGMAR ALBERTINA GEMELLI
(orientadora)

RESUMO: Esse trabalho apresenta termos e conceitos das Normas Gerais de Direito Financeiro no Brasil, de Receita e Despesa Orçamentária, dando ênfase as fases da Despesa, Restos a Pagar e Despesas de Exercícios Anteriores. Sendo demonstrada de diferentes maneiras a utilização de Despesas de Exercícios Anteriores - DEA pelos 139 municípios do Estado do Tocantins nos exercícios de 2013 a 2020. Foi abordado o Controle Externo Brasileiro, a competência e particularidades na emissão de Parecer Prévio em Contas Consolidadas (governo) dos Prefeitos Municipais. Demonstrou-se quais são as medidas adotadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins na busca pelas informações de natureza orçamentária, financeira e patrimonial fidedignas. Concluiu-se que medidas como capacitação, conscientização e até mesmo aplicação de sanções destinadas aos gestores e responsáveis pela adoção de medidas visando modificar resultados, são necessárias.

Palavras-chaves: Direito Financeiro. Despesas de Exercícios Anteriores. Impacto nas Contas Consolidadas. Medidas adotadas. TCE/TO.

ABSTRACT: This present work aims to introduce terms and concepts regarding the General Rules of Financial Law in Brazil and, more specifically, about Revenue and Budget Expenditure with emphasis in the phases of Expenses, Total Amount Owed and Expenses from Previous Years. Furthermore, this study demonstrates the ways of using Expenses from Previous Years – represented by the acronym DEA in Portuguese – by 139 Municipalities over the in the years of 2013 to 2020. Topics such as Brazilian External Control were approached, especially regarding to the competence and particularities in the issuance of Prior Opinion in Consolidated Accounts (government) of Municipal Mayors. It was demonstrated what are the measures adopted by the Court of Auditors of the State of Tocantins in the search of reliable information concerning budgets, finances and patrimony. As conclusion, measures like training, awareness and even application of sanctions aimed at managers and those responsible for adopting measures to modify results are required.

Key-words: Financial Law. Expenses from Prior Years. Impact on Consolidated Accounts. Measures taken. TCE/TO.

Sumário: 1. Introdução. 2. Normas Gerais de Direito Financeiro no Brasil. 2.1 Fases da Despesa Pública. 2.2 Restos a Pagar. 2.3 Despesas de Exercícios Anteriores – DEA. 2.4 “DEA” nos municípios Tocantinenses. 3. Controle Externo Brasileiro. 3.1 Emissão de Parecer Prévio em Contas Consolidadas de prefeitos. 4. Medidas adotadas pelo TCE/TO. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Responsabilidade na gestão fiscal pressupõe ações planejadas e transparentes, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, assim se inicia o art. 1º, §1º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Portanto, é responsabilidade dos gestores públicos efetuar o planejamento de suas receitas e despesas, visando o equilíbrio e o cumprimento dos limites legais estabelecidos.

Após destaque provocado pelas “pedaladas fiscais” em 2016, órgãos de controle tornaram-se mais criteriosos para eventuais práticas heterodoxas de natureza orçamentária, financeira e contábil, na busca por expor resultados positivos fictícios, indo na contramão aos princípios da moralidade e transparência.

Nesse sentido, as Despesas de Exercícios Anteriores - DEA, que deveriam ser utilizadas esporadicamente, acabaram tornando-se protagonistas na apuração de resultados “positivos” em todos os entes federados (União, Estados e Municípios).

O presente trabalho apresenta noções e definições elencadas no Direito Público Financeiro e os impactos das Despesas de Exercícios Anteriores - DEA na apreciação das contas consolidadas de prefeitos, além das medidas adotadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins - TCE/TO na busca por diminuir a utilização deste dispositivo.

Foram utilizados de maneira qualitativa e quantitativa os dados extraídos do Sistema Integrado de Controle e Auditoria Pública - SICAP, Módulo Contábil, dos 139 (cento e trinta e nove) municípios do Estado do Tocantins entre os exercícios de 2013 a 2020.

Dentro deste contexto, este artigo tem o objetivo de contribuir para ações e medidas na busca pela transparência na utilização de recursos públicos e na fidedignidade das informações.

2. NORMAS GERAIS DE DIREITO FINANCEIRO NO BRASIL

O direito financeiro brasileiro é organizado por regramentos contidos na Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988, na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, na Lei Complementar nº 101/2000, além de outras Leis de significativa relevância, existem também leis locais de cada Ente Federado, que visam dar o cumprimento das metas governamentais estabelecidas, tais como a Lei do Plano Plurianual - PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual - LOA. Ademais, há princípios e normas estabelecidas que visam garantir a transparência, o cumprimento de aplicações em índices mínimos (ex: saúde, educação e FUNDEB) e estipular limites máximos (ex: despesas com pessoal e endividamento).

Também podem ser citados os princípios orçamentários previstos na CF/88 e outros normativos, além de estabelecidos pela própria doutrina, cuja finalidade é assegurar maior estabilidade à elaboração, execução e controle do orçamento público.

Foi definido pela Lei nº 4.320/1964 que pertencem ao exercício financeiro as receitas nele arrecadadas e as despesas legalmente empenhadas. Em suplemento, a LC nº 101/2000 – LRF, ressaltou que a responsabilidade fiscal deve ser planejada, transparente e possibilitar prevenir riscos, além de corrigir desvios que possam afetar o equilíbrio das contas públicas (receitas e despesas).

Existem diversas definições de receitas públicas, contudo a abordada neste trabalho é dada pelo Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público - MCASP (9ª Edição, 2021):

São disponibilidades de recursos financeiros que ingressam durante o exercício e que aumentam o saldo financeiro da instituição. Instrumento por meio do qual se viabiliza a execução das políticas públicas, as receitas orçamentárias são fontes de recursos utilizadas pelo Estado em programas e ações cuja finalidade precípua é atender às necessidades públicas e demandas da sociedade. Essas receitas pertencem ao Estado, transitam pelo patrimônio do Poder Público e, via de regra, por força do princípio orçamentário da universalidade, estão previstas na Lei Orçamentária Anual – LOA.

Receita Pública, conforme Machado Jr. e Reis (2015, p. 31) pode ser definida como:

é um conjunto de recursos financeiros obtidos de fontes próprias e permanentes, que integram o patrimônio, na qualidade de elemento novo, que produzem-lhe acréscimos financeiros, sem contudo gerar obrigações, reservas ou reivindicações de terceiros (passivos). Essas receitas resultam de leis, contratos, convênios, de tributos e lançamento direto e outros.

De igual maneira, diversas definições são atribuídas ao conceito de “despesa pública”. Neste artigo considerou-se que é “a despesa orçamentária pública é o conjunto de dispêndios realizados pelos entes públicos para o funcionamento e manutenção dos serviços públicos prestados à sociedade” (MCASP - 8ª Edição) e a conceituação formulada por Aliomar Baleeiro, segundo o qual é o “conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para funcionamento dos serviços públicos” ou “a aplicação, de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo” (BALEEIRO, 2008, p. 83.).

Em síntese, receitas orçamentárias são recursos arrecadados mediante algum instrumento legal que se destinam ao cumprimento dos objetivos dos entes públicos, em forma de despesas orçamentárias.

2.1 FASES DA DESPESA PÚBLICA

A fixação é a primeira etapa ou estágio da despesa orçamentária, consiste em diversas etapas legais e técnicas que resultam na aprovação da Lei Orçamentária Anual - LOA, a qual determina as despesas que serão executadas no exercício seguinte. Trata-se da autorização legal dada pelo Poder Legislativo para que aquelas despesas sejam executadas.

A CF/88 determinou:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

A Lei nº 4.320/1964 prevê que:

Art. 4º. A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar, observado o disposto no artigo 2º.

Art. 5º. A Lei de Orçamento não consignará dotações globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal,

material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvado o disposto no artigo 20 e seu parágrafo único.

Ademais, a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 (Lei de Crimes fiscais), aborda que:

"Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:" (AC)

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

Portanto, resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro somente permite que o gasto público ocorra mediante prévia autorização legislativa, consignada em lei específica, consagrando o princípio da legalidade.

O empenho é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição, respeitando os créditos orçamentários previamente autorizados, simbolizando a garantia para o fornecedor de que o ente público possui crédito orçamentário suficiente para o atendimento do compromisso.

Para Machado Jr. e Reis (2015, p. 157) trata-se de "uma reserva que se faz, ou garantia que se dá ao fornecer ou prestador de serviços, com base em autorização e dedução da dotação respectiva, de que o fornecimento ou serviço contratado será pago, desde que observadas as cláusulas contratuais."

Existem três modalidades de empenho: Estimativo quando o montante não se possa determinar com precisão (ex: água, luz e telefone), Global quando o valor das despesas é conhecido, mas o pagamento será efetuado em parcelas (ex: aluguel, empréstimos e financiamentos) e o Ordinário que será efetuado quando o valor é certo e será pago em parcela única.

De acordo com o Decreto-Lei nº 201/1967, é tipificado como crime de responsabilidade dos Prefeitos ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes, o que vai de encontro ao estabelecido no art. 60 da Lei nº 4.320/1964, o qual veda a realização de despesa sem que ocorra o prévio empenho.

A etapa seguinte da execução da despesa orçamentária é a liquidação que consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Tem a finalidade de apurar a origem, o objeto, a importância exata e a quem se deve pagar.

Para FEIJÓ, JORGE e CARLOS, 2015, p. 322, liquidação é o:

ato formal da Administração Pública que verifica o direito adquirido pelo credor com base nos documentos exigidos pela legislação e pelo contrato. Consiste numa lista de verificação de condições a serem cumpridas pelo fornecedor para que se possa efetuar o pagamento.

Em resumo, liquidar é o procedimento que informa que determinado valor se encontra apto para pagamento, ou seja, o fornecedor ou prestador de serviço cumpriu sua obrigação.

O pagamento, última etapa da despesa pública, consiste na entrega de numerários ao credor, após a verificação do implemento de condição (liquidação).

2.2 RESTOS A PAGAR

Após abordar as fases do empenho, da liquidação e do pagamento, cabe destacar a existência dos restos a pagar, que são os empenhos que foram executados e não pagos durante o exercício corrente, ou seja, restou pendente a fase de liquidação ou a fase de liquidação e pagamento.

A Lei nº 4.320/1964 estipula em seu art. 36 que “consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.”

Para KOHAMA, 2013, p. 143, Restos a pagar podem ser entendidos como:

Entende-se como despesa não processada aquela cujo empenho foi legalmente emitido, mas depende, ainda, da fase da liquidação, isto é, o empenho foi emitido, porém o objeto adquirido ainda não foi entregue e depende de algum fator para a sua regular liquidação; do ponto de vista da escrituração contábil orçamentária não está devidamente processada.

Entende-se por Restos a Pagar de despesas processadas aqueles cujo o empenho foi entregue ao credor, que por sua vez forneceu o material, prestou ou serviço ou ainda executou a obra, e a despesa foi considerada “liquidada” por ter sido cumprido o terceiro estágio correspondente à liquidação, estando na fase do pagamento. Verifica-se que a despesa processou-se até a liquidação e em termos orçamentários foi considerada “despesa realizada”, faltando apenas o processamento do pagamento.

Não ocorrendo a liquidação e/ou o pagamento até 31/12 do exercício corrente, as despesas são inscritas automaticamente em Restos a Pagar Não Processadas e Restos a Pagar Processadas, a depender da situação de cada empenho.

2.3 DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES - DEA

Despesas de Exercícios anteriores - DEA, como o próprio nome já diz, são despesas que ocorreram (fato gerador) em exercícios anteriores, contudo, por motivos específicos, deixaram de ser pagas no momento correto.

O art. 37 da Lei nº 4.320/1964 dispõe que as despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os restos a pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente, poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.

Nesse cenário, existem três “modalidades” de Despesas de Exercícios Anteriores, detalhadas pelo Decreto nº 62.115, de 15 de janeiro de 1968 e posteriormente pelo Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, veja-se:

Art. 22. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida, e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente, poderão ser pagos à conta de dotação destinada a atender despesas de exercícios anteriores, respeitada a categoria econômica própria (Lei nº 4.320/64, art. 37).

§ 1º O reconhecimento da obrigação de pagamento, de que trata este artigo, cabe à autoridade competente para empenhar a despesa.

§ 2º Para os efeitos deste artigo, considera-se:

a) despesas que não se tenham processado na época própria, aquelas cujo empenho tenha sido considerado insubsistente e anulado no encerramento do exercício correspondente, mas que, dentro do prazo estabelecido, o credor tenha cumprido sua obrigação;

b) restos a pagar com prescrição interrompida, a despesa cuja inscrição como restos a pagar tenha sido cancelada, mas ainda vigente o direito do credor;

c) compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício, a obrigação de pagamento criada em virtude de lei, mas somente reconhecido o direito do reclamante após o encerramento do exercício correspondente.

Com isso, Despesas de Exercícios Anteriores são provenientes de empenhos que foram anteriormente emitidos (via de regra) e cancelados ou de despesas que deveriam ter sido emitidas à conta de exercícios já encerrados.

Apesar de ter normativo e legislação específica que autorize a realização de DEA, o procedimento deve ser adotado em momentos excepcionais, pois foge dos princípios orçamentários, bem como, do planejamento orçamentário, financeiro e patrimonial.

O MCASP (9ª Ed, 2021) aborda que o pagamento de Despesas de Exercícios Anteriores, deve ocorrer em procedimento administrativo próprio, sendo necessário no mínimo: "a. Identificação do credor/favorecido; b. Descrição do bem, material ou serviço adquirido/contratado; c. Data de vencimento do compromisso; d. Importância exata a pagar; e. Documentos fiscais comprobatórios; f. Certificação do cumprimento da obrigação pelo credor/favorecido; g. Motivação pelo qual a despesa não foi empenhada ou paga na época própria."

Analisando sistematicamente os conceitos de Restos a Pagar e Despesas de Exercícios Anteriores, a principal diferença entre eles é o reconhecimento/registro da obrigação no momento correto, visto que para o primeiro houve o comprometimento (reserva de dotação) no momento da realização da despesa. Em direção oposta, as Despesas de Exercícios Anteriores são aquelas despesas que ocorreram, mas não houve registro nem foi reservada dotação orçamentária à época (se houve, foi cancelado).

Como o Estado não pode, sob pena de enriquecimento ilícito, se negar a cumprir obrigações anteriormente criadas, mesmo que de gestões passadas, cabe ao gestor atual elaborar processo administrativo próprio, efetuar o levantamento do valor devido, reconhecer a dívida e efetuar o pagamento em elemento de despesa específico (x.x.xx.92).

2.4 "DEA" NOS MUNICÍPIOS TOCANTINENSES

Em levantamento realizado com base nos dados prestados pelos 139 (cento e trinta e nove) municípios do Estado do Tocantins, por meio do Sistema Integrado de Controle Auditoria Pública - SICAP, módulo Contábil - Municipal (TCE/TO), entre 2013 a 2020, foi possível elaborar o comparativo entre o total da despesa executada e a utilização de Despesa de Exercício Anterior, conforme Tabela 1.

Tabela 1 - Registro de Despesas de Exercícios Anteriores entre 2013 a 2020:

Ano	Total de Despesa Executada (R\$)	Total de "DEA" (R\$)	Percentual do Orçamento (%)
2013	2.636.533.319,07	46.135.696,55	1,75%
2014	3.150.092.007,41	78.715.053,12	2,5%
2015	3.342.539.875,58	115.902.940,87	3,47%
2016	3.749.718.475,49	148.332.184,30	3,96%
2017	3.928.011.781,58	105.144.731,37	2,68%
2018	4.397.246.105,34	183.277.071,96	4,17%
2019	4.690.809.708,35	155.877.157,43	3,32%
2020	5.507.381.759,36	91.524.910,39	1,66%

Fonte: Sistema Integrado de Controle e Auditoria Pública - Módulo Contábil - Municipal - TCE/TO.

Gráfico 1 - Percentual de Despesas de Exercícios Anteriores entre 2013 a 2020:



Fonte: Sistema Integrado de Controle e Auditoria Pública - Módulo Contábil - Municipal - TCE/TO.

Nota-se crescente utilização de registros no elemento de despesa x.x.xx.92 - Despesa de Exercício Anterior entre o exercício de 2013 a 2018, chegando a representar 4,17% do total de despesas empenhadas no exercício, tendo diminuído consideravelmente nos anos de 2019 e 2020.

Motivos que podem ter influenciado no aumento da utilização da DEA são diversos, podendo citar momentos adversos na economia brasileira, tocantinense e até regional, falta de planejamento e até mesmo medidas visando a omissão de despesas as quais poderiam gerar resultados orçamentários, financeiros, patrimoniais e legais deficitários.

Observa-se na Tabela 2, os Municípios que tiveram maior percentual do orçamento comprometido com Despesas cujo o fato gerador ocorreu em exercício anterior.

Tabela 2 - Municípios com maior percentual do orçamento comprometido com "DEA" entre 2013 a 2020:

Exercício	Nome do Município	Total de Despesa Executada (R\$)	Total de "DEA" (R\$)	Percentual do Orçamento (%)
2015	Praia Norte	3.473.424,59	17.233.501,49	20,16

2013	Arapoema	1.501.937,55	10.737.759,18	13,99
2015	Jaú do Tocantins	1.708.292,88	13.109.301,43	13,03
2018	Araguatins	7.765.642,20	60.460.952,16	12,84
2019	São Sebastião do Tocantins	1.607.535,09	13.136.560,99	12,24
2015	Peixe	4.013.760,55	33.130.012,35	12,12
2019	Ipueiras	1.240.366,16	10.654.055,87	11,64
2015	Ponte Alta do Bom Jesus	1.022.993,06	8.802.524,33	11,62
2019	Palmeirante	2.306.389,03	20.361.634,12	11,33
2019	Augustinópolis	4.213.554,93	37.275.954,83	11,30
2016	Rio da Conceição	958.420,73	8.509.070,63	11,26
2020	São Sebastião do Tocantins	1.700.881,57	15.130.757,84	11,24
2016	Ponte Alta do Bom Jesus	1.114.411,08	10.219.436,06	10,90
2015	Araguanã	1.214.254,28	11.218.934,04	10,82
2016	Peixe	3.976.317,16	37.584.169,53	10,58
2015	Araguatins	4.816.548,14	47.111.714,75	10,22
2013	Rio da Conceição	627.531,48	6.238.197,23	10,06

2016	Itaguatins	1.374.564,75	3.686.247,18	10,04
2016	Araguatins	5.733.993,11	57.118.319,26	10,04

Fonte: Sistema Integrado de Controle e Auditoria Pública - Módulo Contábil - Municipal - TCE/TO.

Dos 139 (cento e trinta nove) Municípios, Praia Norte foi o destaque durante o período de análise, chegando a 20,16%, o que significa que 1/5 do seu orçamento durante o exercício de 2015 foi para reconhecer e pagar despesas ocorridas em exercícios anteriores, possivelmente em 2014.

O município de Araguatins também merece destaque, visto que houve comprometimento acima de 10% do seu orçamento durante os exercícios de 2015, 2016 e 2018, sendo possível notar a falta de planejamento para executar suas despesas.

Este trabalho também destaca outros municípios que atingiram percentual acima de 10% de seus orçamentos.

A seguir, apresenta-se os valores executados no município de Palmas, durante o período de 2013 a 2020:

Tabela 3 - Execução de DEA no município de Palmas entre 2013 a 2020:

Exercício	3.1.XX.92 "Despesa com Pessoal"	3.3.XX.92 "Outras despesas Correntes"	4.4.XX.92 "Investimentos"	Total DEA	Valor das Despesas Totais	% de Dea
2013	58.306,34	1.839.893,01	2.268.281,92	4.166.481,27	570.568.459,50	0,73
2014	350.616,58	4.541.977,63	2.038.014,03	6.930.608,24	763.647.032,99	0,91

2015	131.798,29	18.769.735,81	3.399.393,97	22.300.928,07	796.728.134,73	2,80
2016	11.865.262,87	34.373.023,68	5.826.259,07	52.064.545,62	878.762.616,41	5,92
2017	5.376.735,17	35.910.201,63	7.726.153,05	49.013.089,85	933.901.803,89	5,25
2018	22.558.266,91	40.927.013,04	7.608.533,20	71.093.813,15	988.019.589,33	7,20
2019	7.835.595,57	48.063.441,48	3.372.006,41	59.271.043,46	1.044.274.593,90	5,68
2020	4.146.163,61	10.950.267,34	737.216,16	15.833.647,11	1.186.605.053,69	1,33

Fonte: Sistema Integrado de Controle e Auditoria Pública - Módulo Contábil - Municipal - TCE/TO.

É possível notar a crescente utilização de DEA até o exercício de 2018, chegando a 7,20% do orçamento executado, revelando que R\$ 71.093.813,15 deixaram de impactar orçamentariamente, financeiramente e patrimonialmente o exercício correto, nesse caso, 2017. Houve considerável redução nos exercícios de 2019 e 2020 na utilização de DEA, decorrente de provável planejamento mais eficiente.

Em relação ao exercício de 2020, dos 139 (cento e trinta e nove) Municípios, em 37 (trinta e sete) - 27% do total - as Despesas com Pessoal (servidores, encargos previdenciários e outros direitos) representam mais que 50% do executado como DEA. Em 54 (cinquenta e quatro) Municípios - 39% do total - Outras Despesas Correntes (fornecedores, prestadores de serviços, manutenção da máquina pública, dentre outras), representam mais que 50% do executado como DEA. Em apenas 2 (dois) Municípios (1,4%), Despesas com Investimentos (obras, construções, compra de equipamentos, dentre outras), representam mais que 40% do executado como DEA. Portanto, é possível verificar que durante o exercício de 2020, foram adimplidas mais despesas correntes, seguidas de despesas com pessoal oriundas do exercício anterior.

Ressalta-se que o registro de “DEA” não está sempre relacionado a falta de planejamento orçamentário, financeiro, patrimonial e contábil, visto que existem diversos motivos alheios que podem causar o referido registro. As principais razões que podem ser elencadas é a troca de gestão, períodos de campanha eleitoral, deficiência na arrecadação, dentre outros. Portanto, não é por que existiu o registro de “DEA” que automaticamente os responsáveis tinham o objetivo de “maquiar” resultados do exercício corrente. Cada caso, cada Município e cada gestão devem ser analisados de forma individual.

3. CONTROLE EXTERNO BRASILEIRO

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União/Estado/DF/Município e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional/Assembleia Legislativa/Câmara de Vereadores, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União/Estado/DF/Município responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 70 da CF/88.

O Controle Externo no sistema jurídico brasileiro é exercido pelo Congresso Nacional/Assembleia Legislativa/Câmara Municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas da União/Tribunal de Contas Estadual/Municipal, se houver.

Jacoby Fernandes conceitua sistema de controle externo como “o conjunto de ações de controle desenvolvida por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção de atos” (FORUM, 2005, p. 30.)

Para LIMA, p. 10, 2018:

O controle externo da Administração Pública, realizado pelas instituições a quem a Constituição atribuiu essa missão, é exigência e condição do regime democrático, devendo, cada vez mais, capacitar-se tecnicamente e converter-se em eficaz instrumento da cidadania, contribuindo para o aprimoramento da gestão pública.

A função das Cortes de Contas no controle da coisa pública passou por uma profunda transformação na história. De órgão burocrático e puramente formal, passou a representar um “[...] órgão garantidor dos valores político-constitucionais do Estado

Democrático de Direito, ou seja, porque exerce funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático [...]” (MOREIRA NETO, 2008).

3.1 EMISSÃO DE PARECER PRÉVIO EM CONTAS CONSOLIDADAS DE PREFEITOS

Segundo a Constituição Federal, o órgão competente para emitir Parecer Prévio acerca das contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, é o Tribunal de Contas, conforme exposto no art. 71, inc. I.

Sobre o termo “prévio”, este traduz a ideia de que o Parecer é emitido antes do julgamento, pelo Poder Legislativo, das contas prestadas anualmente pelo Poder Executivo (SILVA, 2003).

Existem doutrinadores e historiadores que entendem que a emissão de parecer prévio pelos Tribunais de Contas é a função mais importante dos referidos órgãos, pois trata-se da análise técnica da gestão global anual dos chefes do Poder Executivo, abarcando todas as Unidades Gestoras/órgãos e Poderes do Município.

Para fins de emissão de parecer prévio das contas prestadas pelos Prefeitos (governo), é necessária a atenção a regramento específico de natureza normativa, legal e procedimental.

No Estado do Tocantins, pode ser citada a Instrução Normativa TCE/TO nº 02, de 15 de maio de 2019, que versa sobre como as contas consolidadas devem ser prestadas ao Tribunal de Contas, e a Instrução Normativa TCE/TO nº 02, de 15 de maio de 2013, que dispõe sobre os critérios que serão observados para fins de apreciação do colegiado.

Ressalta-se que a análise efetuada em contas consolidadas é diferente da efetuada em contas de ordenador de despesa, visto que questões de macro gestão são examinadas na primeira, como as aplicações de recursos na saúde, educação, FUNDEB, índices alcançados no IDEB, se o repasse ao poder legislativo foi feito de acordo com os limites estabelecidos, se não houve descumprimento do limite máximo com despesa com pessoal, resultados orçamentários, financeiros e patrimoniais, dentre outras informações relevantes.

Uma vez prestadas as contas, com toda documentação e demonstrativos exigidos, cabe ao corpo técnico efetivo elaborar o Relatório de Análise de Prestação de Contas Consolidadas, no qual constam diversas informações relevantes para a instrução processual, como dados a respeito dos responsáveis, elaboração e execução orçamentária, a respeito das receitas e de inscrições em dívida ativa, das despesas. Além disso, são detalhadas diversas formas de análise a respeito das alterações orçamentárias ocorridas (anulações, suplementações, créditos especiais, extraordinários).

Também são analisados os principais demonstrativos contábeis (Balanço Orçamentário - que compara as receitas e despesas orçamentárias; Balanço Patrimonial - que informa os valores de bens e direitos, bem como das obrigações e do patrimônio líquido, e ainda apura o resultado financeiro do exercício; Balanço Financeiro - que informa a movimentação financeira e patrimonial que influenciaram no "caixa" e "equivalente de caixa" e a Demonstração das Variações Patrimoniais - que, como o nome já diz, compara as variações positivas e negativas durante o exercício).

Por fim, também são analisados alguns Demonstrativos exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Relatório Resumido de Execução Orçamentária - RREO e Relatório de Gestão Fiscal - RGF), nos quais são apurados os limites mínimos aplicados na Saúde, na Educação e no FUNDEB, além da Receita Corrente Líquida e o Demonstrativo de Despesa com Pessoal, e demais informações relevantes.

Posteriormente à instrução inicial pelo corpo técnico, o processo é encaminhado ao(à) Conselheiro(a) relator(a) das contas, de acordo com o sorteio efetuado em plenário, das listas de unidades jurisdicionadas vinculadas a cada Relator, conforme previsto no art. 163 da Lei nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001 (Lei Orgânica) e art. 191 do Regimento Interno do TCE/TO.

Após instrução processual completa, o relator promove a abertura do contraditório e da ampla defesa, determinando a citação do(s) responsável(is) pelas possíveis irregularidades eventualmente verificadas.

Após os responsáveis apresentarem suas alegações de defesa a respeito das possíveis irregularidades apontadas, o corpo técnico analisa essas justificativas e se manifesta conclusivamente a respeito da apreciação dessas contas, sendo pela "Aprovação" ou "Rejeição".

O processo segue para o Ministério Público de Contas, os qual emite seu parecer conclusivo, a respeito do possível julgamento.

Por fim, aporta aos Conselheiros Relatores para análise, os quais elaborarão seu voto a respeito do processo. Em seguida, será apresentado em Câmara específica da Corte de Contas, ocasião em que será debatido e apreciado pelos demais conselheiros presentes (total de 3 Conselheiros em cada Câmara), conforme prevê os arts. 292, 295 e 331 do Regimento Interno. Podendo a emissão do Parecer Prévio ser pela "Aprovação" ou "Rejeição". Sendo pela Rejeição, os responsáveis podem solicitar o Reexame da matéria, que será apreciada e votada em Plenário (total de 7 Conselheiros), conforme exposto nos arts. 34, 291, 302 do mesmo dispositivo.

Apesar do referido parecer ter natureza opinativa, somente deixará de prevalecer, se 2/3 dos membros votarem em sentido oposto, visto que cabe ao Poder Legislativo Municipal a competência de julgar as referidas contas, conforme art. 31 da Constituição Federal, *in verbis*.

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Pela sua própria definição, o Parecer do TCE/TO é emitido previamente, porque dele deve derivar o julgamento final de competência exclusiva do Poder Legislativo, tal pronunciamento não é vinculante, conforme previsto no § 2º do art. 31 e inc. I do art. 71 da CF/88. Os representantes do povo encontrarão auxílio preciso e imprescindível para julgar político-administrativamente o Chefe do Poder Executivo local.

Ressalta-se que, apesar de opinativo, irregularidades verificadas podem ser objeto de abertura de processos apartados dentro da Corte de Contas, visando a averiguação dos motivos que ensejaram tal conduta, podendo levar a sanções pecuniárias aos responsáveis, conforme art. 28 do Regimento Interno do TCE/TO.

4. MEDIDAS ADOTADAS PELO TCE/TO

Existem diversos momentos na elaboração do Relatório de Análise de Prestação de Contas - Consolidadas, emitido pelo corpo técnico do TCE/TO, em que as Despesas de Exercícios Anteriores tiveram destaque. Inicialmente na análise da execução orçamentária, na qual expõe a execução de Despesa de Exercício Anterior em cada Grupo de Natureza de Despesa do exercício anterior, do exercício em análise e do exercício seguinte, conforme ilustração a seguir:

Imagem 1 - Exposição do registro de Despesas de Exercícios Anteriores

Quadro 14 - Despesas de Exercícios Anteriores

Categoria Econômica / Grupo de Despesas	2018	2019	2020
3.1_92 - Pessoal e Encargos	3.608,16	0,00	0,00
3.2_92 - Juros e Encargos da Dívida	0,00	0,00	0,00
3.3_92 - Outras Desp. Correntes	424.561,65	1.001,13	867,60
4.4_92 - Investimentos	0,00	0,00	0,00
4.5_92 - Inversões Financeiras	0,00	0,00	0,00
4.6_92 - Amortização da Dívida	0,00	0,00	0,00
TOTAL	428.169,81	1.001,13	867,60

Fonte: Arquivo Empenho de cada Exercício

Fonte: Relatório de Análise de Prestação de Contas Consolidadas - TCE/TO.

Nota-se que neste caso, "aparentemente", a gestão de 2018 e 2019 se preocupou com o planejamento orçamentário e financeiro do município em análise, visto que não houve comprometimento do orçamento do exercício seguinte, oriundos de obrigações passadas.

Posteriormente, também na análise da execução orçamentária, especificamente quanto ao resultado (superávit ou déficit) orçamentário do exercício, foi inserida em local específico a execução orçamentária de Despesas de Exercícios Anteriores, registradas no exercício seguinte, para fins de apuração de resultado fidedigno. Exemplo: Ao analisar o resultado orçamentário do exercício de 2019, é levada em consideração a execução de "DEA" no exercício de 2020. Portanto, se o resultado inicial aponta para superávit orçamentário de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), busca-se no exercício seguinte o valor de R\$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais) executado como DEA, para se apurar como resultado orçamentário do exercício de 2019, o valor de (R\$ 500.000,00 - R\$ 850.000,00) R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), de déficit orçamentário.

O Balanço Patrimonial deve demonstrar o ativo financeiro e permanente, passivo financeiro e permanente, o saldo patrimonial e as contas de compensação, além de apurar o superávit financeiro do exercício, conforme exposto no art. 43, § 2º, da Lei nº 4.320/1964. O superávit financeiro é a diferença entre o ativo e o passivo financeiro, conjugando-se os créditos adicionais transferidos e as operações de créditos a eles vinculadas.

Portanto, ao se apurar superávit financeiro, são levadas em consideração suas obrigações empenhadas e não pagas no exercício (Restos a Pagar), contudo, ao se deixar de registrar essas obrigações tempestivamente, o Relatório de Análise é emitido no sentido de que o resultado financeiro não é real, visto que considerando a execução de DEA no exercício seguinte, pode-se apurar na realidade um déficit financeiro do exercício, na medida em que, apesar de não pagas, aquelas obrigações deveriam estar registradas como Restos a Pagar.

Na análise da Demonstração das Variações Patrimoniais, cujo o objetivo é evidenciar as alterações ocorridas no Patrimônio durante o exercício, resultantes ou independentes da Execução Orçamentária e indicar o Resultado Patrimonial do exercício, após confrontar as Variações Patrimoniais Aumentativas com as Variações Patrimoniais Diminutivas apura-se o resultado patrimonial do exercício. Contudo, também é efetuada a busca da existência de DEA na execução do orçamento do exercício seguinte, visto que as referidas obrigações deveriam ter impactado as Variações Patrimoniais Diminutivas no exercício em análise. Com isso, é apurado novo resultado patrimonial.

Ressalta-se que o entendimento a respeito de ressalvar ou manter irregularidades oriundas de resultados deficitários não é unanimidade dentro da Corte de Contas do Tocantins, nada obstante, o tema vem sendo debatido e abordado a cada Sessão (Câmara e Plenário), podendo tão logo haver um entendimento majoritário no sentido de não relevar a falta de planejamento e responsabilidade orçamentária, financeira e patrimonial por parte dos gestores.

5.CONCLUSÃO

Abordou-se as partes conceituais das Normas Gerais do Direito Financeiro no Brasil, a responsabilidade fiscal e o equilíbrio entre receitas e despesas durante o exercício, bem como foram demonstrados os registros da DEA nos municípios tocantinenses de 2013 a 2020 e, por último, elencadas as medidas que o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins vem tomando no sentido de inibir a utilização deste artifício como forma de maquiar resultados orçamentários, financeiros e patrimoniais do exercício.

O tema demonstra ter grande importância na busca do cumprimento dos princípios da transparência e da legalidade na gestão pública.

Foi ressaltado que a DEA pode estar sendo utilizada como mecanismo para transferir impactos de despesas orçamentárias, evitando, com isso, a demonstração de desequilíbrios orçamentários, financeiros e patrimoniais nos municípios.

Não obstante dispositivos legais e normativos permitirem sua utilização, a DEA deve ser utilizada em caráter excepcional, após formalização de processo administrativo específico, devidamente justificado por autoridade competente.

Pode-se concluir que independentemente de sua motivação, a utilização da DEA gera impactos consideráveis nos resultados orçamentários, financeiros, patrimoniais e até mesmo no cumprimento de limites legais e constitucionais, ensejando indicadores fictícios no ano anterior, retardando, portanto, a percepção dos agentes econômicos da real situação das contas públicas.

Apesar de não ser regra, a utilização deste artifício no sentido de ocultar resultados indesejados. É possível concluir que cabe ao Tribunal de Contas como órgão fiscalizador e orientador, capacitar de forma direta os gestores e responsáveis pelas prestações de contas municipais a respeito da correta utilização da Despesa de Exercício Anterior e dos possíveis impactos que podem gerar.

Nesse sentido, o TCE/TO emitiu decisões (Acórdãos e Pareceres Prévios) recentes no sentido de que os responsáveis adotem medidas visando um planejamento mais eficiente, demonstrando os impactos orçamentários-financeiros fidedignos, além de se posicionar pela "Reprovação de Contas Consolidadas" e aplicar sanção, conforme segue:

Acórdão TCE/TO Nº 955, de 21 de janeiro de 2022 - Primeira Câmara

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em: (...) 8.2. Determinar à atual gestora do Fundo Municipal de Assistência Social de Lizarda - TO que adote as medidas necessárias para que as impropriedades apontadas nos autos não voltem a ocorrer, destacando-se: (...) c) na realização de despesas cumpram o disposto nos artigos 59 e 60 Lei nº 4.320/64 e arts. 15 a 17 e art. 50, II, ambos da Lei Complementar nº 101/2000, de modo que seja realizado o controle do impacto orçamentário-financeiro da despesa e que a contabilidade demonstre com fidedignidade todas as transações que impactam no patrimônio e na execução do orçamento público. Assim, o reconhecimento de despesas de exercícios anteriores deve ter caráter excepcional, e desde que cumpridos os requisitos do artigo 37 da Lei nº 4.320/64, de modo a evitar o reconhecimento posterior de despesas cujo fato gerador já era passível de mensuração e registro contábil à época dos fatos ocorridos, itens 8.5.5 a 8.5.7 do voto.

Parecer Prévio TCE/TO Nº 80, de 08 de dezembro de 2021 - Segunda Câmara:

8.2. Determine ao atual Gestor do Município de Dueré -TO, que: (...) 20) Determine que nas próximas contas as despesas relativas a folha de pagamento e encargos previdenciários (não pagas no exercício) sejam registradas (empenhadas/liquidadas) no exercício de sua competência, evitando a utilização do Elemento de Despesa: "92 - Despesas de Exercícios Anteriores", cumprindo os Princípios Contábeis e os artigos 83 a 100 da Lei Federal nº 4.320/64. Quanto ao 13º Salário, a Lei Federal nº 4.090/62 e a Lei Federal nº 4.749/65, regulamentadas pelo Decreto Federal nº 57.155/65 estabelece que a

sua totalidade deve ser paga (empenhada e liquidada) até 20 de dezembro do ano corrente;

Parecer Prévio TCE/TO Nº 76, de 18 novembro de 2021 - Segunda Câmara

8.1 Recomendar a REJEIÇÃO das Contas Anuais Consolidadas do Município de Palmeirópolis - TO, referentes ao exercício financeiro de 2017, gestão do Senhor Fábio Pereira Vaz, Prefeito à época, nos termos dos artigos 1º inciso I; 10, III e 103 da Lei Estadual nº 1.284/2001 c/c artigo 28, do Regimento Interno, sem prejuízo do julgamento das contas dos ordenadores de despesas e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores, relativas ao mesmo período, em razão de: 1) No exercício de 2018 foram empenhados até 28 de fevereiro de 2018 o montante de R\$ 595.279,84 de Despesas de Exercício Anteriores. Considerando que até 28/02/2018 foram empenhados R\$ 6.972.740,72, o percentual de 8,54% das despesas empenhadas referem-se a Despesas de Exercícios Anteriores, o que descumpra o art. 60 da Lei Federal nº 4.320/64. (Item 5.1.2 do Relatório de Análise);

Acórdão TCE/TO Nº 351, de 02 de junho de 2021 - Segunda Câmara

I. Julgar Irregulares a Prestação de Contas de Ordenador de Despesas do Fundo Municipal de Assistência Social de Santa Tereza do Tocantins, exercício de 2019, de responsabilidade da Senhora Elizangela Silva Santos, à época Gestora, Juliana Lustosa Araújo, à época responsável pelo Controle Interno e Danilo Corado Lopes, à época Contador, nos termos do art. 85, II, da LO-TCE/TO, c/c art. 76, § 2º, do RI-TCE/TO. II. Aplicar multa a Sra. Elizangela Silva Santos, à época Gestora à época, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sendo R\$ 1.000,00 para cada irregularidade descrita, com base nos arts. 37 e 39, II da Lei nº 1.284/2001 c/c os arts. 156, I, 157, § 1º, 159, II, do Regimento Interno, a ser recolhida à conta do Fundo de Aperfeiçoamento Profissional e Reequipamento Técnico do TCE, referente a seguinte impropriedade constante no teor do Voto. b) No exercício em análise, foram realizadas despesas de exercícios anteriores no valor de R\$ 34.471,49, em desacordo com os arts. 18, 43, 48, 50, 53 da LC nº 101/2000 e arts. 37, 60, 63, 65, 85 a 106 da Lei nº 4.320/64. (Item 4.1.2. do relatório).

Este trabalho buscou demonstrar a importância no planejamento orçamentário-financeiro eficiente e controlado, bem como da gestão registrar suas obrigações tempestivamente, ou seja, de acordo com o fato ocorrido, bem como nos possíveis impactos contábeis e consequências na utilização de DEA de forma habitual e não excepcional. Destaco também que cabe analisar cada prestação de contas de forma individual, pormenorizando os motivos que ensejaram a execução de despesas em momentos posteriores, cabendo inclusive, em casos específicos, a aplicação de sanções aos responsáveis, quando comprovado que houve deliberada tentativa de burla aos resultados.

REFERÊNCIAS

SILVA, Cleber Demetrio de Oliveira da (2003). Considerações sobre os sujeitos do Parecer Prévio dos Tribunais de Contas e seus reflexos jurídicos e políticos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4717/consideracoes-sobre-os-sujeitos-do-parecer-previo-dos-tribunais-de-contas-e-seus-reflexos-juridicos-e-politicos>> . Acesso em: 11/10/2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Rio de Janeiro: Fórum, 2008.

MAUSS, César Volnei. Análise de demonstrações contábeis governamentais: instrumento de suporte à gestão pública. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO JÚNIOR, José Teixeira e REIS, Heraldo da Costa. A Lei nº 4.320 Comentada e Lei de Responsabilidade Fiscal. Revista e Atualizada por Heraldo da Costa Reis. 35. ed. Rio de Janeiro: Ibm, 2015.

LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas. 7ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

KOHAMA, Heilio. Contabilidade Pública: teoria e prática. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FEIJÓ, Paulo Henrique; PINTO, Jorge de Carvalho Júnir; RIBEIRO, Carlos Eduardo. Entendendo a Contabilidade Orçamentária Aplicada ao Setor Público. 1ª ed. Brasília: Gestão Pública, 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito constitucional descomplicado. 14. ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11/10/2021.

BRASIL. Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2020. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10028.htm>. Acesso em 05/10/2021

Tribunais de Contas do Brasil - Jurisdição e Competência. 2ªed. ver., atual. e aml. Belo Horizonte. Fórum, 2005.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. 9ª. ed. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. Brasília: STN/Coordenação-Geral de Contabilidade, 2021. Disponível em <<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2021/26>>. Acesso em: 12/03/2022.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em 04/10/2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em 04/10/2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acesso em: 08/10/2021.

BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm>. Acesso em: 10/10/2021.

TOCANTINS. Lei nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e dá outras providências. Disponível em: <<https://app.tce.to.gov.br/scl/publico/app/index.php>>. Acesso em: 12/03/2022.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Regimento Interno. Disponível em <<https://app.tce.to.gov.br/scl/publico/app/index.php>> - Legislação - Regimento Interno>. Acesso em: 12/03/2022.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Instrução Normativa nº 02, de 15 de maio de 2019. Versa sobre apresentação das contas anuais consolidadas prestadas pelos chefes dos poderes executivos municipais. Disponível em <<https://app.tce.to.gov.br/scl/publico/app/index.php> - Legislação - Instrução Normativa>. Acesso em: 12/03/2022.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Instrução Normativa nº 02, de 15 de maio de 2013. Estabelece critérios que devem ser observados para apreciação e julgamento das contas anuais de Governo e gestão no âmbito deste Tribunal de Contas. Disponível em <<https://app.tce.to.gov.br/scl/publico/app/index.php> - Legislação - Instrução Normativa>. Acesso em: 12/03/2022.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS PELAS MÁQUINAS DOTADAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

ERIVANDO JOTER DA SILVA: Formado em Direito pela UFCE e pós-graduação em Tributário pelo CERS e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Pró-Minas. Atualmente servidor público federal (PRF)

ANDRÉ HELLISON OLIVEIRA VERISSIMO

(coautor)

Resumo: A constante evolução tecnológica em que vivemos é capaz de influenciar ou modificar várias áreas da sociedade contemporânea. É comum a implantação de novas tecnologias nos mais variados campos do saber e áreas da sociedade brasileira e mundial. Deste modo, tal evolução é capaz de ocasionar uma necessidade de atualização até mesmo no campo jurídico e especificamente na disciplina da responsabilidade civil. Este artigo aborda assunto referente a inteligência artificial, especificamente sobre a responsabilização pelos danos causados por máquinas ou software dotados de inteligência artificial cujas tarefas sejam executadas de forma autônoma, isto é, sem o comando ou intervenção humana. Nessa perspectiva, se analisa o conceito de inteligência artificial, breve histórico e formas de materialização na sociedade atual. Abordará a responsabilidade por eventuais danos causados a terceiros e as tendências e necessidade de atualização do sistema jurídico brasileiro relacionada a responsabilidade civil ocasionadas por uso de máquinas inteligentes. No tocante a metodologia, afirma-se que a pesquisa possui natureza bibliográfica, cujo foco foi a busca da análise da responsabilidade civil desencadeada pelo uso da inteligência artificial e qual sua repercussão e novas tendências na vida do operador do direito como um todo e seus impactos para a sociedade. Em arremate, avaliou-se e concluiu-se que a inteligência artificial é uma nova ferramenta em ascensão que requer análise conjunta de operadores do direito, operadores dos ramos tecnológicos e a sociedade como um todo com escopo de garantir eventual reparação de dano ocasionado pelo uso destas máquinas inteligentes mas sobretudo tendo cuidado para não inviabilizar a necessária evolução tecnológica que passamos tendo em vista esta proporcionar mais fatores positivos do que dissabores pois não constitui uma ameaça de desemprego aos seres humanos, mas sim uma evolução em que a utilização desta tecnologia traz aspectos benéficos para a sociedade e a responsabilidade por hora deve ser atribuída ao homem e não máquina.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Responsabilidade civil. Danos a terceiros. Atualização jurídica.

Abstract: *The constant technological evolution in which we live is capable of influencing or modifying several areas of contemporary society. The implementation of new technologies in the most varied fields of knowledge and areas of Brazilian and world society is common. In this way, such evolution is capable of causing a need for updating even in the legal field and specifically in the discipline of civil liability. This article addresses the subject of artificial intelligence, specifically on liability for damage caused by machines or software endowed with artificial intelligence whose tasks are performed autonomously, that is, without human command or intervention. From this perspective, the concept of artificial intelligence, brief history and forms of materialization in current society are analyzed. It will address the responsibility for any damages caused to third parties and the trends and need to update the Brazilian legal system related to civil liability caused by the use of intelligent machines. Regarding the methodology, it is stated that the research has a bibliographic nature, whose focus was the search for the analysis of civil liability triggered by the use of artificial intelligence and what is its repercussion and new trends in the life of the legal operator as a whole and its impacts for the society. In conclusion, it was evaluated and concluded that artificial intelligence is a new tool on the rise that requires a joint analysis of rights operators, operators of technological branches and society as a whole with the scope to guarantee eventual repair of damage caused by its use. of these intelligent machines, but above all, taking care not to hinder the necessary technological evolution that we have gone through, with a view to providing more positive factors than drawbacks as it does not pose a threat of unemployment to human beings, but an evolution in which the use of this technology brings aspects beneficial to society and responsibility for the hour must be assigned to man and not machine.*

Keywords: *Artificial intelligence. Civil responsibility. Damages to third parties. Legal update.*

1 Introdução

Este artigo investiga essencialmente o uso de uma importante e atual ferramenta tecnológica em ascensão na sociedade contemporânea brasileira e mundial, qual seja, a inteligência artificial e aborda como essa inovação tecnológica pode influenciar no estudo da disciplina de responsabilidade civil.

Partindo da premissa de que a inteligência artificial é tema inovador e de inevitável concretização e consolidação em breve espaço de tempo, o presente artigo visa discutir a compreensão da inteligência artificial, bem como as implicações de sua utilização, a necessidade de atualização dos operadores do Direito e, por fim, analisar eventual responsabilidade por eventual reparação de danos.

Receia-se que a utilização dessa inovação tecnológica cause eventual desemprego em massa devido à substituição de homens por máquinas. Outro temor existente consiste em o operador do Direito ou o próprio Direito não conseguir se atualizar para acompanhar

ou utilizar tal ferramenta como aliada na prestação de serviço à comunidade e a questão da responsabilidade civil por eventuais danos causados a terceiros.

Para realização deste estudo tornou-se necessário, antes de tudo, compreender o que se entende por inteligência artificial para depois identificar as implicações de sua utilização e quais tendências devem seguir aqueles que vivem em constante uso dessa fenomenal inovação. Eventual responsabilização decorrente de eventual dano ocasionado pelo uso dessa ferramenta merece ser devidamente analisada no presente estudo, simultaneamente às restrições de ordem constitucional e legal oriundas de sua utilização.

Justifica-se sua produção pela relevância e atualidade do tema, pela crescente utilização e funcionalização dessa inovadora ferramenta tecnológica, pela dúvida, insegurança e anseio dos operadores do Direito na utilização da ferramenta, bem como pela necessidade de se esclarecer sobre a responsabilização por eventuais danos causados a terceiros, quando ocasionados pelo uso da inteligência artificial.

O problema específico a ser respondido neste artigo é: Quem é o responsável por eventual dano causado a terceiro, a máquina ou o homem por trás da máquina?

Em suma, delimitando a problemática, não se analisa a inteligência artificial aplicada de forma genérica, mas sim direcionada à sua compreensão, aplicação e responsabilização no campo jurídico.

Este artigo tem como objetivo geral analisar a responsabilidade civil decorrente do uso da inteligência artificial. Com relação aos objetivos específicos, dividem-se em compreender a inteligência artificial e sua relação com o ordenamento jurídico pátrio, bem como as implicações de sua utilização; apresentar a necessidade de atualização dos operadores do Direito e do Direito aplicado; e analisar eventual responsabilidade por eventual reparação de danos.

A metodologia adotada consiste na técnica da pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, desenvolvida a partir de material já publicado, de natureza básica, do tipo – explicativo-descritivo, com o emprego do método indutivo.

Para isso, o texto se inicia por uma panorâmica explanação e definição de inteligência artificial, compreendendo seus contornos originais, para abordar, em seguida, algumas formas de materialização do instituto e a profunda transformação que vem se ocasionando na sociedade contemporânea. Somente a partir disso abordam-se suas principais repercussões e, enfim, discutem-se os limites da responsabilização das máquinas dotadas de inteligência artificial por eventuais danos causados a terceiros.

2 Inteligência artificial

A inteligência artificial é uma realidade incontestável na vida do homem contemporâneo, encontrada tanto nas mais simples quanto nas mais complexas atividades e interações que estabelece no cotidiano. Um dos exemplos mais populares de utilização desse tipo de tecnologia é o atendimento prestado por assistentes virtuais quando se procura entrar em contato com alguma organização.

As aplicações de inteligência artificial estão presentes em vários campos do saber, como na Economia, na Arte, na Medicina, na Computação e na Engenharia, entre outros, possibilitando a otimização dos processos, a redução do tempo gasto com a realização de tarefas e a eliminação dos erros humanos. Tais exemplos permitem mencionar os impactos mais evidentes da utilização dessa tecnologia.

No campo da Arte, mais especificamente no Cinema, é comum a utilização da inteligência artificial para a idealização de sociedades futurísticas nas quais objetos como máquinas do tempo, carros voadores e robôs humanizados a ponto de adquirir e produzir conhecimentos, por exemplo, integram a vida das pessoas.

No âmbito laboral, alguns autores, como Taurion (2019), presidente do Instituto de Inteligência Artificial Aplicada (I2A2), defendem que algumas profissões se tornaram desnecessárias, ficaram ultrapassadas ou simplesmente serão exercidas de forma diferente de da adotada hoje em dia, “[...] com robôs e humanos atuando em colaboração”.

Como observa Susskind (PAPO, 2016), aquilo que levou os indivíduos a se tornarem médicos, contadores ou advogados, por exemplo, está mudando por força da tecnologia, e o exercício das profissões que abraçaram agora exige um novo conjunto de habilidades, algumas ainda desconhecidas da maioria, implicando sobretudo o abandono das práticas tradicionais e a adoção de posturas que resultem na mais acessível e menos onerosa solução efetiva dos problemas daqueles que os procuram.

Os debates sobre a inteligência artificial e suas repercussões, apesar de intensificados nos últimos tempos, remontam ao ano de 1950, quando Alan Turing publicou o artigo *Computer machinery and intelligence*⁴², no qual questiona a capacidade das máquinas de pensar (TURING; MADEIRA, 2021).

Importante salientar também que essa inovação não está ligada exclusivamente à área jurídica. Há algum tempo é comum deparar com filmes tentando antecipar muitas tecnologias futurísticas que se supunham acontecer no futuro.

Não se conhece ainda uma definição precisa de inteligência artificial. Sabe-se que se

⁴²Tradução retirada de Turing textos e editada pela Revista Movimento, em 23 de junho de 2021, dia e mês de nascimento de Alan Turing em 2012, do artigo publicado originalmente na Revista de Filosofia *Mind* em outubro de 1950.

trata de ramo da Ciência da Computação ligado à alta tecnologia capaz de executar trabalhos, geralmente desenvolvidos por seres humanos. Quando os termos são tomados separadamente, concebe-se facilmente que o adjetivo artificial se aplica a tudo que é produzido pelo homem (ROSA, 2011), embora a mesma objetividade não possa ser empregada no caso de inteligência, que abrangeria atividades “[...] relacionadas com o processamento simbólico, reconhecimento de imagens e tudo o que envolva ‘aprendizado’” (p. 3).

De acordo com Cozman e Neri (2021), o que caracteriza a inteligência artificial é que o “[...] agente inteligente de forma geral deve ser capaz de representar conhecimento e incerteza; de raciocinar; de tomar decisões; de aprender com experiências e instruções; de se comunicar e interagir com pares e com o mundo” (p. 22-23).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o aprendizado está no cerne dessa tecnologia, e o maior desafio que os pesquisadores na área da inteligência artificial enfrentam é o de descobrir como implantar nos computadores algumas das capacidades humanas no âmbito desse processo, que de acordo com Aurora ([2019]) “[...] inclui a aquisição de novas formas de conhecimento: o desenvolvimento motor e a habilidade cognitiva [...], a organização do novo conhecimento [...] e as descobertas de novos fatos e teorias através da observação e experimentação”.

Uma das aplicações substanciais da inteligência artificial consiste na formulação de previsões, desde as mais generalizadas no âmbito das mais diversas áreas do conhecimento até as mais específicas no tocante às preferências do indivíduo, possibilitando, com isso, que se fundamentem “[...] decisões sobre as suas vidas, seja no mercado, seja nas suas relações com o Estado, influenciando diretamente o seu acesso a bens, serviços e mesmo ao mercado de trabalho” (DONEDA *et al.*, 2018, p. 4) Alimentadas por dados pessoais processados por intermédio de algoritmos, essas decisões tornam-se cada dia mais relevantes para as pessoas.

A inteligência artificial tem como sua principal fonte de conhecimento, o fornecimento de dados das mais variadas formas, dentre eles os dados pessoais, que servem para individualizar o ser humano.

Em todo caso, importante esclarecer que a qualidade da inteligência artificial e conseqüentemente da tomada de decisões está diretamente ligada à qualidade dos dados armazenados, aprendidos e transformados em conhecimento (BAROCAS, 2015).

Atualmente, devido a toda essa evolução da tecnologia, no que diz respeito a inteligência artificial cumpre dizer que estamos diante da Quarta Revolução Industrial (SCHAWAB, 2016).

Diante do surgimento dessa poderosa ferramenta tecnológica, bem como sua inevitável consolidação, cumpre dizer que os operadores do Direito e a sociedade em geral devem estar preparados para compreender as vantagens da inteligência artificial, bem como enfrentar os problemas oriundos de sua utilização.

3 Aplicação da inteligência artificial no Direito

Na seara jurídica não basta apenas saber que a inteligência artificial existe e compreender as vantagens que ela pode proporcionar, é necessário também utilizá-la, fazer dessa ferramenta inovadora uma aliada, pretensão que não se mostra simples de concretizar.

Como foi demonstrado, as transformações sociais na sociedade contemporânea estão cada vez mais presentes e tal fato é fruto de discussões acadêmicas e sociopolíticas. No entanto, cumpre dizer que não se trata agora de mera discussão, mas de realidade a ser enfrentada por todos, implicando que em maior ou menor tempo, os indivíduos e as instituições em geral deverão ajustar seus comportamentos e processos a essa nova realidade.

A chegada da inteligência artificial no mundo jurídico, apesar das mudanças que ainda irá produzir na forma como os advogados exercem sua profissão, no entendimento de Susskind (PAPO, 2016), já desalojou os operadores do Direito da zona de conforto em que até então se encontravam, forçando-os a incorporar em sua prática o uso de ferramentas como por exemplo a busca inteligente de jurisprudências.

Outro exemplo de aplicação da inteligência artificial na área jurídica pode ser identificado nas relações envolvendo contratos, nas quais já se verifica uma utilização de ferramentas inteligentes no processo de formação dos contratos.

No ambiente dos tribunais, o Supremo Tribunal Federal (STF) utiliza um sistema de inteligência artificial denominado "Victor" no processamento dos recursos extraordinários que chegam à Corte Suprema, para identificar os temas de repercussão geral mais incidentes. A ferramenta também tem sido empregada em outras atividades, a exemplo da busca de decisões e peças no acervo do STF, da leitura, separação e ordenação das peças processuais de uso corrente no Tribunal e da conversão de imagens em textos e a localização de decisões e, mas tem potencial para desenvolver novas habilidades, contribuindo para acelerar a tramitação dos processos e aumentar a eficiência na prestação jurisdicional (BRASIL, 2018).

Apesar de o presente estudo delimitar a análise da inteligência artificial ligada à área jurídica, por óbvio que tal análise não deve ser feita de modo estanque, circunscrita ao mundo jurídico, pois a sociedade é complexa. Além do Direito, tem-se a Política, a

Economia, a Arte, a Medicina, a Educação, entre outras áreas.

Nesse sentido, Rodrigues e Neves (2012, p. 24) explicam que “tais sistemas não são isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim que as ‘partes’ ou os ‘elementos’ de tais sistemas interagem uns com os outros e somente entre si”.

Morin compreende que a sociedade é complexa. A visão complexa do escritor se origina em teoria da informação e cibernética. Segundo o autor, complexo significa tecer junto, é a união da unidade e da multiplicidade. No caso de uma sociedade complexa, é levar em conta as dimensões econômica, política, cultural, psicológica, afetiva e mitológica dessa sociedade (MORIN, 2004).

Para alguns pensadores a complexidade é sinônimo de modernidade, porquanto abrange a totalidade das possibilidades que existem no mundo (NEVES, 2012). Para Whitby (2004, p. 47), “[...] o conhecimento humano é uma coisa complexa. É frequentemente produto da experiência, em vez de simples aprendizado”.

Pode-se dizer que o estudo da sociedade envolve todas as partes relacionadas entre si, ou seja, as propriedades da sociedade como sistema social não podem ser descritas em si, sem se analisar as condições de seus elementos em separado e as relações existentes entre eles (URREA; ATEHORTÚA; VALDERRAMA, 2009).

A análise sistêmica permite que se analise o todo, não menosprezando a análise de suas partes em separado, bem como suas inter-relações comunicativas. Uma análise sistêmica da sociedade proporciona o entendimento do mundo contemporâneo em que se vive relacionando todas as suas interações que compõem o sistema social.

De modo geral, pode-se dizer que a inteligência artificial poderá auxiliar a Decisão Judicial ao funcionar como um receptor de dados fornecidos ou que circula pelo sistemas em geral. Ou até mesmo quando essa ferramenta tem uma faceta mais complexa, na qual opera e processa fluxos de dados e transforma-os em conhecimento para ser aplicado pelo Direito, enviando-os para o seu interior, auxiliando-o assim na efetivação do próprio Direito e na tomada de decisão.

Não há dúvidas de que a Inteligência Artificial está mais desenvolvida em outras áreas do conhecimento como Medicina, Marketing, Indústria e Comércio, entretanto no ramo do Direito pode-se notar algumas aplicações e forte tendência de consolidação e aperfeiçoamento a médio ou longo prazo dessa inovação, que se mostra como ferramenta facilitadora da atuação dos operadores do Direito, que já compreendem as vantagens e a necessidade de inserção nesta nova ferramenta.

Podemos inferir que estamos percorrendo um caminho, sem volta, em que um programa inteligente se consolida para atuar como um suporte à Decisão Judicial baseada

na inteligência artificial, onde, entre outras habilidades, a informação é transformada em conhecimento e subsídio para decisão.

A Inteligência Artificial aplicada ao Direito não pode atuar apenas como um banco de coleta de dados (inputs) dos quais se utiliza para produzir informações (outputs) que irão subsidiar a posterior tomada de decisão. É necessário que transcenda essa mera engenharia objetiva e acompanhe as informações produzidas de julgamentos, baseados em experiências anteriores, bom senso, ética, sentimentos essencialmente humanos, portanto complexos, que somente a médio ou longo prazo a máquina será capaz de desenvolver, ainda que de modo aproximado.

Nesse sentido, tais programas de inteligência devem atuar seletivamente na captação de informações do meio ambiente, tornando-se capazes de compreender, desenvolver e criar novos conhecimentos, ou seja, extrair aprendizados das suas próprias experiências, de modo semelhante ao comportamento do homem em seu dia a dia.

Há que se ver a Inteligência Artificial como aliada na divisão de tarefas. Isso porque sempre existirão tarefas que continuarão sendo exercidas pelo homem, embora cada vez mais atividades passarão a ser executadas por máquinas.

Nesse sentido, existem tarefas que, embora menos complexas, tornam-se muito penosas para serem executadas por seres humanos, como por exemplo ler centenas de páginas em poucas horas, armazenar uma quantidade enorme de informações e mais, nunca esquecer! ou ainda realizar atividades repetitivas, pesquisar jurisprudência ou atualizar constantemente a legislação.

No entanto, existem tarefas, inclusive e principalmente no âmbito jurídico, que necessitam da cognição humana, do bom senso, do sopesamento de princípios, da ética, etc. Tais tarefas, pelo menos por hora, devem continuar sendo exercidas pelo homem, que terá mais tempo para se dedicar a essas atividades, diga-se, mais complexas, relegando o que se pode denominar de tarefas braçais às máquinas inteligentes.

É preciso maturidade para se compreender que a inteligência artificial não surge do nada, ela se forma a partir de dados que são captados ou inseridos nas máquinas dotadas dessa tecnologia, e que se esses dados forem ultrapassados, preconceituosos ou possuírem contornos políticos, essa inteligência artificial tenderá a repassar essas características que são indesejadas para um sistema como o jurídico, do qual se exige que seja atual, imparcial e ético.

Dito isso, conclui-se a análise do presente tópico arrematando que a qualidade da inteligência artificial será tão boa quanto melhor for a qualidade dos dados inseridos nas máquinas dotadas dessa tecnologia, e que a inteligência artificial, devidamente produzida,

não deve representar ameaça, pois se trata de uma aliada, tendo em vista tratar-se de fato indubitável que certas atividades são mais bem desempenhadas pelas máquinas se não pelos homens.

4 A responsabilidade civil e a inteligência artificial

Em linguagem clara e direta, a responsabilidade civil tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro e consiste na obrigação imputada a alguém de reparar danos causados a outrem, de ordem material ou moral, em decorrência de uma conduta.

É sabido que no ordenamento jurídico pátrio apenas pessoas físicas ou jurídicas podem ser titulares de direitos e obrigações. Dito isso, levanta-se a dúvida se máquinas providas de inteligência artificial, capazes de tomar decisões independentemente da vontade humana, ou seja, sem a ciência ou previsão do proprietário ou responsável, poderiam ser responsabilizadas por eventuais danos causados na execução de suas atividades.

Não se pode responder a esse questionamento de pronto, pois envolve a análise de vários aspectos, um dos quais concernente ao fato de que embora tais máquinas e/ou programas inteligentes tenham vontade e decisões próprias, não são detentores de personalidade jurídica.

Com a implantação da inteligência artificial, surge a inquietação em saber se o atual ordenamento jurídico brasileiro seria capaz de tutelar os usuários em caso de eventuais falhas de tais sistemas inteligentes. Sendo assim, neste tópico se pretende investigar a responsabilidade pelos atos praticados por máquinas e programas com inteligência artificial, ou seja, como fica a questão da reparação de danos.

Na hipótese de o dano ter sido causado diretamente por um sistema dotado de inteligência artificial, várias questões precisam ser respondidas, como por exemplo, quem teria que pagar indenização, o adquirente do programa, quem projetou o software ou a própria máquina inteligente? O fato de essas máquinas inteligentes tomarem decisões sozinhas e de em certos casos tais decisões serem até imprevisíveis, romperia o nexo de causalidade, resultaria em isenção de responsabilidade ou ainda na incidência das causas excludentes de responsabilidade?

Outro questionamento que merece ser respondido é se de fato o ordenamento jurídico pátrio está atualizado para responsabilizar uma máquina dotada de inteligência ao invés do homem. E ainda se, com relação ao tipo de responsabilidade, seria possível imputar apenas um critério objetivo ou seria prudente e necessário se avaliar a culpa do usuário ou programador do sistema (critério subjetivo).

Independentemente de quais sejam as respostas, é incontroverso que para a doutrina

se está diante de uma lacuna na disciplina da responsabilidade civil para solucionar eventuais problemas causados por essas ferramentas tecnológicas.

Segundo Matthias (2004, p. 177, tradução nossa):

Tradicionalmente, o operador/fabricante da máquina é responsável pelas consequências de seu funcionamento ou “ninguém” (nos casos onde nenhuma falha pessoal pode ser identificada). Agora pode-se mostrar que há uma classe crescente de ações de máquinas, onde as formas tradicionais de atribuição de responsabilidade não são compatíveis com nosso senso de justiça e o arcabouço moral da sociedade porque ninguém tem controle suficiente sobre as ações da máquina para poder assumir a responsabilidade por elas. Esses casos constituem o que chamaremos de lacuna de responsabilidade.

Alguns autores, como Francesco (1980), entendem que a solução para eventuais danos sofridos deve ser alcançada na legislação: “[...] os fundamentos para a tutela das vítimas de danos injustos não devem ser buscados em novos e esparsos diplomas normativos, mas sim – e sempre – no ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade”(p. 293).

Deve-se fazer uma análise do sistema jurídico como um todo, levando em consideração toda sua complexidade, nesses termos, Ruffolo(2017) adverte que o tratamento sistemático ora propugnado deve levar em consideração o ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade, sem incorrer na armadilha da enunciação de mais um (chamado micro) sistema próprio de valores da *lex* robótica.

Quando se está diante de casos mais simples, ou seja, quando as máquinas são consideradas meros objetos e ainda precisam de um comando do homem para funcionar, a indicação insistente de lacunas, sem levar em conta a unidade e a completude do ordenamento, resulta no comprometimento da efetividade da tutela prometida às vítimas de danos, como as das suas necessidades o ordenamento jurídico vigente não fosse capaz de tutelar.

Nesse sentido, Amidei (2017, p. 64) explanou: “[...] a simples percepção de ‘vazios normativos’, mesmo que inexistentes, pode comprometer as exigências de tutela dos direitos daqueles que entram em contato com os ‘novos robôs’ e que podem ser prejudicados”.

A crença de que a solução se encontra no ordenamento jurídico é reforçada nas palavras de Ruffolo (2017, p. 34-35): “Em vez de buscar – muitas vezes irrefletida – novas soluções e novos diplomas legais, melhores resultados se haverão de alcançar pelo esforço

de releitura dos institutos já conhecidos pela civilística.”

Em tais casos, o aplicador da lei poderá utilizar arcabouço jurídico existente, extraindo suas essências, princípios e diretrizes gerais para aplicar na solução do caso concreto. Desse modo, mesmo não havendo previsão expressa de solução para o caso, empregam-se as normas vigentes para preencher as lacunas existentes no que pertence a eventual responsabilização por danos causados mediante o uso da inteligência artificial.

Ao tratar da problemática levantada até aqui com relação à utilização das novas tecnologias em matéria de robótica, Amidei (2017, p. 63) afirma: “[...] Problema, esse, efetivamente inédito (mesmo que não necessariamente inéditas devam ser, como se verá, as relativas soluções)”.

Percebe-se que parte das respostas para os questionamentos elaborados no início deste tópico encontram-se nos próprios ordenamentos jurídicos existentes no Brasil, não obstante se reconheça que a solução de casos mais complexos atualmente requeira atualização legislativa e necessite de inspiração em legislações estrangeiras.

Esforça-se por conceber respostas legislativas que se possam reputar adequadas aos novos desafios suscitados pela inteligência artificial, iniciativa louvável, no entanto, apesar de muitos autores defenderem que a solução possa ser encontrada no ordenamento jurídico pátrio, quando a máquina tem autonomia, toma decisões próprias, é independente, a legislação brasileira atual não é capaz de resolver o problema satisfatoriamente, ou seja, nesses casos, há que se beber água em terras alienígenas até que seja elaborada normatização interna capaz de tutelar essas novas situações desencadeadas pelo desenvolvimento da tecnologia.

Importante dizer que para essas situações no ordenamento estrangeiro existe previsão legal, a saber na União Europeia. O Parlamento Europeu, em 2017, adotou uma Resolução com recomendações que indicam a necessidade de regular o desenvolvimento de máquinas autônomas e inteligentes. Tal regulação também sugeriu a criação de uma personalidade jurídica para tais máquinas com a previsão de seguro obrigatório. Tais soluções não encontram ainda precedentes no Brasil, mas podem ser amadurecidas e adaptadas à legislação brasileira.

Como dito anteriormente, a responsabilidade civil no Brasil atualmente é capaz de amparar apenas os casos em que a tecnologia da inteligência artificial não possibilitou às máquinas o alcance de um nível de autonomia tal que lhes permitisse tomar decisões próprias, não programadas.

Diante dessa lacuna, como a função do Direito é regular e pacificar as relações sociais, constata-se que há uma necessidade de atualização das normas referentes à

responsabilidade civil que envolvem o uso de inteligência artificial.

Diante do exposto, não há dúvidas de que é necessário que o ordenamento jurídico se atualize de forma a regular a questão da responsabilidade civil por atos praticados por máquinas e ou softwares dotados de inteligência artificial, podendo utilizar como abordagem inicial a experiência da União Europeia, ou seja, analisar as recomendações da resolução da União Europeia sobre o tema.

Enquanto não há legislação que regulamente a responsabilidade das máquinas inteligentes, com relação à responsabilidade civil e à previsibilidade costumeiramente considerada para fins de reparação, cumpre dizer que os danos causados pelo uso da inteligência artificial devem ser analisados em momento anterior ao da aquisição da ferramenta, ocasião em que normalmente são analisados os riscos.

Desse modo, independentemente da previsibilidade das máquinas autônomas, o problema da reparação de danos a ser solucionado no âmbito da causalidade e da imputabilidade, dá-se a partir da alocação de riscos estabelecida pela ordem jurídica ou pela autonomia privada.

Com relação ao nexo de causalidade, entende-se que resta intacto, tendo em vista a aquisição da máquina inteligente ser condição necessária para eventual dano ocorrer. Ademais, maior parte da doutrina intitula tal responsabilização de risco do desenvolvimento, nesse sentido, Antunes (2019) sustenta uma aproximação com o risco do desenvolvimento ao tratar dos ataques cibernéticos.

A responsabilidade deve ser atribuída aos homens por trás das máquinas e não às máquinas autônomas, nesse sentido, a investigação da imputabilidade do dever de indenizar deve ser dirigida a pessoas, pois as máquinas são desprovidas de personalidade jurídica. Dito isso, a conduta da pessoa responsável pela máquina deverá ser examinada (RUFFOLO, 2017).

Há um raciocínio em que se analisa a posse da máquina provida de inteligência artificial da mesma forma que se analisa um animal que está na posse de uma pessoa. Nesse sentido, em qualquer dos casos – seja em relação a animais ou a coisas inanimadas – destaca-se a opção do legislador por imputar, independentemente de culpa (ou em regime de culpa presumida), a responsabilidade civil à pessoa sob cuja custódia estejam os animais ou as coisas. Com este raciocínio te-se o autor Antunes (2019, p. 147):

Na ausência da personificação e da atribuição das inerentes capacidades jurídicas, um regime equiparável ao dos animais julga-se configurável. Nessa hipótese, o utilizador responderia nos mesmos termos de um obrigado à vigilância de animal. Tomando como

referência o direito português, o dever de indenizar encontraria fundamento na responsabilidade subjetiva, embora beneficiando o lesado da culpa presumida do lesante (Artigo 493.º, n.º 1, do Código Civil).

De outra parte, sustenta-se a possibilidade de configuração de atividade de risco pela utilização de sistemas de inteligência artificial (CERKA; GRIGIENE; SIRBIKYTÈ, 2015).

Trata-se de proposição particularmente expressiva no âmbito dos países que dispõem de cláusulas gerais de responsabilidade para atividades de risco – caso, por exemplo, dos direitos brasileiro e italiano.

De fato, é o que prevê o art. 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2002): “[...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

O Direito brasileiro consagra um sistema dualista de responsabilidade civil, em que convivem o modelo subjetivo e o modelo objetivo. A propósito, a configuração desse sistema é comentada por Tepedino (2008). Importante salientar que também o art. 2.050 do Codice civile italiano estabelece autêntica cláusula geral de responsabilidade para as atividades de risco.

Importante que a atividade de risco seja estabelecida sob certas regras e não de qualquer jeito, sob pena de banalização. Sendo assim, deve-se lançar mão dos critérios desenvolvidos pela doutrina para a elucidação do que vem a ser atividade de risco. Há que se investigar, em cada atividade dos respectivos sistemas, a possibilidade de caracterização de atividade de risco.

Desse modo, conclui-se dizendo que, em não sendo caso de defeito da máquina autônoma, ou do programa inteligente, deve-se investigar a culpa do homem responsável pela máquina, e independente de a responsabilidade ser considerada do tipo objetiva ou subjetiva, eventual dano deve ser reparado pelo homem, que assumiu o risco de utilizar tal ferramenta tecnológica, a qual tem como escopo beneficiar, e não prejudicar o cidadão.

5 Considerações finais

A inteligência artificial, bem como as implicações de sua utilização deve ser compreendida como a capacidade que os dispositivos eletrônicos possuem para funcionar de uma forma que faz lembrar o pensamento humano.

Isso significa perceber variáveis, adotar decisões e solucionar problemas. Afinal, atua

em uma lógica que remete ao raciocínio.

Com relação à necessidade de atualização dos operadores do Direito, a Inteligência artificial é benéfica como fonte de pesquisa, auxilia nas tarefas manuais, tais como elaborar petições, contratos, procurações, bem como fazer análises dos recursos extraordinários que chegam ao tribunal, mediante algoritmos que aplicam todas as informações coletadas para adotar ou sugerir decisões, apontar riscos e expor encadeamentos ou contradições.

Diante da possibilidade do surgimento de dano provocado autonomamente pela inteligência artificial e diante da injusta responsabilização do ser humano pelos atos praticados por essas máquinas humanizadas, vem à tona a discussão acerca da personificação das máquinas dotadas de inteligência artificial ou outras tentativas de se encontrar meios alternativos de responsabilização civil nesses casos.

Verifica-se, portanto, uma tendência de se possibilitar que a inteligência artificial seja equiparada a entidades jurídicas existentes, como pessoas jurídicas, com personalidade jurídica própria.

Nesse sentido pode-se dizer que se está diante de uma evolução quando se trata de inteligência artificial e incumbirá ao Direito providenciar uma solução, que ao mesmo tempo repare o dano e regule a responsabilidade civil por atos praticados por essa inteligência artificial, mas sem prejudicar o desenvolvimento tecnológico, pois os benefícios que a sociedade obtém com a inteligência artificial são enormes e incalculáveis.

Por enquanto, essas soluções inovadoras, como ainda não podem ser aplicadas no Brasil tendo em vista a falta de regulamentação, devem ser vistas apenas como inspiração, portanto, por ora a responsabilidade deve ser atribuída ao homem e não à máquina, sob pena de o dano sofrido correr o risco de não ser reparado.

Apesar dos caminhos indicados neste artigo científico, faz-se indispensável que os estudos sobre o tema tenham prosseguimento, tendo em vista que o que se tem hoje sobre inteligência artificial x Direito e responsabilidade civil são apenas questionamentos e possibilidades remotas para pacificação doutrinária e jurisprudencial. Conclui-se, com isso, que o Direito brasileiro necessita se atualizar para estar preparado para esse novo mundo digital e tecnológico, bem como o operador jurídico deve estar atento às atualizações legislativas, de modo a se mostrar apto a exercer o seu ofício nas querelas judiciais envolvendo essa ferramenta.

Referências

AMIDEI, Andrea. Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive evolutive del quadro normativo europeo. *In*: RUFFOLO, Ugo (Org.). **Intelligenza artificiale e**

responsabilità. Milano: Giuffrè, 2017. p. inicial-final.

ANTUNES, Henrique Sousa. Inteligência artificial e responsabilidade civil: enquadramento. **Revista de Direito da Responsabilidade**, ano 1, p. 139-154, 2019.

AURORA, Trinidad Ramirez Pozo. **Aprendizado de máquina** [Tutorial]. [2019]. Disponível em: <https://www.inf.ufpr.br/aurora/tutoriais/aprendizadomaq/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. **Jusbrasil**, 30 maio 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/584499448/inteligencia-artificial-vai-agilizar-a-tramitacao-de-processos-no-stf>. Acesso em: 07 jan. 2022.

CERKA, Paulius; GRIGIENE Jurgita; SIRBIKYTÈ, Gintarè. Liability for damages caused by artificial intelligence. **Computer Law & Security Review**, n. 31, p. 376-389, 2015.

COZMAN, Fabio G.; NERI, Hugo. O que, afinal, é inteligência emocional? *In*: COZMAN, Fabio G.; PLONSKY, Guilherme Ary; NERI, Hugo (org.). **Inteligência artificial: avanços e tendências.** São Paulo: Instituto de Estudos Avançados, 2021. p. 22-29.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto *et al.* Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018.

FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di (org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MATTHIAS, Andreas. The responsibility gap: ascribing responsibility for the actions of learning automata. **Ethics and Information Technology**, v. 6, n. 3, p. 175-183, set. 2004.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** México: Gedisa, 2004.

PAPO Reto: Daniel Susskind explica o futuro das profissões. **TV Globo**, 29 abr. 2016. 1 vídeo (2,19 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RC--p1aCzWM>. Acesso em: 10 abr. 2020.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema.** Porto Alegre: EdIPUCRS, 2012.

ROSA, João Luís Garcia. **Fundamentos da inteligência artificial.** Rio de Janeiro: LTC, 2011.

RUFFOLO, Ugo. Self-driving car, auto driverless e responsabilità. *In*: RUFFOLO, Ugo (Org.). **Intelligenza artificiale e responsabilità**. Milano: Giuffrè, 2017.p. inicial-final.

TAURION, Cezar. Qual o impacto da inteligência artificial no mercado de trabalho? **Neofeed**, 8 jul. 2019. Disponível em: <https://neofeed.com.br/experts/qual-o-impacto-da-inteligencia-artificial-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TURING, Alan; MADEIRA, Tiago. Alan Turing e máquinas inteligentes. **Revista Movimento**: crítica, teoria e ação, Porto Alegre, 23 jun. 2021. Disponível em: <https://movimentorevista.com.br/2021/06/alan-turing-e-maquinas-inteligentes/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

URREA, Amanda Correa de; ATEHORTÚA, Angélica Álvarez; VALDERRAMA, Sonia Correa. **La visión sistémica**: un referente para la gestión educativa. Medellín: Furlan, 2009.

Disponível em:

https://www.academia.edu/23929738/LA_VISI%C3%93N_SIST%C3%89MICA_UN_REFERENTE_PARA_LA_GESTI%C3%93N_EDUCATIVA. Acesso em: 07 jan. 2022.

REALISMO JURÍDICO E CETICISMO

MURILO CALLOU TAVARES DE SÁ:

Analista Judiciário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Maurício de Nassau e em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale.

RESUMO: Desde os primeiros passos da filosofia, buscava-se achar explicações sobre a criação mundo e a razão da existência dos seres humanos, discussão bastante recorrente que inquietava a vida social. Com o passar dos tempos, essas questões foram suprimidas pelas explicações científicas e religiosas existentes na época. O ceticismo filosófico ganhou força no século XX e terminou causando influência no campo do direito, presente no positivismo e no realismo jurídico. Eles creem que os indivíduos divergem e a razão é suficientemente capaz de resolver esse conflito. Para a corrente realista, inexistente um direito objetivo, ou seja, o juiz se baseia em fatores sociais, políticos, econômicos, enfim, nos diversos fatores que propulsionam uma sociedade. A lei apenas é consultada depois que a decisão já foi tomada, ou seja, o juiz cria o direito, e para auxílio têm-se as provas do caso. Para esta vertente os maiores erros jurídicos nasceram em julgamentos dogmáticos, apesar de existir aqueles que não concordam com essa teoria.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia; Realismo Jurídico; Ceticismo; Direito subjetivo; Direito objetivo; Razão; Religião; Ciência; Absolutismo; Relativismo; Judiciário; Sentenças injustas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Crise da razão no século XX; 3. Ceticismo e tolerância; 4. Direito e ceticismo: o realismo jurídico norte-americano; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

A grande questão discutida no meio jurídico é o que, de fato, seria a justiça, questão que acompanhava todas as pessoas que lidavam com o direito no dia a dia. Em um primeiro momento, era vista como uma decisão divina, mas com o passar do tempo o homem toma as rédeas do mundo ao seu redor e começa a se aprofundar nos acontecimentos históricos. Com isso, os filósofos e juristas se unem e buscam estabelecer um ponto para resolver os diversos conflitos presentes na sociedade. Há, no entanto, uma diferença no olhar do historiador e do filósofo do direito, pois o primeiro busca uma resposta mais concreta, é menos pretensioso, enquanto o segundo analisa todas as formas possíveis de resultados e ainda as indaga, fato que não desvaloriza o trabalho de nenhum

dos dois. A existência do conceito de justiça desde os primórdios da filosofia e sua reflexão é praticamente o que funda o direito na sociedade.

2.Crise da razão no século XX

A crise instalada no campo da razão se deu com o início da pós-modernidade, sobretudo pelas crises existenciais dos sujeitos e da razão, convivendo com o incessante ataque dos céticos. O pensamento racionalista abordado pelo filósofo Descartes, que havia desbancado o ceticismo, tornou-se de suma importância para dar início ao processo de pensamento filosófico.

Ele entendia que a dúvida metódica é um artifício que demole todo o edifício construído do saber para recomeçar tudo de novo. Foi um racionalista convicto, recomendava que todos deviam desconfiar das percepções sensoriais, responsabilizando-as pelos frequentes erros do conhecimento humano. A única coisa que poderia ser considerada verdadeira é que talvez nenhuma outra coisa a não ser que nada há no mundo de certo. [1] A crise se instalou principalmente por causa do rumo tomado pela filosofia, rumo este jamais alcançado em momento anterior.

De acordo com o pensamento de Aristóteles, a filosofia surge daquilo que ninguém consegue prever. Em um primeiro momento, os homens abraçavam o mito para explicar os acontecimentos do mundo e estabelecer ordem na sociedade, mas a filosofia vai atrás de um saber mais concreto, que não pode ser rebaixado por argumentos que se autodestroem, ela vive em busca de um saber absoluto.

Estabelece-se, então, o conhecimento que desmascara, de maneira positiva ou negativa, quase todos os medos que assombravam os homens. A religião, para o filósofo, é uma tentativa de elevar Deus a excelência, sendo a causa e o princípio de todas as coisas. [2]

No campo jurídico Aristóteles também colaborou de forma eficaz, momento no qual a ideia de justiça ganhou sua condição mais precisa. No pensamento de Emil Brunner, "pode-se dizer, em verdade, que a doutrina da justiça nunca foi além de Aristóteles, mas sempre se volta a ele." [3]

Tem-se, então, o início do processo de racionalização do ser humano. A oposição entre sujeito e razão- a razão consagrada pelo triunfo da racionalidade e o sujeito inserido na dramática experiência do não sentido ou da criação da aparência do sentido- causa a lenta desconstrução do próprio sujeito à medida que se aprofunda a crise da modernidade. [4]

A ciência moderna e a organização contemporânea científico-tecnológica da experiência surgem ao desvendar o que antes era visto como imprevisível, e acreditavam

que a base do conhecimento está na experiência, sendo esta controlada e sistemática. Para dar uma sensação de calma para a inquietante existência humana surge também o cristianismo, o qual obteve um enorme alcance de reconhecimento e todos os seus seguidores eram altamente fiéis. Surgem então pensadores que vão negar a ideia de filosofia como conhecimento.

Um dos filósofos mais atuantes na época foi Wilhelm Nietzsche, que acreditava que na tentativa de encontrar explicações para obter essa calma na existência dos homens piorou-se ainda mais a situação deles, pois deu início a um processo de cobrança exigida sobretudo pelo cristianismo, e os seus devotos passaram a temer as consequências caso descumprissem o que foi estabelecido. Ele rechaçava de todas as formas o cristianismo, sustentando que a ética cristã era uma moral de escravos, de gente fraca que havia retirado o espírito senhorial dos aristocratas. Nas palavras do filósofo:

“Eis as bênçãos do cristianismo! — O parasitismo como *única* prática da Igreja; tirando todo sangue, todo amor, toda esperança de vida com seu ideal de anemia, seu ideal de "santidade"; o além como vontade de negação de toda realidade; a cruz como distintivo da mais subterrânea conspiração que já houve — contra saúde, beleza, boa constituição, bravura, espírito, *bondade de alma, contra a vida mesma...*” [5]

Além de guiar a população pelo caminho traçado, a religião também era fonte de poder. As autoridades asseguravam que Deus criou o Estado, sendo este uma emanção divina e, por isso, aceitável ao influxo da fé. Passa então a ser visto como um milagre da sobrenaturalidade ou como a criação da providência, refletindo de forma direta a vontade de Deus. [6]

Uma sociedade encharcada de morais, crenças e princípios seria uma maneira de disfarçar a realidade com ilusões boas para a sobrevivência. Pensar que tudo já está preestabelecido causou perturbação nas pessoas por acreditarem que ali estaria uma realidade imutável estabelecida por Deus, o que ocasionou uma série de suicídios como forma de acabar com a tortura da existência. Muitos filósofos colocaram toda a culpa da destruição humana na existência de Deus, se distanciando não só da Igreja, mas da metafísica e do próprio conceito de razão objetiva, fonte de poder de todos os seus esforços. [7]

A ciência moderna também abalou as estruturas da existência humana ao fazer afirmações que afastavam as tão fiéis crenças dos homens, restabelecendo os fatos no âmbito da biologia, da física, da geografia, da linguística e da faculdade mental, com o máximo grau de certeza. Ao se desenvolver uma mentalidade crítica, iniciam-se os

questionamentos sobre a autoridade da Igreja e o saber aristotélico. Essas atitudes se tornam bastantes polêmicas para a época.

As ideias de Emmanuel Kant, filósofo alemão, mostram que o homem percebe, por sua própria razão, que é causa necessária e livre de suas ações, e segue uma regra de conduta universal, pré-existente, estabelecida pela razão prática, regra essa denominada de imperativo categórico. Começa-se a notar que a liberdade não depende das regras adotadas pela Igreja, mas pela coexistência com a liberdade de todos e de cada um. [8]

Outro filósofo que aderiu a essa perspectiva foi Sartre, que negava a existência de Deus e assegurava que quando o homem decide, decide para si mesmo e para os outros. Se mundo subjetivo, supostamente criado pela religião, não se expressa no mundo objetivo através de ações e condutas é porque não existe. [9]

A crise da razão instalada no ocidente não se deu apenas pelos fatores já citados. Um grande fator foi o neocolonialismo, ocasião que trouxe ao mundo uma guerra com bastantes catástrofes, desde genocídios até as maiores histórias de fome já vistas. Destruir outro ser humano foi uma situação que abalou severamente a essência das pessoas. O racionalismo estreito declinou e os valores vitais ganharam força perante a ciência e a razão.

De acordo com as ideias de Hobsbawm, o capitalismo, com seus jogos políticos, também entra em atrito com a razão por arrancar da população mais humilde tudo o que foi proporcionado como padrão para a sociedade. Não se tratava de uma mera crise econômica, mas também social e moral.

3. Ceticismo e tolerância

Diversos filósofos conseguiram enxergar na crise da razão um aspecto positivo para a população. Isso porque todas essas descobertas sobre as falsas ideias de verdade levariam as pessoas a pensarem mais, podendo então encontrar fatos reais sobre a história, a justiça, a paz, e todos os assuntos que perturbavam a existência humana.

Uma consequência estabelecida pela crise da razão foi o desequilíbrio da ciência dogmática, que entrou em decadência por causa dos seus princípios imutáveis, vistos como verdades absolutas. Enquanto isso, os céticos voltavam a ter sua importância social por não iludir o povo com certezas duvidáveis.

Com as estruturas abaladas devido à crise da razão, não foi só a área da ciência que sofreu um abalo, mas também a religião, a moral, a política e o próprio direito. É difícil estabelecer um ponto de equilíbrio para a verdade, pois para cada indivíduo ela é vista de uma maneira, de acordo com suas vontades e intenções, deixando claro que de fato não

existe uma verdade absoluta. O mundo começa então a adotar o ceticismo, incorporando as relativizações das verdades, e o cinismo.

O relativismo, mesmo com seus opositores, sempre esteve presente nas sociedades por meio de grandes filósofos, tais como Protágoras, Xenófanes, Górgias, entre outros. Eles sustentavam, cada um com sua particularidade, que nada é como se mostra ser, desde o mundo material ao mundo espiritual.

O cético que mais criticou os dogmáticos foi Pirro, dono de uma filosofia mundana que suspendia o juízo diante do mundo e dizia preferir uma sociedade de celerados tementes à lei a santos iluminados, pois estes só seguem essa luz verdadeira que julgam ter percebido. Argumentou aos dogmáticos que diziam ter encontrado uma verdade, pois para ele não existia uma realidade evidente. O conhecimento passado pelos dogmáticos não seria seguro, sendo a demonstração algo não evidente.

Todo esse excesso de relatividade faz com que os céticos sejam contra o uso do juízo, pois este seria um estado onde as pessoas aceitariam tudo o que fosse imposto, sem negar, duvidar ou questionar, um estado de dogmatismo enraizado.

Muitos juristas são adeptos ao ceticismo, pois não aceitavam a passividade a que era reduzido o juiz por ter que aceitar a lei dogmática, afastando os fatos ocorridos no dia a dia da sociedade. Eles afirmam ter um repúdio à suficiência absoluta da lei e que o juiz deve ter um labor pessoal e criador, pois a lei enquadra as verdades, como se existisse apenas aquelas ditas pelos textos legais, o que de fato não ocorre porque por trás de toda acusação e toda defesa existem inúmeras verdades. [10]

4. Direito e ceticismo: o realismo jurídico norte-americano

O realismo jurídico, instalado nos Estados Unidos da América, surgiu graças ao ceticismo gnosiológico. Alguns teóricos realistas iam de encontro aos pensamentos dos positivistas porque estes faziam confusão entre o direito real com as regras impostas e formalmente válidas, sendo muitas vezes vazia de conteúdo.

Passa-se a atentar, então, para uma especificidade dos fenômenos jurídicos como se estes não fossem pertencentes a uma realidade mais ampla, dessa forma, os juristas diminuem a importância do direito na transformação da história. [11] Para Holmes, as sentenças dadas por diversos juízes não seriam o reflexo da realidade. As razões não seriam ditas, iniciando assim a etapa da jurisprudência sociológica e o realismo jurídico norte-americano.

Surgida na Europa continental no conflito entre as leis codificadas e a realidade social provocada pela Revolução Industrial, a concepção sociológica do direito se encontra no direito judiciário, ou seja, o direito elaborado pelos próprios magistrados no processo

de adaptação da lei à realidade concreta, a solução mais eficiente para a jurisdição do direito. Uma de suas vertentes foi a teoria do direito livre, criada por Kantorowicz, um alemão que publicou um panfleto defendendo a livre criação normativa por parte do juiz. [12] No entanto, essa teoria não descarta a importância da validação das leis, no momento que destaca a importância do juiz na sua elaboração.

Inspirado pela psicanálise, Jerome Frank chegou a sustentar que o mito da certeza jurídica tinha como primordial motivação satisfazer uma necessidade emocional de segurança que era profundamente enraizada no inconsciente das pessoas. [13] Muitos descasos com a interpretação das normas persistem em existir nos tribunais e os juristas não possuem a necessidade de questioná-las, mesmo sabendo que as normas têm um valor inferior àquele atribuído pelos conservadores.

Em muitos casos, o conhecimento das regras jurídicas serve muito pouco para prever as decisões de um juiz, pois as decisões são fortemente influenciadas pelas preferências, vivências pessoais e aborrecimentos dos juízes, bem como por seus preconceitos, estados de ânimo, e valores estabelecidos ao longo da vida. [14] O certo não é escolher uma parte e beneficiá-la, mas favorecer quem de fato agiu corretamente. Isso é também uma questão de moral, pois se o caso for bem julgado o juiz é justo, caso contrário, a pessoa que sofreu injustiça será estigmatizada de forma injusta. Em conceito, "lei injusta é aquela que nega ao homem o que lhe é devido, ou que lhe confere o indevido, quer pela simples condição de pessoa humana, por seu mérito, capacidade ou necessidade." [15]

Começa um processo em que os juízes dão maior importância ao litígio do que as normas que o regulam. Foi um verdadeiro avanço para os casos mais complexos, pois ao observar o mundo jurídico, nota-se que este tem extrema repulsa a tudo que é novo, talvez objetivando preservar a ordem instituída, talvez para manter privilégios. Quando ocorre uma novidade no discurso jurídico, geralmente são trocas das palavras da lei, sem que as funções da repressão semiótica sejam alteradas. O novo no direito parece estar sempre dentro de uma mesma estrutura do poder. [16]

O moderno Estado social pede por uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material baseado em normas éticas e políticas, expressão de ideias além das decorrentes do valor econômico, uma vez que muitas normas possuem conceitos vagos e não podem ser interpretadas adequadamente utilizando-se os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica. [17]

Para que a eficácia esteja presente, a aplicação de leis e normas não pode se restringir a fixar obrigações ou princípios, elas devem impor tratamentos diferenciados em favor de determinados segmentos sociais. Não é raro observar que a justiça se mostra

impotente diante de algumas leis e normas, que não obstante sejam inovadoras, não são plenamente concretizadas por causa da omissão do poder executante.

Para garantir um julgamento mais efetivo, as provas são essenciais para conhecer a validade dos fatos. As audiências devem contar com o maior número de provas possível, podendo ser provas materiais ou até mesmo orais, para que o juiz e o júri tenham uma posição mais segura sobre o caso. Mesmo com todas essas provas, ainda falta objetividade para ter uma decisão sem erros porque as testemunhas são falíveis e não se sabe até onde elas descreveram com fidelidade os fatos, por isso mesmo já houve diversos casos ao longo da história de pessoas condenadas injustamente.

Diz o professor Moacyr Amaral:

"a prova é bem o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade. A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade. Conceito da verdade relativa, não de verdade absoluta, sempre procurada, nunca alcançada. Se a verdade somente pode ser procurada se apresentar através dos sentidos e da inteligência, compreender-se logo, precários são aqueles, insuficiente como é esta, a relatividade que deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade. Exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço. A verdade - terra plana, de ontem - transformou-se na verdade - terra redonda, de hoje; a verdade - a pena é uma vingança - se traduz na verdade - a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados." [18]

Um dos maiores exemplos de injustiça já ocorrida no Brasil é o caso dos irmãos Naves, que foram condenados de modo errôneo pelo crime de latrocínio. Foram presos e um dos irmãos faleceu antes mesmo de provar sua inocência. Sofreram as mais cruéis torturas na prisão, além de passarem fome e sofrerem agressões morais. A sentença justa, a qual os considerava inocentes, só foi proferida 16 (dezesesseis) anos depois da prisão, tendo a indenização demorado mais 7 (sete) anos para sair. Logo após provar a inocência o outro irmão também veio a falecer. Ou seja, dois homens perderam a vida por causa de uma sentença mal elaborada do judiciário, tornando este um dos casos mais famosos dos últimos tempos. [19]

Há, no entanto, aqueles que não concordam com as leis vistas como injustas, a exemplo do filósofo Kelsen, que considera a justiça como relativa e só avalia como injustiça a não aplicação da norma jurídica ao caso concreto. [20] A ciência deveria corresponder a um só método, como suporte de sua unicidade e autonomia, mas com tese favorável ao Estado e ao Direito, adotando isoladamente a investigação jurídica. [21]

5. Considerações finais

Existem inúmeras razões que nos fazem perceber que a comprovação de fatos é uma questão bastante complexa. Um erro pode vir da falha no testemunho das testemunhas; o falso testemunho perante o tribunal; a credibilidade dos fatos perante o juiz; a heterogeneidade da formação das crenças dos juízes ou júris, fazendo com que o julgamento seja feito a mercê da sorte; a ocultação de dados reais por parte das testemunhas; e na sentença dada ninguém conhece o critério de avaliação do juiz, ocorrendo também uma falha ao não analisar o veredito dado pelo tribunal de primeira instância.

Logo, é possível perceber que o juízo que mais importa é o dos fatos, juízo dado pela primeira instância, pois é ela quem determina os fatos do caso após analisar a veracidade das provas e ouvir as testemunhas, podendo ser verdadeiras ou não. Para Frank, a certeza seria um mito a ser desfeito para erigir sobre as ruínas o direito como criação contínua e imprevisível. [22]

A discussão sobre a problemática instalada no direito pela falta de objetividade das provas e o julgamento equivocado do tribunal de primeira instância, continua sem muita relevância no meio jurídico, até porque os maiores pensadores do positivismo jurídico permanecem inertes a esse tipo de questão.

Um dos principais nomes da filosofia do direito atual é Miguel Reale, e seu pensamento jurídico-filosófico começou a depender menos das fontes externas de conhecimento e a explorar mais o seu potencial criador. O direito seria fruto da experiência e estaria localizado no mundo da cultura, pois é o resultado da experiência do homem. [23]

6. Referências

CELLA, José Renato Gaziero. Realismo Jurídico Norte-Americano e Ceticismo. Disponível em: http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_28.pdf . Acesso em 24 de Março de 2022.

ADEODATO, João Maurício. Ceticismo, Direito e Tolerância. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

ARISTÓTELES. Metafísica (Livro I). São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coletânea Os Pensadores)

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Economica, 2012

DESCARTES, René. *Meditações*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coletânea Os Pensadores)

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha- Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

MENEZES, Aderson. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 8º Ed, 2002.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *O Anticristo: Maldição ao Cristianismo*. Companhia das letras, 2007.

RAMOS, Luciano Sousa. *Cadernos de Ética e Filosofia Política* 13, 2/2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2º ed., VI, São Paulo: Max Limonad, 1952.

SARTRE, Jean Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coletânea Os Pensadores).

VAZ, Henrique C. Lima. *Revista Síntese- Nova fase*. Belo Horizonte, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito- Vol.1*. Porto Alegre: SAFe, 1994.

Notas

[1] DESCARTES, René. *Meditações*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. P.91. (Coletânea Os Pensadores)

[2] ARISTÓTELES. *Metafísica (Livro I)*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. P.215. (Coletânea Os Pensadores)

[3] BRUNNER, Emil. *De la Justicia*. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1964, p.35. *Apud* NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. P.105.

[4] VAZ, Henrique C. Lima. *Revista Síntese - Nova fase*. Belo Horizonte, 1994.

[5] NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *O Anticristo: Maldição ao Cristianismo*. Companhia das letras, 2007.

[6] MENEZES, Aderson. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 8º Ed, 2002. P.78.

- [7] RAMOS, Luciano Sousa. Cadernos de Ética e Filosofia Política 13, 2/2008. P.142.
- [8] MENEZES, Aderson. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Editora Forense, 8º Ed, 2002. P.81.
- [9] SARTRE, Jean Paul. O Existencialismo é um Humanismo. São Paulo: Abril Cultural, 1973. P.12. (Coletânea Os Pensadores)
- [10] NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. P.279.
- [11] WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito- Vol.1. Porto Alegre: SAFe,1994. P.26-27.
- [12] FLAVIUS, Gnaeus. La lotta per la scienza del diritto. *Apud* BOBBIO, Noberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- [13] FRANK, Jerome. Law and modern mind. *Apud* BOBBIO, Noberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- [14] BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Economica, 2012. P.362.
- [15] NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. P.111.
- [16] WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito- Vol.1. Porto Alegre: SAFe, 1994.P.26.
- [17] KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha- Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. P.71.
- [18] SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. 2º ed., VI, São Paulo: Max Limonad, 1952.
- [19] <http://josecaldas.wordpress.com/2009/04/06/caso-dos-irmaos-naves-o-maior-erro-judiciario-do-brasil-por-enquanto/> . Acesso em 24 de março de 2022.
- [20] NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. P.113.

[21] MENEZES, Aderson. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Editora Forense, 8º Ed, 2002. P.26.

[22] FRANK, Jerome. Law and modern mind. *Apud* BOBBIO, Noberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[23] NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. P.383-384.

ROL TAXATIVO DE EVENTOS E PROCEDIMENTO EM SAÚDE NA VISÃO DO STJ

LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO

Resumo: O artigo retrata o panorama legal e jurisprudencial acerca da taxatividade na cobertura dos eventos e procedimentos pelos planos de saúde. Para tanto, serão expostos os principais argumentos favoráveis e contrários à taxatividade no âmbito do STJ, com análise das premissas que cercam a discussão na corte.

Palavras-chaves: Planos de saúde. Taxatividade dos eventos e procedimentos em saúde. Rol da ANS. STJ. Direito fundamental à saúde. Viabilidade atuarial. Equilíbrio financeiro.

Abstract: The article portrays the legal and jurisprudential panorama about the taxation in the coverage of events and procedures by health plans. To this end, the main arguments in favor and against taxation within the scope of the STJ will be exposed, with an analysis of the premises surrounding the discussion in court.

Keywords: Health insurance. Taxation of health events and procedures. ANS role. STJ. Fundamental right to health. Actuarial viability. Financial balance.

Sumário: 1. Introdução. 2. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a taxatividade de eventos e procedimentos de saúde. 3. Conclusão. 4. Referências.

1-Introdução

Os planos de saúde privados são complementares ao sistema único de saúde, conforme a configuração disposta no Constituição Federal. Assim, mesmo tendo natureza contratual, regidos por normas e princípios de direito privado, os planos de saúde lidam com objeto caro ao direito público, por ser a saúde um direito constitucional de elevada fundamentalidade.

Contudo, a discussão acerca da cobertura dos planos de saúde nos tribunais superiores tem o potencial de gerar grande impacto na pressão exercida no sistema público. Caso se considere que as cláusulas contratuais do seguro saúde devam ser interpretadas estritamente, muitos contratantes irão socorrer-se do sistema de saúde oferecido pelo Estado, a fim de ver provido o serviço negado pela plano. De outro giro, caso as cláusulas sejam flexibilizadas, incluindo-se eventos ou procedimentos não previstos contratualmente, haverá o encarecimento das mensalidades dos segurados, tornando inviável a manutenção do plano para uma parcela expressiva da população. Isso também ocasionará aumento na demanda pelo sistema público.

Dessarte, encontrar um equilíbrio nesse dilema ético e econômico, centrado na escassez de recursos e na solidariedade intergeracional, é o grande desafio dos tribunais

superiores. A depender da direção tomada nos temas que tramitam nas cortes de sobreposição, poderão ser extintas algumas modalidades básicas de cobertura, por inviabilidade mercadológica. Essa postura fere não apenas os princípios da liberdade econômica e da livre iniciativa, mas principalmente o acesso à saúde complementar para uma grande parcela da população de menor renda.

Para ilustrar os dilemas enfrentados na jurisprudência pátria, serão examinados julgados recentes do STJ acerca da taxatividade do rol da ANS para eventos e procedimentos em saúde.

2-Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a taxatividade de eventos e procedimentos de saúde.

Inicialmente, deve-se enfrentar o embate lógico entre duas premissas antagônicas: o conceito de cobertura mínima obrigatória e de rol taxativo de cobertura.

O STJ tem julgados recentes entendendo pela prevalência da Lei dos Planos de Saúde sobre o Código de Defesa do Consumidor, considerando os critérios cronológico e da especialidade, com ganho de causa às empresas operadoras.

No recurso especial nº 1.733.013/PR, a quarta turma do STJ examinou o tema com substancial acurácia, uma vez que houve contribuições de várias entidades como “amicus curiae”. O julgamento foi unânime. Prevaleceu o entendimento do relator, Min. Luis Felipe Salomão, pela taxatividade do rol de procedimentos.

O rol da ANS está previsto na Resolução Normativa nº 428/2017. A atualização do rol segue o procedimento traçado na Resolução Normativa ANS nº 439/2018.

Em uma minudente análise, a Agência Nacional de Saúde Suplementar asseverou em sua manifestação no julgamento:

“De plano, adiante-se que a ANS possui interesse em contribuir com o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, posto que o tema diz respeito à regulação e normatização das atividades de assistência suplementar à saúde. A tese que defende o caráter exemplificativo do rol de procedimentos põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, em razão do efeito cascata refletido em um crescente número de pretensões similares e, com isso, risco à segurança jurídica.

De fato, como existem milhares de procedimentos e eventos em saúde, e como as análises de licitude, ética, eficiência, atualidade, relação custo/efetividade e impacto financeiro dependem de

conhecimentos técnicos específicos, além do fato de que tais procedimentos e eventos estão em constante processo de modificação decorrente da evolução tecnológica, o legislador entendeu por bem não arrolar no corpo da Lei n.º 9.656/98 aqueles que devem ser obrigatoriamente cobertos para a prevenção, tratamento, recuperação e reabilitação das doenças e problemas de saúde classificados pela OMS.

Em verdade, a partir do que consta no art. 10, § 4º, da Lei n.º 9.656/98 c/c o art. 4º, III, da Lei n.º 9.961/00, pode-se deduzir com segurança que foi opção do legislador a atribuição dessa tarefa normativa e regulatória à agência setorial correspondente, qual seja, a ANS.

Trata-se, em essência, de um fenômeno político-jurídico que é conhecido na doutrina como deslegalização, que consiste, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua obra *Mutações de Direito Administrativo*, Ed. Renovar, 2000, pág. 166, na 'retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (domaine de la loi) passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l'ordonnance).'

A propósito, registre-se que a ANS vem cumprindo regimento a tarefa que lhe foi cometida pela Lei 9961/2000, na medida em que procede à atualização do rol periodicamente, cujo processo será oportunamente esclarecido.

Logo, revela-se fundamental a compreensão de que, em essência, trata-se de um negócio jurídico eminentemente privado, muito embora sujeito à regulação por força da alta relevância pública do direito envolvido, e, por outro lado, cuida-se de um setor econômico cujo financiamento advém do mutualismo, ou seja, do conjunto de mensalidades pagas pelos participantes ou beneficiários. O pagamento mensal feito por cada contribuinte consubstancia uma espécie de fundo dedicado a cobrir todos os riscos da atividade, o que, na saúde, significa o custo com o tratamento de doenças.

Se é assim, não é preciso muito esforço para constatar que a formação do preço do produto ofertado depende de uma criteriosa estimativa a respeito da frequência de ocorrências no setor, bem como de todas as demais despesas relacionadas à prestação do serviço de saúde, e, noutro prisma, de uma projeção de receita que permita a fixação de um valor em patamar adequado a representar equilíbrio atuarial. Quanto maior a estimativa de frequência de sinistro maior deve ser a projeção, o que, em escala, pode inclusive comprometer o próprio mercado de saúde suplementar.

Data vênua, já são muitas as naturais oscilações do mercado de saúde suplementar, de modo que qualquer variação imposta de forma descuidada que fragilize as projeções atuariais pode trazer sérios problemas a este sensível segmento econômico. Com efeito, não se mostra salutar qualquer medida tendente a incrementar o quadro de incerteza neste setor sem a devida análise do seu impacto, sendo certo que segurança jurídica e previsibilidade devem ser encarados como efetivos pilares.

Ao se admitir o caráter meramente exemplificativo do rol de cobertura definido pela ANS, descortina-se quadro de absoluta incerteza sobre os riscos que, de fato, estão sendo assumidos pela operadora de plano de saúde, do que decorre invariavelmente a impossibilidade de precificação adequada e, logo, de oferta de produto. De todo modo, não se pode ignorar que a flexibilização do rol de cobertura definido pela ANS traz consigo razoável risco de elevação exponencial do preço dos produtos, tornando as mensalidades mais caras.

Faz-se crucial perceber que, como o mecanismo de financiamento do setor é o mutualismo, ou seja, todos contribuem para cobrir os gastos para recuperação da saúde de determinado membro do grupo, o preço maior das mensalidades pode afastar o indivíduo de menor risco do sistema, potencializando a espiral de seleção adversa que acaba por inviabilizar o próprio mercado, na linha do que demonstrou George Arthur Akerlof.

Trata-se, como cediço, de processo extremamente complexo, pois pressupõe criteriosa análise de: i) custo/efetividade do procedimento cuja incorporação se pretende, ocasião na qual são avaliados ganhos e resultados clínicos mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura científica disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS, ponderando potenciais riscos decorrentes de determinada tecnologia; ii) capacidade instalada, de modo a aferir a real viabilidade de determinado procedimento ser entregue adequadamente aos beneficiários, com qualidade e sem riscos para o paciente, uma vez que o rol é estabelecido para todo o país; iii) e, por fim, do efetivo impacto financeiro/orçamentário gerado pela incorporação da tecnologia."

Como visto, a ANS se posiciona pela taxatividade do rol por ela elaborado. De outro giro, no tocante ao tratamento prescrito pelo médico pessoal do segurado, a ANS pontuou:

"O fato do médico de determinada parte opinar por um procedimento como o mais adequado ao seu caso não o reveste de consenso científico apto a torná-lo obrigatório no plano de saúde. Quando o médico emite uma opinião a favor de um procedimento, ele assume uma responsabilidade perante um único paciente.

Diferentemente, a inclusão de um procedimento no rol da ANS possui um impacto social para milhares de brasileiros beneficiários de planos de saúde.”

Como visto, a flexibilização do rol da ANS, tornando-o meramente sugestivo, pode ocasionar a seleção adversa.

O economista americano George Arthur Akerlof, citado na manifestação da agência, estudou as distorções causadas pela assimetria de informações. Em último caso, modelos matemáticos demonstram que o mercado de planos de saúde podem torna-se inviáveis economicamente. Desta forma, caso o rol seja considerado meramente exemplificativo, muitos modelos de negócios relacionados ao seguro saúde serão inviabilizados, excluindo, em última análise, o acesso de uma camada expressiva da população a este serviço, ocasionando aumento na demanda pelo sistema público de saúde.

No ano de 2021, os planos de saúde individuais e familiares ficaram mais baratos, com a diminuição de 8% no valor das mensalidades. Por sua vez, os planos coletivos ficaram mais caros. Nesse mesmo ano, a procura por planos de saúde teve relativo aumento, atingindo um quarto da população brasileira.

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) assim se manifestou:

“O art. 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, havendo autorização constitucional expressa para a atuação do setor privado na assistência à saúde, nos termos do art. 199. Contudo, é importante frisar que essas atividades, mesmo quando desempenhadas por particulares em regime privado de exploração econômica, são revestidas do caráter de relevância pública, nos termos do art. 197 da Carta Magna.

Assim, ainda que prestada pela iniciativa privada, a saúde não perde seu caráter de relevância pública, o que impõe restrições e cuidados a todos aqueles que decidem prestar serviços de saúde, seja na elaboração ou na execução dos contratos com os consumidores contratantes.

Além disso, há que se considerar, no caso em análise, a bilateralidade do contrato em questão e o concurso de vontades opostas inerente à formação do contrato, em que, de um lado, o consumidor que contrata um plano de saúde busca a mais ampla garantia de que será

atendido em caso de necessidade. Ou seja, o consumidor detém a expectativa de que será prontamente atendido quando necessitar de atendimento à saúde, independentemente da espécie de procedimento necessário a seu restabelecimento.

De seu lado, o mercado defende a taxatividade do referido rol, enquanto o entendimento do Poder Judiciário é diverso, pois considera que o Rol não deve ser interpretado em um vazio normativo, mas em consonância com as diretrizes da Lei de Plano de Saúde e com os princípios de proteção ao consumidor, vez que constitui referência básica para a cobertura assistencial mínima nos planos privados de saúde, os quais, por sua vez, tratam de relação de consumo.”

Nesta última manifestação, houve a exposição das diferentes visões acerca do tema. Por outro lado, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, vinculado ao Ministério da Justiça, assim se manifestou, no essencial:

“Uma vez comprovadas a segurança e a eficácia da nova tecnologia, a próxima etapa da avaliação tecnológica de saúde (ATS) é a avaliação econômica. Nessa etapa, são levados em consideração os aspectos microeconômicos da ATS, que incluem custos, preços e valores pagos.

Na análise econômica, são desenvolvidos os estudos que indicam se, quando comparado a alternativas, o investimento na nova tecnologia é viável ou não: A ATS envolve o cálculo dos benefícios, comparando-os com os custos, em quatro técnicas principais: a análise de custo-efetividade, a de custo-minimização, a de custo-utilidade e a de custo-benefício.

I-análise de custo-efetividade: investiga a melhor forma de alcançar um objetivo preestabelecido, comparando os custos de diferentes tecnologias.

II-análise de custo-minimização: compara estratégias com eficácias terapêuticas semelhantes e custos diferentes. Como as consequências são equivalentes, apenas os custos são comparados, sendo preferível a estratégia com custo mais baixo. Esta análise é um caso especial da análise custo efetividade.

III-análise de custo-utilidade: realizada com o intuito de contornar os problemas acerca das medidas de desfechos dadas em unidades monetárias e clínicas sem considerar a preferência do paciente. O parâmetro de medida de ganho de saúde mais comumente utilizado nesse tipo de avaliação fundamenta-se na mensuração da qualidade de vida. Essa mensuração é normalmente realizada pela aplicação de questionários estruturados que pesquem a preferência por um estado de saúde ou bem-estar do paciente. A análise de custo-utilidade é usada quando os impactos na sobrevivência e na qualidade de vida são critérios importantes para julgar os efeitos de estratégias do cuidado em saúde.

IV-análise de custo-benefício: Compara custos e benefícios, os quais são quantificados em unidades monetárias, tornando possível determinar se uma nova tecnologia ou intervenção em saúde gera um benefício líquido para a sociedade. Os benefícios nesse tipo de análise normalmente são calculados a partir da avaliação do valor de uma vida ou da incapacitação. Alguns métodos propostos para isso são o valor do trabalho de pessoas beneficiadas pelo programa, seguros de vida e produção para a sociedade de um trabalhador ao longo da sua vida. Estes métodos são questionados pela discussão ética que envolve valorar a vida em termos monetários.”

Nesta última manifestação, fez-se referência à análise de custo-benefício, que utiliza critérios que orientem na monetização da vida humana. Apesar de questões éticas subjacentes, é fato que essa quantificação é corriqueiramente praticada em julgamentos de ações indenizatórias. Muitos tribunais se socorrem das tabelas do DPVAT e da SUSEP na fixação da quantia devida no caso de indenizações por morte.

A doutrina faz alusão a uma inversão de princípios e valores jurídicos, constatada em julgamentos de tribunais de segunda instância, com a fixação de indenizações relacionadas à vida humana em montantes inferiores às indenizações relacionadas a direitos autorais, por exemplo. Essas decisões são quase sempre confirmadas nos tribunais superiores, ante a interpretação restritiva dessas cortes quanto à possibilidade de alteração dos montantes arbitrados em sede de recursos especiais e extraordinários, os quais só são passíveis de revisão em casos teratológicos, diante do impedimento de análise fático-probatória nos recursos excepcionais.

A taxatividade do rol de procedimentos da ANS suscita o dilema acerca da possibilidade de haver maior probabilidade de êxito, em termos estatísticos, de

procedimentos sem adequada evidência científica que o respalde, quando comparados aos procedimentos já consagrados pela medicina.

A decisão judicial que determina a cobertura de procedimento de controversa evidência científica, não integrante do rol da ANS, com base apenas em prescrição do médico de confiança do paciente, sem orientação de outros profissionais, pode representar efetivo risco à vida ou saúde do jurisdicionado.

Tratar o rol como meramente exemplificativo multiplicaria de forma exponencial a probabilidade de cobertura de procedimentos não previstos, sem aferição adequada de impacto econômico e sem demonstração de sua segurança e efetividade. Não há como prever o custo de procedimento desconhecido, cuja adoção não dependa de prévia análise econômica. Há risco não desprezível de desequilíbrio financeiro e atuarial pela própria imprevisibilidade que a flexibilização do rol traria consigo, com impactos sobre os preços para os consumidores beneficiários, a exclusão de grupos do atendimento em função do aumento dos preços e sobrecarga do sistema público de saúde.

Atuando como *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Atuária pontuou em sua manifestação:

“O mutualismo na atuária busca tornar as incertezas individuais em certezas coletivas. No cálculo atuarial, a frequência é estimada com base na observação passada da quantidade de eventos de atenção à saúde demandados para cada faixa de risco e o custo relativo a essas demandas. Assim, a determinação de quais serão as coberturas a serem contempladas no plano de saúde é condição imprescindível para que seja possível a aplicação de métodos de estimativa atuarial sobre a quantidade de eventos cobertos pelo plano. Tais condições são previstas na ‘Nota Técnica’ que registra de forma precisa e minuciosa todos os critérios e parâmetros de cálculo.”

Sendo assim, é razoável afirmar que a demanda por tratamentos não previstos no produto registrado na Agência Nacional de Saúde Suplementar não são considerados pelo atuário no momento de realizar o cálculo de precificação do plano de saúde.

A elevação dos custos dos sistemas de saúde, o aumento da expectativa de vida da população, o maior conhecimento sobre o processo saúde-doença e a aceleração do desenvolvimento tecnológico, pressionam os planos de saúde pela incorporação de tecnologias inovadoras, que necessitam garantir eficácia e segurança aos pacientes e beneficiários de planos de saúde.

A resolução da ANS não deixa dúvidas de que no processo de incorporação ao Rol de Procedimentos, devem ser observadas a avaliação de tecnologia em saúde (ATS), a avaliação econômica em saúde (AES) e a análise de impacto orçamentário (AIO).

Há evidente risco de, sob o manto de se estar aplicando a justiça a um indivíduo ciente de que as coberturas seriam de acordo com o rol de procedimentos da ANS, quando da assinatura dos respectivos instrumentos contratuais, em manifestação da própria vontade, provocar o colapso na saúde econômico-financeira das empresas operadoras.

A ATS surgiu nos anos 1960 e se tornou um instrumento fundamental para auxiliar na tomada de decisão de diversas áreas ligadas à saúde, sendo adotada na América do Norte, Europa, Austrália e, posteriormente, nos países em desenvolvimento.

Em sua manifestação como *amicus curiae*, a Associação de Defesa do Consumidor ponderou:

“Não raras vezes os valores das parcelas dos planos de saúde comprometem entre 50% a 80% dos salários dos usuários (idosos, doentes), presos a uma situação de falta de opção: abstêm-se de qualidade de vida, como o lazer, muitas vezes contraindo dívidas, para honrar com as mensalidades dos seus planos de saúde, afinal o Sistema Único de Saúde encontra-se em colapso, restando, apenas, deixar suas rendas familiares nos cofres das empresas de saúde, a fim de permanecerem vivos com tratamentos adequados.

Se o Rol for considerado taxativo, ou seja, apenas o que está previsto na lista é que deverá ser oferecido, há o risco de o SUS ser acionado no lugar dos planos de saúde para fazer esse atendimento. Isso com certeza aumentará a carga de atendimento, e tem potencial para aumentar também a carga judicial hoje já elevada contra o sistema público, já que retira do SUS o montante a ser investido no sistema.”

Esta última manifestação desperta um exame mais aprofundado do tema. Afinal, a pressão sobre o sistema público advirá tanto com a compreensão pela taxatividade do rol quanto pelo seu caráter exemplificativo. Afinal, se o rol for considerado sugestivo, a demanda pelo serviço não será aderente ao cálculo atuarial, gerando elevação dos prêmios e extinção de planos populares. Em última instância, uma camada expressiva da população migrará para o sistema público, por não poder arcar com o reajuste. De outro giro, se o rol for taxativo, o advento de enfermidades não cobertas pelos planos básicos, ou o indeferimento de tratamentos não previstos contratualmente, também resultará em sobrecarga dos serviços públicos de saúde.

A judicialização da saúde no setor público potencializa a pressão sobre o SUS, uma vez que as decisões judiciais obrigam ao custeio do tratamento no setor privado, quando há demora no atendimento no setor público, às custas do orçamento do SUS, que não poderá contar com esta verba para suas políticas públicas.

O debate do tema envolve tanto a taxatividade do rol de eventos, ou seja, as enfermidades que serão objeto de cobertura, quanto do rol de procedimentos, a fim de incluir tratamentos experimentais e novos medicamentos.

A esse respeito, a manifestação do MPF ponderou:

“Ocorre que, reconhece-se à operadora de plano de saúde a faculdade de, contratualmente, mediante cláusula explícita e de fácil compreensão, restringir as doenças que serão cobertas pelo plano. Daí, evidentemente, extrai-se que não é possível presumir a não cobertura da moléstia. Prevista a cobertura, o plano não pode limitar o tipo de tratamento a que será submetido o paciente, matéria que se insere no âmbito da autonomia médica para decidir o melhor tratamento para a preservação da higidez física do consumidor.”

Como visto, o órgão do MPF se manifestou pela separação da taxatividade, aplicando-a apenas ao rol de eventos. Já quanto ao rol de procedimentos, o órgão entende que o rol é meramente exemplificativo.

Sobre a incorporação de novos tratamentos, o artigo 4º da Resolução apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável complexidade: I – a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país; II – as ações de promoção à saúde e de prevenção de doenças; III – o alinhamento com as políticas nacionais de saúde; IV – a utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; V – a observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e VI – a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

Logo, a decisão sobre o tratamento do paciente deve estar alicerçada na medicina baseada em evidências, uma escolha consciente calcada na melhor evidência clínica disponível. Essa técnica descarta tratamentos sem força estatística, privilegiando os estudos clínicos randomizados controlados e duplo-cego, ou seja, onde os integrantes são escolhidos de forma aleatória, as variáveis são controladas e os participantes e pesquisadores não sabem qual substância foi ministrada.

Em conclusão, o Ministro Luis Felipe Salomão asseverou em seu voto:

“O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas.

Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais.”

Comentando acerca da divergência no âmbito da corte, o Ministro asseverou:

“De início, correndo o risco da repetição, assinalo novamente que a dispersão jurisprudencial deve ser preocupação de todos e, exatamente por isso, tenho afirmado que, se a divergência de índole doutrinária é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável.”

Conforme Jorge Amaury Maia Nunes:

A postura do Poder Judiciário é de elevada importância para a concretização da segurança jurídica, notadamente pela entrega de uma prestação jurisdicional previsível que não atente contra a confiança legítima do jurisdicionado. (Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010, passim).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma decidiu:

“Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel

diferenciado na realização da própria ideia de justiça material" (Pet 2.900, QO/RS, 2003).

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e à promoção da saúde, indicando a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública.

Conforme Ferreira, Pereira e Enzweiler:

"Nessa toada, anota a doutrina especializada que a viabilização da atividade de assistência à saúde envolve custos elevados, os quais terão de ser suportados pelos próprios consumidores, e que cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria, sopesando os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas, contando com o apoio técnico de profissionais qualificados.

A despeito do alerta feito pelos autores citados, o tema ainda é permeado por sentimentalismos. No Recurso Especial nº 1.794.629/SP, o STJ decidiu que o plano de saúde não é obrigado a custear o procedimento de fertilização in vitro. Neste julgamento, o relator, Ministro Moura Ribeiro, assentou em seu voto:

"Por conseguinte, ao expandir/criar novas exclusões assistenciais no plano-referência de assistência à saúde, talvez por má percepção acerca dos conceitos médicos, a Resolução Normativa nº 387/2015 ampliou o rol taxativo previsto no art. 10 da Lei nº 9.656/98, estando, portanto, em desacordo com ela. Nesse cenário, o próprio CNJ, muito provavelmente estimulado pela resolução acima, promoveu a 1ª Jornada de Direito da Saúde, em que foi aprovado o enunciado nº 20, que diz que a inseminação artificial e a fertilização in vitro não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde."

A esse respeito, não é crível que a ANS desconheça as diferenças nas técnicas de reprodução assistida ao regular a matéria. O entendimento de que a reprodução assistida é gênero e a inseminação artificial e a fertilização in vitro são espécies é oriunda do direito, e não da medicina. Para a ciência médica, ambas são técnicas de reprodução assistida, apropriadas para cada perfil de paciente, e com variação de custos decorrente da complexidade inerente.

Ao final do voto, o Ministro Moura Ribeiro ainda pontuou:

“A seguradora de saúde precisa compreender que o seu capital pode e deve ser humanístico, no dizer retumbante do professor Ricardo Sayeg. E assim pensando, diferenciando gênero e espécie, fico em paz com a minha consciência.”

Como visto, o assunto é permeado por sentimentalismos. Retomando a análise do julgamento sobre a taxatividade do rol de eventos e procedimentos, constou no voto do relator, Min. Luis Felipe Salomão:

“Eventuais decisões administrativas ou judiciais à margem da lei escapam das previsões pretéritas e têm o condão de agravar a delicada situação financeira de inúmeras operadoras de planos de saúde, que, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, fere em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores, razão maior da contratação do plano ou seguro de saúde. O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade.

Por sua vez, discorrendo sobre o crescimento dos gastos em saúde, o mesmo relator lembrou:

“Nessa trilha, o Ministro Sálvio de Figueiredo destacou, como responsável pela expansão na assistência à saúde, o crescimento da população e do contingente assistido, uma vez que, na Constituição de 1967, o direito à saúde tinha como titular o trabalhador e, na Carta de 1988, passou a ser de todo brasileiro, assim como as dificuldades inerentes a uma boa prestação pelo Estado-gestor (A responsabilidade civil do médico. In *Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 202).

Também o Ministro Marco Aurélio Mello salientou que todos esses elementos - deficiência crônica no setor público, avanço vertiginoso dos tratamentos e incremento dos custos - alavancam a importância do setor de saúde suplementar, fundamental para o equacionamento do problema (Planos de saúde - aspectos jurídicos e econômicos. Luiz Augusto Ferreira Carneiro, (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 4).”

Os custos com saúde são crescentes, uma vez que os serviços e equipamentos de saúde são geralmente dolarizados, considerando a constante exigência do mercado pela importação de máquinas e insumos avançados.

O envelhecimento da população é uma realidade que impacta o seguro saúde. Como exemplo, uma criança japonesa do sexo feminino nasce com a expectativa de chegar à idade de 90 anos. No Brasil, um homem de 65 anos tem 20 anos de expectativa de sobrevida.

Por sua vez, existem 30 mil centenários no Brasil, com previsão de esse número chegar a 300 mil nas próximas décadas. O Japão já possui 90 mil centenários, dos quais 90% são mulheres. Essa movimentação na pirâmide etária importa alterações profundas na alocação orçamentária para gastos com saúde, em especial na pesquisa e tratamento da demência.

O método da expectativa de vida tem sido substituído pelo “índice linear de mortalidade”, calculando-se os anos potenciais de vida perdidos, com base na diferença entre a idade da morte e o número 100.

As classes de maior renda da população gastam até metade de sua fortuna com a busca da longevidade. Esse gasto com pesquisa de ponta pressiona continuamente os preços em serviços de saúde, ocasionando uma explosão inflacionária na oferta. Como exemplo, áreas inovadoras na pesquisa farmacológica trouxeram ao mercado medicamentos cuja dose individual custa milhões de reais, a exemplo do Zolgensma, fármaco usado em terapia genética.

No Brasil, o seguro saúde foi inicialmente disciplinado pelo Código Civil de 1916 e pelo Decreto-Lei n. 73/1966. Posteriormente, a Lei nº 6.839/1980 instituiu a obrigatoriedade do registro das empresas de prestação de serviços médico-hospitalares e da anotação dos profissionais por elas responsáveis legalmente habilitados pelos CRMs. A atividade também sofreu relevante influxo com o Código de Defesa do Consumidor.

Conforme declarou o Min. Luis Felipe Salomão em seu voto:

“O entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, devendo a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas, tem o condão de efetivamente padronizar todos planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura.

Nessa perspectiva, de um lado, é importante pontuar não haver dúvida de que não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, violando a tripartição de poderes e suprimindo a atribuição legal da

ANS ou mesmo efetuando juízos morais e éticos, não competindo ao magistrado a imposição dos próprios valores de modo a submeter o jurisdicionado a amplo subjetivismo.”

A esse respeito, desde 2010 o Brasil fechou cerca de 10% dos leitos de UTI, em decorrência da crise fiscal e orçamentária. Antes mesmo do contexto pandemiológico iniciado em março de 2020, os juízes tiveram que enfrentar demandas pela preferência na internação, uma verdadeira escolha pela vida. Muitas decisões judiciais substituíram os protocolos médicos e determinaram a preferência para pessoas que se encaixavam nos critérios elegidos pelo magistrado, configurando um conflito ético. Não se nega que os recursos escassos exigem decisões drásticas, todavia, substituir os critérios médicos pela análise casuística e subjetiva de liminares providas do Poder Judiciário não é o melhor caminho.

Sobre a relação de dependência entre direito e moral, Fábio Portela Lopes Almeida leciona que essa relação precisa ser abandonada, o que não significa dizer que não exista uma ligação íntima entre ambas. De acordo com Habermas, essa relação é de complementariedade.

Por outro lado, a forte intervenção estatal na relação contratual e a expressa disposição do art. 197 da CF deixam claro que o serviço de saúde é de relevância pública, extraindo-se da leitura do art. 22, § 1º, da Lei nº 9.656/1998 a inequívoca preocupação do legislador com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde, que devem estar assentados em planos de custeio elaborados por profissionais, segundo diretrizes definidas pelo Consu, um conselho deliberativo no âmbito da saúde suplementar.

No escólio de Fábio Ulhoa Coelho:

“Consoante entendimento majoritário da doutrina especializada, os planos e os seguros privados de assistência à saúde possuem nítida natureza mutualista e securitária, submetendo-se a precificação a cálculos e estudos atuariais. A função econômica do seguro é socializar riscos entre os usuários. A operadora recebe de cada um o prêmio, calculado de acordo com a probabilidade de ocorrência do evento danoso. Em contrapartida, obriga-se a conceder a garantia consistente em pagar certa prestação pecuniária ao segurado, ou a terceiros beneficiários, na hipótese de verificação de sinistro (COELHO, Fábio Ulhoa. *Contratos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340-341).”

O Min. Luis Felipe Salomão salientou em seu voto:

“Nos casos de contratos securitários, como é cediço, notadamente em vista dos avanços da atuária, há acesa controvérsia doutrinária acerca da inserção da álea como integrante do objeto do contrato de seguro, visto que, com os prêmios que recebe de seus segurados, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora não apenas disporá dos recursos necessários aos pagamentos das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem e das despesas administrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, como também obterá lucro.”

A esse respeito, Walter Polido preleciona:

“Destarte, em um ambiente de segurança jurídica, a atividade seguradora se baseia em riscos, e não em incertezas, pois os riscos contidos na apólice, nos estritos termos em que foi elaborada, podem ser perfeitamente investigados e mensurados (POLIDO, Walter A. Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17).”

Logo, é necessário respeitar a manutenção do equilíbrio das prestações no tempo, sob pena de inviabilizar o próprio modelo de negócio.

Analisando as manifestações, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, assentou:

“Como esclarecido pelas substanciosas manifestações dos *amici curiae* ANS, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e Instituto Brasileiro de Atuária, o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos e seguros de saúde. É que o menoscabo de tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e, principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado.

Realmente, com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os arts. 20 a 30 exigem dos operadores do Direito um viés consequentialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas - que passam também a ter um ônus maior de transparência, por meio de consultas públicas -,

como para o Judiciário - que passa a ter a obrigação de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las.

Por conseguinte, invocando o princípio da função social do contrato, insculpido no art. 421 do CC, não se pode descuidar de que o modelo se baseia no conceito de mutualismo, que vem da área de seguros: um grupo de pessoas se junta, cotiza-se e gera-se uma receita por meio do pagamento individual da mensalidade, sendo o valor total arrecadado usado para pagar as despesas decorrentes do atendimento à saúde de integrantes desse grupo. Como são várias pessoas, os custos se diluem, o preço do plano se reduz, e elas podem ter acesso a serviços que teriam dificuldade de custear individualmente."

Em complemento, o Código Civil de 2002 alçou as diretrizes da socialibilidade e da eticidade a postulados fundamentais. Nesse passo, os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais, consoante propugnado pela teoria preceptiva. Segundo esta teoria, as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada.

Sobre a possibilidade de uma solução conciliatória entre os segurados e as operadoras, o Min. Luis Felipe Salomão asseverou:

"Bem assim, evidentemente, é sempre possível a autocomposição. Muito embora não seja um dever que possa ser imposto, não se descarta a possibilidade de a operadora ou seguradora pactuar com o usuário para que ele cubra a diferença de custos entre os procedimentos do rol ou da cobertura contratual e o orientado pelo médico assistente, a par de ser hipótese que propicia ao consumidor valer-se dos preços mais favoráveis que usualmente são cobrados das operadoras em sua relação mercantil com os prestadores de serviços."

Por fim, em conclusão de julgamento, o ministro ponderou:

"Assim, como a questão exige conhecimento técnico e, no mais das vezes, subjacente divergência entre profissionais da saúde (médico assistente do beneficiário e médico-perito da operadora do plano), para propiciar a prolação de decisão racionalmente fundamentada, na linha do que propugna o Enunciado n. 31 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, o magistrado deve obter informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros

serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias e associações profissionais.”

Os procedimentos com cobertura obrigatória, conforme a Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS, têm assegurada a cobertura de todas as taxas, materiais, contrastes e medicamentos necessários para a sua execução, desde que estejam regularizados e registrados e suas indicações constem da bula perante a Anvisa, devendo ser respeitados os critérios de credenciamento, referenciamento e reembolso entre operadora e prestadores de serviços de saúde. Por sua vez, os procedimentos opcionais devem ser claramente explicados aos segurados.

O entendimento contrário advoga que a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combatido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, ínsito às hipóteses de inadimplemento contratual.

O entendimento acerca do rol taxativo de eventos e procedimentos em saúde ainda pende de definição no STJ, que analisa a questão nos EREsp. nº 1.886.929/SP e nº 1.889.704/SP. No primeiro caso, o relator, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, votou pelo caráter exemplificativo do rol de procedimentos. Por sua vez, no segundo recurso, a Ministra Nancy Andrigui indeferiu agravo interno, entendendo igualmente pelo caráter meramente exemplificativo do rol de procedimentos. Ambos os ministros foram contrários à inclusão da cobertura da fertilização in vitro, se o contrato assim não dispuser, com base nos critérios de equilíbrio atuarial.

Dessarte, percebe-se que as mesmas premissas lógicas calcadas nas consequências da decisão e no equilíbrio atuarial são manejadas diferentemente, a depender da questão de fundo subjacente ao litígio entre usuários e operadoras.

Na decisão que indeferiu o agravo interno no EREsp. nº 1.889.704/SP, citado acima, a Ministra Nancy Andrigui asseverou:

“Com efeito, a Corte de origem manteve a determinação de cobertura de tratamento por meio de terapia especializada não prevista expressamente no Rol de cobertura obrigatória editado pela ANS, entendendo que a recusa de **cobertura** de tratamento com expressa indicação médica sob o fundamento de constar do aludido Rol é abusiva.

Até o julgamento do REsp 1.733.013/PR pela Quarta Turma (julgado em 10/12/2019, DJe de 20/02/2020), havia, no âmbito da Segunda Seção, o entendimento consolidado sobre a natureza meramente exemplificativa desse rol, fundado nas regras e

princípios do CDC, em especial no da interpretação mais favorável ao consumidor e no da boa-fé objetiva. Sucede, entretanto, que, ao julgar o REsp 1.733.013/PR, a Quarta Turma promoveu mudança do seu entendimento para decidir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza taxativa.

Por outro lado, a competência legal atribuída à ANS pelas Leis 9.656/98 e 9.961/2000, e os atos normativos por ela exarados, além de compatíveis com as referidas Leis, devem ter conformidade com a CF/1988 e as normas inseridas no CDC, inclusive os seus princípios, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica.

Logo, não cabe a ANS estabelecer outras hipóteses de exceção da cobertura obrigatória pelo plano-referência, além daquelas expressamente previstas nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/1998, assim como não lhe cabe reduzir a amplitude da cobertura, excluindo procedimentos ou eventos necessários ao tratamento das doenças listadas na CID, ressalvadas, nos termos da lei, as limitações impostas pela segmentação contratada.

É forçoso concluir, portanto, no sentido da manutenção da orientação da Terceira Turma, há muito firmada nesta Corte no sentido de que a natureza do referido rol é meramente exemplificativa e, por isso, reputa abusiva a recusa de custeio do tratamento de doença coberta pelo contrato.

Por sinal, na sessão de 03/02/2021, esse entendimento foi reafirmado, à unanimidade, pela Terceira Turma no julgado citado na decisão agravada (REsp 1846108/SP, 3ª Turma, DJe 05/02/2021. Por fim, nem mesmo na Quarta Turma, o entendimento divergente é unânime, haja vista julgados recentes daquele órgão fracionário no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças a que dará cobertura, mas não o melhor tratamento indicado.”

Na segunda Seção, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, exarou seu voto no dia 16/09/2021, entendendo pela taxatividade do rol da ANS, com exceções. No dia 23/02/2022, a Min. Nancy Andrigui reforçou seu entendimento em voto-vista, no mesmo sentido da decisão monocrática citada acima, entendendo pelo natureza meramente sugestiva do rol. Citando precedente do STF, a ministra reiterou o argumento de que a saúde é um direito fundamental. Assim, a saúde suplementar não pode estar calcada apenas no lucro, dada sua vinculação à pessoa humana e a importância social dessa atividade.

A Min. Nancy Andrigui lembrou que as operadoras de planos de saúde possuem lucros na casa de bilhões de reais. Além disso, o Anexo I da Resolução nº 465/2021 da ANS elenca mais de três mil procedimentos, não sendo exigido do consumidor que compreenda a linguagem técnica empregada. No entendimento da ministra, as operadoras podem aumentar as mensalidades caso haja aumento da sinistralidade. Com base nesses

argumentos, o rol seria meramente exemplificativo, ressalvadas as limitações impostas pela segmentação contratada.

O argumento de lucratividade não impressiona. As despesas de saúde no Brasil representam quase 10% do PIB, com 55% desse montante a cargo do setor privado e 45% a cargo do setor público. Segundo a CGU, em 2021 o orçamento da saúde pública foi de 189 bilhões de reais, com execução de 161 bilhões de reais. Por sua vez, os planos de saúde correspondem a um mercado de 220 bilhões de reais em receitas, com cerca de 700 empresas operadoras e 47 milhões de usuários. Em 2020, o lucro do setor cresceu 49,5%, chegando a 17,5 bilhões de reais, em decorrência do repasse dos custos da pandemia.

O setor público também passou por aumento de gastos no mesmo período, resultando em crescimento do endividamento por meio da emissão de títulos públicos e elevação de impostos.

Essa lucratividade dos planos está concentrada em poucas operadoras líderes. O entendimento pelo rol meramente sugestivo irá inviabilizar diversas operadoras de menor porte. Como dito, o debate sobre o tema ainda está envolto de sentimentalismos, com argumentos alusivos ao capitalismo humanitário, consciência do julgador e lucratividade deste setor de mercado.

Após esse voto-vista, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, aditou seu voto, na mesma sessão, corroborando seu posicionamento tomado no dia 16/09/2021. Replicando o voto-vista, o relator lembrou que nenhum país do mundo possui lista aberta de eventos e procedimentos em saúde. A definição dessa tese em precedente qualificado pela 2ª Seção irá trazer segurança jurídica para operadoras e usuários.

Percebe-se, assim, que há uma tendência no âmbito do STJ de privilegiar os critérios atuariais e consequencialistas no julgamento de situações não cobertas expressamente pelos contratos de seguro saúde. Esta postura foi adotada para excluir a cobertura da fertilização in vitro, conforme decisão adotada pela 2ª Seção, no julgamento conjunto dos REsp. 1.822.420, 1.822.818 e 1.851.062, adotando-se a sistemática dos recursos repetitivos. O voto-vista da Min. Nancy Andrigui no caso do rol da ANS possui premissas que contrariam seu posicionamento no caso da fertilização in vitro.

No âmbito do STJ, o Rol da ANS tende a ser cindido, considerando-se taxativo o elenco de enfermidades cobertas pelos planos de saúde, e exemplificativo no que toca aos procedimentos para o tratamento das enfermidades cobertas.

3. Conclusão

Em 2022, a conclusão acerca do entendimento sobre os planos de saúde pelo STJ terá forte repercussão na judicialização dos casos envolvendo as operadoras e usuários,

sejam empregados ou não. Estará em jogo a própria sobrevivência do modelo de negócio, que pode se tornar inviável a depender da orientação da corte. Este artigo expôs a linha lógico-dedutiva das premissas adotadas pelos integrantes da corte, buscando encontrar um liame no raciocínio adotado nos últimos julgamentos. O deslinde da questão perpassa uma análise acurada dos critérios atuariais que sustentam a viabilidade financeira dos seguros saúde no tempo. Há, assim, nítido embate de princípios relevantes no âmbito constitucional, e a realidade mercadológica. Percebe-se uma tendência de cisão no entendimento da corte, adotando-se a taxatividade do rol de eventos da ANS, mas flexibilizando o rol de procedimentos.

4. Referências.

Cláudia Galiberne Ferreira; Hélio do Valle Pereira; Romano José Enzweiler. Curso de direito médico. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

Fábio Portela Lopes Almeida. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. Revista Direito GV, jul-dez 2008.

Fábio Ulhoa Coelho. Contratos. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

Jorge Amaury Maia Nunes. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010, passim.

Walter A. Polido. Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor. São Paulo: Roncarati, 2015.

REQUISITOS PARA VALIDAÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO BASEADO EM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E DESÁGIO

PAULO ROBERTO DE SOUSA BIGOLIN:

Advogado e Contador. Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios (UNISINOS/RS). Especialista em Direito Processual Civil e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ).

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estabelecer quais são os requisitos para validação de operação baseada em amortização de ágio e deságio implementada mediante planejamento tributário, a partir da análise efetuada sobre a legislação tributária federal e da jurisprudência pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), utilizando-se como método de abordagem o método dedutivo, como método de procedimento o método exploratório e como técnica de pesquisa, o método bibliográfico. Verificou-se que, a despeito da complexa disciplina do tema na legislação tributária federal e de decisões dissonantes no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), ainda é possível estabelecer requisitos habitualmente aceitos para validação de operação baseada em amortização de ágio e deságio implementada mediante planejamento tributário, evitando-se assim que a operação seja declarada irregular ou ilegítima pela fiscalização tributária.

Palavras-chave: Amortização. Ágio. Deságio. Planejamento. Tributário. Validação.

ABSTRACT: The objective of this study is to establish the requirements for validating an operation based on amortization of goodwill and negative goodwill implemented through tax planning, based on the analysis carried out on federal tax legislation and the settled jurisprudence of the Administrative Council of Tax Appeals (CARF), using as method of approach the deductive method, as method of procedure the exploratory method, and as a research technique, the bibliographic method. It was verified that, in spite of the complex discipline of the subject in federal tax legislation and dissonant decisions in the scope of Administrative Council for Tax Appeals (CARF), it is still possible to establish commonly accepted requirements for validation of an operation based on amortization of goodwill and negative goodwill implemented through tax planning without the operation being declared irregular or illegitimate by the tax inspection.

Keywords: Amortization. Goodwill. Negative. Goodwill. Tax. Planning. Validation

Sumário: 1. Introdução. 2. Amortização fiscal e método de equivalência patrimonial. 3. Princípio da neutralidade fiscal. 4. Fundamento econômico do ágio e deságio. 5. Método de amortização de ágio ou deságio. 6. Requisitos de validação para amortização de ágio

ou deságio implementada mediante planejamento tributário. 6.1. Vedação à amortização nas operações entre partes relacionadas e à amortização de ágio interno. 6.2. Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição. 6.3. Amortização de ágio e deságio cujo fundamento econômico seja a expectativa por rentabilidade futura. 6.4. Laudo de avaliação. 6.5. Utilização de “empresa-veículo” em operações de amortização. 6.6. Abuso de forma, abuso de direito e ausência de propósito negocial. 6.7. Simulação e artificialidade. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

Na seara fiscal, as expressões “ágio” e “deságio” denotam, respectivamente, um ganho ou uma perda em relação a uma referência de valor. No Brasil, o emprego das expressões está geralmente associado a um reflexo fiscal na apuração do aspecto quantitativo da matriz de incidência de tributos incidentes sobre a renda de pessoas físicas e jurídicas, que no nosso sistema tributário são representados pelo Imposto de Renda (IRPF e IRPJ) e pela Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Nos últimos anos, essas expressões adquiriram grande relevância com o desenvolvimento de técnicas modernas de planejamento tributário visando evitar, retardar ou diminuir o montante tributável do ágio (ganho de renda ou de capital), influenciando tanto na elaboração e alteração de leis federais que disciplinavam o assunto quanto nas deliberações do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

As modificações implementadas na legislação tributária federal e nas normas de natureza contábil para o fim de coibir a elisão fiscal, dispondo sobre o reconhecimento, a contabilização e a apuração do ágio e do deságio, bem como a introdução de novos conceitos técnicos, tais como a mais-valia, menos-valia, ganho por compra vantajosa e *goodwill*, tornaram ainda mais complexa a atividade de elencar os requisitos para validação de planejamento tributário baseado em amortização de ágio e deságio.

Em razão disso, antes de ingressar na análise do problema proposto, faz-se necessária uma breve introdução sobre os conceitos de ágio, deságio e seus desdobramentos técnicos (mais-valia, menos-valia, ganho por compra vantajosa e *goodwill*).

O ágio representa um ganho (mais-valia), e por consequência, uma “adição” ao resultado tributável, uma vez que resulta de um “preço a maior” pago na aquisição de determinado alvo (investimento). Por isso, a diferença entre o valor de custo do investimento registrado nas demonstrações contábeis da entidade alvo (investida) e o preço pago pelo investidor deve ser oferecido à tributação na condição de ágio quando a operação represente um lucro para a investida ou investidor.

Por seu turno, o deságio (menos-valia ou compra vantajosa) representa uma dedução no montante tributável em razão de um “prejuízo” aferido pela investida ou pelo investidor no âmbito de uma operação de aquisição (investimento). Geralmente esse prejuízo é verificado quando o valor pago é inferior ao valor do custo do investimento registrado nas demonstrações contábeis da entidade alvo (investida).

Como se vê, a existência de ágio ou deságio geralmente refere-se a um resultado a maior ou menor obtido em operações de aquisição ou investimentos quando o valor “pago” é maior ou menor do que o valor de avaliação registrado nas demonstrações contábeis do objeto alvo.

O valor de avaliação (custo de aquisição) de uma entidade alvo pode ser mensurado pelo método do *custo de aquisição* ou pelo método de equivalência patrimonial (MEP), sendo este último de adoção obrigatória quando presentes determinados requisitos preconizados na legislação federal.

Em vista do desenvolvimento de variadas técnicas de elisão fiscal visando a eliminação do ágio ou a apropriação de deságio em uma operação de aquisição, tanto a legislação federal quanto as normas de natureza contábil moldaram-se para disciplinar ao mesmo tempo a contabilização do valor de avaliação da entidade alvo (custo de aquisição) e do ágio e do deságio verificado em uma operação capitaneada com aquela mesma entidade, já que em muitos casos, verificava-se a correspondência entre o valor de avaliação da entidade alvo e o valor por ela pago em decorrência de uma “reavaliação” anterior na qual o custo de aquisição acabou majorado ou diminuído pela entidade alvo antes da operação de aquisição.

Com esse objetivo, a legislação tributária federal passou a exigir do contribuinte não apenas a contabilização dos elementos envolvidos na operação de aquisição, mas também a sua classificação a partir do “fundamento econômico” que levaram ao seu reconhecimento, situação que abriu caminho para que ocorresse a disciplina, no nosso ordenamento jurídico, do que viria a ser denominado de mais-valia, da menos-valia, do ganho por compra vantajosa e do goodwill.

Atualmente, a título de exemplo, no que tange à contabilização do valor de avaliação da entidade alvo (custo de aquisição), quando a reavaliação majorar o custo de aquisição, haverá a contabilização no objeto alvo de uma “mais-valia”. Se a reavaliação diminuir o valor do objeto, haverá uma “menos-valia”.

Parcela majoritária da doutrina considera o ágio e a mais-valia como conceitos sinônimos, haja vista que os critérios de apuração são semelhantes. A mesma semelhança também ocorre na apuração fiscal de deságio, menos-valia e ganho por compra vantajosa. Porém, a legislação tributária federal considera tais elementos como conceitos distintos

em razão de sua amplitude, haja vista que o ágio e o deságio podem ser apurados considerando apenas uma operação, um grupo de operações ou ainda ser apurado sobre operações que envolvam um grupo de ativos ou apenas um ativo específico.

De fato, essa amplitude verificada em relação ao ágio e ao deságio não ocorre em relação à apuração da mais-valia, da menos-valia e do ganho por compra vantajosa, na medida em que referidas grandezas devem ser apuradas considerando apenas operações que envolvam um *ativo líquido individualizado*, sendo o ganho ou a perda computada de forma individualizada.

Um ativo líquido é uma espécie de ativo ao qual se atribui "liquidez", tais como dinheiro, bens, títulos, ações e quotas de uma entidade. Importante frisar que para fins de apuração de mais-valia ou menos-valia, aludidos ativos "líquidos" devem ser passíveis de serem contabilmente individualizados pelo sujeito passivo.

Em termos contábeis, a mais-valia, a menos-valia e o ganho por compra vantajosa são atribuídos a ativos líquidos *individualizados* da entidade a ser adquirida ou investida, os quais são mensurados por "valor justo" de forma individualizada, conforme preconizado pela legislação tributária federal e considerando ainda o disposto no Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R1)43.

Quando o ativo individualizado é avaliado em valor maior que o seu valor contábil, o contribuinte deve efetuar o registro da mais-valia e quando menor, faz-se o registro da menos-valia. Portanto, a mais ou menos-valia consiste na diferença entre o "valor justo" dos ativos líquidos identificados individualmente e seu "valor contábil".

Da mesma forma como ocorre na menos-valia, o ganho proveniente de compra vantajosa também é uma espécie de deságio que representa um excesso de valor justo dos ativos líquidos de uma entidade em procedimento de aquisição. Em termos práticos, o investidor paga menos por um ativo individual do que o valor de mercado (valor justo) que este mesmo ativo deve possuir, o qual reputa-se excessivo.

Ainda há que se mencionar a existência do goodwill, o qual trata-se de um conceito contábil que representa o valor de avaliação de ativos individuais de natureza "intangível" (imateriais ou incorpóreos). O goodwill também é conhecido no Direito Brasileiro pela expressão "ágio por rentabilidade futura", devido ao reconhecimento pela legislação tributária federal, da legitimidade de um ativo incorpóreo (ativo intangível) *gerar riquezas futuras* para alguma entidade a ele vinculada como possível compradora (investidora).

43 BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R1). Dispõe sobre a Combinação de Negócios. Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IFRS 03. Disponível em: http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/235_CPC_15_R1_rev%2014.pdf. Acesso em 03 jan. 2021.

O goodwill tornou-se ao longo do tempo um conceito fundamental para elucidar o motivo pelo qual uma entidade é adquirida por valor superior ao “valor justo” de todos os seus ativos, haja vista que os investimentos podem se basear em expectativas de uma futura rentabilidade e geração de recursos financeiros para a entidade que está adquirindo determinado negócio, os quais geralmente guarnecem de registros contábeis inexistentes ou incompletos.

Apesar de sua importância para a correta mensuração de ativos da entidade, o goodwill corresponde a um conjunto patrimonial imaterial e incorpóreo de difícil reconhecimento e contabilização pelo sujeito passivo. Por referida razão, as normas contábeis tornaram o seu processo de mensuração diferente dos demais ativos, o qual se desenvolve atualmente pela aplicação do teste de “impairment” (teste de recuperabilidade).

Em termos práticos, quanto maior for a identificação de ativos tangíveis e intangíveis pelo sujeito passivo, menor será o valor do goodwill no momento da aplicação do teste de “impairment”, uma vez que o valor do goodwill é “residual”, sendo aferido a partir da diferença obtida entre a grandeza registrada contabilmente e o valor que está sendo investido pela aquisição da entidade alvo.

Isso ocorre pelo fato de o goodwill não ser identificável nas demonstrações contábeis ou muito menos retratado especificamente em contas e subcontas contábeis utilizadas para registro e mensuração de ativos tangíveis e intangíveis da entidade objeto de eventual aquisição. Por referida razão, o goodwill inicialmente é mensurado pelo custo e como dito antes, sua mensuração deve ser efetivada através da diferença obtida entre o custo de aquisição do negócio e do valor justo dos ativos e passivos identificáveis que são adquiridos, nos termos dispostos pelo Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R1)44.

No que tange ao registro do goodwill na entidade que está adquirindo os “ativos”, há necessidade de se “reavaliar” os ativos que geram resultados financeiros antes de realizar o seu reconhecimento contábil. Nesse sentido, o valor justo dos ativos e passivos identificáveis que são adquiridos devem passar por um processo de “reavaliação” antes de sua contabilização na entidade adquirente. Essa operação de “avaliação financeira” para fins de contabilização recebe a denominação, no âmbito da normatização contábil, de “redução ao valor recuperável”.

Sempre quando houver a existência de goodwill, os ativos adquiridos devem ser mensurados pela entidade adquirente *por redução ao seu valor recuperável*, como assim

44 BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R1). Dispõe sobre a Combinação de Negócios. Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IFRS 03. Disponível em: http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/235_CPC_15_R1_rev%2014.pdf. Acesso em 03 jan. 2021.

determina o Pronunciamento Técnico CPC nº 01 (R1)45. Da mesma forma, em cada oportunidade em que um ativo for avaliado ou reavaliado por valor não recuperável no futuro, a entidade deverá registrar a “baixa contábil” da diferença apurada.

Como observado, o reconhecimento, a contabilização e a apuração do ágio, da mais-valia, do deságio, da menos-valia, do ganho por compra vantajosa e do goodwill é disciplinado de forma minuciosa e complexa no âmbito da legislação tributária federal e do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC). Por isso, não é difícil vislumbrar a problemática que exsurge quando o contribuinte tem por intuito implementar elisão fiscal mediante planejamento tributário visando evitar ou retardar a ocorrência do ágio, ou ainda utiliza a elisão fiscal para interferir de alguma forma no registro da mais-valia, do deságio, da menos-valia, do ganho por compra vantajosa e do goodwill.

Nesse sentido, considerando o presente introito, como também toda a complexidade envolvida em relação ao tema ora abordado, o presente trabalho tem como objetivo principal estabelecer quais são os requisitos para validação da amortização de ágio e deságio implementada mediante planejamento tributário, a partir da análise efetuada sobre a legislação tributária federal e da jurisprudência pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Com a finalidade de alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á como método de abordagem o método dedutivo, uma vez que se trata da metodologia recomendada para a investigação do problema anteriormente proposto. Da mesma forma, será adotado como método de procedimento o método exploratório, com o objetivo de explorar quais requisitos de validação podem ser extraídos da legislação tributária federal e da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Como técnica de pesquisa, o presente trabalho adotará o método bibliográfico, que será desenvolvido através do levantamento de documentação direta e indireta, artigos, dissertações e livros sobre a temática em questão.

2. Amortização fiscal e método de equivalência patrimonial

A amortização fiscal do valor do ágio ou deságio através da aquisição de investimentos consiste na operação segundo a qual o contribuinte amortiza a diferença positiva ou negativa entre o valor pago por uma participação societária e o seu valor patrimonial correspondente, através da contabilização da operação de investimento no patrimônio da entidade investidora e investida.

45 BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Pronunciamento Técnico CPC nº 01 (R1). Dispõe sobre a Redução ao Valor Recuperável de Ativos. Pronunciamento disponível no seguinte sítio eletrônico: http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/27_CPC_01_R1_rev%2012.pdf. Acesso em 03 jan. 2021.

Muito embora admitida pela legislação tributária, a amortização fiscal de ágio ou deságio geralmente é efetivada mediante implementação de planejamento tributário, e por aludida razão, é objeto de grandes controvérsias entre fiscalização tributária e contribuintes. Na maioria dos casos, a fiscalização utiliza-se de conceitos vagos e abstratos para desconstruir a legitimidade da amortização de ágio e deságio e assim afastar a sua legalidade, já que a operação fiscal é expressamente admitida pela legislação.

A compreensão desse processo de amortização em operação de aquisição de investimentos passa necessariamente pelo entendimento de como é realizada a avaliação de tais aquisições, que se dá pelo conhecido “método de equivalência patrimonial” (MEP), instituído pela redação dada ao art. 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Trata a equivalência patrimonial de metodologia utilizada para atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida. Essa atualização permite, por seu turno, o reconhecimento contábil e fiscal dos efeitos da atualização do investimento na demonstração do resultado do exercício tanto na entidade investidora quanto investida,

46 Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas:

I - O valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - O valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - A diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

- a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
- b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;
- c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§1º. Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§2º. A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação (BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível no seguinte endereço eletrônico:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 07 dez. 2020).

traduzindo maior transparência na situação econômica das entidades e nas situações que possam impactar seu lucro líquido, tais quais a amortização fiscal de ágio e deságio.

Nos termos do art. 21 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da investida de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sendo que o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da investida levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 02 (dois) meses no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto sobre a renda, adotando-se ainda, critérios contábeis uniformes⁴⁷.

Em que pese a sua utilidade e praticidade para avaliação de investimentos pelos contribuintes, em despeito da utilização do método do custo de aquisição, o método de equivalência patrimonial” (MEP) é obrigatório apenas para as entidades que possuem “participações societárias relevantes”⁴⁸ em entidades controladas, entidades coligadas

47 Art. 21. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da investida, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e com as seguintes normas:

I - O valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da investida levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 (dois) meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto sobre a renda;

II - Se os critérios contábeis adotados pela investida e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da investida os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - O balanço ou balancete da investida, levantado em data anterior à do balanço do contribuinte, deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - O prazo de 2 (dois) meses de que trata o inciso I do caput aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a investida participe, direta ou indiretamente, com investimentos que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da investida;

V - O valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores da porcentagem da participação do contribuinte na investida.

VI - No caso de filiais, sucursais, controladas e coligadas, domiciliadas no exterior, aplicam-se as normas da legislação correspondente do país de domicílio (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del1598compilado.htm. Acesso em 30 dez. 2020).

48 O investimento em entidades coligadas e controladas é considerado relevante nas seguintes hipóteses: (i) o valor contábil do investimento em cada entidade coligada ou controlada for igual ou superior a 10% (dez por cento), do patrimônio líquido da sociedade investidora; (ii) o valor contábil no conjunto do

sobre cuja administração a entidade investidora tenha influência, bem como em entidades coligadas de que a entidade investidora participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, conforme o disposto no art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976/49.

Neste sentido, o valor do investimento obtido pela aplicação do método de equivalência patrimonial (MEP) deverá ser alcançado mediante aplicação de percentual de participação da entidade investidora no capital social da entidade investida sobre o valor do patrimônio líquido desta, diminuído dos resultados não realizados.

A avaliação do investimento por equivalência patrimonial é efetuada no *momento da aquisição do investimento*, ocasião em que o custo de aquisição deverá ser desdobrado, como também apurado o ágio (valor pago a maior na aquisição do investimento) ou o deságio (valor pago a menor na aquisição do investimento), e apontado o seu fundamento econômico, que pode ser o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao valor registrado na contabilidade, o valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, ou ainda o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

3. Princípio da neutralidade fiscal

De acordo com o princípio da “neutralidade para fins fiscais”, previsto no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, a aplicação do método de equivalência patrimonial não deve representar qualquer reflexo de natureza fiscal para a entidade, na medida em que a variação positiva ou negativa na avaliação de investimentos entre

investimento em entidades coligadas ou controladas for igual ou superior a 15% (quinze por cento) do patrimônio líquido da entidade investidora ou controladora.

49 Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§1º. São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

§3º. A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§4º. Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§5º. É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la (BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 07 dez. 2020).

entidades coligadas e controladas e suas investidoras não podem ser considerados como renda ou lucro tributável, não sendo computado, por consequência, na determinação do lucro real ou ainda considerado fato gerador tributável⁵⁰.

A regra geral é que no âmbito da avaliação de investimentos em entidades coligadas ou controladas pelo valor de patrimônio líquido (Método de Equivalência Patrimonial), o princípio da neutralidade fiscal deverá ser observado tanto pela fiscalização, no que tange à incidência de tributação, tanto pelo contribuinte, no que tange à possibilidade de amortização de ágio ou aproveitamento de deságio. Porém, a legislação tributária admite que a neutralidade possa ser afastada pela fiscalização tributária, permitindo-se assim a tributação de eventuais ganhos mediante computo na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento, como também possa ser superada pelo contribuinte quando este pretender efetivar a compensação de perdas (aproveitamento de deságio) e amortização de ágio, em duas hipóteses, a saber: (i) quando se tratar de disponibilização de lucro de coligada ou controlada no exterior, considerando o disposto nos arts. 72 a 92 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014⁵¹; (ii) da *avaliação do valor contábil para fins de apuração de ganho de capital*, conforme disposto no art. 25 c/c art. 33, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

No que tange ao aproveitamento e à amortização de ágio ou deságio pelo contribuinte, a implementação de planejamento tributário utilizando-se dessa técnica visa, sobretudo, a manutenção da neutralidade fiscal com o intuito de evitar de forma lícita e legítima, a tributação incidente sobre a apuração de um eventual ganho de capital obtido em decorrência da avaliação do valor contábil e da liquidação do investimento para fins de apuração de ganho de capital, muito embora também possa ser utilizada em outras situações, tais como na disponibilização de lucro de coligada ou controlada no exterior.

Com efeito, o planejamento tributário em que o contribuinte se vale do aproveitamento e amortização de ágio e deságio visa justamente tergiversar a tributação

⁵⁰ Art. 23. A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real.

Parágrafo único. Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20, derivados de investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionem no País (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del1598compilado.htm. Acesso em 30 dez. 2020).

⁵¹ A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, alterou a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), revogou o Regime Tributário de Transição (RTT), instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 e passou a dispor sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas.

advinda na ocasião da realização do investimento em razão de sua mera alienação a terceiros, com a conseqüente apuração do ganho de capital sobre a venda, ou ainda em decorrência de sua liquidação por execução de operação societária de fusão, cisão ou fusão, com o objetivo de manter a neutralidade tributária na operação.

Consoante disposto no art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, a contrapartida da redução dos valores de mais ou menos-valia e ágio por rentabilidade futura não será computada na determinação do lucro real, *exceto quando da alienação do investimento*, nos termos do art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977⁵². Em caso de alienação do investimento, o contribuinte deverá apurar o seu valor contábil (VLI), que corresponde ao valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte (VPL), acrescido dos valores lançados nas contas de mais ou menos-valia e ágio por rentabilidade futura à título de fundamento econômico (FE).

4. Fundamento econômico do ágio e deságio

Com a nova redação dada ao art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, a diferença entre o valor de aquisição e o valor contábil passou a receber um tratamento fiscal diferenciado, compreendendo o reconhecimento e o registro de um fundamento econômico que justifique a contabilização de uma mais-valia ou menos-valia, de modo que o sujeito passivo deve "indicar" esse fundamento a partir do valor de mercado de bens do ativo da entidade alvo de aquisição⁵³.

52 Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - Valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - De que tratam os incisos II e III do caput do art. 20, ainda que tenham sido realizados na escrituração comercial do contribuinte, conforme previsto no art. 25 deste Decreto-Lei;

(...)

§2º. Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del1598compilado.htm. Acesso em 30 dez. 2020).

53 Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - Valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21;

II - Mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput;

O valor de mercado pode ser superior (mais-valia) ou inferior (menos-valia) ao custo contábil registrado e quando superior, passou a ser obrigatória a discriminação de um fundamento econômico que justifique o registro contábil dessa mais-valia ou menos-valia.

A mais-valia (ágio) ou a menos-valia (deságio) deverão se basear em um dos fundamentos econômicos a seguir descritos: (i) reavaliação de ativos, quando o valor de mercado dos bens do ativo possuir valor superior ao custo registrado na contabilidade; (ii) expectativa de rentabilidade futura, quando houver uma expectativa de que os ativos da entidade apresentem alguma rentabilidade de geração de caixa ou fluxo financeiro no futuro; (iii) no fundo de comércio, ativos intangíveis e outras razões econômicas discriminadas pela entidade.

Considerando o disposto no art. 20, incisos "II", "III" e §6º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, além da obrigatoriedade de classificação do "excesso" de valor a partir de um fundamento econômico, aquele passou a ser "computado" na determinação do lucro real do período de apuração da alienação ou baixa do investimento.

O lançamento do ágio ou deságio com fundamento no valor de mercado de bens do ativo ou ainda a sua rentabilidade futura deverá se basear-se em laudo elaborado por

III - Ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.

§1º. Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas.

§2º. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)

§3º. O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

§4º. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

§5º. A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração:

I – Primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo;

II - Posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa.

§6º. O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o §5º, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento.

§7º. A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no §3º (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del1598compilado.htm. Acesso em 08 set. 2020).

perito independente, o qual deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil e registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente à conclusão de eventual operação de aquisição da entidade envolvida, nos termos do art. 20, §3º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

Logo, em decorrência da exigência legal do fundamento econômico para a configuração de ágio ou deságio aptos à amortização de resultado fiscal, a legislação passou a demandar do contribuinte que no caso da aquisição de investimento relevante em outra entidade caracterizada como investida (coligada ou controlada), a investidora deva desdobrar o custo de aquisição em: (i) valor do patrimônio líquido na época da aquisição; (ii) mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida; (iii) ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de patrimônio líquido e mais ou menos valia.

5. Método de amortização de ágio ou deságio

A possibilidade de amortização do ágio ou deságio em razão da diferença entre o valor pago na aquisição da participação societária e o seu valor correspondente no patrimônio líquido da entidade investida à época da aquisição, no período de apuração do lucro real, conforme autorizado pelo art. 20, inciso "II", do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passou a ser possível somente após a vigência dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997⁵⁴, os quais foram introduzidos no nosso

54 Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - Deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - Deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - Poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - Deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

ordenamento com o intuito de incentivar investimentos de aquisição em território nacional por entidades nacionais e estrangeiras.

Antes da edição da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, a amortização fiscal do ágio limitava-se à composição do investimento no custo de aquisição do mesmo no momento de apuração da base tributável do ganho de capital, que em regra ocorria no momento da liquidação ou da alienação do investimento, conforme redação anterior dos arts. 25 e 33 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Para agravar, quando a amortização ocorria no âmbito de uma operação societária, esta era sempre questionada pela fiscalização tributária ante a ausência de regras claras sobre a contabilização de um eventual ágio ou deságio, como também de sua amortização.

Com o advento da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, ficou possibilitada a amortização de ágio (art. 7º, inciso "III") e de deságio (art. 7º, inciso "IV") na base de cálculo do Imposto de Renda incidente sobre Pessoa Jurídica (IRPJ) e sobre a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), em operações societárias de incorporação, fusão ou cisão

§1º. O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§2º. Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

- a) O ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) O deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§3º. O valor registrado na forma do inciso II do caput:

- a) Será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) Poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§4º. Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§5º. O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) O investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) A empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária (BRASIL. Lei nº 9.532, de 10 de janeiro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532compilado.htm. Acesso em 30 dez. 2020).

promovidas entre investidora e investida, ou vice-versa (conforme autorizado pelo art. 8º, alínea "b"), quando fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (goodwill), na razão de 1/60 por mês (05 anos). Como observado, a amortização fiscal do ágio ficou restrita apenas para a hipótese de goodwill, ou seja, para a expectativa de rentabilidade futura, na conjectura de a entidade investidora absorver o patrimônio da investida em virtude de incorporação e ainda limitado à razão de 1/60 por mês.

A revogação do §2º do art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não alterou o formato de amortização de ágio e deságio cujo fundamento econômico seja a expectativa por rentabilidade futura, uma vez que a matéria continuou sendo admitida e tratada no art. 22 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, combinado com art. 7º, incisos "III" e "IV", da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

Em relação a mais-valia e a menos-valia, estas são consideradas como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa, para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

Por final, no que tange ao ganho por compra vantajosa apurado em operações societárias de incorporação, fusão ou cisão, este deverá ser computado na determinação do lucro real dos períodos de apuração subsequentes ao evento societário na razão de 1/60 (05 anos) para cada mês do período de apuração, consoante disposto no art. 23 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, combinado com art. 20, §6º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

6. Requisitos de validação para amortização de ágio ou deságio implementada mediante planejamento tributário

A partir da análise efetuada sobre a legislação tributária federal e da jurisprudência pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), é possível estabelecer os seguintes requisitos de validação da amortização de ágio e deságio implementada mediante planejamento tributário, a saber: (i) aquisição de investimento com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; (ii) fluxo financeiro ou sacrifícios patrimoniais e econômicos efetivos envolvidos na operação de aquisição; (iii) reconhecimento dos ativos identificáveis, da mais-valia e da menos-valia no patrimônio líquido da empresa adquirida a valor justo e antes da apuração do ágio ou deságio, conforme disposto pelo Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R1) e pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014; (iv) amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição; (v) a amortização de ágio (art. 7º, inciso "III", da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997) e de deságio (art. 7º, inciso "IV", da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997,) na base de cálculo do Imposto de Renda incidente sobre Pessoa

Jurídica (IRPJ) e sobre a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), deve ocorrer em operações societárias de incorporação, fusão ou cisão promovidas entre investidora e investida, ou vice-versa (conforme autorizado pelo art. 8º, alínea “b”), quando fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (goodwill), na razão de 1/60 por mês (05 anos); (vi) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa); (vii) amortização da mais-valia ou menos valia na depreciação, amortização ou exaustão, exceto no caso de o patrimônio adquirido não vir a ser absorvido pela sucessora em caso específico de cisão⁵⁵; (viii) amortização entre partes não relacionadas; (ix) geração de ágio em território nacional e em operação envolvendo entidades nacionais⁵⁶; (x) laudo técnico de avaliação elaborado tempestivamente por perito independente, protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil e registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação; (xi) utilização de empresa-veículo sem a existência de simulação, dolo ou fraude e confusão patrimonial; (xii) ausência de simulação, abuso de forma, abuso de direito; (xiii) existência de propósito negocial.

Para fins de complementação ao que já foi antes contextualizado, o presente trabalho tratará a seguir de questões adjacentes aos requisitos acima elencados, precipuamente no que tange à existência de partes não relacionadas na transação de aquisição, vedação à amortização de ágio interno e à formação artificial de ágio, dos requisitos para validade e eficácia do laudo técnico de avaliação e da utilização ou interposição de empresa-veículo para amortização do ágio ou deságio registrado.

6.1. Vedação à amortização nas operações entre partes relacionadas e à amortização de ágio interno

No âmbito da legislação tributária federal, a amortização do ágio e deságio somente é admitida quando decorrente de operação societária entre partes consideradas “não

⁵⁵ Nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, a mais-valia e a menos-valia serão consideradas como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa, sendo dedutível por meio de depreciação, amortização ou exaustão. Essa dedutibilidade só não é possível caso de o patrimônio adquirido não vir a ser absorvido pela sucessora em caso específico de cisão.

⁵⁶ ÁGIO GERADO EM OPERAÇÃO ENVOLVENDO EMPRESA DO EXTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO. A legislação que permite a amortização fiscal do ágio é nacional, devendo ser aplicada tão somente às empresas domiciliadas internamente, que adquirem investimentos com ágio. A extensão ao alcance das regras fiscais a reais adquirentes domiciliados no exterior deve ser afastada pela fiscalização e o ágio amortizado deve ser objeto de glosa fiscal (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-002.197. 1ª Turma da 4ª Câmara do (CARF). Relator: Daniel Ribeiro Silva. Acórdão disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 03 jan. 2021.

relacionadas”, consoante preconizado pelo art. 25 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Após a vigência do art. 25 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, a amortização do ágio interno deixou de ser possível em nosso ordenamento jurídico.

Mesmo antes do advento da vedação que passou a ser estabelecida pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, a normatização contábil já era relutante em admitir o reconhecimento do denominado ágio interno. Atualmente, o seu reconhecimento e contabilização é expressamente vetado pelo Pronunciamento Técnico CPC nº 04, que em seu Item nº 4858, informa que “o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo”.

No âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a jurisprudência administrativa não era uniforme em estabelecer quais os requisitos faziam-se necessários

57 Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando:

I - O adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - Existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - O alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - O alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - Em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Parágrafo único. No caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o(s) alienante(s) e o(s) adquirente(s) de que trata este artigo deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial (BRASIL. Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins; revoga o Regime Tributário de Transição - RTT, instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas; altera o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 9.656, de 3 de junho de 1998, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.893, de 13 de julho de 2004, 11.312, de 27 de junho de 2006, 11.941, de 27 de maio de 2009, 12.249, de 11 de junho de 2010, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.716, de 21 de setembro de 2012, e 12.844, de 19 de julho de 2013; e dá outras providências. Legislação disponível no seguinte sítio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm#art117. Acesso em 30 dez. 2020).

58 BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Pronunciamento Técnico CPC nº 04 (R1). Ativo Intangível. Disponível em: http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/187_CPC_04_R1_rev%2014.pdf. Acesso em 03 jan. 2021.

para que a utilização do ágio interno fosse considerada legal e legítima para fins fiscais, de modo que a ausência de um entendimento pacífico gerava uma enorme insegurança jurídica aos contribuintes, que ficavam sujeitos à aplicação de autos de infrações pela fiscalização tributária.

Antes do advento da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) reconheciam, em regra, a possibilidade de amortização do ágio interno com amparo no art. 7º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Todavia, em alguns casos apreciados pelo Conselho, a amortização ficava condicionada à existência de algum detalhe, como por exemplo, à participação de uma pessoa jurídica investidora originária que efetivamente “tenha acreditado na mais-valia do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição”⁶⁰.

Outrossim, os critérios que amparavam a validade da amortização não eram claros e analisados caso a caso, ao menos na esfera de julgamento administrativa, situação que foi fundamental para a edição da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, que passou a exigir a demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura com a exigência de um laudo específico de avaliação elaborado em determinado prazo, o que não existia anteriormente, e a vedação de apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes (ágio interno).

6.2. Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição

59 **ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL.** A amortização fiscal do ágio somente tem amparo legal quando as empresas adquirente e adquirida se emaranham entre si, a partir de um dos institutos elencados no art. 7º da Lei 9.532/1997 (fusão, cisão ou incorporação), resultando dessa operação a confusão patrimonial entre ambas (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-002.197. 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Daniel Ribeiro Silva. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 03 jan. 2021.

60 **ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.** A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na mais-valia do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição. Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienantes e adquirentes integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-003.222. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Luís Flávio Neto. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 03 jan. 2021.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, faz referência à “participação societária adquirida com ágio ou deságio”, sem especificar a forma como deve ser implementada aludida aquisição pela entidade investidora.

O termo aquisição denota, ao menos no seu sentido literal, qualquer formato de investimento ou aquisição admitidos em direito pelo nosso ordenamento jurídico, de tal forma que a sua restrição contextual não é possível. Todavia, como em qualquer aquisição, pressupõe-se a existência de algum sacrifício econômico ou financeiro na operação pelas partes envolvidas, sob pena de ficar possibilitado à fiscalização o enquadramento da operação como artificial, simulada e sem propósito negocial.

6.3. Amortização de ágio e deságio cujo fundamento econômico seja a expectativa por rentabilidade futura

Como antes afirmado, com o advento da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, ficou possibilitada a amortização de ágio (art. 7º, inciso “III”) e de deságio (art. 7º, inciso “IV”) na base de cálculo do Imposto de Renda incidente sobre Pessoa Jurídica (IRPJ) e sobre a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), em operações societárias de incorporação, fusão ou cisão promovidas entre investidora e investida, ou vice-versa (conforme autorizado pelo art. 8º, alínea “b”), quando fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (goodwill), na razão de 1/60 por mês (05 anos). A amortização do ágio deve ser feita logo após a incorporação, fusão ou cisão e finalizada em, no máximo, 05 (cinco) anos, de tal forma que não pode ser postergada.

Em relação a mais-valia e a menos-valia, estas são consideradas como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa, para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

6.4. Laudo de avaliação

No regime de amortização anterior previsto na Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não era exigido do contribuinte a elaboração de um laudo de avaliação para fins de amortização de ágio e deságio de qualquer espécie.

Com base nessa inexistência de previsão legal, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) havia fixado entendimento anterior no sentido de que se perfazia indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do

laudo de avaliação, uma vez que “sequer existiria previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo”⁶¹.

Naquele regime tributário anterior, era comum a mera elaboração de memória de cálculo ou qualquer outro documento interno evidenciando a evolução da amortização fiscal do ágio ou deságio desde a data de aquisição da participação societária até a data do evento de amortização, a qual era informada na Escrituração Contábil Fiscal do sujeito passivo.

61 **ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.** A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. A utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique. Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal.

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE PARTES RELACIONADAS. INOCORRÊNCIA. O ágio interno pressupõe uma operação que envolva partes que pertençam ao mesmo grupo econômico o que exclui do seu campo de abrangência a operação que envolve partes independentes com interesses diametralmente inversos.

EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. PREÇO. PROJEÇÃO BASEADA NA MÉDIA DO LUCRO DE PERÍODOS ANTERIORES. REACIONAL VÁLIDO. POSSIBILIDADE. A expectativa de rentabilidade futura prevista na legislação refere-se à capacidade de geração de caixa futura da empresa adquirida. Tal projeção pode ser feita através da apuração de histórico de lucros de períodos passados vez que a geração de caixa no futuro guarda uma relação de continuidade dos resultados obtidos pela empresa no passado.

DA FORMA DE ESCRITURAÇÃO DO ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE DE GLOSA DO ÁGIO POR VÍCIO NA ESCRITURAÇÃO. ESSÊNCIA SOBRE A FORMA. Uma vez verificada a negociação das ações, o pagamento efetivo do preço, a validade do racional para definição do preço e a ausência de simulação, a mera ausência de inclusão expressa na escrituração fiscal do embasamento legal do ágio não é motivo suficiente para glosa da dedução (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1201-002.247. 2ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Luís Pentado. Disponível em:

<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

A falta de previsão da existência de documento apto a justificar o aproveitamento do ágio, ou o tempo, modo e forma da elaboração do documento utilizado para fins de amortização de ágio e deságio, sempre foi objeto de controvérsia entre contribuintes e fiscalização, que sempre questionava a idoneidade do documento utilizado para fundamentar o registro e aproveitamento fiscal do ágio.

Ainda no regime anterior, sobre essa questão, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) fixou entendimento de que o fato de a legislação não exigir a elaboração de laudo de avaliação para atestar o ágio por rentabilidade futura não eximia o contribuinte de comprovar a existência de "*documento interno no momento do registro do ágio*".

Importante advertir que a existência da expressão "no momento do ágio" denota o documento que fundamenta amortização deveria no regime anterior, ser elaborado *no momento do registro*. Logo, o documento não poderia ser elaborado após o registro do ágio, de tal forma que nessa hipótese, não seria "apto a justificar a mais valia como sendo relativo a ágio por rentabilidade futura"⁶². Neste sentido, o Conselho Administrativo de

62 NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS BASES TRIBUTÁVEIS. DESCONSIDERAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DO PERÍODO. Diante da confirmação da apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa do período, se impõe a correção do erro na determinação das bases de cálculo a serem lançadas de ofício, mas esse fato não enseja nulidade formal ou material das autuações, porque os atos administrativos foram lavrados por autoridade competente, na forma prevista em lei, com abertura de prazo para impugnação, e sem cerceamento ao direito de defesa.

REGISTRO DO ÁGIO. FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12973/14. LAUDO ELABORADO APÓS O REGISTRO DO ÁGIO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DO LAUDO. ESTUDO INTERNO. POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE SER CONTEMPORÂNEO AO SEU REGISTRO. Antes da vigência da Lei nº 12.973/14, um dos requisitos para que o ágio possa ser amortizado é que haja ao menos estudo prévio contemporâneo ao seu registro, não sendo admitida a apresentação de laudo elaborado meses após a sua contabilização. Para que os estudos internos possam avaliar o registro e a amortização do ágio é necessária comprovação de que foram elaborados à época de sua contabilização.

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS VEÍCULO. A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se, além da utilização de uma holding necessária para a concretização da operação, é criada uma segunda holding, com todas as características de "empresa-veículo", com a específica finalidade de viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre investida e investidora.

CSLL. ADIÇÃO DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. A adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição.

Recursos Fiscais (CARF) firmou entendimento de que o laudo elaborado em data posterior não poderia ser considerado instrumento hábil, idôneo e apto para o fim de surtir efeitos retroativos⁶³.

Atualmente, para a amortização de ágio e deságio sujeitos ao regime tributário previsto na Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, passou-se a exigir a confecção de laudo de avaliação elaborado por perito independente determinando a *mais ou menos-valia*, nos termos do art. 20, §3º, inciso II, e §4º, podendo ser desconsiderado caso os dados nele constantes apresentem *vícios ou incorreções de caráter relevante*⁶⁴.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC. Precedentes das turmas da Câmara Superior (Acórdãos 9101-001.863, 9202-003.150 e 9303-002.400. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.335.688-PR, REsp 1.492.246-RS e REsp 1.510.603-CE). Súmula CARF nº 108 (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão 1301-003.655. 3ª Câmara da 1ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Fernando Brasil. Disponível em:

<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

63 ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO PARA CANALIZAR O INVESTIMENTO ORIUNDO DO EXTERIOR. A utilização de empresa veículo não é verificada apenas pelo tempo de constituição da empresa. Confirmado o exíguo prazo entre o aporte dos recursos advindos do exterior e as operações societárias que deram origem ao ágio e à sua amortização fiscal, mostra-se correta a acusação fiscal de que o investidor de fato seria a sociedade remetente dos recursos do exterior. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE COM BASE EM PREVISÃO DE RESULTADO NOS EXERCÍCIOS FUTUROS DA INVESTIDA. LAUDO TÉCNICO PRODUZIDO POSTERIORMENTE À AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. INEFICÁCIA. O laudo acostado aos autos, elaborado após a operação de aquisição dos investimentos, para amparar o registro contábil dos ágios com fundamento na previsão de resultado de exercícios futuros, não é contemporâneo aos fatos, e não fundamenta os ágios. A dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura exige que o valor de aquisição do investimento esteja lastreado em laudo prévio.

JUROS DE EMPRÉSTIMOS PAGOS A EMPRESAS LIGADAS DO EXTERIOR. DEDUTIBILIDADE.

Confirmada a acusação fiscal de que a real adquirente do investimento foi a controladora estrangeira que aportou os empréstimos dos quais decorrem os juros parcialmente glosados, não subsiste a exigência correspondente fundamentada, apenas, na inobservância dos limites estabelecidos nas regras de subcapitalização (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-003.869. 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Evandro Correa Dias. Disponível em:

<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

64 Art. 20. Nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o saldo existente na contabilidade, na data da aquisição da participação societária, referente à mais-valia de que trata o inciso II do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, poderá ser considerado como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu

causa, para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão.

§1º. Se o bem ou direito que deu causa ao valor de que trata o caput não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta poderá, para efeitos de apuração do lucro real, deduzir a referida importância em quotas fixas mensais e no prazo mínimo de 5 (cinco) anos contados da data do evento.

§2º. A dedutibilidade da despesa de depreciação, amortização ou exaustão está condicionada ao cumprimento da condição estabelecida no inciso III do caput do art. 13 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 .

§3º. O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:

I - O laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado; ou

II - Os valores que compõem o saldo da mais-valia não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.

§4º. O laudo de que trata o inciso I do § 3º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.

§5º. A vedação prevista no inciso I do §3º não se aplica para participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou até 31 de dezembro de 2014, para os não optantes.

Art. 21. Nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o saldo existente na contabilidade, na data da aquisição da participação societária, referente à menos-valia de que trata o inciso II do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, deverá ser considerado como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão.

§1º. Se o bem ou direito que deu causa ao valor de que trata o caput não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta poderá, para efeitos de apuração do lucro real, diferir o reconhecimento da referida importância, oferecendo à tributação quotas fixas mensais no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados da data do evento.

§2º. A dedutibilidade da despesa de depreciação, amortização ou exaustão está condicionada ao cumprimento da condição estabelecida no inciso III do caput do art. 13 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

§3º. O valor de que trata o caput será considerado como integrante do custo dos bens ou direitos que forem realizados em menor prazo depois da data do evento, quando:

I - O laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado; ou

II - Os valores que compõem o saldo da menos-valia não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.

§4º. O laudo de que trata o inciso I do § 3º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.

§5º. A vedação prevista no inciso I do § 3º não se aplica para participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou até 31 de dezembro de 2014, para os não

Por final, no que tange especificamente ao laudo de avaliação, com a edição da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, o art. 20, §3º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passou a discriminar uma série de condições para a validade e para a produção de efeitos do laudo. De acordo com referido dispositivo, para a validade e eficácia do laudo de avaliação, faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) deve ser elaborado tempestivamente; (ii) deve ser elaborado por perito independente; (iii) deve ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil, cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação⁶⁵.

optantes (BRASIL. Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins; revoga o Regime Tributário de Transição - RTT, instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas; altera o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 9.656, de 3 de junho de 1998, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.893, de 13 de julho de 2004, 11.312, de 27 de junho de 2006, 11.941, de 27 de maio de 2009, 12.249, de 11 de junho de 2010, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.716, de 21 de setembro de 2012, e 12.844, de 19 de julho de 2013; e dá outras providências. Legislação disponível no seguinte sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm#art117. Acesso em 17 jan. 2021).

65 Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

- I - Valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21;
- II - Mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput;
- III - Ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.

§1º. Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas.

§2º. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014).

§3º. O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

§4º. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

§5º. A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração:

6.5. Utilização de “empresa-veículo” em operações de amortização

A utilização de empresa-veículo em operações de amortização sempre foi matéria de muita controvérsia no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), devido às posições extremamente conflitantes entre fiscalização e contribuintes sobre a legalidade ou legitimidade da interposição de uma empresa caracterizada como “veículo” para amortização de ágio e deságio.

O entendimento que prevalece majoritariamente no âmbito da fiscalização é de que a utilização de uma empresa com a finalidade específica de amortização fiscal de ágio ou deságio, nominada habitualmente como “empresa-veículo”, provoca a existência de “confusão patrimonial” entre as entidades participantes, de modo que os valores de ágio ou deságio, além de produzidos por partes relacionadas (ágio interno), são *artificiais*, haja vista a inexistência de propósito negocial e a motivação exclusiva de redução de carga tributária (ausência de razões extratributárias).

Neste sentido, para a fiscalização, a utilização de empresa-veículo geralmente consiste em artifício utilizado pelos contribuintes para fins de simulação e abuso de direito ou de forma, utilizada predominantemente para fins de obtenção de economia tributária.

Para os contribuintes, todavia, a utilização de empresa-veículo possui outras razões de natureza “extrafiscal”, de modo que se afigura incorreto afirmar que esse tipo de empresa é interposto com a exclusiva finalidade de perpetração de elisão fiscal, como afirmado pela fiscalização, sob o argumento de que no âmbito de operações societárias, a interposição desse tipo de empresa é útil para atendimento de normas contábeis, de natureza regulatória, para a diminuição ou eliminação de riscos de natureza empresarial, trabalhista e até mesmo fiscal.

Especificamente no que se refere à utilização de empresa-veículo para a amortização fiscal de ágio ou deságio, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) tentou

I – Primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo;

II - Posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa.

§6º. O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o §5º, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento.

§7º. A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no §3º (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del1598compilado.htm. Acesso em 17 jan. 2021).

pacificar a questão, fixando premissas de validade da interposição de empresa-veículo visando com isso, principalmente, combater a existência de estruturas empresariais contendo a formação de ágio “artificial” ou inexistente, a seguir elencados: (i) existência do efetivo pagamento do custo total de aquisição (sacrifício econômico ou patrimonial); (ii) realização de operação de aquisição entre partes não relacionadas; (iii) regularidade na avaliação do investimento e do ágio por expectativa de rentabilidade futura; (iv) a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa.

Como salientado, a fixação das premissas acima referidas visa combater o chamado de ágio “artificial”, uma vez que é recorrente o argumento de que esse tipo de ágio é geralmente obtido com a interposição de empresa-veículo para aquisição de investimentos.

No entendimento do Conselho, portanto, em não havendo a formação de ágio reputado irregular, não haverá qualquer irregularidade na interposição de empresas-veículos.

Por final, algumas hipóteses de utilização de empresa-veículo que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) chancelou dizem respeito à interposição de empresa para fins de cumprimento de exigências regulatórias⁶⁶, interposição de empresa para participação de leilão de privatização com a sua subsequente incorporação reversa pela empresa privatizada⁶⁷, interposição quando comprovada a ausência de simulação,

66 AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE EMPRESA VEÍCULO. INEXISTÊNCIA, IN CASU, DE TRANSFERÊNCIA DE BENEFÍCIO FISCAL. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio, mormente quando tal proceder se justificou para cumprir exigências regulatórias e nenhum benefício adicional em termos fiscais para a recorrente restou demonstrado (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Acórdão nº 1201-002.894. 2ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Neudson Cavalcante Albuquerque. Acórdão completo disponível no sítio eletrônico do Conselho Administrativo de Recurso Fiscais:

<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

67 ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. LEILÃO DE PRIVATIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL EXISTENTE. SIMULAÇÃO INEXISTENTE. POSSIBILIDADE. Ágio formado pelo pagamento em leilão de privatização realizado por empresa criada para participação no leilão, com a subsequente incorporação reversa pela empresa privatizada. Operação possível. A formação do ágio poderia se constituir da mesma forma caso a operação de aquisição tivesse ocorrido pela empresa controladora do grupo que viabilizou a compra. Descabem as alegações de utilização de empresa veículo e de ausência de propósito comercial em face de não haver, na prática, necessidade de utilização de operações simuladas para viabilizar a formação do ágio. Inexistência de simulação nas operações visto que não visavam burlar normas impeditivas (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-003.308. 4ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Abel Nunes de Oliveira Neto. Acórdão completo disponível no sítio eletrônico do Conselho

dolo ou fraude⁶⁸, confusão patrimonial⁶⁹, e ainda quando a interposição da empresa-veículo é necessária para operação de aquisição de investimento realizada por investidores estrangeiros⁷⁰.

Administrativo de Recurso Fiscais:

<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

68 UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razões que ensejem tratamento diverso, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1302-003.434. 3ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Gustavo Guimarães. Acórdão Disponível no sitio eletrônico:

<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.js>. Acesso em: 17 jan. 2021).

69 ÁGIO. FORMAÇÃO. NEGÓCIO ENTRE PARTES INDEPENDENTES. FUNDAMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. VALIDADE DA FORMAÇÃO. Ao se demonstrar que o ágio discutido nos autos se formou em negócio firmado entre partes independentes, em regime de livre mercado, foi respaldado por laudo baseado na expectativa de rentabilidade futura da investida e que houve um efetivo sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes do investimento, não se há de questionar o registro contábil do ágio, como a diferença entre o valor do sacrifício patrimonial e o valor de patrimônio líquido da investida.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1301-003.656. 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Relator: Amelia Wakako Morishita Yamamoto. Disponível no sitio eletrônico do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.js>. Acesso em: 17 jan. 2021).

70 MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO. NECESSIDADE DA CARACTERIZAÇÃO DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. A evidência da intenção dolosa exigida na lei para a

qualificação da penalidade aplicada há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal. A simples omissão de receitas, mesmo sendo de forma reiterada, por si só, não caracteriza evidente intuito de fraude, que justifique a imposição da multa qualificada, prevista no § 1º do artigo 44, da Lei nº. 9.430, de 1996, já que ausente conduta material bastante para sua caracterização. Assim, para se proceder a qualificação da multa de ofício exige-se que a mesma seja devidamente comprovada e justificada nos autos do processo. Além disso, exige-se que o sujeito passivo tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 1964.

DECADÊNCIA DO DIREITO DA FAZENDA NACIONAL CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO E/OU COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO. Havendo pagamento antecipado e/ou compensação de tributos o direito de a Fazenda Nacional lançar o crédito tributário decai após cinco anos contados do fato gerador que, nos casos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), ocorrem no último dia do trimestre, nos casos de levantamentos trimestrais, ou em 31 de dezembro de cada ano-calendário questionado, nos casos de levantamentos anuais. Ultrapassado esse lapso temporal sem a expedição de lançamento de ofício opera-se a decadência, a atividade exercida pelo contribuinte está tacitamente homologada e o crédito tributário extinto, nos termos do artigo 150, § 4º e do artigo 156, inciso V, ambos do Código Tributário Nacional.

DESPESAS. DEDUTIBILIDADE. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO CONTRIBUINTE. A dedutibilidade dos dispêndios realizados a título de custos e despesas operacionais requer a prova documental, hábil e idônea, das respectivas operações e da necessidade às atividades da empresa ou à respectiva fonte produtora. Assim, para se comprovar uma despesa, de modo a torná-la dedutível, não basta comprovar que ela foi assumida e que houve o desembolso. É indispensável, principalmente, comprovar que o dispêndio corresponde à contrapartida de algo recebido e que, por isso mesmo, torna o pagamento devido.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO. Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão de o Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

SIMULAÇÃO DE NEGÓCIOS. O planejamento tributário que é feito segundo as normas legais e que não configura as chamadas operações sem propósito comercial, não pode ser considerado simulação se há não elementos suficientes para caracterizá-la.

SIMULAÇÃO. SUBSTANCIA DOS ATOS. Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as consequências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.

SIMULAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. A caracterização da simulação demanda demonstração de nexo de causalidade entre o intuito simulatório e a subtração de imposto dele decorrente.

ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO. O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este

Em contrapartida, algumas decisões no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) rejeitaram a utilização de empresa-veículo para amortização de ágio quando verificada a existência de confusão patrimonial, propósito negocial e a exclusiva finalidade de propiciar a redução de impostos⁷¹.

fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. DEDUTIBILIDADE. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra que dela detenha participação societária adquirida com ágio, poderá amortizar o valor do ágio, cujo fundamento seja o de expectativa de rentabilidade futura, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. VERIFICAÇÃO APÓS O ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO. CONCOMITÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano. O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica ou a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido efetivamente devido pelo contribuinte surge com o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano-calendário. É improcedente a aplicação de penalidade pelo não recolhimento de estimativa quando a fiscalização apura, após o encerramento do exercício, valor de estimativas superior ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica ou Contribuição Social sobre o Lucro Líquido apurado em sua escrita fiscal ao final do exercício. Ademais, não comporta a cobrança de multa isolada em lançamento de ofício, por falta de recolhimento de tributo por estimativa, sob pena de dupla incidência de multa de ofício sobre uma mesma infração.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL. Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejudgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-001.954. 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Paulo Roberto Cortez. Acórdão disponível no sítio do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

71 NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS BASES TRIBUTÁVEIS. DESCONSIDERAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DO PERÍODO. Diante da confirmação da apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa do período, se impõe a correção do erro na determinação das bases de cálculo a serem lançadas de ofício, mas esse fato não enseja nulidade formal ou material das autuações, porque os atos administrativos foram lavrados por autoridade competente, na forma prevista em lei, com abertura de prazo para impugnação, e sem cerceamento ao direito de defesa.

REGISTRO DO ÁGIO. FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12973/14. LAUDO ELABORADO APÓS O REGISTRO DO ÁGIO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DO LAUDO. ESTUDO INTERNO. POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE SER CONTEMPORÂNEO AO SEU REGISTRO. Antes da vigência da Lei nº 12.973/14, um dos requisitos para que o ágio possa ser amortizado é que haja ao menos estudo prévio contemporâneo ao seu registro, não sendo admitida a apresentação de laudo elaborado meses após a sua contabilização. Para que os estudos internos possam avaliar o registro e a amortização do ágio é necessária comprovação de que foram elaborados à época de sua contabilização.

6.6. Abuso de forma, abuso de direito e ausência de propósito negocial

O abuso de forma, de direito e a ausência de propósito negocial também são fundamentos usuais utilizados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para invalidação de operações de amortização de ágio.

O abuso de forma é espécie de abuso de direito e é concebido quando o titular do direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por lei, por seu fim econômico e social, ou ainda pela boa-fé ou pelos bons costumes. Em seara tributária, geralmente esse excesso utilizado para caracterização do abuso é representado quando a única finalidade do sujeito passivo é o não pagamento ou a redução de tributos.

A teoria do propósito negocial também atua nessa linha, de modo que a amortização de ágio efetivada sem razões extratributárias (sem uma efetiva aquisição, por exemplo⁷²), é considerada sem substância ou propósito negocial.

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS VEÍCULO. A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se, além da utilização de uma holding necessária para a concretização da operação, é criada uma segunda holding, com todas as características de "empresa-veículo", com a finalidade de viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre investida e investidora.

CSLL. ADIÇÃO DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. A adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC. Precedentes das três turmas da Câmara Superior - Acórdãos 9101-001.863, 9202-003.150 e 9303-002.400. Precedentes do STJ - AgRg no REsp 1.335.688-PR, REsp 1.492.246-RS e REsp 1.510.603-CE. Súmula CARF nº 108 (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1301-003.655. 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Acórdão disponível no sítio eletrônico do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

72 AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. FUNDAMENTO ECONÔMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. TRANSAÇÃO DOS SÓCIOS COM ELES MESMOS. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA. É descabida a amortização de ágio interno, com fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na

Para a validade da amortização de ágio ou deságio, destarte, faz-se necessária a presença de substrato econômico na operação, com a presença de outras razões a não ser apenas a mera economia tributária, com a existência de efetivos sacrifícios patrimoniais para a aquisição do investimento⁷³.

operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. RECUPERAÇÃO DO VALOR PAGO ANTECIPADAMENTE POR CONTA DA EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. É condição indispensável para apuração do ágio que haja sempre um preço ou custo de aquisição, ou seja, um dispêndio para se obter algo de terceiros; o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais lucros futuros, pois as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora por eles pagou antecipadamente, devendo baixar o ágio contra esses valores.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL. GLOSA. SALDO DE PREJUÍZOS INSUFICIENTES. É válido o lançamento decorrente de glosa de prejuízos compensados quando comprovadamente excederam ao saldo de prejuízo existente.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Ao subsistir o lançamento principal igual sorte colherá o lançamento que dele é reflexo (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1302-002.336. 3ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Rogério Gil. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

73 ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição. Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio pretendido pela contribuinte.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Normas Gerais de Direito Tributário. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAS DO IRPJ E DA CSLL. CABIMENTO. A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário.

Como decorrência lógica da possibilidade de cobrança concomitante das multas tem-se a regularidade do lançamento da multa isolada mesmo após o encerramento do ano-calendário em que deveriam ter sido recolhidas as antecipações por estimativa.

Processo Administrativo Fiscal. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELA TURMA ORDINÁRIA. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NECESSÁRIO RETORNO DOS AUTOS À TURMA DE ORIGEM. A Turma Ordinária, ao julgar favoravelmente ao contribuinte a questão principal da dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, deixou de analisar questões acessórias como a qualificação da multa

6.7. Simulação e artificialidade

A existência de artificialidade na geração do ágio, concebido geralmente mediante participação de partes relacionadas e entidades interpostas, consiste em um dos principais fundamentos utilizados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para invalidação de operações de amortização com a presença de atos considerados desnecessários, anormais ou pouco usuais, e por isso, considerados como simuladas pelo contribuinte.

Em regra, reputa-se simulada a amortização de ágio quando a operação transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se transmite, ou contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira na documentação utilizada pelo contribuinte, ou ainda quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

No julgamento do Acórdão nº 9101-003.365, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) validou a aplicação de um teste de verificação utilizado para constatação de uma provável artificialidade do ágio gerado em uma operação societária. De acordo com esse teste, cumpre à parte verificar: (i) se os fatos analisados se amoldam à hipótese de incidência para a amortização do ágio; (ii) se os requisitos de ordem formal se encontram atendidos, tais como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição; (iii) se as condições do negócio atenderam padrões normais de mercado, com atuação de partes independentes e reorganizações com substância econômica⁷⁴.

de ofício, por restarem prejudicadas. Com a reforma dessa decisão pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, devem os autos retornar à Turma a quo para a análise das questões outrora prejudicadas, sob pena de supressão de instância (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-003.077. 1ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Luís Neto. Disponível: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

74 PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO. O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO. São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, incorporação e fusão).

DESPEASAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO. A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral

7. Considerações finais

Com as modificações implementadas na legislação tributária federal e nas normas de natureza contábil, sem dúvida ficou mais complexo e difícil para o operador tributário

das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, ususalidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou ususalidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO. A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE. Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

MULTA QUALIFICADA. ADMISSIBILIDADE. O art. 67, Anexo II do RICARF determina que o recurso deve demonstrar interpretação divergência da legislação tributária dada por outra decisão paradigma. A operação de interpretação passa tanto pela "qualificação" do fato, quanto pela consequente identificação da norma jurídica aplicável do fato interpretado. Situação no qual a utilização de empresas "intermediárias", rotuladas "empresas veículos", encontra-se presente tanto nos presentes autos quanto no paradigma, e cuja diferença reside precisamente na "qualificação" atribuída ao fato em cada uma das decisões, tendo como consequência enquadramentos diferentes na norma, caracteriza a divergência fazendo com que a matéria deva ser conhecida.

MULTA QUALIFICADA. A acusação de artificialismo de uma operação baseada na ausência de seu propósito negocial revelada pela geração de ágio interno e com uso de empresa veículo, sem a demonstração cabal de invalidades efetivas e do intuito de fraudar, sonegar ou atuar em conluio do sujeito passivo, com a devida subsunção aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4502/64 não autoriza a qualificação da multa de ofício, independentemente do posicionamento que se tenha quanto à dedutibilidade do ágio na questão (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-003.365. 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Relatora: Daniele Souto Rodrigues Amadio. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2021).

estabelecer quais são os elementos fáticos e jurídicos que devem ser atendidos pelo contribuinte para que uma operação de planejamento tributário baseado em amortização de ágio e deságio seja considerada legal e legítima pela fiscalização tributária.

Porém, o nível de carga tributária sempre foi considerado como um incentivo contundente para estruturas e reestruturas de negócios, e por consequência, de decisões e escolhas do contribuinte. Por isso, mesmo diante da reconhecida complexidade do sistema jurídico-tributário, o custo despendido pelas entidades para pagamento de tributos é considerado variável muito relevante, de tal modo que a elisão fiscal através de planejamento tributário não deve ser atravancada ante a introdução de novas regras fiscais visando descontinuar a sua prática.

Em razão disso, o objetivo do presente trabalho é contribuir para a segurança jurídica das partes envolvidas em uma operação de planejamento tributário baseado em amortização de ágio e deságio, com a classificação dos requisitos exigidos pela legislação tributária federal e pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para a sua "validação", com isso evitando-se que as partes envolvidas em operação dessa natureza sejam surpreendidas pela atuação da fiscalização tributária visando desconsiderar a operação efetivada.

Com base nessa perspectiva, ao se questionar sobre quais são os requisitos para validação de operação baseada em amortização de ágio e deságio implementada mediante planejamento tributário, a partir da análise efetuada sobre a legislação tributária federal e da jurisprudência pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), é possível elenca-los conforme a seguir:

- (i) existência de contraprestação financeira pelo ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- (ii) efetivo fluxo financeiro ou sacrifícios patrimoniais e econômicos envolvidos na operação;
- (iii) reconhecimento, individualização e contabilização dos ativos, da mais-valia e da menos-valia no patrimônio líquido da entidade *antes da apuração do ágio ou deságio*;
- (iv) necessidade de amortização do ágio com a utilização de lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição;
- (v) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa);

(vi) amortização da mais-valia ou menos valia na depreciação, amortização ou exaustão (exceto no caso de o patrimônio adquirido não vir a ser absorvido pela sucessora em caso específico de cisão);

(vii) amortização deve ocorrer entre partes não relacionadas;

(viii) geração de ágio deve ocorrer em território nacional e em operação envolvendo entidades nacionais;

(ix) existência de laudo técnico de avaliação elaborado tempestivamente por perito independente, protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil e registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação;

(x) utilização de empresa-veículo sem a existência de simulação, dolo ou fraude e confusão patrimonial;

(xi) ausência de simulação, abuso de forma, abuso de direito;

(xii) existência de propósito negocial.

Em conclusão, mesmo com a possibilidade de estabilização dos requisitos para validação de operação baseada em amortização de ágio e deságio implementada mediante planejamento tributário, recomenda-se aos operadores tributários sempre cautela na estruturas e reestruturas de negócios que envolvam o tema em epigrafe, haja vista que os riscos de atuação podem ser mitigados, porém, nunca completamente evitados em decorrência da enraizada existência de insegurança jurídica que paira em nosso Direito.

8. Referências

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Interpretação e Aplicação de Normas de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. CID, 2002.

_____. *Imposto de Renda das Empresas*, 12. ed. Atlas. 2016.

_____. *Planejamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BATISTA JÚNIOR. Onofre Alves. *A Fraude à Lei Tributária e os Negócios Jurídicos Indiretos*. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 61, São Paulo, 2000.

BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC). *Pronunciamento Técnico CPC nº 15 (R1). Combinação de Negócios*. Disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=46>. Acesso em: 03 mar. 2022.

_____. Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC). Pronunciamento Técnico CPC nº 01 (R1). Dispõe sobre a Redução ao Valor Recuperável de Ativos. Disponível em: http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/27_CPC_01_R1_rev%2012.pdf. Acesso em 03 mar. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1201-002.247. 2ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Luís Penteado. Acórdão completo disponível no sitio eletrônico do CARF: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Acórdão nº 1201-002.894. 2ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Neudson Cavalcante Albuquerque. Acórdão completo disponível no sitio eletrônico: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão 1301-003.655. 3ª Câmara da 1ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Fernando Brasil. Acórdão completo disponível no sitio eletrônico do CARF: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1301-003.656. 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Relator: Amelia Wakako Morishita Yamamoto. Disponível no sitio eletrônico do CARF: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.js>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1302-002.336. 3ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Rogério Gil. Acórdão completo disponível no sitio eletrônico do CARF: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1302-003.434. 3ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Gustavo Guimarães. Acórdão Disponível no sitio eletrônico: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.js>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-002.197. 1ª Turma da 4ª Câmara do (CARF). Relator: Daniel Ribeiro Silva. Acórdão disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 03 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1401-003.308. 4ª Câmara da 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Abel Nunes de Oliveira Neto. Acórdão completo disponível no sitio eletrônico: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-001.954. 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Paulo Roberto Cortez. Acórdão disponível no sitio do CARF: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 1402-003.869. 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Evandro Correa Dias. Acórdão completo disponível no sitio do CARF: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-003.077. 1ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Luís Neto. Acórdão completo disponível no sitio do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF): <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-003.222. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relator: Luís Flávio Neto. Acórdão completo disponível no sitio do CARF: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 03 jan. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-003.365. 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Relatora: Daniele Souto Rodrigues Amadio. Acórdão completo disponível no sitio eletrônico do (CARF): <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del1598compilado.htm. Acesso em 30 dez. 2021.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 07 dez. 2021.

_____. Lei nº 9.532, de 10 de janeiro de 1997. Altera a legislação tributária federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532compilado.htm. Acesso em 30 dez. 2021.

_____. Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS; revoga o Regime Tributário de Transição - RTT, instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas; altera o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 9.656, de 3 de junho de 1998, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.893, de 13 de julho de 2004, 11.312, de 27 de junho de 2006, 11.941, de 27 de maio de 2009, 12.249, de 11 de junho de 2010, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.716, de 21 de setembro de 2012, e 12.844, de 19 de julho de 2013; e dá outras providências. Disponível no seguinte sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm#art117. Acesso em 30 dez. 2021.

LATORRACA, Nilton. Direito Tributário: Impostos de Renda das Empresas. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário e o "Propósito Negocial". São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OS INSTRUMENTOS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO E DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR NO BRASIL

VITORIA DOS SANTOS CARDOSO:
Bacharelada em Direito pela IESMA
– Unisulma.

MARIA DOS REIS RIBEIRO GUIDA
(orientadora)

RESUMO: Este estudo apresenta como temática os instrumentos de combate ao trabalho escravo e proteção ao trabalhador no Brasil. O País apresenta, atualmente, números elevados de trabalhadores submetidos a formas desumanas de exploração, assim, é imperioso formular medidas para uma célere erradicação do trabalho escravo. O objetivo geral do estudo foi apontar os instrumentos de combate ao trabalho escravo e de proteção ao trabalhador no Brasil. Utilizou-se como método de pesquisa a abordagem metodológica através de revisão bibliográfica. Diante das leituras realizadas, pôde-se concluir que a promoção da dignidade no trabalho, bem como da liberdade humana, com o objetivo de fazer cumprir o Direito do Trabalho como um instrumento de justiça, é crucial para fortalecer a inclusão social e também se torna um ponto de referência indispensável para a cultura jurídica.

Palavras Chave: Trabalho escravo. Proteção ao trabalhador. Instrumentos de combate ao trabalho escravo.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTEXTO HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESCRAVO. 2.1 Conceituação jurídica do trabalho escravo: Constituição Federal de 1988 e Código Penal. 3 INSTRUMENTOS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO E DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR NO BRASIL. 3.1 Os instrumentos de atuação do Ministério do Trabalho e Emprego. 3.2 Os instrumentos de atuação do Ministério Público do Trabalho. 3.2.1 O termo de ajuste de conduta enquanto instrumento de atuação Extrajudicial. 3.2.2 Ação Civil Pública: instrumento eficaz no combate ao trabalho escravo contemporâneo. 3.3 Os órgãos atuantes em operações de resgate e acolhimento dos trabalhadores. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história da civilização, o trabalho humano tem sido caracterizado pela escravidão, que é caracterizada pela completa subordinação de uma pessoa a outra. Uma característica marcante da escravidão é a negação da identidade do escravo, que é considerado propriedade para que o proprietário possa exercer o poder mais completo e discricionário sobre aquele trabalhador.

Juridicamente, o trabalho análogo à escravidão é crime de acordo com o ordenamento jurídico, conforme Art. 149 CP, o qual dispõe que reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (BRASIL, 2017).

Mesmo No Brasil existindo leis que combatam o trabalho escravo, essa modalidade de exploração da mão de obra ainda se faz presente, sendo uma violação aos Direitos Humanos. Assim como, a Constituição Federal do Brasil de 1988, traz consigo a valorização do trabalho e seus direitos fundamentais.

A OIT, conhecida como Organização Nacional do Trabalho, é um dos principais aliados para erradicação do trabalho análogo à escravidão, mostrando através de um banco digital de dados áreas de maior índice de casos no Brasil e evidenciando resgates já feitos. Se trata de um observatório digital do trabalho escravo, ou seja, de uma gestão de políticas públicas com intuito de prevenção e erradicação do trabalho escravo na sociedade atual. Mesmo o Brasil tendo um modelo de combate eficaz a OIT, ainda sim, destaca a necessidade de reforçar o combate à escravidão em nível nacional.

Para tanto o problema a ser analisado é o atual fenômeno do trabalho análogo às condições de escravo no Brasil, verificando a atual legislação existente referente ao tema. A pergunta central a ser respondida é: Quais os instrumentos de combate ao trabalho escravo e de proteção ao trabalhador no Brasil?

Portanto, o objetivo principal dessa pesquisa é apontar os instrumentos de combate ao trabalho escravo e de proteção ao trabalhador no Brasil. Especificamente, apresentar a evolução histórica do trabalho escravo no Brasil e sua importância na Constituição de 1988 e no Código Penal Brasileiro, analisar os instrumentos de combate ao trabalho escravo e de proteção ao trabalhador no Brasil, e, catalogar os órgãos atuantes em operações de resgate e acolhimento dos trabalhadores.

Assim sendo, pode-se afirmar que o trabalho análogo à escravidão nunca foi erradicado totalmente do território nacional. Haja vista, que o grande número de pessoas ainda vivendo em condições sub-humanas de trabalho degradante no Brasil atual. E eventualmente diante do exposto, pode-se notar a importância do tema, que ainda tem falhas dentro do enfrentamento ao trabalho escravo, deste modo, se faz necessário medidas mais eficazes em respeito aos trabalhadores para que tenham seus direitos fundamentais assegurados.

Neste segmento, o presente trabalho está dividido em quatro capítulos. De início a introdução. O segundo capítulo aborda o contexto histórico e evolução da condição

jurídica do escravo. Destacando sua conceituação jurídica e o que diz a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal sobre o assunto.

No capítulo três, destaca-se os instrumentos de combate ao trabalho escravo e de proteção ao trabalhador no Brasil, dando ênfase aos instrumentos de atuação do Ministério do Trabalho e Emprego e os instrumentos de atuação do Ministério Público do Trabalho. Cita-se ainda neste capítulo os órgãos atuantes em operações de resgate e acolhimento dos trabalhadores. Por fim, no capítulo quatro apresenta-se a conclusão do trabalho, onde pôde-se compreender que o trabalho escravo é um flagelo social que tem permeado a história da humanidade desde suas origens até os dias de hoje.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESCRAVO

Na Grécia antiga, um dos termos mais comuns para conceituar um escravo era *andrápodon*, que quer dizer "criatura de pés humanos", uma palavra derivada do nome grego para a besta de carga, *tetrapoún*, ou criatura de quatro patas (VASCONCELOS, 2011). Ainda segundo a autora, Aristóteles dá uma ideia do pensamento da época:

Quando há uma distinção como a que existe entre alma e corpo ou entre seres humanos e animais (como no caso daqueles cujo único recurso é o uso de seu próprio corpo, sendo incapazes de fazer melhor), a casta inferior será escrava por natureza, e é melhor para eles estar sob o domínio do mestre. (...) Como os animais inferiores não têm mente, eles estão sujeitos às paixões. Sem dúvida, o uso de escravos e animais domésticos não é muito diferente, já que em ambos os casos o corpo fornece as necessidades da vida (VASCONCELOS, 2011, p. 180).

Inferre-se das lições acima que a assimilação do escravo a um animal ou a um objeto procura justificar a dominação negando a natureza humana. No direito romano, o *status* legal estabelecido para animais e escravos era o *status* de coisa.

A equivalência histórica entre escravos e animais também é evidente em numerosos exemplos no Brasil colonial. O mais importante deles é expresso através do uso da palavra mulato, que é usada para se referir aos mestiços nascidos da união de brancos e negros, e que é etimologicamente o diminutivo de mula ou mulo hinny, é o que ensina (OLIVEIRA, 2014). A importância de entender esta comparação reside no objetivo de apresentar a escravidão como uma condição humana degradante, reduzida a uma condição animal que destrói a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto histórico, Ribeiro e Leão (2020) relatam que as leis abolicionistas no Brasil foram promulgadas entre os anos de 1850 e 1888 e fizeram parte da mudança

gradual pela qual o país passou, até a aprovação da Lei Áurea para a Abolição da Escravatura, em 13 de maio de 1888. Durante este período de 38 anos, as leis abolicionistas mais importantes aprovadas foram a Lei do Ventre Livre e a Lei dos Sexagenários.

Vale mencionar também a Lei Eusébio de Queiroz, que proibia definitivamente o comércio de escravos africanos no exterior. Esta lei pôs fim ao comércio de escravos e sua aplicação efetiva tornou possível reduzir consideravelmente o número de escravos enviados ao Brasil na década de 1850.

Ribeiro e Leão (2020) comentam que com a aprovação desta lei, as autoridades brasileiras efetivamente puseram fim ao comércio de escravos e, entre os anos de 1851 e 1856, cerca de 6.900 africanos escravizados desembarcaram no Brasil. O debate político dos anos 1850 girou em torno das medidas a serem tomadas para evitar a chegada de navios escravos ao Brasil.

Uma vez aprovados os temores levantados pela lei de Eusébio de Queiroz, o debate sobre a abolição da escravatura voltou à tona. O Brasil, junto com Porto Rico e Cuba (as colônias espanholas), foi um dos últimos lugares onde a escravidão persistiu. Esta questão, juntamente com as revoltas dos escravos, levou alguns políticos a considerar a criação de uma legislação para a abolição da escravatura.

A Lei do Ventre Livre foi oficialmente aprovada em 28 de setembro de 1871. Esta lei estipulava que todos os filhos de escravos nascidos no Brasil após este ano seriam considerados livres. Entretanto, um proprietário de escravos com filhos poderia escolher quando lhes daria liberdade de fato (RIBEIRO; LEÃO, 2020).

A Lei dos Sexagenários, segundo informações de Andrade (2018), estipulava que todos os escravos com mais de 60 anos deveriam ser libertados, mas como compensação eles deveriam trabalhar para seu dono por três anos. A lei também estipulava que os libertados a quem ela se aplicava não podiam se mudar de uma província para outra e tinham que se estabelecer por cinco anos no município onde haviam sido libertados.

Ainda segundo Andrade, o movimento abolicionista considerava a Lei dos Sexagenários como uma lei conservadora e retrógrada cujo único objetivo era frear o crescimento do movimento abolicionista. Contudo, não alcançou o objetivo que os escravos haviam estabelecido para si mesmos.

Finalmente, a Lei Áurea foi promulgada em 13 de maio de 1888, após ter sido aprovada pelo Senado e assinada pela Princesa Isabel. Esta lei, que decretou a abolição definitiva e imediata da escravidão no Brasil, foi o resultado de uma forte pressão popular sobre o império. Como resultado, cerca de 700.000 escravos reconquistaram sua liberdade (ANDRADE, 2018).

Com a abolição da escravidão no Brasil pela Lei Áurea em 1888, após mais de trezentos anos de opressão, os escravos passaram do *status* legal de propriedade/animal para o de sujeitos de direitos e deveres. Esta situação jurídica persiste até hoje, pois a Constituição Federal de 1988 exalta a liberdade, que é um dos princípios básicos do sistema jurídico brasileiro e é totalmente incompatível com a escravidão.

De fato, o trabalho escravo nunca cessou. Ele ainda é praticado hoje, tanto em áreas rurais quanto urbanas, o que é injustificável e, portanto, um desafio para a comunidade jurídica em sua luta. Diante desta realidade, o *status* de coisa de trabalhador, relegado a um *status* análogo ao de escravo, que existia tanto na antiguidade quanto no Brasil colonial, ainda emerge no contexto contemporâneo.

De acordo com Vasconcelos (2011, p. 184), "O trabalho escravo continua sendo no Brasil moderno, se não de *iure*, pelo menos de fato, um objeto de propriedade, embora uma propriedade ilegal não adquirida por direito". Um empregador que sujeita as pessoas ao trabalho forçado se opõe a considerar o trabalhador como sujeito de direitos e o vê apenas como um objeto à disposição de suas necessidades e lhe nega toda a dignidade.

Conseqüentemente, a luta contra o trabalho em condições análoga à de escravo permanece relevante e esta luta envolve necessariamente a conceituação legal da figura em estudo para determinar quais das opções legais do trabalhador devem ser protegidas.

2.1 Conceituação jurídica do trabalho escravo: Constituição Federal de 1988 e Código Penal

O trabalho escravo é entendido não apenas como uma restrição à liberdade de movimento do trabalhador, mas também como uma violação do que é chamado de trabalho digno. Este trabalho é aquele que respeita os direitos mínimos do trabalhador necessários para preservar sua dignidade, como diz Filho (2014, p. 15):

(...) são os direitos mínimos do trabalhador necessários para preservar sua dignidade e compatíveis com: a existência do trabalho, liberdade de trabalho; igualdade no trabalho, trabalho em condições justas, incluindo remuneração, e a preservação de sua saúde e segurança, proibição do trabalho infantil e restrições ao trabalho de adolescentes, liberdade de associação; e proteção contra riscos sociais.

A realização do trabalho digno é o objetivo principal da Organização Internacional do Trabalho (OIT) porque, para a organização, o controle indevido de uma pessoa sobre outra é a antítese do trabalho decente. Além disso, um dos pilares da carta política vigente no Brasil é o valor social do trabalho, e o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e

inclusiva. Portanto, o trabalho em condições análogas à escravidão violou diretamente os princípios fundamentais do Estado de Direito brasileiro, consagrados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Além disso, o sistema jurídico brasileiro possui o Artigo 149 do Código Penal, que fornece a base legal para qualificar o trabalho escravo. O artigo conta o seguinte texto:

Art. 149. Colocar uma pessoa em condições semelhantes às de um escravo, seja através de trabalho forçado ou de um dia de trabalho extenuante, seja através de condições degradantes de trabalho, seja restringindo de qualquer forma a liberdade de movimento por causa de uma dívida contraída pelo empregador ou agente:

Pena: é de prisão, de dois a oito anos, e uma multa, além da pena por violência.

§ 1º - As mesmas penalidades se aplicam àqueles que:

I - Restringe o uso de qualquer meio de transporte por um empregado com o objetivo de mantê-lo no local de trabalho;

II - Guarda provocativamente o local de trabalho ou se apropria de documentos ou objetos pessoais de um funcionário com o objetivo de detê-lo em seu local de trabalho.

No artigo citado acima, trabalhar sob condições de escravidão é uma designação de fato de um ato ilegal. É esta designação que se justifica, e não a simples expressão "trabalho escravo", porque o que ocorre na prática é o uso de um trabalhador em condições semelhantes à escravidão, e não a escravidão em si, porque estas práticas são proibidas por lei.

Ferreira (2017), argumenta que não se pode pensar em relegar alguém à escravidão, porque este conceito jurídico implica a possibilidade legal de domínio de uma pessoa sobre outra. Como a escravidão é proibida por lei, já que todos são livres, não se pode aceitar que uma pessoa possa se tornar escrava, mesmo como resultado do comportamento ilegal de outra pessoa. Uma pessoa é relegada a um *status*, por lei, igual ao de um escravo.

Ao analisar o artigo 149 do Código Penal, pode-se concluir que o trabalho escravo, como um tipo de crime, pode ser caracterizado de várias maneiras: (1) trabalho forçado, (2) horas extenuantes, (3) trabalho em condições degradantes, e (4) trabalho com restrição de liberdade de movimento devido a culpa. Além disso, o §1 considera a detenção de um trabalhador nas seguintes situações como

análoga à escravidão: (1) restrição do uso de qualquer meio de movimentação, (2) por meio de vigilância demonstrativa, ou (3) retenção de documentos ou objetos para uso pessoal do trabalhador (BRASIL, 2017).

Como ponto importante para a qualificação de um ato ilegal, o artigo também menciona o fato de que deve haver uma relação de emprego entre um agente passivo e um ativo, dada a referência aos termos "empregador", "empregado", "representante" e "local de trabalho" (BRASIL, 2017).

A Organização Internacional do Trabalho utiliza o termo "trabalho forçado", que para o sistema jurídico brasileiro, à luz do artigo 149 do Código Penal, é um tipo de trabalho em condições próximas à escravidão, mas não é o único. Nesta análise da busca da caracterização do trabalho em condições próximas à escravidão, é importante destacar outra entrada, desta vez incluída no texto da Constituição Federal:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas em todas as áreas do país onde se encontre o cultivo ilícito de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, de acordo com a lei, serão expropriadas e distribuídas para programas de reforma agrária e habitação pública, sem qualquer compensação ao proprietário e sem prejuízo de outras penalidades determinadas por lei, se houver, observadas as disposições do Art. 5º (BRASIL, 1988).

Deve-se observar que, nesse artigo, o legislador utilizou a expressão "trabalho escravo", o que deu origem a uma série de críticas da doutrina sobre a deterioração da caracterização moderna deste tipo de penalidade. Segundo Ferreira (2016), esta expressão era inadequada e poderia ameaçar o texto do Código Penal, quando em seu texto diz que a impropriedade está na inclusão da expressão trabalho escravo no preceito constitucional, pois em um sistema legal que não reconhece a escravidão, não existe trabalho escravo, mas sim trabalho em condições semelhantes ao trabalho escravo (BRASIL, 2017).

Existe também uma intimidação. A referência à exploração da escravidão na forma da lei, que logicamente só pode ser o artigo 149 do Código Penal, reflete de fato uma tentativa de regular as suposições que reconhecem o trabalho em condições semelhantes à escravidão (FERREIRA, 2017). Trata-se de eliminar duas hipóteses que efetivamente implicam em trabalho escravo, mas que impedem os representantes dos setores em que este ato ilegal é mais frequente: o esgotamento do horário de trabalho e o trabalho em condições degradantes.

Contudo, é feita uma tentativa de evitar a anomalia encontrada e dar o mesmo significado às duas expressões, considerando o trabalho escravo como uma simples redução da expressão trabalho em condições análogas à escravidão.

Entretanto, no nível constitucional, a atual Constituição Federal proíbe o trabalho escravo no Brasil porque estabelece os "valores sociais do trabalho" como fundamento da República Federal do Brasil no artigo 1º, IV, e declara no caput do artigo 170 que a ordem econômica é "baseada na valorização do trabalho humano", consagrando também como valor social fundamental a primazia do trabalho, que também é expressa no artigo 193 CF/88, que afirma que "a ordem social é baseada na primazia do trabalho" (BRASIL, 1988).

Deve-se prestar atenção tanto à dimensão humana do trabalho, ligada à dignidade e própria existência do indivíduo como um ser dotado de livre arbítrio e dignidade, quanto à sua dimensão patrimonial, expressa nas próprias relações de trabalho, cuja finalidade é a produção e circulação da riqueza através do pagamento de remuneração monetária, a fim de estabelecer o equilíbrio necessário entre capital e trabalho que garanta plenamente os direitos humanos já levantados.

Quanto aos direitos mínimos necessários para garantir o trabalho digno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que:

O direito a condições justas e favoráveis de trabalho e proteção contra o desemprego, o direito ao descanso e ao lazer, incluindo o direito a um padrão razoável de educação e treinamento, e descanso, incluindo limitação razoável do horário de trabalho e férias periódicas com remuneração, e um padrão de vida adequado para a saúde e bem-estar de si e de sua família, incluindo alimentação, vestuário, moradia e cuidados médicos e serviços necessários, bem como o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outra falta de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, arts. 23, 24e 25).

Por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988 inclui uma série de garantias que concedem aos brasileiros direitos sociais fundamentais para o exercício da cidadania e estabelece mecanismos para fazê-los valer, inclusive na esfera trabalhista, onde agora existem direitos trabalhistas inalienáveis.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Como observado acima, a Constituição Federal contribuiu muito para o princípio de proteção dos trabalhadores, pois eleva muitos de seus direitos às normas constitucionais.

De acordo com Sena (2017), a importância do trabalho na atual Constituição também se reflete nos princípios derivados dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil listados no artigo 3º da Carta Magna, consubstanciados na construção de uma sociedade livre, justa e inclusiva, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e da marginalização, na redução das desigualdades sociais e na promoção de todos sem preconceitos.

Desse modo, com o advento da atual Constituição, o trabalhador foi capacitado e o trabalho foi visto como um elemento que permite a integração social do indivíduo, aumentando assim sua importância na sociedade e promovendo sua dignidade. Assim, a Constituição Federal de 1988 reafirmou a importância do trabalho, estabelecendo os valores sociais do trabalho como fundamento da República e consagrando inúmeros direitos para os trabalhadores.

3 INSTRUMENTOS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO E DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR NO BRASIL

O direito do trabalho é um dos instrumentos mais importantes para promover a inclusão social no contexto do sistema econômico capitalista. Neste sentido, nos ensinamentos de Gabriela Neves Delgado (2016, p. 15) a autora ressalta que “na história das principais sociedades da Europa Ocidental, o direito do trabalho tem sido considerado um instrumento de justiça social, pois promove um nível razoável de distribuição de renda e bem-estar social para a população afetada”. Esta relação deriva do fato de que a participação das pessoas na vida econômica é geralmente através do trabalho, e não através de outros meios de geração de renda (por exemplo, aluguéis e fundos de investimento).

Na lógica da sociedade atual, uma política pública ampla e eficaz de valorização do trabalho é, portanto, crucial para uma boa distribuição da renda. Este tipo de política tem sido implementado nos países europeus desde o final do século XIX até os dias de hoje, especialmente através da legislação trabalhista.

Delgado (2016), ainda relata que no Brasil, um país com distorções sociais persistentes de longa data e um dos mais altos níveis de concentração de riqueza do mundo, a promoção da legislação trabalhista não é importante porque incentiva a desregulamentação dos direitos sociais e a flexibilidade trabalhista.

Em linha com este tema, a autora observa que a Constituição de 1988 contribuiu para destacar o valor da dignidade no trabalho, em particular por incorporar um modelo sofisticado e bem-sucedido de organização socioeconômica que, em seus termos teóricos, promove a construção de uma sociedade livre, justa e inclusiva baseada na dignidade da pessoa humana e no primado do trabalho e do emprego,

subordinando a livre iniciativa (que também é reconhecida e valorizada) à sua função social (DELGADO, 2016).

Compreende-se que o significado do trabalho digno está intimamente ligado ao desenvolvimento da liberdade humana, que permite que o indivíduo se configure como um ser racional. Portanto, é necessário assegurar um estado de liberdade para que o trabalho cumpra o significado ético necessário para a formação da pessoa humana.

De acordo com Joaquim Carlos Salgado (2016), a liberdade a ser conquistada excede em muito a liberdade à qual os escravos aspiravam no início dos tempos. É uma liberdade intimamente ligada aos critérios de participação na proteção social, é uma questão que permeia soluções de longo e curto prazo, especialmente tendo em vista a prática recorrente do trabalho forçado nos dias atuais.

Nesse íterim, além da orientação constitucional baseada na proteção do trabalho humano, deve ser promovida a plena implementação do código do trabalho. Em outras palavras, a fim de dar sentido ao direito fundamental ao trabalho digno, é necessário considerar não apenas sua interpretação, mas também sua eficácia.

No capítulo seguinte, propõe-se explorar possíveis instrumentos jurídico-institucionais para melhorar a eficácia do direito do trabalho no Brasil.

3.1 Os instrumentos de atuação do Ministério do Trabalho e Emprego

O Ministério do Trabalho e Emprego, através de sua atividade preventiva ou repressiva, está encarregado da fiscalização das relações de trabalho, tenta fazer cumprir a legislação trabalhista de boa fé e assegura sua eficácia, inclusive através da restituição de bens (Artigo 626, CLT).

Esta atitude da Inspeção, definida por lei, reflete o entendimento de que o descumprimento da legislação trabalhista não é apenas uma violação do direito específico e especial de cada trabalhador de desenvolver uma relação de trabalho digno, mas também da própria ordem social, que rejeita a figura do trabalho degradante e forçado. Por esta razão, Antônio Álvares da Silva enfatiza o "um caráter simultaneamente privado - público" das relações de trabalho, levando em conta "não só o interesse subjetivo das partes, mas também o interesse social de respeitar a legislação trabalhista (SILVA, 2016).

O artigo 627, da CLT prevê uma ação preventiva do Ministério do Trabalho e Emprego através do estabelecimento do critério da dupla visita, um instrumento pelo qual a Inspeção do Trabalho obriga os responsáveis a cumprirem de boa-fé as normas trabalhistas.

De acordo com a orientação celetista, a retaliação da inspeção do trabalho com multas deve ocorrer durante uma segunda visita, mas somente se for comprovado que as partes contratantes não cumpriram as normas de proteção trabalhista explicadas anteriormente durante a primeira visita (Artigo 627, CLT).

Em qualquer caso, o critério da dupla visita não é aplicável a situações de trabalho forçado, dado o imperativo de combatê-las, especialmente porque esta violação afeta um dos mais preciosos direitos humanos, a liberdade. Em todos os casos em que o inspetor do trabalho conclui que houve infração às normas trabalhistas, ele deve elaborar um registro da infração e exigir a responsabilidade do infrator, de acordo com as disposições do Artigo 628 da CLT.

Como uma multa administrativa é considerada uma dívida tributária não ativa, qualquer recuperação perante a Justiça do Trabalho, seguida da penhora dos bens do empregador, deve cumprir as disposições da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80). Qualquer recurso contra multas impostas pela Inspeção do Trabalho também será ouvido e avaliado pela Justiça do Trabalho.

Também é importante esclarecer que a imposição de uma multa por um inspetor de trabalho "não isenta o infrator da responsabilidade incorrida por ter violado a lei penal" (Artigo 634, da CLT). Em outras palavras, além da imposição de uma multa administrativa como consequência de contratação abusiva ou do desenvolvimento de uma relação de trabalho considerada degradante, é possível responsabilizar criminalmente o infrator se sua conduta for qualificada como crime contra a organização do trabalho no Código Penal Brasileiro.

Em geral, pode-se dizer que o objetivo institucional do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) é promover a cidadania nas relações de trabalho, buscando a excelência na execução de suas ações, tendo em vista a justiça social. Com relação à erradicação do trabalho degradante e forçado, é possível que o MTE tenha os seguintes objetivos "proporcionar o desenvolvimento da cidadania nas relações de trabalho, em prol da excelência na realização de suas ações, visando à justiça social" (MISSÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2019).

Para cumprir a tarefa institucional do Ministério do Trabalho e Emprego, especialmente com relação ao trabalho em condições semelhantes à escravidão, foi criado em 1995 o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado, subordinado à Câmara de Políticas Sociais do Conselho de Governo e coordenado pelo próprio TEM – GERTRAF. É uma equipe móvel de inspeção criada para investigar reclamações e suspeitas de trabalho forçado e degradante.

O Grupo Especial de Fiscalização Móvel - GEFM, foi criado com o mesmo objetivo: combater e erradicar o trabalho análogo ao escravo. Pode-se concluir que as ações do Ministério do Trabalho e Emprego também são necessárias para proteger o trabalhador, preservando sua dignidade na prestação de serviços.

3.2 Os instrumentos de atuação do Ministério Público do Trabalho

Como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são a base da Constituição Brasileira como um Estado democrático sob o Estado de Direito, é impossível não dar ao Ministério Público do Trabalho (MPT) um papel de liderança na luta contra todas as formas de exploração laboral que reduzem o indivíduo a uma mercadoria ou produto.

Se o trabalho é uma das ferramentas fundamentais para a realização da dignidade humana, cabe ao MPT assegurar que o ambiente de trabalho seja um lugar de realização pessoal e não de degradação humana.

3.2.1 O termo de ajuste de conduta enquanto instrumento de atuação Extrajudicial

É bem conhecido que a ação do Ministério Público em disputas trabalhistas, em seu papel de agente, pode atuar tanto na esfera judicial, através da ação civil pública e outros instrumentos processuais previstos na Lei Complementar nº 75/93 quanto na esfera extrajudicial.

Neste último caso, a ação ministerial revela sua importância na medida em que possibilita a solução de conflitos na proteção efetiva dos direitos sociais através da introdução de condições de ajuste de comportamento (TAC).

A importância do TAC, que está localizado no órgão do Ministério Público do Trabalho, reside nas seguintes considerações. A primeira é que a aplicação do acordo ajuda a aliviar os tribunais trabalhistas, "evitando todo o processo de cognição que poderia ter passado por todas as áreas trabalhistas" (TST RR 521.584/98.1 – Ac. 1ª T., 16/06/99 – REL. MIN. JOÃO ORESTE DALAZEN).

Além disso, a lei sobre obrigações de desempenho impõe "obrigações de fazer e não fazer (...)" (MORAIS, et al., 2019), estabelece um prazo para o cumprimento das obrigações impostas e define as sanções a serem impostas em caso de não cumprimento. Neste sentido, a correção da conduta prevê a cessação das violações encontradas em um caso específico (ordem de cessação) e pode também prever o pagamento de indenização por danos morais coletivos (ordem de reparação).

Finalmente, deve ser observado que um período de compromisso assinado tem o efeito de um instrumento coercitivo extrajudicial que amplia os horizontes do Ministério

Público do Trabalho, que agora pode agir de forma muito mais eficaz em uma base amigável porque, com base neste entendimento, a parte comprometida com o acordo não pode facilmente violar o acordo de ajuste de conduta porque pode estar sujeita a uma restrição específica (MORAIS, et al., 2019).

Se o ajuste não for possível, cabe aos órgãos ministeriais recorrer aos tribunais para proteger os interesses violados, com ênfase no uso da ação pública civil, discutida abaixo.

3.2.2 Ação Civil Pública: instrumento eficaz no combate ao trabalho escravo contemporâneo

Não há dúvidas, como demonstrado acima, que o trabalho em condições análogas à escravidão é a forma mais grave de violação dos direitos sociais e da dignidade dos trabalhadores. Dada a realidade brasileira em relação a este problema, é necessário propor soluções para eliminá-lo, ou pelo menos diminuir os prejuízos que ele causa. Neste cenário, destaca-se o papel do Ministério Público do Trabalho, destacando o uso da ação civil como ferramenta eficaz e eficiente para combater formas de exploração excessiva do trabalho humano.

A crescente complexidade das relações sociais mostrou que o sistema de proteção jurídica, baseado no individualismo liberal do século XVIII, tornou-se inadequado para fornecer soluções às demandas da sociedade em um nível mais amplo. De acordo com Kazuo Watanabe, "a filosofia liberal-individualista procura fragmentar os conflitos de interesse, de modo que cada pessoa leve aos tribunais apenas seus interesses diretamente afetados" (WATANABE, 2017, p. 21).

Com a massificação da sociedade e dos conflitos, também é necessária a coletivização necessária do processo. O aumento do número de processos judiciais, e a consequente demanda por assistência jurídica, tem levado a um aumento do número de casos.

O aumento do número de ações judiciais, e a consequente demanda por instrumentos para resolver o problema, tem aumentado com o fracasso do Estado social. De fato, o paradigma do Estado-Providência tem visto uma expansão significativa dos direitos sociais sem uma implementação ou aplicação correspondente desses direitos, resultando em uma série de conflitos sócio-legais que acabaram em tribunal (WATANABE, 2017).

A necessidade de um instrumento processual eficaz para proteger os direitos e interesses transindividuais é evidente na proteção dos direitos fundamentais, especialmente na luta contra o trabalho escravo contemporâneo. A coerção física e moral exercida efetivamente limita a liberdade dos trabalhadores, inviabilizando o acesso à justiça.

Além disso, uma ação judicial individual contra os exploradores do trabalho forçado em geral não traria soluções para o coletivo, além do risco de retaliação por parte do empregador, o que não só colocaria o nome do denunciante em uma "lista suja", mas poderia até envolver algum tipo de vingança mortal contra o trabalhador ou sua família.

Fava (2015, p. 102) menciona que uma ação judicial "sem rosto", como é frequentemente chamada de ação civil pública é, portanto, a melhor alternativa, pois permite que os direitos coletivos sejam aplicados sem expor as partes lesadas.

O Ministério Público do Trabalho é um dos atores jurídicos ativos nas ações civis da Justiça do Trabalho para contribuir para a proteção dos interesses coletivos quando os direitos sociais garantidos pela Constituição não são respeitados, nos termos do artigo 83, III, da Lei Orgânica do Ministério Público Federal (LOMPU).

A Constituição da República, ao contrário, permite uma interpretação que conclui que os órgãos ministeriais trabalhistas são legitimados para proteger todos os interesses meta-individuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos). A principal tarefa do Ministério Público é também promover a proteção do Estado de Direito e um sistema democrático baseado na dignidade humana (art. 127 c/c art. 1º, III, da CR).

As competências atribuídas ao Ministério Público em matéria trabalhista demonstram a importância crucial de seu trabalho na "manutenção do equilíbrio das relações sociais, em particular das relações de trabalho, sempre caracterizadas por conflitos e desigualdades" (DELGADO, 2016, p. 19).

Para atingir seus objetivos constitucionais, o sistema jurídico oferece ao público uma ação civil através da qual ele pode solicitar a condenação do explorador em termos monetários (danos coletivos por danos morais), além do cumprimento de obrigações de fazer ou abster-se de fazer algo no futuro, como a obrigação de abster-se de seduzir os trabalhadores, mantendo-os em condições contrárias à lei.

O Ministério Público do Trabalho, diante de um controle *in loco* do trabalho escravo, pode, no curso da ação do GEFM, se não tomar uma decisão extrajudicial, iniciar uma ação civil pública com reivindicações de direitos individuais homogêneos, tais como: registro do contrato de trabalho na CTPS com data de vigência na cidade de origem, indenização de danos materiais correspondentes a descontos injustificados que causaram a dívida, rescisão indireta do contrato, entre outros. O objetivo deste recurso é buscar uma solução imediata do litígio, incluindo uma liminar provisória para congelar os valores, se possível.

É importante notar que declarações típicas que consistem em uma obrigação de fazer ou abster-se de fazer algo não são suficientes por si só para pôr fim à prática de trabalho forçado e degradante. O início de uma ação civil pública também deve incluir um

pedido de indenização por danos morais coletivos resultantes da violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores (Artigo 1º da Lei 7.347/85).

Neste sentido, Sandra Lia Simón faz uma interessante digressão quando argumenta que:

A compensação por danos morais coletivos foi criada com esta finalidade: concretizar a sanção para que além da privação dos direitos trabalhistas haja uma condenação pelo valor que tem que ir para a sociedade (geralmente para o FAT - Fundo de Assistência aos Trabalhadores), para criar um medo real entre aqueles que se beneficiam da prática da escravidão moderna (SIMÓN, 2014, p. 142).

No entanto, dada a gravidade dos danos causados pela prática do trabalho escravo e condições semelhantes às da escravidão, pode-se concluir que a luta contra este fenômeno não deve se limitar à reparação, mas deve visar a prevenção. Neste contexto, outra vantagem da constituição de uma ação civil pública pode ser mencionada, a saber, que ela é um instrumento adequado para iniciar qualquer tipo de ação legal, incluindo a tutela cautelar, para auxiliar situações de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, que são tão características destes casos.

Finalmente, deve-se observar que embora a intenção deste capítulo fosse destacar o papel do Ministério Público do Trabalho no âmbito de uma ação civil, a proteção dos bens legítimos afetados pela realização de trabalho forçado requer a ação conjunta e coordenada de várias outras instituições. Sobre este ponto, Sandra Lia Simón ensina que a luta contra a escravidão moderna,

[...] não pode ser realizado de forma isolada, sobretudo devido aos interesses divergentes que procura conciliar, o que requer vínculos com outros atores políticos e da sociedade civil com objetivos similares. [...] colaborar com outros atores sociais, políticos e da sociedade civil que trabalham em rede e coordenar as ações compartilhadas pelos diversos escritórios de justiça já estabelecidos em praticamente todas as capitais do país (SIMÓN, 2014, p. 143).

Neste sentido, foi criada, no ano de 2000, a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo - CONAETE para reforçar o controle através de ações investigativas nas quais as autoridades do Ministério Público acompanham a unidade móvel criada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Dessa forma, em um país cuja formação social e cultural se baseia no trabalho forçado, a erradicação desta prática é mais do que a proteção ou promoção dos direitos

básicos do trabalhador. É muito mais do que isso, é uma bandeira contra o legado de uma mentalidade escrava em relação ao valor do trabalho e das práticas discriminatórias no mercado de trabalho. Como explica Jorge Luiz Souto Maior, a escravidão brasileira tem contribuído para,

[...] uma espécie de desprezo pelo destino daqueles que não pertencem às classes privilegiadas. Obviamente, este fator cultural influencia a abordagem do direito ao trabalho, um direito que, em relação a esta maioria desfavorecida, é desprezado e considerado um resultado ilegítimo da intervenção fascista do Estado Novo. É importante ressaltar que este contexto cultural de escravidão não só afeta a discriminação baseada na cor da pele, mas também o valor do trabalho. O trabalhador, que até recentemente era um escravo, agora tem poucos ou nenhuns direitos (MAIOR, 2020, p. 63).

A guerra contra a introdução do trabalho escravo moderno é, por diversas razões, uma forma de promoção e proteção da dignidade do trabalhador brasileiro. A “coisificação” do homem, como destaca Maior (2020), presente na hipótese de trabalho forçado e degradante, reduz o trabalhador a um mero instrumento para satisfazer a vontade dos outros, e sua exploração tem como único objetivo a maximização egoísta do lucro.

3.3 Os órgãos atuantes em operações de resgate e acolhimento dos trabalhadores

A Comissão Nacional de Enfrentamento ao Trabalho Escravo (Conatrae), dentro da Secretaria de Direitos Humanos, reúne as principais agências governamentais e instituições da sociedade civil envolvidas na luta contra o trabalho escravo no Brasil. Ela é responsável por coordenar a implementação do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Forçado, monitorar o andamento de projetos de lei no Congresso Nacional e avaliar propostas de estudos e pesquisas sobre o trabalho forçado no país.

Outras instituições importantes com competências nesta área são o Ministério Público Federal, o Ministério do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego, a Polícia Federal, diversas estruturas da sociedade civil, assim como organizações internacionais como a Organização Internacional do Trabalho, descritas anteriormente neste estudo.

4 CONCLUSÃO

Ao término deste artigo pode-se compreender que o trabalho escravo é um flagelo social que tem permeado a história da humanidade desde suas origens até os dias de hoje. Embora muitos acreditem que a escravidão existiu só nos anos de 1888, a prática persiste até hoje, e é conhecida como escravidão contemporânea. Como mostra este artigo, a

escravidão moderna é diferente da que existia antes do século XIX, uma vez que naquela época esta prática era consentida.

A existência desta forma degradante de exploração exige o desenvolvimento de ações coerentes, tanto legais como sociais, que possam combater esta forma de exploração em favor da promoção do trabalho digno, respeitado e valorizado por toda a sociedade, pois é em si mesmo um componente da identidade humana. Entretanto, a escravidão moderna é ainda mais perversa porque viola dois grandes direitos humanos: a liberdade e a dignidade.

Neste sentido, a Constituição de 1988 elevou a dignidade da pessoa e o valor social do trabalho à base do Estado de direito democrático, tornando o trabalho um importante mecanismo de integração social e de afirmação da identidade individual e coletiva do indivíduo.

Embora o trabalho seja uma ferramenta eficaz que garante o ideal de sustento, ele não deve ser considerado como um mero fator de produção ou um meio de obtenção de recursos para a sobrevivência, mas como uma ferramenta para a integração do indivíduo na sociedade.

No Brasil, existem vários órgãos dedicados ao combate ao trabalho escravo: o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego, a Justiça do Trabalho e outros, que possuem diversos mecanismos de prevenção e repressão. Graças a estes mecanismos, as empresas são colocadas em alerta, pois podem comprometer sua reputação ao serem incluídas em uma lista suja.

Finalmente, a promoção da dignidade no trabalho, bem como da liberdade humana, com o objetivo de fazer cumprir o Direito do Trabalho como um instrumento de justiça, é crucial para fortalecer a inclusão social e também se torna um ponto de referência indispensável para a cultura jurídica.

REFERÊNCIAS

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 de setembro de 2021.

_____. **Missão institucional do Ministério do Trabalho e Emprego**. 2019. Disponível no site <http://www.mte.gov.br>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2022.

_____. **Princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento**. Disponível em:

<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/declaracao_oit_293.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2021.

ANDRADE, Carlos Eduardo Almeida Martins De. Do crime de redução à condição análoga à de escravo na legislação, doutrina e jurisprudência. **Âmbito-jurídico**, Rio Grande, v. 1, set. 2018.

ANNONI, DANIELLE. **Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. 1 ed. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2018. 1-759 p.

BRASIL. **Código penal**. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 138 p.

DELGADO, Gabriela Neves. **Opção pelo direito do trabalho**. Estado de Minas. Caderno de Opinião. Sexta-feira, 29 de setembro de 2016. p.15-19.

FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista**. São Paulo: LTr, 2015, p.102.

FERREIRA, Manuela Fernanda Gonçalves. A proteção jurídica contra o trabalho em condições análogas à de escravo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

FILHO, José Cláudio Monteiro de Brito. **Trabalho escravo – caracterização jurídica**. 2ª. Ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 15.

LEÃO, L. H. da C. Trabalho escravo contemporâneo como um problema de saúde pública. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. 2016, vol. 21, no. 12, pp. 3927-3936, ISSN: 1678-4561 [viewed 10 August 2020]. Disponível em: <http://ref.scielo.org/z64xgj>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2022.

LEBRE, Claudio Macedo De Souza Eduardo Antônio Temponi. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e a competência da justiça do trabalho na hipótese de crime em condições análogas à de escravo. **Revista CEJ**, Brasília, p. 1-8, set./dez. 2017.

LYRA, Alexandre Rodrigo T. Da C. **O enfrentamento do trabalho em condição análoga à de escravo**. Estudos Avançados, Brasília, p. 1-15, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v28n81/v28n81a15.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2020, p.62-64.

MORAIS, Andréa Rodrigues de. et al. Ministério Público do Trabalho *in* VIANA, Márcio Túlio (coord.). **Direito e Trabalho: crise e transformações**. Compêndio de pesquisas

realizadas em 2019 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 1ª ed. São Paulo: LTr, p.182

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **O trabalho escravo: passado e presente de uma de uma desigualdade social.** Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. Edição 2014. Porto Alegre: HS Editora, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dez. 1948. Paris. Disponível em:
<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **89a reunión, junio de 2001 Memoria del Director General: Reducir el deficit de trabajo decente - un desafío global.** Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-i-a.htm>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2022.

RIBEIRO, T. A. N; LEÃO, L. H. C. Escravidão contemporânea no Brasil, os impactos e as implicações para a saúde pública [online]. **SciELO em Perspectiva: Humanas**, 2020 [viewed 18 March 2022]. Disponível em: <https://humanas.blog.scielo.org/blog/2020/09/10/escravidao-contemporanea-no-brasil-os-impactos-e-as-implicacoes-para-a-saude-publica/>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2022.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 82, jan./1996. p.46.

SENA, Max Emiliano da Silva. O trabalho digno como meio de inclusão social no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓSGRADUAÇÃO EM DIREITO, 25.,2017, Curitiba. **Anais...** Curitiba: CONPEDI, 2016. Disponível em:
<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/zwub6y85/f8C4j78b9mY3cgvo.pdf>>. Acesso em: 11 de agosto de 2021.

SILVA, Antônio Álvares. **Competência Penal Trabalhista.** São Paulo: LTr, 2016. p.94.

SIMÓN, Sandra Lia. Os desafios do Ministério Público do Trabalho no novo século *in* PAIXÃO, Cristiano. RODRIGUES, Douglas Alencar, CALDAS, Roberto de Figueiredo, coordenadores. **Os novos horizontes do Direito do Trabalho:** homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. 1ª ed. São Paulo: 2014, LTr, p.370.

TST RR 521.584/98.1 – **Ac. 1ª T., 16/06/99** – Rel. Min. João Oreste Dalazen

VASCONCELOS, Beatriz Avila. O escravo como coisa e o escravo como animal: da roma antiga ao Brasil contemporâneo. In: **Trabalho escravo contemporâneo**. FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; JÚNIOR, Horácio Antunes de Sant'Ana. (Org.) 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Mauad, 2011, p. 187.

WATANABE, Kazuo. **Processo Civil de interesse público**: Introdução *in* SALLES, Carlos Alberto (coord.). Processo Civil e interesse Público. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 21.

OBSERVÂNCIA AOS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA BUSCA E APREENSÃO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS

JULIANA BARRETO DE CARVALHO AMORIM:
Advogada. Especialista em Direito Público. Especialista em Ciências Penais. Especialista em Investigação Forense e Perícia Criminal.

RESUMO - O presente estudo pretende apresentar uma incipiente análise a respeito dos institutos da busca e da apreensão na investigação criminal. Para tanto, serão apresentados os dispositivos normativos que regulamentam tais institutos no ordenamento jurídico pátrio, assim como serão explicitados entendimentos da Suprema Corte sobre a temática. Nessa senda, discutir-se-á acerca da necessidade de observação de tais parâmetros para que a efetivação desses institutos, pelos agentes públicos, esteja sempre acobertada pelo manto da legalidade, com o escopo de garantir a legitimidade das provas produzidas por meio desses institutos jurídicos. O método de abordagem escolhido é o método dedutivo, visto que são abordadas, em primeiro plano, de forma genérica, as definições dos institutos jurídicos da busca e da apreensão, e em um segundo momento, o tema é tratado a partir da regulamentação constitucional e legal, de forma a apresentar conclusões acerca da necessidade de observância desses dispositivos para a investigação criminal. Além disso, o trabalho utiliza-se da pesquisa qualitativa, com o fim de realizar a análise do fenômeno estudado e as suas consequências na investigação criminal. Desse modo, serão demonstradas as razões jurídicas pelas quais a legalidade da realização da busca e apreensão é imprescindível para a efetividade da persecução penal ausente de nulidades.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Busca e Apreensão. Investigação Criminal. Nulidades.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Busca e Apreensão. 2.2 Breves anotações sobre a Busca e Apreensão. 2.2.1 Busca e Apreensão como medida cautelar. 2.2.2 Busca e Apreensão como meio de prova. 2.2 A investigação criminal por meio da busca e apreensão. 2.3 Disposições constitucionais aplicáveis à Busca e Apreensão. 2.4 Observância dos dispositivos constitucionais e a mitigação de nulidades na investigação criminal. 3 considerações Finais.

1.INTRODUÇÃO

A busca e apreensão apresentam-se como institutos jurídicos de extrema relevância no campo da investigação criminal, uma vez que são utilizadas como medidas que visam à obtenção de elementos probatórios, assim como evitam o perecimento de provas. Nesse contexto, exurgem diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que regulam tais medidas, com o escopo de garantir que tais medidas, conquanto restrinjam

alguns direitos fundamentais, sejam efetivadas dentro da estrita legalidade. Nesse jaez, é de extrema importância que, na determinação e na realização de tais medidas, os agentes públicos responsáveis observem cautelosamente tais parâmetros, com o fim de mitigar a ineficácia da prova e, quiçá, a possibilidade de declaração de nulidades no âmbito do processo penal, contribuindo, sobremaneira, para a efetividade da persecução penal.

Nessa moldura, ante a relevância da atuação estatal na repressão de ilícitos e na busca de uma eficiente persecução penal, este trabalho tem por escopo precípua analisar as limitações constitucionais aplicáveis à busca e apreensão, na investigação criminal, e a necessidade de observância de tais limitações a fim de mitigar eventuais nulidades no processo penal.

2. BUSCA E APREENSÃO

2.1 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A BUSCA E APREENSÃO

A busca e apreensão revela-se como um instituto jurídico de natureza mista, uma vez que a doutrina majoritária classifica-a como medida acautelatória e a legislação processual penal a vislumbra como meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva.

A busca pode ser entendida como sendo uma diligência da persecução penal com o escopo específico de procurar pessoa ou coisa, podendo, inclusive, restringir alguns direitos fundamentais, a exemplo da intimidade, privacidade e até mesmo a inviolabilidade de domicílio.

A apreensão, por sua vez, pode ser conceituada, de forma simplória, como medida assecuratória no sentido de retirar algo ou alguém de outrem ou de determinada localidade com a finalidade de preservar direitos ou produzir prova.

Nesse sentido está a doutrina de Avena (2020, p. 662):

Por busca compreendem-se as diligências realizadas com o objetivo de investigação e descoberta de materiais que possam ser utilizados no inquérito policial ou no processo criminal, assim como de pessoas em relação às quais exista ordem judicial de prisão ou que sejam vítimas de crimes. Trata-se de uma atitude de procura, a ser realizada em lugares ou em pessoas. Já por apreensão depreende-se o ato de retirar alguma coisa que se encontre em poder de uma pessoa ou em determinado lugar, a fim de que possa ser utilizada com caráter probatório ou assecuratório de direitos.

Ainda sobre a natureza jurídica da busca e apreensão, o mencionado autor (AVENA, 2020, p. 663) assevera o seguinte:

Quanto à natureza jurídica da busca e apreensão, tudo dependerá do caráter de que venha a se revestir. Normalmente, assume natureza de meio de prova, destinada à utilização nas investigações criminais e nos processos judiciais. Pode, contudo, revestir-se de caráter assecuratório de direitos, como ocorre na hipótese de ser efetivada em decorrência de determinação de arresto (art. 137 do CPP), cujo objetivo é garantir o êxito da reparação civil dos danos causados pela prática da infração penal.

Na esteira da doutrina de Pitombo (2005, p.23-25), a busca pode ser entendida da seguinte forma:

A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semovente, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.

2.1.1 BUSCA E APREENSÃO COMO MEDIDA CAUTELAR

A busca e apreensão pode ser vislumbrada como uma das medidas cautelares encontradas em nosso ordenamento jurídico, porém ela difere das outras medidas (arresto, sequestro), em razão de sua autonomia. Reconhecendo a busca e a apreensão como espécie de medidas cautelares está a doutrina de Pontes de Miranda (1979, p. 224), que afirma o seguinte:

A busca e apreensão consiste em apanhar-se bem ou pessoa, ou apanharem-se bens ou pessoas. Para que caiba a medida cautelar, é preciso que alguma regra jurídica, de direito material ou processual, haja estabelecido que se possa pedir ou que haja atribuído ao juiz a competência para decretá-la de ofício.

No processo penal, as medidas cautelares são entendidas como ato da atividade de investigação decorrente da atividade judicial, podendo recair sobre coisas ou pessoas, sendo, no último caso, muitas vezes responsáveis pela restrição de direitos constitucionais.

Nesse contexto, surgem as principais características desse instituto no âmbito do processo penal: jurisdicionalidade, assessoriedade, instrumentalidade e proporcionalidade.

A jurisdicionalidade refere-se à necessidade de determinação judicial para a realização da busca e da apreensão, ou pelo menos a reanálise de tais institutos pelo Poder Judiciário, nos casos em que a lei permite que a autoridade policial o faça, uma vez que as

medidas cautelares no processo penal precisam observar os direitos garantidos pela Constituição Federal, bem como o princípio do devido processo legal.

A acessoriedade diz respeito ao fato de que a medida cautelar no processo penal sempre acompanha o processo principal, uma vez que seu juízo sempre se baseia em probabilidade de encontrar pessoas ou coisas no âmbito do processo.

A instrumentalidade se revela na medida em que a busca e a apreensão permitem proteger os elementos colhidos no curso do processo penal, de forma a conduzir o processo penal ao êxito, auxiliando na garantia de aplicação da lei penal.

Por fim, a proporcionalidade deve ser observada com o fim de que a busca e apreensão e suas consequências não sejam mais graves do que a finalidade pretendida, ou seja, a medida deve causar o mínimo dano possível ao indiciado/acusado.

2.1.2 BUSCA E APREENSÃO COMO MEIO DE PROVA

Acerca do tema, o Código de Processo Penal (CPP) dispõe em seu Título VII, Capítulo XI, que:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Verifica-se, portanto, que o Código de Processo Penal delimita a busca, asseverando que pode ser classificada em pessoal e domiciliar.

No que concerne à busca domiciliar, a condição de legitimidade prevista no artigo 240 está vinculada à autorização judicial, de ofício ou a requerimento das partes ou de autoridade competente, consoante previsto no artigo 242 do CPP, com a expedição do respectivo mandado de busca e apreensão, quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, indicando com precisão o lugar físico onde deverá ser realizada a diligência ou as suas características, com indicação do nome do proprietário ou do indivíduo que irá sofrê-la, nos termos do artigo 243 do CPP.

A busca pessoal, por sua vez, exige fundadas suspeitas para apreender coisas achadas ou obtidas por meio criminoso, informações postais destinadas ao acusado útil à elucidação dos fatos ou colher qualquer elemento de convicção para a elucidação do crime, conforme estabelece o § 2º do artigo 240 do CPP.

Constata-se, portanto, que a busca e apreensão servem à instrução probatória penal como ferramenta jurídica para colheita de elementos probatórios.

2.2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DA BUSCA E APREENSÃO

A busca e a apreensão exercem papel extremamente importante na investigação e na persecução penal realizada pelo Estado, uma vez que, conforme ilustrado nos itens anteriores deste estudo, são consideradas instrumentos jurídicos utilizados para colher elementos de prova de ilícitos.

No CPP, a partir do artigo 245, estão definidas as possibilidades e exigências para realização da busca e apreensão. As buscas domiciliares ocorrerão com posse de mandado, intimando o morador a abrir a porta do domicílio. Além disso, se for determinada a coisa ou pessoa objeto do mandado, o morador será intimado a mostra-la, prescrição que, para a doutrina, contraria o princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A busca pode ser realizada pela autoridade policial ou seus agentes (artigos 241, 245, § 1º, e 250 do CPP, inclusive os membros da polícia militar, na fase de inquérito e por oficiais de justiça, na fase processual. O cumprimento do mandado deve observar as prescrições contidas nos artigos 245, 247 e 248 do CPP.

Antes da busca, o executor deve exhibir e ler o mandado de busca, intimar o morador a abrir a porta e mostrar o que se procura, declarar sua qualidade e o objetivo da diligência. Caso haja necessidade, em caso de desobediência à ordem judicial por parte do morador, o executor poderá arrombar a porta e forçar a entrada, empregar força contra as coisas ali existentes, intimar um vizinho para assistir à diligência, em caso de ausência do morador.

O executor deve, ainda, determinar o que for necessário em relação aos moradores, entretanto deve molestá-los o mínimo possível.

Após a busca, o executor deverá apreender a pessoa ou coisa que procura, lavrar auto a respeito da diligência, arrolando duas testemunhas. Se a busca resultar infrutífera, deve informar ao sujeito passivo as razões de sua realização. Se penetrar em território de outra jurisdição, apresentar-se-á à autoridade local.

A apreensão, por sua vez, pode ser decorrente da busca, conforme explicitado nas linhas anteriores, como também pode se efetivar mediante exibição. A apreensão pode ser realizada tanto na fase inquisitorial, como no decorrer da ação penal e até mesmo durante a execução da pena.

Na fase de inquérito, a autoridade policial, o Ministério Público e o ofendido podem requerer a apreensão, conforme prevê o artigo 14 do CPP.

Ante tal moldura jurídica, é possível vislumbrar a busca e apreensão como uma ferramenta de investigação criminal, uma vez que possibilita o acesso a elementos de prova que podem ser imprescindíveis para a colheita de materialidade delitiva e indícios de autoria do ilícito penal.

2.3 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À BUSCA E APREENSÃO

É irrefutável que o Estado Democrático de Direito tem por escopo garantir os direitos fundamentais de seus indivíduos, com o escopo de que não se dê abertura a eventuais arbítrios por parte das autoridades.

A determinação e a realização da busca e da apreensão pressupõem a observância máxima dos preceitos constitucionais, notadamente no que se refere à inviolabilidade domiciliar e à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Assim, o princípio da legalidade deve ser o norte a ser observado quando da determinação e realização de tais medidas.

No que se refere à inviolabilidade domiciliar, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XI, estabelece a proteção à casa, apontando as situações excepcionais em que pode haver

a violação, quais sejam, flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Acerca do assunto, é pertinente destacar que o termo casa deve ser entendido de forma ampla, consoante definido no artigo 150, §§ 3º e 5º, do Código Penal, abrangendo qualquer local que sirva de abrigo, residência ou moradia ou aquele não aberto ao público onde o indivíduo exerce profissão ou atividade.

Nesse sentido, há julgado emblemático da Suprema Corte:

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP,

art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO [...]

(STF. RHC 90376. Segunda Turma. Min. Rel. Celso de Mello. Data de Publicação: 18/05/2007. Grifos nossos.)

Ainda sobre as inviolabilidades, a Constituição Federal, também no artigo 5º, inciso X, preceitua que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Destarte, percebe-se que a Constituição Federal de 1988, ao proteger direitos fundamentais dos indivíduos, traça limites claros e precisos às inviolabilidades que são restringidas quando da determinação e realização da busca e apreensão.

2.4 OBSERVÂNCIA DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E A MITIGAÇÃO DE NULIDADES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Ante a existência de limites constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à busca e a apreensão, exsurge a necessidade de análise acerca das consequências advindas da inobservância de tais limites na colheita de provas, na investigação criminal e no processo penal, por meio de tais institutos.

Nesse contexto, importa traçar um panorama simplório acerca dos efeitos, nas provas colhidas a partir da realização de tais medidas, sem que tenham sido observadas as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Acerca do tema, é pertinente trazer à baila os ensinamentos de Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2004, p.133), quando tratam das provas ilegais. Tais autores afirmam que as provas ilegais são um gênero do qual fazem parte as provas ilegítimas e as provas ilícitas:

[...] diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for

colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.

Assim, dentro do gênero das provas ilegais, verifica-se que a classificação da prova, se ilegítima ou ilícita, é tida pela infração realizada ao se produzir essa prova, ou seja, para que se saiba a essência da prova, é necessário que se certifique sobre a natureza da norma infringida em razão da obtenção da prova. Se a norma violada tratar-se de norma de direito processual, será, então, a prova produzida violadora de tal dispositivo, ilegítima. Para essa violação a sanção a ser imposta é a de nulidade da prova e a consequente ineficácia dos atos que dela decorrerem. A solução para tais casos se mostra através da estrita legalidade, ou seja, são taxativos os dispositivos relativos às sanções para os atos processuais ilegítimos. No entanto, modernamente, tem-se admitido com mais frequência a instrumentalidade das formas, através da qual deve ser considerado o fim a que se destina o ato processual, e, só assim, decidido sobre a inexistência ou nulidade dos atos processuais, no caso, da prova ilegítima. Explicitando essa ideia Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 27) afirmam que:

A própria lei deve estabelecer os critérios que norteiam o juiz na apreciação das irregularidades dos atos processuais; nesse particular, nota-se uma evolução bastante sensível nos ordenamentos modernos: em lugar do denominado “sistema de legalidade das formas”, em que o legislador enumerava taxativamente os casos de nulidade, praticamente sem deixar espaço à discricionariedade do juiz na apreciação das consequências do vício, predomina hoje em dia o “sistema da instrumentalidade das formas” em que se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal.

Continuam esse raciocínio Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 23) preceituando que “[...] a Constituição não estabelece a sanção de ineficácia para as provas admitidas em desconformidade com o art. 5.º, LVI, da CF. A sanção deverá ser buscada nos princípios gerais do ordenamento.”

É certo que a Constituição Federal de 1988 veda a produção de provas ilícitas de maneira incisiva em seu artigo 5º, inciso LVI. O Código de Processo Civil também segue tal entendimento trazendo dispositivos expressos no que diz respeito à matéria, como é o caso do artigo 232, que reza que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse Código, são hábeis para provar a verdade

dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Aqui encontra-se implicitamente a definição de prova ilícita, como sendo aquela obtida de sob a égide da lei e da moral. Por outro lado, toda prova que não se enquadre neste modelo é prova ilícita, e, portanto, imprestável, pois não é considerada como produto de prescrição da lei e da moral, sendo este o pensamento de vários processualistas, inclusive daqueles que fazem parte da seara penal, como é o caso de Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 135-136), ao apregoarem que:

A doutrina e a jurisprudência de diversos países oscilaram, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais - como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.

O Código de Processo Penal também não deixa margem de dúvidas quanto à imprestabilidade das provas ilícitas, ao dispor, em seu artigo 157, que tais provas são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, Ademais, considera como provas ilícitas, aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Afirma, ainda, que são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Nesse jaez, as provas produzidas na seara criminal em desconformidade com as disposições contidas na Constituição Federal e/ou na legislação infraconstitucional enquadrar-se-ão na situação descrita no art. 5.º, LVI, da CF, devendo serem consideradas nulas. Além disso, cumpre observar que sua renovação será difícil e quiçá impossível, não podendo ser reintroduzida no processo simplesmente por renovação da diligência por ordem da autoridade competente.

Acerca da temática, é pertinente transcrever excerto de recente julgado da Suprema Corte:

EMENTA Reclamação constitucional ajuizada pela Mesa do Senado Federal. Defesa de prerrogativa de Senadora da República. Pertinência temática entre o objeto da ação e a atuação do ente

despersonalizado. Legitimidade ativa ad causam. Busca e apreensão determinada por juízo de primeiro grau, em imóvel funcional ocupado por Senadora da República, em desfavor de seu cônjuge. Alegada usurpação de competência da Corte. Delimitação da diligência a bens e documentos do investigado não detentor de prerrogativa de foro. Não ocorrência. **Ordem judicial ampla e vaga. Ausência de prévia individualização dos bens que seriam de titularidade da parlamentar federal e daqueles pertencentes ao não detentor de prerrogativa de foro. Pretendida triagem, a posteriori, do material arrecadado, para selecionar e apartar elementos de convicção relativos à Senadora da República.** Impossibilidade. Investigação, por via reflexa, de detentor de prerrogativa de foro. Usurpação de competência caracterizada. **Reconhecida ilicitude da prova (CF, art. 5º, inciso LVI) e daquelas outras diretamente dela derivadas. Teoria dos frutos da árvore envenenada (fruit of the poisonous tree).** Precedentes. Reclamação procedente. 1. Nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional. 2. Reclamação ajuizada na defesa da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, de Senadora da República, a qual teria sido violada pelo juízo reclamado ao direcionar à parlamentar, de forma indireta, medida de busca e apreensão realizada nas dependências do apartamento funcional por ela ocupado. 3. Nos termos do art. 48, II, do Regimento Interno do Senado Federal, compete a seu presidente, membro nato da Mesa do Senado, "velar pelo respeito às prerrogativas do Senado e às imunidades dos Senadores". 4. Está presente a pertinência temática entre o objeto da reclamação e a atuação da Mesa do Senado Federal na qualidade de ente despersonalizado, o que lhe outorga a capacidade de ser parte ativa na ação. 5. Legitimidade ativa ad causam da reclamante para o manejo da reclamação reconhecida. **6. Por estrita observância ao princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), somente o juiz constitucionalmente competente pode validamente ordenar uma medida de busca e apreensão domiciliar.** 7. A prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal, por óbvio, não se relaciona à titularidade do imóvel, mas sim ao parlamentar federal. 8. A tentativa do juízo reclamado de delimitar, em sua decisão, a diligência a bens e documentos do investigado não detentor de prerrogativa de foro, de partida, mostrou-se infrutífera, diante da própria vagueza de seu

objeto. 9. A extrema amplitude da ordem de busca, que compreendia indiscriminadamente valores, documentos, computadores e mídias de armazenamento de dados, impossibilitou a delimitação prévia do que pertenceria à Senadora da República e ao investigado, não detentor de prerrogativa de foro. 10. A alegação de que, após a apreensão, proceder-se-ia, em primeiro grau, a uma triagem do material arrecadado, para selecionar e apartar elementos de convicção relativos à Senadora da República, não se sustenta, por implicar, por via reflexa, inequívoca e vedada investigação de detentor de prerrogativa de foro e, por via de consequência, usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 11. Somente o Supremo Tribunal Federal, nessas circunstâncias, tem competência para ordenar busca e apreensão domiciliar que traduza, ainda que reflexamente, investigação de parlamentar federal, bem como para selecionar os elementos de convicção que a ela interessem ou não. **12. A legalidade da ordem de busca e apreensão deve necessariamente ser aferida antes de seu cumprimento, pois, do contrário, poder-se-ia incorrer em legitimação de decisão manifestamente ilegal, com base no resultado da diligência.** 13. Diante da manifesta e consciente assunção, por parte da Procuradoria da República em São Paulo e do juízo reclamado, do risco concreto de apreensão de elementos de convicção relacionados a detentor de prerrogativa de foro, não cabe argumentar-se com descoberta fortuita de provas nem com a teoria do juízo aparente. **14. Nessas circunstâncias, a precipitação da diligência por juízo sem competência constitucional maculou-a, insanavelmente, de nulidade.** 15. Na hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar investigações criminais, ainda que de forma indireta, a consequência deve ser a nulidade dos atos eventualmente praticados na persecução penal. Precedentes. 16. Ainda que a decisão impugnada tenha sido proferida em inquérito desmembrado por determinação do Supremo Tribunal Federal, a diligência ordenada, em razão da busca indiscriminada de elementos de convicção que, em tese, poderiam incriminar parlamentar federal, se traduziu em indevida investigação desse, realizada por juízo incompetente. **17. O reconhecimento, portanto, da imprestabilidade do resultado da busca realizada no apartamento funcional da Senadora da República para fins probatórios, como também de eventuais elementos probatórios diretamente derivados (fruits of the poisonous tree), é medida**

que se impõe. 18. Nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. 19. Por sua vez, o art. 157 do Código de Processo Penal, ordena o desentranhamento dos autos e a inutilização das provas ilícitas, “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, a fim de não interferir, **subjctivamente, no convencimento do juiz**. 20. Reclamação julgada procedente, para o fim de invalidar a ordem de busca no domicílio funcional do titular de prerrogativa de foro e, por consequência óbvia, reconhecer a ilicitude das provas ali obtidas, bem como de eventuais elementos probatórios outros delas derivados. 21. Determinado o desentranhamento dos respectivos autos de apreensão e dos relatórios de análise de material apreendido, com sua consequente inutilização, bem como a inutilização de cópias e espelhamentos de documentos, computadores e demais dispositivos eletrônicos, e a restituição de todos os bens apreendidos no citado local, caso já não tenha ocorrido. 22. Determinada, ainda, a inutilização de todas as provas derivadas daquelas obtidas na busca, que deverão ser desentranhadas dos autos e, se for o caso, restituídas a quem de direito.

(STF. Rcl 24473. Segunda Turma. Min. Rel. Dias Toffoli. Data de Publicação: 06/09/2018. Grifos nossos)

Segundo Tornaghi (1983, p. 469-470), quando se respeitam os requisitos impostos pela Constituição e pelo Código de Processo Penal, não se está pensando em proteger apenas aquele que terá seu direito à inviolabilidade restrito, mas também aquele que ordena e aquele que executa.

Destarte, cumpre asseverar que o prejuízo de uma busca e apreensão ilícita, para a persecução penal, é imensurável. Por tal motivo, é imprescindível a observância dos limites constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis aos institutos jurídicos da busca e apreensão.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial realizada nesse trabalho, é possível afirmar que, à luz das normas vigentes, não há espaço para a determinação e realização dos institutos jurídicos da busca e apreensão em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Além disso, constata-se que tais institutos representam papel extremamente relevante na investigação criminal, uma vez que podem ser consideradas ferramentas previstas na legislação infraconstitucional que tem por escopo a colheita de elementos de prova de ilícitos penais, auxiliando sobremaneira a investigação e a persecução penal.

Nesse sentido, ao serem determinadas ou executadas, é imprescindível que o agente público responsável pelo ato de determinar ou executar observe cautelosamente as disposições constitucionais e infraconstitucionais, sob pena de tornar a prova colhida ilícita e, conseqüentemente, imprestável para o processo penal.

Tal exigência exsurge notadamente pelo fato de que a busca e a apreensão são medidas excepcionais que, aos serem executadas, restringem direitos garantidos constitucionalmente, a exemplo da proteção a casa e da intimidade, somente sendo justificáveis quando o fim a que se propõe é maior do que o dano causado ao investigado ou acusado.

Ante o exposto, defende-se, nesse estudo, a viabilidade da determinação e da execução das medidas de busca e apreensão, desde que observadas os preceitos constitucionais e legais pelos agentes públicos determinantes e executores de tais medidas, com o escopo de mitigar as nulidades das provas no âmbito do processo penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/06/2021.

_____. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03/06/2021.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03/06/2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PITOMBO, Cleonice. A. Valetim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 23-26.

TORNAGHI, H. B. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1983.

A LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA EM AJUIZAR AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021 NA LEI Nº 8.429/92

ERIVANDO JOTER DA SILVA: Formado em Direito pela UFCE e pós-graduação em Tributário pelo CERS e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Própolis. Atualmente servidor público federal (PRF)

RESUMO: A defesa da probidade possui assento constitucional, mas precisamente no art. 37, § 4º, imputando aos agentes públicos ímprobos a penalidade de suspensão de direitos políticos, perda da função pública, ressarcimento ao erário e indisponibilidade de bens. Todavia, para resguardar essa defesa, foi editada a Lei nº 8.429/92, que regulamentou os atos de improbidades como aqueles dos quais decorram enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da Administração Pública. Contudo, diante da eficácia na aplicação de legislação vigente e consolidação da jurisprudência, sob a alegação do uso abusivo da ação de improbidade por parte da doutrina e operadores do direito, o Poder Legislativo resolveu desidratar a lei vigente, alterando-a em vários dispositivos, sendo que um deles foi justamente a atribuição de legitimidade exclusiva do Ministério Público para ajuizar a ação, deixando de fora a pessoa jurídica prejudicada. Diante desse retrocesso no combate à corrupção, o Ministro Alexandre de Moraes, na ADI nº 7.042/DF, resolveu conceder uma decisão cautelar, ad referendum do Pleno, para restabelecer a legitimidade da Fazenda Pública, em homenagem aos princípios da probidade e dos princípios administrativos da eficiência, da segurança jurídica e da moralidade, ao se fazer uma interpretação teleológica e conforme à constituição dos dispositivos que atribuía a exclusividade ao *Parquet*.

Palavras-chave: probidade administrativa; alterações da Lei de Improbidade; legitimidade exclusiva do Ministério Público; ilegitimidade da pessoa jurídica; medida cautelar na ADI 7.042/DF.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do ato de improbidade administrativa; 3. Sujeito ativo e passivo do ato de improbidade e legitimidade e interesse do poder público na aplicação das penalidades; 4. Legitimidade do poder público após a alteração da Lei de Improbidade; 5. Conclusão; Referências.

1.INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito fundamental à probidade administrativa ao estabelecer que os atos de improbidade administrativa importarão

suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma da lei.

Essa lei destacada pelo constituinte originário é a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) que disciplina os atos de improbidade administrativa que importem o enriquecimento ilícito, o dano ao erário e a violação aos princípios da Administração Pública.

A legislação de regência escolheu os legitimados para intentar a ação de improbidade administrativa com o intuito de fazer valer a tutela da probidade e a integridade do patrimônio público e social. Um dos legitimados nato, dada a exigência da Constituição, é o Ministério Público que possui legitimidade para, além da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme previsão do art. 127 da Carta Política, também a tal instituição se atribui a defesa do patrimônio público primário e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, por meio de ação civil pública e inquérito civil, a teor do art. 129, III, da CF/88.

Ademais, cabe ao Ministério Público propor outras ações civis compatíveis com a finalidade da instituição, por força do art. 129, IX, da Constituição Federal, como cláusula de abertura. Decerto, essa legitimidade, embora ampla, não é exclusiva como se pode antever com a redação do art. 129, § 1º, da CF/88: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Outro legitimado natural decorrente da lógica do sistema da proteção ao patrimônio e da moralidade administrativa é a pessoa jurídica de direito interno lesada, uma vez que ela sofre os efeitos do ato de improbidade. Não era por outra razão que a redação originária conferia a legitimidade em intentar a ação de improbidade administrativa tanto ao Ministério Público quanto à pessoa jurídica de direito público lesada, no seu art. 17, *caput*, do diploma legal. Esse era o cenário do advento da Lei nº 14.230/2021.

Todavia, com a edição e vigência da Lei nº 14.230/2021 a legitimidade que era conferida a entidade política foi retirada, sem explicação, pelo legislador, num verdadeiro contrassenso de que a pessoa jurídica prejudicada não detém legitimidade e interesse em promover uma ação com o afã de responsabilizar o agente público ímprobo e ressarcir ao erário.

Contudo, apesar da vedação inicial promovida pela lei revogadora quanto à legitimidade do ente político lesado, uma medida cautelar concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.042/DF, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE), realizou

uma interpretação conforme ao texto dado a lei de improbidade, depois das alterações ocorridas, de forma a permitir que a legitimidade seja concorrente entre o Ministério Público e Fazenda Pública, como ocorria antes da alteração legislativa.

É nessa toada que o presente irá ater-se, partindo da redação anterior da Lei nº 8.429/92, destacando a alteração realizada pela Lei nº 14.230/2021, e, por fim, levantar os nevrálgicos da decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes sobre o restabelecimento da legitimidade concorrente entre o Ministério Público e a Fazenda Pública.

2. DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O combate à improbidade administrativa contém assento constitucional, no art. 37, § 4º, que dispõe: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Nesse aspecto, vale destacar os ensinamentos de Novelino e Cunha Júnior (2021, p. 405), para os quais, o fato de o constituinte ter incluído a moralidade administrativa na Carta Magna mostra a preocupação com a probidade, a honestidade e a ética na Administração Pública.

Diante dessa previsão constitucional, para dar concretude ao mandamento da Carta Política, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.429/92, que regulamenta os atos improbidade, indicando, após as últimas alterações legislativas, a finalidade da lei no sistema de responsabilização do agente ímprobo, que tem com escopo tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, assim como assegurar a integridade do patrimônio público e social.

Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa classifica a conduta ímproba como aquela dolosa, rechaçando a conduta culposa. Ademais, não basta a presença da voluntariedade, é indispensável que o legitimado ativo desincumba do seu ônus de demonstrar a vontade livre e consciente do agente público para alcançar um resultado ilícito. Além disso, dispõe o legislador que, o mero exercício do cargo ou desempenho de competência na seara não leva obrigatoriamente à responsabilidade, sem que haja a comprovação doloso com o fito da ilicitude, conforme os §§ 1º, 2º e 3º do art. 1º da LIA, aplicando-se as regras do direito administrativo sancionador (§ 4º).

Por sua vez, os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa restringem ainda mais a conduta que pode classificada como ato de improbidade administrativa. A uma, porque o legislador condicionou a existência de improbidade somente se ficar demonstrado que a conduta funcional visou a finalidade de proveito próprio ou benefício de terceiro, de acordo a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. A duas, a aplicação do dispositivo anterior mencionado não se restringe

somente ao art. 11 da LIA, mas todo e qualquer ato ímprobo, reduzindo o nível de proteção da lei.

Como se observa, essas mudanças desidrataram a LIA. Nesse ponto, segundo o auto Pinheiro *et al.* (2022, p. 320-321), diante dessas alterações legislativas, deve-se realizar uma interpretação que não coadune com o retrocesso no combate a corrupção, pois a Convenção de Mérida da qual o Brasil é signatário, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006, e, portanto, com força cogente no âmbito interno, rechaça tal aplicação, notadamente no seu art. 65. Nesse sentido, como ensina o autor, sequer há de se cogitar a aplicação retroativa na normativa de processos já julgados ou em processos em curso, assim como em investigações em andamento por conta do direito convencional.

Nesse trilhar, antes das alterações legislativas, a doutrina de Andrade *et al.* (2020, p. 792-793) já destacava que a defesa de probidade administrativa é da essência da democracia no que concerne à credibilidade das instituições públicas frente à sociedade. Nesse sentido, ressaltavam os autores que, quando o agente público se desviava dos princípios nucleares da ordem estatal, ou seja, divorciava-se da probidade e passava a atender interesses escusos, provocava, indubitavelmente, o aviltamento do patrimônio público com corrupção e malversação administrativas.

Nesse esteio, propugnavam Andrade *et al.* (2020, p. 795-796) que a Constituição Federal e a lei de improbidade visavam alcançar aqueles agentes que não agiam com honestidade, boa-fé, lealdade, decoro, ética no exercício da função pública. Logo, não era toda e qualquer ilegalidade praticada por agente público que levava à configuração do ato de improbidade, precisava-se de uma ilegalidade qualificada por violar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, analisando-se a atuação do agente público se conformava não somente com a lei formal, mas também os valores representativos da probidade.

Em continuidade, destacavam ainda que (2020, p. 798-801), na relação entre os conceitos de probidade administrativa e de moralidade, havia divergência doutrinária para saber qual dos dois é mais amplo, chegando à conclusão que o conceito de improbidade é mais amplo, entendida como:

[...] toda conduta corrupta, nociva ou inepta do agente público, dolosa ou culposa, ofensiva aos princípios constitucionais (expressos ou implícitos) que regem a Administração Pública, independentemente da ocorrência de lesão ao erário ou de enriquecimento ilícito.

Depois das alterações legislativas, a doutrina se desdobra para classificar o ato ímprobo de acordo com a nova perspectiva, como bem ensina o professor e juiz federal

Márcio André Lopes Cavalcante, do *site* Dizer o Direito, segundo o qual, para que haja a configuração do ato ímprobo é necessário que o agente tenha praticado um ato que resulte em enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública a título de dolo, pois, com as alterações da Lei nº 14.230/2021 na Lei nº 8.429/92, não é possível classificar o ato culposo com ímprobo por escolha do legislador.

Nesse sentido, é salutar que, com as alterações sofridas pela Lei de Improbidade Administrativa, no seu art. 17, § 1º, passou a lei a prever que, sem dolo que qualifique a conduta, não haverá configura ato de improbidade. Nesse sentido, destaca o professor que o intuito do legislador foi restringir a aplicação da lei ao agente público desonesto, e não o inábil. Com isso, não podem configurar atos de improbidade aqueles decorrentes de imperícia, do erro ou omissão ou que decorram de imprudência ou imperícia.

Entretanto, ressalta o autor que, mesmo não sendo a conduta culposa ensejadora de ato de improbidade administrativa, ainda remanesce o interesse do Estado em punir o agente público administrativamente, podendo inclusive o ato negligente, imprudente e imperito ser capaz de levar a demissão do servidor público, como ocorre com a previsão do Estatuto dos Servidores Cíveis da União, Lei nº 8.112/90, art. 117, inciso XV combinado com art. 132, inciso XIII, quando o agente público age de forma desidiosa. Nesse sentido, o tão só fato de a lei não prevê a figura culposa do ato de improbidade, não se conclui que o ato passou a ser lícito e, por isso, o agente não mereça receber alguma reprimenda.

Em arremate, Pinheiro *et al.* (2022, 304-310) resume as alterações quanto ao elemento subjetivo do ato ilícito. Antes das alterações, ressalta o autor que só bastava o dolo genérico e o ato de improbidade era qualificado como aqueles representados pelo descumprimento da ordem jurídica resultante da má-fé e da desonestidade moral ou pecuniária do autor. De outro lado, com as alterações, a novel aboliu as condutas culposas e passou a exigir o dolo específico. Ademais, o rol das condutas do art. 9º, 10 e 11 era exemplificativo, antes das alterações. Contudo, o rol do art. 11 passou a ser taxativo com alterações promovidas.

Como se deixa antever, fica bastante dificultoso a caracterização do ato doloso específico de improbidade administrativa, tornando-se uma prova quase diabólica. Entretanto, vale o ensinamento do autor acima citado de que, conquanto tenha dificultado o campo probatório, para a comprovação do ato não se faz necessária a confissão do agente, podendo se chegar a autoria do ato pelas regras de indução, segundo o art. 28 da Convenção de Mérida da qual o Brasil é signatário. Isso é uma constatação cabal de que a retirada da legitimidade concorrente do ente político foi indevida porque é mais um legitimado fiscalizador, sem contar que o Ministério Público não detém estrutura pessoal e material para cobrir os rincões do país, sobretudo para colher elementos informativos para atestar o dolo específico.

3.SUJEITO ATIVO E PASSIVO DO ATO DE IMPROBIDADE E LEGITIMIDADE E INTERESSE DO PODER PÚBLICO NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES

Quanto ao sujeito passivo do ato de ímprobo, a lei de improbidade administrativa se aplica a todos os poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como se aplica a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, por força do § 5º do art. 1º do diploma legal. Dessa forma, se o agente público pertencer aos quadros funcionais dessas entidades ou órgãos, a procuradoria do ente político, em concorrência com o Ministério Público, pode manejar a ação cível sancionatória visando condená-lo às penalidades do art. 12 e seus incisos, depois da decisão cautelar do Ministro Alexandre de Moraes.

Ademais, as sanções da Lei de Improbidade Administrativa podem se estender para os entes privados que, mesmo não compondo a Administração Pública indireta, recebam recursos públicos para criação, custeio ou como forma de benefício ou incentivo, subvenção, fiscal ou creditício, como prevê a norma nos §§ 6º e 7º do art. 1º. Entretanto, quanto ao ressarcimento dos prejuízos se limita à repercussão do ilícito aos cofres públicos.

As alterações advindas da Lei nº 14.230/2021, pouco modificou o conceito de agente público para fins de responsabilização. Dessa forma, o conceito continua amplo, incluindo o agente político e todo aquele que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, decorrente de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades acima destacadas. Nesse bojo, a lei inclui a pessoa física ou jurídica, que celebre com a administração público convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de colaboração ou outro ajuste. Destaque-se que essa conceituação se encontra plasmada no art. 2º, *caput* e parágrafo único, da LIA.

Em continuidade, a lei destaca que também pode ser alcançado por ela a pessoa que, mesmo não sendo servidor público, induza ou concorre para a prática do ato de improbidade. Ademais, ressaltou que, em regra, os sócios, os cotistas e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelos atos de improbidade que venha ser imputado à pessoa jurídica, ressalvado numa situação que restar comprovada a participação e benefícios diretos. Por último, a lei ressalva a aplicação dela às pessoas jurídicas quando as entidades privadas sejam responsabilizadas pela Lei nº 12.846/2013. Essas denominações constam no art. 3º, *caput*, §§ 1º e 2º, da LIA.

Comparando lei de improbidade antes e depois das alterações, conclui-se que houve a inclusão do agente político e atualização no que concerne às novas tipologias de contrato e convênio no art. 2º. Por sua vez, no art. 3º, o legislador preferiu excluir da responsabilidade da improbidade aquele que participa da empresa por meio de cotas ou ações, sem poder de administração ou com benefícios diretos. Em contrapartida, manteve

aquele que induza ou concorra com o ato de improbidade administrativa, mas não repetiu quem se beneficia direto ou indiretamente. Por último, excluiu a responsabilidade das pessoas jurídicas que já respondem na forma da Lei Anticorrupção.

Com críticas contundentes acerca do abrandamento da Lei de Improbidade Administrativa, o autor Pinheiro *et al.* (2022, p. 328) destacou um ponto importante que diz respeito à manutenção da possibilidade de responsabilização de gestores públicos tanto pela LIA como pela infração político-administrativa, a exemplo dos prefeitos, que se submetem também ao regramento do Decreto-Lei nº 201/67. Quanto a esse assunto, o STF possui o Tema 576 (comentários no site Dizer o Direito), sob a sistemática da Repercussão Geral, no julgamento do RE nº 976.566/PA, em que se reconheceu a autonomia das instâncias, podendo o gestor público tanto perder o cargo por improbidade administrativa, no juízo de piso, já que a ação não se submete a foro por prerrogativa de função (REsp 1567713/RN), quanto pelo julgamento político na câmara dos vereadores em relação à infração político-administrativa.

Trazendo à tona o questionamento principal do trabalho que é a legitimidade concorrente do Poder Público, o último tema trazido se revela essencial, sobretudo na responsabilização do ex-gestor pelo atual governante por meio de ações de improbidades administrativas frente aos desmandos que deu causa durante a gestão anterior. Nesse sentido, conquanto já assentou o STF de o Presidente da República não responder por ato de improbidade administrativa (REsp 1.315.217/DF), mas somente o processo político, sendo que os demais governantes podem responder por ato de improbidade no juízo de 1º grau, o que se denota ser uma ferramenta essencial de responsabilização, de forma que não deve subsistir qualquer interpretação do texto legal que retire essa legitimidade.

Nessa senda, analisando as decisões do STJ e do STF sobre improbidade administrativa, contata-se que há julgados que levaram a perda do cargo, suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, rol mínimo de penalidades previsto na Constituição Federal a que são somadas às outras penalidades constantes na Lei de Improbidade Administrativa, como a multa e a proibição de contratar e receber benefícios fiscais e creditícios, nos termos do art. 12, incisos I, II e III. Nessa senda, pode-se ressaltar que algumas dessas penalidades podem ser entendidas pelo Ministério Público que o fato do agente somente atingiu o interesse público secundário, como no caso de acumulação de cargo público para aqueles que trabalham em regime de dedicação exclusiva (STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1621947/CE, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 01/12/2020).

Por último, antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, o STF já havia se manifestado, em sede de Repercussão Geral, no RE nº 852475/SP, comentários no site Dizer o Direito, que eram imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário em caso de improbidade praticados dolosamente. Mesmo que esse entendimento venha ser alterado

por conta das mudanças da lei para limitar o prazo prescricional a 8 (oito) anos (art. 23), porém diante do caráter sancionador da ação (art. 17-D) que visa responsabilizar o agente público ímprobo remanesce a legitimidade e o interesse de responsabilizar o servidor público que agiu com desonestidade, assim como o particular que induziu ou concorreu para a prática do ato ímprobo.

Diante o exposto, depreende-se que a decisão de excluir o Poder Público como legitimado da ação de improbidade foi errônea porque ele é sujeito passivo do ato de improbidade, assim como detém legítimo interesse em responsabilizar o agente público com as penalidades previstas no art. 12 e seus incisos e, em acréscimo, no relacionamento com os particulares, estranhos ao quadro funcional, a ação de improbidade é um instrumento para conter os interesses escusos daqueles que querem se aproveitar ou se beneficiar ilicitamente dos bens da coletividade, agindo de forma desonrosa e desonesta. Para esses, mesmo não havendo a penalidade de perda do cargo, estão sujeitos a outras sanções intimidadoras, como ressarcimento ao erário, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e suspensão dos poderes políticos. Dessa forma, mesmo que se escondam atrás de pessoas jurídicas, ainda assim é possível haver a desconsideração (art. 16, § 7º), mesmo não sendo possível responsabilizá-la quando alcançada pela Lei Anticorrupção.

4. LEGITIMIDADE DO PODER PÚBLICO APÓS A ALTERAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE

Com as alterações advindas da Lei nº 14.230/21, o art. 17 da LIA passou a determinar que a legitimidade para propor a ação de improbidade administrativa é reservada ao Ministério Público, revogando a parte da legislação que estendia a legitimidade também ao Poder Público, o que representa mais um retrocesso no combate a corrupção. Ademais, o que consta na alterada, mas precisamente no § 14, é a possibilidade da pessoa jurídica prejudicada ser intimada para, caso queira, intervir no processo, auxiliando, por exemplo o Ministério Público.

Nesse aspecto importante destacar a crítica aventada pelos autores Pinheiro e Ziesemer (2022, p. 297), para quem a retirada da legitimidade da Fazenda Pública não foi saudável, atribuindo-se a legitimidade exclusiva para o Ministério Público, o que trará efeitos deletérios práticos a médio prazo, segundo os autores, resultando num acirramento de discussões políticas, onde a aplicação da lei de improbidade já trazia mais incômodo, sobretudo em razão das sanções que poderiam ser aplicadas, como a suspensão dos direitos políticos com a consequente inelegibilidade.

Não é somente o problema apresentado quanto à exclusão da Fazenda Pública do rol de legitimados da ação de improbidade, o art. 3º, *caput*, da Lei nº 14.230/2021 assevera que 1 (um) ano a partir da publicação da lei, o Ministério Público deve manifestar seu interesse no prosseguimento das ações de improbidade administrativa em curso ajuizadas

pela Fazenda Pública, inclusive em grau recursal. Nesse sentido, caso o Ministério Público não se manifeste no período destacado, o processo será extinto sem resolução do mérito (§ 2º).

Num artigo, escrito pelo professor Fernando Albuquerque e publicado no Conjur, há um destaque justamente para essa perda superveniente do interesse de agir pela Fazenda Pública, mas que, inicialmente havia legitimidade e interesse, representadas como condições da ação ainda pelo art. 17 do CPC/15, as quais, pela Teoria da Asserção, para o recebimento da inicial, o magistrado deve fazer uma análise perfunctória do que foi narrado pelo autor na exordial. Nesse esteio, analisa o professor que a alteração legislativa resultou num crivo ou filtro extemporâneo ao possibilitar a reanálise das condições da ação, mesmo essa já estando em curso. Entretanto, pondera que, muitas das alterações, decorreram por conta de abusos e excessos cometidos no ajuizamento de ações de improbidade infundadas.

De todo modo, embora a predileção do legislador para que a legitimidade ficasse apenas a cargo do Ministério Público, parece não ser esse a mens do constituinte originário, ao asseverar que a legitimidade do Ministério Público se reservasse apenas a ação penal pública (art. 129, inciso I, CF/88). Isso é patente ao se ler e interpretar o inciso III do art. 129 em que o Poder Constituinte não limitou a atuação apenas ao Ministério Público, assim como o inciso IX, em que se confere a legitimidade mais ampla ao *Parquet*, mesmo assim não reclama exclusividade.

A decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.042 do Distrito Federal restabelece a legitimidade da Fazenda Pública justamente seguindo o fundamento de que a Constituição Federal não parece conferir a exclusividade ao Ministério Público no que concerne ao ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa. Essa ADI foi proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal sob o seguinte fundamento:

[...] argumenta que as normas impugnadas retiram a legitimidade dos entes públicos lesados para ajuizar ações de improbidade, dificultando, assim, as investigações de atos ímprobos, e impõem obrigações às Procuradorias Estaduais, em ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social, ao direito fundamental à probidade, ao pacto federativo, à autonomia dos Estados e aos princípios administrativos da eficiência, da segurança jurídica e da moralidade.

A fundamentação da associação representativa dos procuradores dos Estados e do DF é justamente a de que, ao se submeter à atuação Ministério Público para buscar o

ressarcimento ao erário, sendo apenas coadjuvantes, agravado ainda mais com determinação legal para que o *Parquet* se manifestasse nos autos das ações já promovidas pelas procuradorias, retira da própria Administração Pública o dever de zelar pela reserva legal e pela ética. Diante disso, conclui a pleiteante que o reconhecimento da legitimidade concorrente resguarda a própria segurança jurídica.

Diante do pleito, o Ministro Alexandre de Moraes decidiu com os seguintes fundamentos:

*O art. 129, § 1º, da Constituição Federal – diferentemente da previsão constitucional do inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal, que prevê **a privatividade da ação penal pública ao Ministério Público – dispõe, expressamente, que a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas nesse artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na própria Constituição e na lei.** A norma constitucional em questão deixa certa margem de conformação ao legislador infraconstitucional para a disciplina e regulamentação da legitimação desses terceiros – **o que não significa, em absoluto, a inexistência de um dever de coerência e racionalidade nesse exercício, buscando eficiência no combate à corrupção e proteção ao patrimônio público.** O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF). (Grifo nosso)*

*Nesse contexto, portanto, o combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para a implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser **prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados** (RE 976.566, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe 26/09/2019), o que sugere a inserção dos órgãos e entes diretamente atingidos pela conduta desviante do padrão constitucional de*

*moralidade e, por consequência, dos agentes constitucionalmente incumbidos da sua representação, pois, como bem destacado por JOSÉ AFONSO DA SILVA (Comentário Contextual à Constituição. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 618): **A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido.** Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe concedeu um sentido próprio e extensivo, e abrangente da ética pública. (Grifo nosso)*

Como destacou o Ministro Alexandre de Moraes, a advocacia pública possui papel importante na defesa da legalidade e da moralidade. Na realidade, como observado pelo ministro, essa é a prioridade absoluta de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados, na defesa do patrimônio público e na sua conservação. Diante dessa limitação, o parágrafo primeiro do art. 129 permite fazer uma interpretação teleológica, conforme o ministro, afastando qualquer interpretação que vede a iniciativa do próprio ente público lesado, sob pena de ofender o princípio da eficiência e do amplo acesso à jurisdição.

Ademais, assevera o ministro que o combate à dilapidação ao erário representa uma forma de defesa da ordem jurídica, dos interesses da sociedade e do patrimônio público. Nessa senda, o afastamento desse controle pela Administração Pública quanto à persecução dos atos atentatórios à probidade e à moralidade administrativa pode ocasionar, segundo o ministro, um afrouxamento na busca da responsabilização do agente público ímprobo, podendo ser interpretada a retirada da legitimidade como um incentivo à não apuração dos fatos. Diante disso, fundamentou que não há monopólio absoluto do Ministério Público no combate à corrupção, no sistema de freios e contrapesos, pois não há essa autorização na Carta Magna.

*Diante do exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, DEFIRO PARCIALMENTE A CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para, até julgamento final de mérito: **(A)***

CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao caput e §§ 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; (B) SUSPENDER OS EFEITOS do § 20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043); (C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3º da Lei nº 14.230/2021.

Nesse sentido, diante da medida cautelar, *ad referendum*, com a interpretação conforme à constituição dos dispositivos legais, *caput* e §§ 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, assim como a suspensão do art. 3º da Lei nº 14.230/2021, a legitimidade para ajuizamento da ação de improbidade administrativa permanece concorrente entre a pessoa jurídica prejudicada e o Ministério Público.

5. CONCLUSÃO

A defesa da probidade possui assento constitucional, mas precisamente no art. 37, § 4º, imputando aos agentes públicos ímprobos a penalidade de suspensão de direitos políticos, perda da função pública, ressarcimento ao erário e indisponibilidade de bens. Todavia, para resguardar essa defesa, foi editada a Lei nº 8.429/92, que regulamentou os atos de improbidades como aqueles dos quais decorram enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da Administração Pública.

Ocorre que a lei de improbidade administrativa até então vigente estava sendo aplicada com eficácia, apesar de alguns doutrinadores acusarem os órgãos de persecução de alguns abusos. Como forma de responder a ação efetiva dos legitimados até então, a saber, Ministério Público e pessoa jurídica prejudicada, achou por bem o legislador de promover algumas alterações, entre as quais só aceitar os atos dolosos para a caracterização de improbidade, dolo específico, com fim ilícito, rechaçando as condutas culposas, passando a prever um rol taxativo para as previsões do art. 11, limitar a responsabilização das pessoas jurídicas que já respondem segundo a Lei Anticorrupção, assim como, o objeto do presente trabalho, a exclusividade do Ministério Público para promover a ação de improbidade administrativa.

Essas mudanças já trazem resultados negativos para a sociedade, sobretudo quando a pessoa jurídica prejudicada busca responsabilizar o ex-gestor pelos desmandos,

pois esse pode responder tanto por ato de improbidade como pela infração político-administrativa. Ademais, levando em consideração que, numa interpretação açodada do membro do Ministério Público, pode levar a uma conclusão errônea de que o ato praticado só ofende o interesse público secundário do Poder Público, de forma que não está presente o interesse jurídico primário como condição da ação.

Dessa forma, é prejudicial a legitimidade exclusiva, seja porque o Ministério Público, que não possui recursos e materiais para cobrir a necessidade de responsabilização dos diversos atos de corrupção que assola ao país, que, muitas vezes, sequer chegam ao conhecimento dos órgãos de persecução, seja porque, com as alterações da legislação para caracterizar o dolo específico, exige-se um maior aparato estrutural para buscar a tipificação do ato de improbidade, o que a maioria dos membros do *Parquet* não dispõe.

Nessa senda, decerto, a Constituição Federal não atribuiu ao Ministério Público a legitimidade exclusiva para demandar nas ações cíveis de improbidade administrativa como o fez nas ações penais. A par disso, diante do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.042 do Distrito Federal, pela Associação dos Procuradores dos Estados do Distrito Federal, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, concedeu uma decisão cautelar, *ad referendum* do Pleno, para restabelecer a legitimidade concorrente da pessoa jurídica prejudicada, como forma de evitar o retrocesso ao direito fundamental à probidade e aos princípios administrativos da eficiência, da segurança jurídica e da moralidade, ao se fazer uma interpretação teleológica e conforme à constituição dos dispositivos que atribuía a exclusividade ao *Parquet*.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fernando. **A alteração de legitimidade ativa nas ações de improbidade à luz da teoria da asserção**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/opinioao-legitimidade-aco-es-improbidade-teoria-assercao>. Acesso em: 23 mar. 2022.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comete ato de improbidade administrativa o professor universitário submetido ao regime de dedicação exclusiva que acumula função remunerada em outra instituição de ensino. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/320e4df890a1a620573db8170f39a093>. Acesso em: 23 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em caso de atos de improbidade praticados dolosamente. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d5fcc35c94879a4afad61cacca56192c>. Acesso em: 23 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Prefeito pode ser condenado por crime de responsabilidade e ato de improbidade. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c5c3d4fe6b2cc463c7d7ecba17cc9de7>. Acesso em: 23 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Qual é o elemento subjetivo exigido para os atos de improbidade administrativa? **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f79921bbae40a577928b76d2fc3edc2a>. Acesso em: 23 mar. 2022.

PINHEIRO, Igor Pereira (org.). **Manual de jurisprudência comentada do STF, STJ e TSE**. Leme: Mizuno, 2022.

PINHEIRO, Igor Pereira; ZEISEMER, Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa**. Leme: Mizuno, 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Código de Processo Civil**: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Convenção de Mérida**: Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Lei de Improbidade Administrativa**: Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 23 mar. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.315.217/DF**. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201567713>. Acesso em 23 mar. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.567.713/RN**. Min. Humberto Martins - Segunda Turma. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201567713>. Acesso em 23 mar. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7042/DF**. Decisão Cautelar ad referendum do Pleno. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349715946&ext=.pdf>. Acesso em 23 mar. 2022.

O TRATAMENTO PECULIAR DAS LICITAÇÕES PARA AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA ECONOMIA BRASILEIRA

MURILO CALLOU TAVARES DE SÁ: Analista Judiciário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Maurício de Nassau e em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale.

RESUMO: O presente trabalho consiste em uma análise efetiva de um importante instrumento disponível para as micro e pequenas empresas: a possibilidade de usufruir de prerrogativas em relação ao procedimento de licitação pública. Após a explanação da temática na Constituição Federal, estuda-se os mecanismos previstos na Lei Complementar 123/2006 para sua implementação e o porquê de ser imprescindível esses benefícios no atual cenário vigente em nosso ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Micro e Pequenas Empresas; Tratamento diferenciado nas licitações; Lei Complementar 123/2006; Prerrogativas concedidas aos micro e pequenos empresários.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A garantia constitucional dada as Micro e Pequenas Empresas; 2.1. Princípio do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte; 3. Licitação pública e a Lei Complementar 123/2006; 3.1. Licitações – conceito e considerações; 3.2. Prerrogativas concedidas aos micro e pequenos empresários; 3.2.1. Da concessão de prazo para regularização fiscal; 3.2.2. Do desempate em procedimento licitatório; 3.2.3. Da subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte; 3.2.4. Do art. 24, incisos I e II, da Lei 8.666/1993 – casos de dispensa de licitação; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

1. Introdução

Devido à grande importância das micro e pequenas empresas para o crescimento do país, mostrou-se necessário estabelecer privilégios para esse segmento empresarial, conferindo concorrência em pé de igualdade com as grandes empresas que dominam o mercado.

As micro e pequenas empresas possuem uma variedade de protótipos de reprodução econômica em meio à expansão capitalista brasileira. Causadoras de parcela relevante da força de trabalho na economia, essas empresas são perseguidas pelas desigualdades de produção, de acesso ao financiamento e capital próprio para

investimento e de capacidades empreendedoras que levam a diferentes estruturas de contratação, o que termina por impactar toda sua cadeia de produção e distribuição.

É mister destacar que não são apenas as grandes empresas que impulsionam o poder econômico do país, mas também os inúmeros empreendimentos de menor porte que giram ao redor desses gigantes, as quais também são geradores de riqueza, renda e inúmeros empregos formais, mas compostos de uma dinâmica diferenciada cujo entendimento é essencial para as políticas públicas.

Por causa da relevância dessas empresas para economia brasileira, foi preciso criar uma forma de favorecimento para elas, pois ingressar em um mercado onde as multinacionais e as empresas de grande porte o dominam, não seria possível sem o incentivo estatal.

2. A garantia constitucional dada as Micro e Pequenas Empresas

A constitucionalidade dos estímulos conferidos aos micro e pequenos empreendedores está presente no art. 170, IX e no art. 179, ambos da CF/1988, observe-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Dessa forma, é possível perceber que a Lei Complementar nº 123/06, ao abordar a temática das licitações públicas no âmbito das micro e pequenas empresas, o faz para melhor solidificar o que estava estabelecido na própria Constituição Federal. Existe uma manobra do legislador para efetuar a igualdade material, ou seja, tratar os desiguais dentro de suas desigualdades, sobretudo quando o se tratar de procedimentos licitatórios do Poder Público. Em uma formulação clássica, o elemento que não pode faltar para assegurar

a isonomia diz respeito ao tratamento diferenciado condizente com as diferenças presentes entre as situações em divergência.

Ademais, Mamede afirma que o fato da LC 123/2006 determinar um tratamento mais benéfico para as microempresas e empresas de pequeno porte não vai de encontro, de maneira alguma, com o princípio da isonomia.

Continua Mamede:

[...] é constatação vetusta, que o princípio da isonomia expressa-se pelo tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Normas como a presente concretizam tal máxima de forma fundamentada e justificada. Reconhece-se a importância para a economia dos micro empreendimentos e empreendimentos de pequeno porte, reconhece-se as dificuldades enfrentadas por tais empreendimentos e busca-se, a partir de um lastro constitucional, atribuir-lhes condições mais propícias ao sucesso. [1]

Resta claro, no art. 47 da supracitada LC 123/2006, esta tentativa acertada do legislador, como podemos observar:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Logo, qualquer questionamento doutrinário que surja e dê margem a debates sobre a possível inconstitucionalidade dos benefícios dados ao micro e pequeno empreendedor, não procedem. É perfeitamente legítima essa concessão, pois é preciso proporcionar a todos os interessados a oportunidade de participar ativamente do mercado brasileiro. Os benefícios atribuídos tentam assegurar a diminuição, ou até mesmo eliminação, das exorbitantes diferenças existentes entre as empresas e harmoniza o princípio da igualdade.

Nessa mesma linha, o autor Santana aborda o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União, o qual apreciou a constitucionalidade do tratamento diferenciado oportunizado às micro e pequenas empresas nas licitações e verificou a inexistência de qualquer forma de afronta aos comandos principiológicos estabelecidos na Carta Magna, como se observa no teor do voto do Ministro Relator Guilherme Palmeira, presente no Acórdão nº 1231/2008 – Plenário. [2]

2.1. Princípio do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte

Essas empresas de menor porte apresentam uma elevada representatividade em uma parte significativa da economia brasileira. O tratamento favorecido para essas empresas constituídas sob o manto das leis brasileiras e que possuam sua sede e administração no país foi introduzido no ordenamento brasileiro através da Emenda Constitucional nº 06/1995.

Dessa forma, elas possuem um direito constitucionalmente assegurado a todas garantias e proteções que desfrutam, haja vista desempenharem uma função muito significativa no mercado econômico.

O princípio do tratamento mais benéfico para empresas de pequeno porte possui uma estreita relação com outros princípios já mencionados e que também fazem parte da ordem econômica brasileira. Tavares afirma que:

Qual seja, o princípio do desenvolvimento nacional, é que por meio do regime simplificado permite-se que determinado seguimento de empresas se desenvolva, gerando empregos e riqueza para nação. Também se nota, pois, a ligação com o princípio da livre iniciativa e concorrência, pois de outra forma seria inviável que esse segmento pudesse manter-se na economia nacional. Acaba sendo tutelado indiretamente o consumidor (além do mercado propriamente dito), já que esta tutela acaba por gerar um mercado aberto a novos agentes, dificultando a formação de grandes empresas que dominem todo o segmento econômico, impondo preços abusivos. [3]

Logo, o princípio em análise possui um sólido vínculo com o princípio da livre concorrência, pois ao se atribuir uma proteção a estas empresas, estará, como resultado, se consolidando a liberdade concorrencial.

Lafayette Petter acrescenta pontualmente que:

O princípio constitucional invoca um tratamento diferenciado às pequenas empresas aqui constituídas e sediadas, incentivando-as e estimulando-as (é a modalidade de intervenção indireta no domínio econômico). Pequenos negócios enfrentam maiores dificuldades de se constituírem (restrições de linhas de crédito, acesso a fornecedores etc.). Ao viabilizar sua criação, instalação e funcionamento, estimula-se a concorrência, mas principalmente a livre iniciativa (num viés substancial), colaborando para o pleno emprego. [4]

3. Licitação pública e a Lei Complementar 123/2006.

Após uma rápida explanação sobre o fundamento constitucional e entender as nuances que explicam todas as prerrogativas oferecidas ao micro e pequeno empresário no âmbito de contratações, passa-se a uma análise acerca das licitações e de como ela é abordada pela Lei Complementar 123/2006, mais conhecida como Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

3.1. Licitações – conceito e considerações

O governo brasileiro, a fim de atender as necessidades de sua população, a cada ano disponibiliza recursos para aquisição de bens e serviços. Esta necessidade de comprar bens e contratar serviços faz com que diversos segmentos do mercado empresarial disputem entre si a possibilidade de contratar com o poder público, haja vista a vantagem econômica que isto traz consigo.

Justen Filho, ao abordar mais uma vez o tema, comenta sobre a relevância econômica da Administração Pública em contratar com o particular:

Na maior parte dos casos, é economicamente mais vantajoso para o Estado recorrer aos particulares. Tal decorre do princípio da especialização, que norteia a utilização dos recursos escassos. Ao invés de um único sujeito aplicar todos os seus esforços para satisfazer as próprias necessidades, é muito mais eficiente dedicar-se a uma atividade específica e recorrer a terceiros para o restante. A especialização acarreta a elevação da qualidade e a redução dos custos, gerando benefícios para todos. [5]

É justamente neste contexto de competição mercantilista que nasce a licitação para orientar os procedimentos de aquisição, alienação e locação de bens e serviços.

A gestão administrativa, atualmente, visa a busca de satisfação das necessidades da máquina pública e a garantia do desenvolvimento social-econômico e sustentável do país. Uma prova disso é a aplicação dos recursos públicos em contratações com empresas privadas, sem vínculo empregatício, para concretizar os objetivos do estado, via procedimento licitatório.

De acordo com o renomado autor Celso Antônio Bandeira de Mello, por licitação entende-se:

[...] em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser

travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. [6]

Já Justen Filho define licitação da seguinte forma:

[...] um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. [7]

Na Constituição Federal, a matéria está consolidada no art. 37, XXI, observe-se:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As leis infraconstitucionais que tratam sobre as licitações públicas no Brasil são as Leis 8666/1993 e 14.133/21. O tema ainda é abordado pela Lei Federal 10.520/2002, a qual instituiu uma nova modalidade licitatória e a Lei de Concessões de 1993 (Lei 8.987/1995 e 9.074/1995). O verdadeiro intuito é conferir à Administração Pública a contratação mais vantajosa o possível, sendo a maneira encontrada pelo Estado de contratar serviços e adquirir bens respeitando o princípio da igualdade material, de modo transparente e conferindo uma real competitividade entre os participantes.

A lei 8.666/93 prevê 05 (cinco) modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preço, convite, leilão e concurso. A modalidade pregão foi instituída pela Medida Provisória 2026 de 04 de maio de 2000, no âmbito da União, sendo regulamentada pela já referida Lei 10.520/2002 que estendeu tal modalidade aos estados e municípios.

Por sua vez, a lei 14.133/21 inovou nesse aspecto ao prever enquanto modalidades de licitação o pregão, a concorrência, o concurso, leilão e o diálogo competitivo, além de possibilitar a utilização de procedimentos auxiliares, quais sejam: credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral.

O procedimento licitatório, portanto, é quase sempre indispensável para a elaboração de um futuro contrato administrativo. Diga-se futuro, pelo fato de que o Estado não está obrigado a contratar com o vencedor da licitação, este apenas possui a expectativa de tal direito, ou seja, se Administração contratar terá que ser com ele, porém ela pode optar por não estabelecer esse contrato.

Este procedimento, insta destacar, ainda possui o intuito de romper com os desvios e favorecimentos pessoais ainda tão presentes nas compras públicas. Isso explica o porquê de sua rigidez procedimental.

O art. 37 da Constituição Federal ainda traz os princípios que norteiam as contratações públicas. São eles: princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. A Lei 8666/1993 adicionou os princípios da probidade administrativa, o da vinculação ao procedimento licitatório e por fim o do julgamento objetivo.

Por fim, a lei 14.133/21 trouxe como princípios regentes, além dos já mencionados, os princípios do interesse público, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

As licitações públicas possuem uma relevância enorme para a Administração pública, bem como para toda a população. Entretanto, na expectativa de conseguir vencer o procedimento licitatório e reduzir os preços ao máximo, as empresas participantes do certame acabam perdendo um pouco da qualidade na prestação do serviço ou fornecimento de bens.

3.2. Prerrogativas concedidas aos micros e pequenos empresários

3.2.1. Da concessão de prazo para regularização fiscal

No procedimento licitatório, a exigência de regularidade fiscal das micro e pequenas empresas são conferidas para fins de assinatura do contrato. Se por acaso existir alguma restrição fiscal, será conferido, às micro e pequenas empresas, o prazo de 05 (cinco) dias úteis, prorrogáveis por igual período, para a regularização da documentação solicitada. Este é o previsto na LC 123/2006:

Art.43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de

regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

Um fator diferencial da LC é no tocante ao prazo conferido às micro e pequenas empresas para a regularização fiscal, e agora também trabalhista, em se logrando o êxito do primeiro lugar no certame licitatório. O prazo passa de 02 (dois) dias úteis prorrogáveis por igual período, para 05 (cinco) dias úteis também prorrogáveis por igual período. Esta alteração pode ser conferida no parágrafo primeiro do art. 43 da LC 123/2006:

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

O prazo de regularidade fiscal, insta destacar, é o prazo no qual as empresas vencedoras do certame licitatório possuem para parcelarem ou pagarem seus débitos e comprovarem que seus documentos fiscais estão devidamente regularizados. Caso passe esse prazo, inclusive com a prorrogação, e a empresa vencedora não apresente sua regularização, esta não terá mais o direito à contratação, sendo este um prazo decadencial.

3.2.2. Do desempate em procedimento licitatório

A contratação de microempresas e empresas de pequeno porte é uma maneira de desempate em procedimentos licitatórios.

A LC 123/2006, em seu art. 44, estabelece que a proposta apresentada pela empresa precisa ser igual ou até 10% (dez por cento) superior à proposta mais bem classificada, partindo do pressuposto que esta última seja uma empresa de médio ou grande porte. Na modalidade pregão de licitação este percentual vai para 5% (cinco por cento).

3.2.3. Da subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte

O art. 48, II, da LC 123/2006, estabelecia que leis específicas deveriam dispor sobre procedimento licitatório, exigindo dos licitantes a subcontratação de micro ou empresa, desde que o percentual limite (máximo) do objeto a ser subcontratado não ultrapassasse 30% (trinta por cento) do total licitado.

Acontece que essa subcontratação iria de encontro ao princípio da livre iniciativa, como um dos princípios norteadores da ordem econômica. Seria, desse modo, inconstitucional tal imposição.

Isso não quer dizer que a subcontratação é ilícita ou proibida pelo ordenamento jurídico. Pode existir essa prática desde que seja realizado de maneira facultativa e obedecendo os limites estabelecidos pela Administração no edital ou no contrato. É o pensamento de Ronny Charles. [8]

Com a LC 147/2014, o inciso II do art. 48, passa a dispor da seguinte maneira:

II – poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

É mantida, por sua vez, a possibilidade da Administração exigir dos licitantes que se subcontrate microempresa e empresa de pequeno porte em obras ou serviços requeridos. A limitação anterior de 30% (trinta por cento) foi excluída da nova redação.

O que há de se observar, no entanto, é a não subcontratação do total do objeto contratado.

3.2.4. Do art. 24, incisos I e II, da Lei 8.666/1993 – casos de dispensa de licitação

Para os casos estabelecido em lei, a realização do procedimento licitatório é obrigatória para que se mantenha a igualdade de condições e competitividade. Existem casos, entretanto, que o esse procedimento se demonstra impertinente para ao interesse público. Temos então a dispensa de licitação.

Neste ponto é importante discorrer acerca de uma alteração trazida pela LC 147/2014, no que se refere a dispensa. A referida Lei Complementar estendeu benefícios para casos de licitação dispensável. O art. 49, IV, da LC 123/2006 possuía redação no sentido de que os benefícios dos arts. 47 e 48 não seriam aplicados aos casos quando “a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93”.

Posteriormente essa redação foi corretamente complementada, excluindo da não aplicação os casos de dispensa de licitação abordados pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei. Segue o novo texto dado ao art. 49 da LC 123/2006:

IV- a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas

e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que as alterações feitas pela LC 147/2014 são de extrema relevância para as contratações públicas com micro e pequenas empresas, pois são alterações que alargam o rol dos benefícios conferidos.

Essas alterações vieram para efetivamente consubstanciar a vontade do legislador de proporcionar um incentivo e como forma de política social a este ramo empresarial, imputando-lhe tratamento diferenciado e mais benéfico, possuindo ainda um respaldo constitucional.

4. Considerações Finais

A competitividade causada pelas micro e pequenas empresas é um fator essencial para a promoção do impulso econômico nacional. Nessa seara, o peculiar tratamento conferido possui um vínculo direto com a ganho de competitividade das empresas.

Essas empresas são, de fato, de extrema importância para o Brasil, representando um pertinente fragmento de sua economia, favorecendo os empregos formais, partilhados entre o comércio e atividades de serviços. É uma verdadeira base da economia nacional devido ao incentivo que recebe do Poder Público, a fim de que realize suas atividades da maneira menos dificultosa e simplificada, gerando mais lucros e o conseqüente desenvolvimento e crescimento do país.

O privilégio de tratamento diferenciado é devidamente constitucional e de muita inteligência e sagacidade por parte do legislador, pois este tentou atribuir não apenas a igualdade formal de tratamento, mas sim a igualdade material, tratando de maneira desigual os que se encontram em situação de desigualdade. Agora, mesmo com diversos impasses ainda presentes, é plenamente possível a concorrência deste segmento empresarial junto às multinacionais.

Verificou-se que o direito e a economia são ciências que precisam uma da outra, ou seja, elas se complementam. A Constituição Federal não é só social e política, é também econômica. Esta ordem econômica e seus princípios norteadores são os pilares para a compreensão das prerrogativas conferidas aos micro e pequenos empresários.

Quando se trata das contratações com o poder público, os benefícios conferidos a este ramo são de extrema relevância, pois o Estado, ao concedê-los, impulsiona o desenvolvimento nacional sustentável, a concorrência isonômica entre os participantes e a diminuição dos gastos com aquisição de bens e serviços.

A Lei Complementar 147/2014 trouxe importantes alterações na Lei Complementar 123/2006, que normatiza a atividade das micro e pequenas empresas, também se demonstrou importante quando das alterações concernentes ao procedimento licitatório envolvendo o referido segmento empresarial.

Por fim, restou concluído que, de fato, as contratações do Poder Público com os micro e pequenos empreendedores são bastante vantajosas tanto para o lado econômico quanto para o lado social. O impulso ocasionado por essas contratações é notável e consolida o que é estabelecido pela Constituição Federal da República Federativa Brasileira.

5. Referências

CACCIAMALI, M. C. A economia informal 20 anos depois. 1986. Mimeografado. Globalização e processo de informalidade. Economia e Sociedade, n. 14, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. Direito Administrativo e Meio Ambiente. 4 ed. Paraná: Juruá Editora, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. 15 Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MAMEDE, Gladston; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; NOHARA, Irene Patricia; MARTINS, Sergio Pinto. Comentários ao estatuto nacional da micro empresa e empresa de pequeno porte: Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

PETTER, Lafayette Josué. Direito econômico. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SANTANA, Jair Eduardo. Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. O estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e as licitações públicas. **Revista Virtual da AGU**, Ano VII, n. 62, março de 2007.

Notas

[1] MAMEDE, Gladston; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; NOHARA, Irene Patricia; MARTINS, Sergio Pinto. Comentários ao estatuto nacional da micro empresa e empresa de pequeno porte: Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

[2] SANTANA, Jair Eduardo. Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 31.

[3] TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 215.

[4] PETTER, Lafayette Josué. Direito econômico. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 94-95.

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. 15 Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 12.

[6] MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 528.

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014, p. 495.

[8] TORRES, Ronny Charles Lopes de. O estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte e as licitações públicas. **Revista Virtual da AGU**, Ano VII, n. 62, março de 2007, p. 9.

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A GESTÃO HÍBRIDA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

GLEIDY BRAGA RIBEIRO: Advogada, Jornalista, Mestre em Desenvolvimento Regional, Doutoranda em Direito Constitucional. Professora Universitária. Ex-Secretária de Cidadania e Justiça do Estado do Tocantins (2015-2017). 75

RESUMO: A Lei de Execução Penal (LEP), 7.210 /1984, estabelece uma gestão híbrida para o sistema penitenciário. Em seu artigo 61º a apresenta oito (8) órgãos gestores. Ocorre que esses órgãos, seja em uma relação de subordinação ou vinculação, fazem parte da estrutura dos Poderes Executivo e Judiciário, tendo atribuições diferentes, mas complementares. Em recente julgados RE 592.581/RS e ADPF347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a situação de violação generalizada de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, fixando tese orientadora no controle desta política pública, no que tange à tutela coletiva da pessoa presa ou em restrição de liberdade. Todavia, seria esse o melhor caminho, obrigar por força de uma sentença judicial o Poder Executivo cumprir com seu papel? Para responder essa pergunta, será necessário problematizar sobre a judicialização das políticas públicas e o arranjo institucional de gestão do Sistema Penitenciário brasileiro previsto na LEP.

ABSTRACT: The Law of Penal Execution (LEP), 7.210 / 1984, establishes a hybrid management for the prison system. In its 61st article it presents eight (8) management bodies. It happens that these bodies, whether in a subordinate or binding relationship, are part of the structure of the Executive and Judiciary Powers, with different but complementary attributions. In recent judgments RE 592.581 / RS and ADPF347, the Supreme Federal Court recognized the situation of generalized violation of fundamental rights in the Brazilian prison system, establishing a guiding thesis in the control of this public policy, with regard to the collective tutelage of the person arrested or in restriction of freedom. However, would this be the best way, to force the Executive Branch to fulfill its role by virtue of a judicial sentence? To answer this question, it will be necessary to discuss the judicialization of public policies and the institutional management arrangement for the Brazilian Penitentiary System provided for in the LEP.

Palavras-chave: Gestão; Políticas Públicas; Sistema Penitenciário.

75. <http://lattes.cnpq.br/5935775135422141> e gleidy.br@unitins.br

SUMÁRIO: Introdução 1. A Política Pública do Sistema Penitenciário. 2. Judicialização das Políticas Públicas e o Sistema Penitenciário. 3. A natureza híbrida da Gestão do Sistema Penitenciário. 4. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei de Execução Penal, 7.210 /1984, estabelece uma gestão híbrida para o sistema penitenciário. Em seu artigo 61º, a norma apresenta oito (8) órgãos gestores que são responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena, são eles: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, Juízo da Execução Penal, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamentos Penitenciários, Patronato, Conselho da Comunidade e Defensoria Pública. É da vontade do legislador conferir a eles a responsabilidade da efetividade das disposições de sentença ou decisão criminal, bem como a integração social do condenado ou internado novamente ao meio social (**Art. 1º, LEP, 1984**).

Ocorre que esses órgãos, seja em uma relação de subordinação ou vinculação, fazem parte da estrutura dos Poderes Executivo e Judiciário, desempenhando atribuições diferentes, mas complementares. Tal condição nos leva a reconhecer o caráter híbrido da gestão da execução penal, por possuem atividades administrativas e jurisdicionais. Para a jurista Grinover, não se pode negar que “a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo” (1987, p.7). No entanto, ela, apesar de reconhecer as atividades administrativas, afirma que a Execução Penal é predominantemente jurisdicional e secundariamente administrativa. Assim, sem desmerecer a importância dos demais órgãos, indubitavelmente, esta formatação do arranjo institucional da política de execução penal, coloca o Judiciário, por meio do Juízo de Execução, na linha de frente, exigindo deste a capacidade de manter o diálogo constante com os outros órgãos para que haja efetividade da política pública sistema penitenciário.

Todavia, os dados produzidos por relatórios oficiais, estudos e sentenças judiciais sobre o sistema penitenciário brasileiros apontam para um total descompasso desses órgãos na execução da pena e uma incapacidade generalizada em sua gestão. Segundo dados de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN, 2016), são mais de 726 mil pessoas encarceradas, em um sistema que tem o déficit de mais de 358 mil vagas. Em 1990 a população prisional brasileira era de apenas 90 mil pessoas privadas de liberdade. A população cresceu tanto que hoje ocupa a terceira posição em número de pessoas presas no mundo, ficando atrás somente da China e dos Estados Unidos.

Somando a superlotação, convivemos diariamente com inúmeras ocorrências de violação de direitos dos presos em função das más condições dos estabelecimentos

penitenciários. Tais situações comprometem o acesso à assistência que o preso tem direito, e, conseqüentemente, a capacidade de reintegrá-lo novamente em sociedade.

Diante deste quadro, em recente julgados RE 592.581/RS e ADPF347, o Supremo Tribunal Federal (STF), fixou tese orientadora no controle desta política pública, no que tange à tutela coletiva da pessoa presa ou em restrição de liberdade. No RE 592.591/RS, estabeleceu-se que a intervenção do Poder Judiciário, para determinar obrigação de fazer reparos emergenciais nos presídios, na defesa da integridade do preso e de sua dignidade humana é uma atitude lícita e que não fere o princípio da separação de poderes. Já a ADPF347 reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, no Sistema penitenciário brasileiro, determinando, em caráter liminar, a realização de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, bem como o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional.

A partir dessas decisões, muitos questionamentos surgiram sobre a capacidade de se efetivar as medidas que foram dispostas nas sentenças frente à argumentação de que são escassos os recursos públicos, sendo invocado pelo Poder Executivo em sua defesa o princípio da reserva do possível, além de destacar a interferência do Judiciário na agenda governamental. Este papel mais ativo do Judiciário é estudado e apontado hoje como judicialização das políticas públicas ou ativismo judicial (BARROSO, 2008, MENDES, BRANCO, 2018). De modo que este artigo pretende problematizar se o STF extrapolou os limites de sua competência, ao reconhecer a situação degradante em que estão submetidos os presos, ou, apenas está cumprindo com seu papel conforme estabelecem a Constituição e a Lei de Execução Penal, ao chamar para si a responsabilidade pela execução dessa política pública, já que ela também tem caráter jurisdicional, sendo que o não cumprimento das obrigações administrativas pelo Poder Executivo interfere significante no cumprimento da execução da pena.

Todavia, seria esse o melhor caminho, obrigar por força de uma sentença judicial o Poder Executivo cumprir com seu papel? Para responder essa pergunta, será necessário problematizar sobre a judicialização das políticas públicas e o arranjo institucional de gestão do Sistema Penitenciário brasileiro previsto na LEP, para entender esta nova postura do STF que ora se apresenta como implementador ora como impulsionador do Poder Executivo.

1. A POLÍTICA PÚBLICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Antes de adentrarmos nas questões relativas ao sistema penitenciário, é fundamental entendermos o que é política pública. Souza (2006) ao fazer uma revisão literária sobre políticas públicas apresenta uma síntese do pensamento teórico sobre o tema. Inicialmente, a autora afirma que não existe uma única definição do que seja política pública. Todavia, ela traz uma síntese do pensamento de Mead (1995), que a define como

um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. A de Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) como a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como aquilo que o governo escolhe fazer ou não fazer.

Secchi (2010) também argumenta que qualquer definição de política pública é arbitrária, isto porque na literatura especializada não há um consenso quanto à definição do que seja uma política pública. Entretanto, o autor com base nas várias versões já desenvolvidas, traz de forma bem didática, setes fases principais, sequenciais, interdependentes e recorrentes no universo da pesquisa, que são úteis para visualização do ciclo de políticas públicas. São elas: Identificação do Problema, Formação da Agenda, Formulação de Alternativas, Tomada de Decisão, Implementação, Avaliação e Extinção. O autor também apresenta a definição de destinatários e problema público, respectivamente, como sendo aqueles indivíduos, grupos e organizações para os quais a política pública foi elaborada e a *diferença entre o que é, e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública*. Ele ainda esclarece que quem mais se preocupa em apresentar problemas públicos para agenda pública são os partidos políticos, os agentes políticos e as organizações não governamentais. “Do ponto de vista racional, esses atores encaram o problema público como matéria-prima de trabalho” (Secchi, 2010, p.35).

O autor afirma que essa interação acontece quando o ator político tem interesse na resolução de tal problema. Este poderá a vim a lutar para que tal problema entre na lista de prioridade de atuação. Essa lista de prioridades é conhecida como agenda, que em sua formação apresenta um conjunto de problemas entendidos como relevantes. De acordo com Cobb e Elder (1983, apud Secchi, 2010, p.36) existem dois tipos de agenda:

Agenda política: conjunto de problemas ou temas que a comunidade política percebe como merecedor de intervenção pública;

Agenda formal: também conhecida como agenda institucional, é aquela que elenca os problemas ou temas que o poder público já decidiu enfrentar (COOB E ELDER, 1983, APUD SECCHI, 2010, p.36).

No entanto, Secchi acrescenta uma terceira agenda, a “agenda da mídia, ou seja, a lista de problemas que recebem atenção especial dos diversos meios de comunicação.” Na visão do autor os meios de comunicação têm tanta força na formação da opinião pública, que não são raras as vezes que “a agenda da mídia condiciona as agendas políticas e institucionais.”

A partir deste entendimento, podemos afirmar que o sistema penitenciário é uma política pública, que faz parte da agenda formal do poder público, mas com pouco ou nenhuma relevância, haja vista as constantes violações de direitos encontradas nos estabelecimentos penitenciários, bem como a postura apática da sociedade que compreende ser um desperdício de recursos públicos o gasto com pessoas presas. Segundo Paixão (1997), a sociedade tem uma postura vingativa em relação àqueles que foram condenados por algum ilícito,

[...] o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro, indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal (PAIXÃO, 1997.p.106).

Destaca-se que essas mesmas condições de abandono e de violação dos direitos dos presos, também afetam os profissionais que atuam no sistema, pois mesmo que não estejam presos, sofrem com as mazelas do cárcere e estão sujeitos ao fenômeno conhecido como prisionalização, que se manifesta por meio de “sentimentos de inferioridade, empobrecimento psíquico, regressão, infantilização, perda de identidade, assim como compromete sua concepção sobre cidadania.”(SOUSA, CAMPOS, 2011, p.5)”.

Outro conceito utilizado no debate das políticas é o da existência de sistemas complexos. Furtado et al (2015) defende aplicação desse conceito e o relaciona com as políticas públicas, uma vez que sistema complexos “pressupõe sistemas dinâmicos, não lineares, que contêm grande número de interações entre as partes. Esses sistemas se modificam, de modo a aprenderem, evoluírem e adaptarem-se e geram comportamentos emergentes e não determinísticos (2015, p.23).” Infere assim que a formulação e a implementação de uma política pública é o resultado da ação da pluralidade de atores, isto é, trata-se de um processo que envolve diferentes atores não estáticos que são responsáveis pela sua execução, bem como o público alvo e a comunidade que indiretamente também é beneficiária. Trata-se de um processo interativo e plural que se encaixa perfeitamente na complexidade do sistema penitenciário. Entretanto, em relação ao sistema penitenciário pelos resultados obtidos pode-se dizer que a sinergia é baixa entre os atores envolvidos, o que certamente se constitui em um obstáculo central para efetividade desta política.

Em recente publicação do DEPEN com apoio da Organização das Nações Unidas (ONU), pesquisadores buscaram apresentar um modelo de gestão para o sistema penitenciário considerando toda a sua complexidade. Ao analisar o atual modelo, chegaram a conclusão que a gestão prisional carece de conceitos que amparem a sua especificidade, não havendo uma maior clareza entre as diferenças entre a política de segurança e a política penal e prisional. Para eles, existe um empréstimo de saberes de outras áreas, sobretudo da atividade policial. Cabe destacar que o aprofundamento das práticas policiais no sistema penitenciário tende a aumentar com a aprovação da emenda constitucional nº104, que alterou o artigo 144 da Constituição Federal, incluindo no rol dos órgãos de segurança a Polícia Penal.

Outro aspecto levantado está relacionado à deficiência na formatação de fluxos e rotinas impedindo que as pessoas privadas de liberdade tenham acesso aos serviços, direitos e políticas previstas na Lei de Execução Penal. Tal análise é fundamental para compreendermos o papel dos órgãos de execução penal, em especial do Poder Executivo que é responsável diretamente pelo acesso do preso às assistências, previstas no art.11º da LEP, em cumprimento ao que diz o artigo 3º, que assegura o condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Assim, o preso recolhido em estabelecimento penitenciário perde o seu direito a liberdade temporariamente, mas mantém os demais direitos intactos. Isto significa, que no âmbito da Administração Pública está sob a coordenação do órgão Departamento Penitenciário, assegurar ao preso o cumprimento de sua pena em condições de dignidade.

Entretanto, pelo caráter intersetorial da execução penal, o órgão Departamento Penitenciário terá que necessariamente estabelecer parcerias com outros órgãos da Administração Pública, para assegurar o direito do preso e do egresso à assistência material, a saúde, a assistência jurídica, educacional, social e religiosa. Nota-se que é da vontade do legislador que haja sinergia entre diferentes órgãos da Administração Pública, pois se trata de um modelo de gestão que requer capacidade de articulação com outras áreas. De modo que o Departamento Penitenciário além de outras políticas, terá que necessariamente interagir com dois outros sistemas já constituídos, que é o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema de Assistência Social (SUAS).

Assim, se não houver diálogo entre os responsáveis por essas áreas, é praticamente impossível de se obter resultados na execução da política do sistema penitenciário.

Na outra ponta temos o Judiciário com grande responsabilidade pelo aumento da população carcerária no Brasil. Segundo estudo publicado pelo DEPEN, o Judiciário manda para os presídios aqueles, que sem prejuízo do exercício regular do poder punitivo do Estado, poderiam cumprir outras medidas ou penas. Isto porque dos 726 mil presos apontados pelo INFOPEN (2016), 290 mil presos são provisórios, ou seja, ainda não tiveram

sua sentença transitada em julgado, isso significa um percentual de 41% da população carcerária.

Esta perspectiva também é apresentada nos dados mais recentes sobre a população carcerária, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De acordo com levantamento o Brasil possui uma superpopulação carcerária de 812.564 presos, considerando os presos sentenciados ou provisórios do regime fechado, semiaberto e os que cumprem pena em abrigos. Destes, 41,5% de presos provisórios. O estudo apontou ainda que o país tem 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento, dos quais 94% de procurados pela Justiça, 6% foragidos. O quadro é assustador se considerarmos que na no início da década de 90 o Brasil tinha pouco mais de 90 mil presos no país.

2. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O SISTEMA PENITENCIÁRIO

É diante desse quadro assustador que atua o órgão Juízo da Execução Penal, pois cabe a ele, a responsabilidade pelo acompanhamento do cumprimento da pena e o adequado funcionamento dos estabelecimentos penitenciários (art.66, LEP). Compete ao Juiz, nos termos do artigo 66, incisos VII e VIII, realizar a inspeção mensal dos estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade e interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da LEP.

Como uma bomba relógio o sistema penitenciário, inflado em função da superlotação e a ampliação da atuação das facções criminosas nos presídios (FURUKAWA,2008, LIMA, 2003, SHIMIZU,2011), emite sinais claros de explosão com ocorrência de rebeliões, motins e fugas. A ausência de um modelo de gestão integrado do sistema penitenciário, faz com que o Estado, e, conseqüentemente, a sociedade, acumule derrotas e mais derrotas, devolvendo diariamente ao convívio social pessoas que não passaram por um processo de ressocialização, tendentes a reincidir na prática criminosa.

Diante dessa situação, o judiciário vem assumindo um maior protagonismo na busca de soluções efetivas. Vimos isso, em recentes julgados RE 592.581/RS e ADPF347 no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a situação de violação generalizada de direitos fundamentais e a inercia dos órgãos públicos em solucionar os problemas do sistema penitenciário.

Porém, antes de vermos os principais pontos das sentenças, convém explicar o entendimento doutrinário sobre a postura ativa do Judiciário em relação ao Poder Executivo e a execução de políticas públicas. Para o Ministro Barroso, o ativismo judicial ocorre para concretizar os objetivos da Constituição, o que requer uma maior interferência

no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de atente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008. p.1).

Todavia, Mendes e Abboud (2019), chamam atenção para o perigo que constitui o ativismo judicial, quando este extrapola os limites da interpretação da Constituição. Para eles, o juiz ativista, sendo ele progressista ou o conservador, pode incorrer em erro nas suas decisões quando ele deixa de procurar a resposta no direito e a fabrique a partir da ideologia. Críticos da existência de qualquer divisão entre o bom e o mau ativismo, asseguram que o ativismo deve ser compreendido como a concretização da Constituição, atribuindo-lhe força normativa. Isto, portanto, não seria uma opção, e sim uma imposição constitucional.

No Estado Constitucional, pode-se divergir sobre aspecto políticos; contudo, na solução de questões jurídicas, não deveria haver discordância acerca da origem de toda e qualquer decisão judicial: as leis e a Constituição Federal. Qualquer outra coisa é, como adiantamos acima, discricionariedade (MENDES E ABOUD, 2019, P.5).

Os autores argumentam ainda que “o ativismo judicial é uma postura discricionária do Poder Judiciário, que redundava em uma ingerência insidiosa frente ao Legislativo e ao Executivo (MENDES E ABOUD, 2019, p.5).” A defesa da mudança de mentalidade jurídica dominante que tem como ideia de bom ativismo, é neste sentido, um desafio a ser superado, já que para eles, defender o bom ativismo é defender o caráter discricionário da justiça.

No seu lugar, há de se colocar, como premissa inquestionável, que nenhum julgador – pouco importando sua posição na hierarquia judicial – tem o direito de ignorar os textos legais. Sob o jugo de uma Constituição como a de 1988, todos os julgadores são colocados “under the rule of law”, conforme o aviso que nos fora dado, já em 2008, por Augusto Zimmermann (MENDES E ABOUD, 2019, p.5).”

Em última análise, para os autores, o ativismo judicial levaria à interferência irregular e nociva do Poder Judiciário nas demais esferas do Estado, uma vez que a Constituição de 1988 previu para o Poder Judiciário, e para os demais poderes, funções atípicas, sendo o seu exercício restrito aos parâmetros desenhados pela engenharia constitucional.

Neste contexto, imperioso observar o que concluiu Ingeborg Maus (2000), ao analisar o crescente papel ativista da Corte Superior Alemã. A jurista demonstra preocupação quando o judiciário traz para si a instância moral da sociedade, isto porque agindo assim escaparia ela de qualquer mecanismo de controle social, que todas as instituições de Estado devem ser subordinadas. A autora tece críticas a postura do Judiciário Alemã, que age como a suprema instância definidora dos valores da sociedade que merecem ser protegidos.

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração sócia I (MAUS, 2000, p.187).

Assim feita às observações pertinentes, de que existem limites para atuação judicial que residem na própria Constituição e nas leis, passamos a analisar inicialmente o voto do relator Ministro Lewandowski, no Julgado RE 592.581/RS. Em síntese, trata-se de Ação Civil Pública na qual o MPE requeria ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional Albergue Estadual de Uruguiana, que se encontrava em situação precária, submetendo aos presos à violação de sua integridade física e moral, situação vedada pela Constituição da República. No entendimento dos doutos desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que reformou a decisão de primeira instância, não cabe ao Judiciário interferir e determinar ao Poder Executivo a realização de obras, "mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer às vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração." Ou seja, para o TJRS trata-se de uma violação e não cumprimento do que estabelece a Constituição, uma vez que viola o princípio da separação dos poderes, não cabendo ao Judiciário determinar ao Poder Executivo o cumprimento de ações que são de sua competência.

No entanto, esse não foi o entendimento do STF que reformou a decisão do TJRS, sendo acompanhado pelos demais ministros, firmando a seguinte tese de repercussão geral,

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (RE 592.581/RS, 2015).

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF, também em 2015, o plenário do STF reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do Sistema Carcerário Brasileiro e determinou, em caráter liminar, a realização de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, bem como o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional. O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” aplicada no referido julgamento, é uma tese jurídica adotada na Corte Colombiana, desde que presentes três pressupostos: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a definição e implementação de políticas públicas pelo STF. Seguindo o Relator, a Corte entendeu que “a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.”

A análise doutrinária dessas decisões, coloca os juristas em duas frentes opostas: uma que defende a intervenção do Judiciário, em função do Princípio do mínimo existencial que decorre do princípio constitucional dignidade da pessoa humana. E outra contrária, pois fere a autonomia dos poderes, além de invocar o princípio da reserva do possível para execução de políticas públicas estruturantes, uma vez que estamos diante de um quadro cada vez mais de escasso dos recursos humanos, materiais e financeiros.

Neste contexto, é importante destacar o que já vimos anteriormente sobre o risco a ser considerado quando o Judiciário chama para si a responsabilidade de intervir nas atribuições dos demais poderes, especificamente do Poder Executivo, na implementação das políticas públicas. Todavia, nas hipóteses em análise, nos filiamos àqueles que acreditam que a Corte atendeu preceitos constitucionais que são fundamentais para assegurar a dignidade da pessoa humana e fez uma interpretação conforme. As decisões reafirmam na verdade o caráter híbrido, misto, complexo da Execução Penal, exigindo a absoluta integração entre os poderes, sobretudo o Poder Executivo e Judiciário, que necessariamente precisam convergir, por força da LEP, para juntos executarem a Execução Penal. Há dúvida, está na funcionalidade deste arranjo, já que não nasce de um processo

dialógico e sim de uma decisão judicial. Seria esse formato a melhor solução para a resolução dos problemas do sistema penitenciário? É o que trataremos a seguir.

3. A NATUREZA HÍBRIDA DA GESTÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Como vimos até aqui a gestão do sistema penitenciário envolve atos administrativos e jurisdicionais, tem natureza híbrida, o que obriga, necessariamente, a sinergia entre os diferentes atores para que tenhamos eficiência e efetividade em sua execução. Assim, recuperando o que nos ensina Secchi, mencionado no início deste artigo, podemos afirmar que não existe por partes dos atores, quais sejam, os partidos políticos, os agentes políticos e as organizações não governamentais uma sinergia para que haja uma agenda planejada, com alinhamento de eixos, diretrizes e ações conjuntas. Parte hoje do Poder Judiciário, decisões judiciais para que o Poder Executivo cumpra com seu dever. No entanto, quando isso acontece, o caminho adotado não é o do diálogo e sim da imposição judicial, portanto, deve ser cumprida.

Entretanto, a imposição judicial confronta com a natureza do arranjo institucional do Sistema Penitenciário, pois este exige um entrosamento entre os órgãos do Poder Judiciário, Executivo e, em certa medida, do Legislativo, em sua execução. É necessário ter complementaridade em função da interdependência, o que faz com que o diálogo permanente entre eles se torne em algo necessário. Portanto, antes das decisões judiciais, é preciso estabelecer canais permanente de diálogo, sendo esse um velho desafio e, porque não dizer, o principal desafio a ser superado.

Um exemplo da ausência de diálogo entre os diferentes atores que atuam na execução penal pode ser observado, quando se acompanha inúmeros casos de pessoas que cumpriram a sua pena, mas que permanecem por anos nos estabelecimentos penitenciários. Um balanço do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2013) sobre os 53 meses de funcionamento dos mutirões carcerários, que começaram em agosto de 2008, revela que é assustador o número de detentos que permaneceram encarcerados depois de extinta a pena: dos 451.828 processos analisados, pelo menos 47 mil detentos, ou 10,40% do total, estavam presos indevidamente e foram postos em liberdade.

Outro velho desafio, como vimos anteriormente, parte da constatação de que são péssimas as condições dos estabelecimentos penitenciários brasileiros, agravada pela incapacidade do governo federal e dos estados construírem estabelecimentos penitenciários adequados, para que a pessoa presa cumpra a sua pena em condições de respeito a sua dignidade. As condições são tão precárias, que o ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso, disse em um jantar organizado por um grupo de empresários paulistas, que preferia morrer do que passar anos na prisão (UOL NOTÍCIAS, 2013).

Frente a esse contexto, sem dúvida, a instalação da audiência de custódia, com todas as limitações para sua implementação, nos parece ser uma iniciativa importante, cujo seu funcionamento depende do diálogo com Poder Executivo. A ação foi determinada na ADPF 347 e visa implementar o Pacto de São José da Costa Rica, que assegura a pessoa presa apresentação a um juiz no prazo máximo de 24 horas. Essas mesmas disposições também são objeto do Termo de Cooperação Técnica assinado em 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça (MJ), que tem como objetivo fundamentalmente conjugar esforços para dar efetividade à execução da audiência de custódia.

visando à efetiva implantação do projeto Audiência de Custódia, de modo a fomentar e viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuados (as) presos (as) em flagrante delito à autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após sua prisão. Contando com o apoio do efetivo funcionamento de Centrais Integradas de Alternativas Penais, Centrais de Monitoração Eletrônica e serviços com enfoque restaurativo e social, aptos, em suma, a oferecer opções concretas e factíveis ao encarceramento provisório de pessoas (TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA, 2015, p.02)

Com exceção de poucas iniciativas, a exemplo da audiência de custódia, não existe uma ação integrada, o que temos é na verdade a reação de gestores públicos que trabalham na lógica da agenda formulada pela mídia, que na concepção de Secchi, quase sempre é construída no calor dos acontecimentos, e ao invés de se buscar a construção de um arranjo institucional integrado, foca-se em decisões paliativas. E, no caso do sistema penitenciário, a construção de novos presídios sempre se apresenta como a uma estratégia central para a resolução do problema da superlotação.

Para muitos, o caminho para Administração Pública em relação ao sistema penitenciário é envolver o setor privado na construção e gestão de estabelecimento prisionais. De acordo com Rostirolla (2015), não é uma novidade no Brasil a parceria pública privado no sistema penitenciário, todavia ele defende que essa parceria se estenda a todos os serviços assumindo por completo a administração prisional.

No Brasil, a iniciativa privada já participa da gestão prisional há algum tempo. A ideia de gestão compartilhada é aplicada em larga escala país afora, onde a administração pública terceiriza serviços pontuais do dia a dia prisional, como alimentação, serviços de lavanderia, uniformes etc. O sistema de gestão compartilhada/terceirização já é amplamente explorado por dezenas de estados da federação, não havendo novidades nesse sentido. O que é novidade é o ente privado assumir por completo a administração prisional, ou seja, por meio

das PPP, que consolidam e aprimoram o sistema de gestão do serviço público por uma empresa privada (ROSTIROLLA, 2015, p.76).

É bem verdade que a terceirização do sistema penitenciário existe há tempos no Brasil, por essa razão pode-se afirmar que nem mesmo a iniciativa privada foi capaz de impedir a superlotação dos presídios e a ocorrência de novos ilícitos nas unidades prisionais. Em 2016 e início de 2017, o mundo acompanhou estarecido as rebeliões que ocorreram nos estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte. No Estado da Amazonas a gestão era a época terceirizada e de acordo com relatório produzido pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) morreram 67 pessoas, deixando pessoas não localizadas e feridas. O relatório apontou ainda as principais causas para ocorrência dos massacres,

Em Manaus, onde 67 presos mortos em três prisões, 60 mortos só no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), o relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), de janeiro de 2016, identificou problemas e características que poderiam estar relacionadas à violenta rebelião, tais como a omissão estatal frente à execução penal, afetando a segurança jurídica e a vida das pessoas presas. Ademais, foi apontada a privatização, modelo adotado pelo sistema prisional amazonense, como um dos fatores de fragilização do sistema. Diante do cenário encontrado, foram realizadas recomendações ao estado, como a elaboração de um Plano de Redução da População Carcerária, envolvendo órgãos do poder público estadual e federal; a aplicação de medidas alternativas à prisão; a realização de concurso público para contratação de agentes penitenciários.

Assim, o que temos no Brasil hoje são iniciativas individuais com pouco sucesso de modelo de gestão do sistema penitenciário e quase nenhuma sinergia entre os poderes para encontrar uma solução que seja definitiva. A posição do Judiciário em determinar judicialmente que o Poder Executivo abandone sua inércia diante desta política pública é relevante e tem um caráter educativo, mas é pouco eficiente. Andrade (2017), analisou o resultado efetivo das ações civis públicas impetradas pelo MPE do Paraná com vista a obter melhorias para o sistema penitenciário daquele estado. Para ele, apesar das ações, não houve melhoras significativas, concluindo que o melhor caminho ainda é o do diálogo entre os poderes até mesmo com meio de concretizar o importante papel do Ministério Público frente à Política do Sistema Penitenciário.

[...] cabe o alerta de que, sozinho, o Ministério Público nada fará. As soluções perpassam pelo diálogo, de modo que o Poder Público – e também o Judiciário – têm de estar engajados na melhoria do

problema, a despeito de interesses políticos. Aí, e apenas aí, residirá o poder de demanda do Promotor de Justiça, fiscalizador dos demais poderes. Cabe à Administração o estudo de políticas públicas capazes de minar a superpopulação, ao Judiciário a adoção de medidas descaracterizantes e efetivamente cumpridoras dos objetivos da LEP, e ao Legislativo a edição de legislações capazes de possibilitar tal intento (ANDRADE, 2017, p.461).

Considerações finais

Este artigo buscou problematizar se ativismo do Judiciário frente aos problemas enfrentados pelo sistema penitenciário é o melhor caminho a seguir. Pelo arranjo institucional de gestão do Sistema Penitenciário brasileiro, previsto na Lei de Execução Penal, ainda que seja positiva a postura do Judiciário, em especial do STF em fazer valer os princípios constitucionais de não violação à dignidade humana, não se pode lograr êxito em sistema complexo que envolve diversos atores a simples imposição judicial.

Acreditamos que o único caminho passa definitivamente pela capacidade do diálogo entre os poderes e todos os demais atores envolvidos. Mas para isso, o Brasil precisa entregar para sociedade um arranjo institucional que efetivamente, transforme a gestão do sistema penitenciário pela sua complexidade em algo unificado, de caráter nacional e integrado com todos os órgãos de execução penal, tomando como modelos, no que couber, o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema de Assistência Social (SUAS), que apesar dos problemas enfrentados, tem na sua origem o diálogo com diferentes atores uma premissa a ser observada.

Assim, a integração dos diferentes atores envolvidos com a gestão do sistema penitenciário não é um ato de discricionário, mas um dever para com os presos que tem os seus direitos constantemente violados nos estabelecimentos penitenciários, e dos próprios servidores que também sofrem, pois desempenham suas atribuições em condições precárias.

Enquanto isso não acontece, vamos acompanhar decisões não sendo cumpridas, em alguns casos, não por má vontade dos gestores, mas pela incapacidade orçamentária e financeira para fazer cumprir as determinações judiciais. Por consequência, muitos responderam ações que poderiam ser resolvidas caso à busca da solução fosse pautada no diálogo sério e responsável de todos os envolvidos, afinal, os problemas do sistema penitenciário não é de um governo, de uma gestão, mas é resultado do descaso de décadas, tanto por parte dos poderes constituídos quanto da própria sociedade.

Bibliografia:

ANDRADE, Felipe Texeira. **A fiscalização do sistema penitenciário pelo Ministério Público: falência da judicialização das políticas públicas**. revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 4, n. 6, 2013, p. 417-461.

BRASIL. Constituição (1988). LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP2.0**, Brasília: CNJ, 2018. <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/>. Disponível em: Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 09/09/2015, Diário de Justiça de 18/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592581/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2015, Diário de Justiça de 29/01/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf> Acesso em: 10 de maio de 2020

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Termo de Cooperação Técnica n. 007/2015, celebrado entre o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa**. Disponível: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2020.

BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT), 2018. **Relatório de Missão de Acompanhamento ao Sistema Prisional dos Estados do Amazonas, Rio Grande do Norte e Roraima**. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Ana Claudia Camuri, Fernanda Givisiez e Valdirene Daufemback. 173 p. Disponível: https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/web_final_RelatriodeMonitoramentodeRecomendaes.pdf Acesso em: 15 de maio de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em: 10 de maio de 2020.

CAMPOS, J. de C.; SOUSA, R.R. **O adoecimento psíquico do agente penitenciário e o sistema prisional:** Estudo de caso – Sete Lagoas. *In:* ENCONTRO DA ANPAD, 35, 2011, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/GPR1760.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Mutirão Carcerário.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-eexecucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em 15 de maio de 2020

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Modelo de Gestão para a Política Prisional.** Brasília, 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2020.

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen).** Brasília, 2017. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

FURTADO BA, Sakowski PAM, Tóvoli MH (Org.). **Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas. 1ed. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada;** 2015. Capítulo 1, **Abordagens de Sistemas Complexos para Políticas Públicas.** Disponível: <file:///C:/Users/Gleidy%20Braga/Downloads/Modelagem%20de%20sistemas%20complexos%20para%20politicass%20publicas.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

FURUKAWA, Nagashi. **O PCC e a Gestão dos Presídios em São Paulo.** Revista Novos estud. - CEBRAP no.80 São Paulo Mar. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002008000100003&script=sci_arttext. Acesso em: 20 de maio de 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza Jurídica da Execução Penal,** in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas.** São Paulo: Max Limonad, 1987.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial da “sociedade órfã”.** Tradução Martonio Lima; Paulo Albuquerque. **Novos Estudos.** São Paulo: Cebrap, n. 58, nov. 2000, p. 187.

LIMA, Regina Campos. **A Sociedade Prisional e suas facções criminosas.** Londrina: Edições Humanidades, 2003. Disponível em: <https://unifil.br/materiais/direito/materiais/erika/ASociedadePrisional.doc.php>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo. p. xx, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; ABOUD, Georges. **Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos tribunais**, v. 108, n. 1008, p. 43-54, out. 2019.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez, p.106.1997.

RIBEIRO, Gleidy Braga. **O agente penitenciário e a criação da polícia penal: um debate sobre identidade e reconhecimento social**. 1ªed. Curitiba. Editora Appris, 2020.

ROSTIROLLA, Luciano. **A adoção das parcerias público-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos**. Revista do Ministério Público de Goiás. Disponível. [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs/14/8artigo22FINAL Layout 1.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs/14/8artigo22FINAL%20Layout%201.pdf) Acesso: 20 de maio de 2020.

SOUZA, C. "**Políticas públicas: uma revisão da literatura**". *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, 2006, p. 20-45. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003. Acesso em: 20 de maio de 2020.

SECCHI, L. 2010. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, p-35 53, 2010.

SHIMIZU, B. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas*. Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31072012-092234/pt-br.php> Acesso em: 20 de maio de 2020.

UOL Notícias. **Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ficar preso por anos no país**. Disponível em: . Acesso em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2012/11/13/ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ficar-presos-por-anos-no-pais.htm> Acesso em: 20 de maio de 2020.

O DIREITO À REPARTIÇÃO DO ICMS EM FAVOR DOS MUNICÍPIOS EM FACE DE ISENÇÃO CONCEDIDA POR ESTADO-MEMBRO

ERIVANDO JOTER DA SILVA:

Formado em Direito pela UFCE e pós-graduação em Tributário pelo CERS e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Pró-Minas. Atualmente servidor público federal (PRF)

RESUMO: A Carta Magna consagra a autonomia dos Estados-membros de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autolegislação. A liberdade de instituir e conceder isenção do ICMS é uma das formas do exercício dessa autonomia. Entretanto, o poder constituinte originário delineou algumas limitações ao legislador estadual por meio de princípios sensíveis, estabelecidos e extensíveis com base em norma de repetição obrigatória. A limitação à criação de benefícios de ICMS se revela tanto na relação entre os Estados-membros, como ocorre na substituição tributária, na divisão da arrecadação; quanto entre o Estado-membro e seus municípios, quando concede isenção fiscal sem a reserva da cota parte do ente menor. É nesse ponto que o presente trabalho se projeta, destacando os Temas de Repercussão Geral 42 e 653 do STF, matéria ainda pendente de julgamento no Tema de Repercussão Geral 1.172. Não se sabe como a Suprema Corte decidirá e qual tese irá prevalecer. Nesse sentido, o presente trabalho destacou os pontos fulcrais da discussão, demonstrando que os Estados-membros defendem a posição que se nada foi arrecado, não se deve garantir a cota parte dos municípios tampouco pode se limitar a autonomia do Estado-membro, ao passo que os municípios argumentam não estarem interferindo na autonomia do Estado-membro, exigindo apenas a reserva da cota parte, com a aplicação do Tema 42. Em outras palavras, para os municípios, a atuação do Estado-membro é uma aplicação de um adágio popular, que diz: "fazer cortesia com o chapéu alheio".

Palavras-chave: autonomia do Estado-membro; ICMS, benefícios fiscais; repartição de receita; temas do STF em Repercussão Geral.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Autonomia dos Estados-membros e sua repercussão na seara tributária; 3. ICMS (substituição tributária, divisão de imposto e concessão de isenções e incentivos); 4. Repartição de receitas do ICMS, IPI e IR; 5. Tema de Repercussão Geral do STF 1.172; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Não há como falar em autonomia do ente federativa sem concedê-lo autonomia financeira por meio de competências de instituir e cobrar tributos ou por meio de repartição de receitas ou divisão por meio de fundos específicos, a exemplo do Fundo de Participação dos Municípios de Fundo de Participação dos Estados.

Nesse sentido, a Constituição Federal estatui no seu art. 18, *caput*, que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil é compreendida pela União, Estados, Distrito Federal e municípios. Quanto aos Estados-membros, a autonomia financeira, como uma das espécies de autonomia, é garantida por meio da criação de tributos, sobretudo do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), maior fonte de arrecadação de receita derivada desses entes políticos.

Conforme o art. 155, inciso II, da CF/88, o referido imposto possui como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações tenham início no exterior. Apesar de ser a maior fonte de arrecadação do Estado – membro, uma vez que incide direto nas relações de consumo, na prestação de serviço e na venda de mercadorias, parte do valor arrecadado pelo Estado-membro é dividido com os municípios.

Na Constituição atual, o percentual destinado aos municípios é de 25% (vinte e cinco por cento), sendo que desse percentual, 65% (sessenta e cinco por cento) é dividido, no mínimo, na proporção do valor adicionado, ao passo que 35% (trinta e cinco por cento) de acordo como estabelecer a lei estadual, observado o percentual de 10 pontos a serem distribuídos de acordo com os indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, levando em conta o nível socioeconômico dos educandos. Como se pode perceber, a Constituição assevera a expressão “produto da arrecadação”. Isso deixa antever que se o Estado não arrecadar nada, como na concessão de incentivos fiscais e isenções, não se deveria resguardar a cota parte dos municípios.

Nesse trilhar, consoante o art. 175, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), a isenção é uma das formas de extinção do crédito tributário. Na verdade, conforme se verá na doutrina citada sequer haverá a constituição do crédito tributário, uma vez que o instituto impede o lançamento do tributo. Nesse esteio, a indagação que fica é a seguinte: O Estado-membro é obrigado a assegurar a cota parte dos municípios? Se aplica ao ICMS o mesmo entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao Imposto de Renda (IR) e Imposto sobre Produto Industrializado (IPI), em que a concessão de isenção está no campo da discricionariedade e autonomia da União, sem repercussão na cota?

De antemão, o que se tem são dois Temas do STF, quais sejam, o 42 referente ao ICMS e o 653 destinado a reger as isenções de IPI e IR. O primeiro não consta nenhuma

observação quanto à cota parte dos municípios, enquanto que o segundo, expressamente, exclui-o, o que é compreensivo, uma vez que os valores repassados pelo Fundo de Participação dos Municípios e pelo Fundo de Participação do Estado se mantém igualitário, diferente do ICMS em que pode observar uma situação de desigualdade, uma vez que a maior parte da divisão é baseada no valor agregado das operações realizadas no âmbito municipal.

O STF possui decisões divergentes. Diante desse quadro, a Suprema Corte reconheceu Repercussão Geral no RE nº 1288634/GO, Tema 1.172. Não se sabe qual tese será a vencedora, a dos municípios, os quais defendem a aplicação do Tema 42, originariamente construída para ser aplicada ao ICMS, ao passo que os Estados defendem a Tese 653, que, originariamente, foi assentada para o IPI e IR, por lhes ser mais benéfica e por entenderem que possui a mesma *ratio* daquela que foi pensada para o IPI e IR, em que não há tributo arrecadado.

Diante desse quadro, o presente trabalho, com base na literatura fará uma revisão da bibliografia sobre os aspectos atinentes os assuntos tratados, assim como analisará os temas do STF, com vistas, depois da análise dos direitos contrapostos, apresentar o que se tem de concreto até o momento, em face da matéria pendente de julgamento na Suprema Corte.

2.AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS E SUA REPERCUSSÃO NA SEARA TRIBUTÁRIA

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 assevera que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, ou seja, vedando *prima face* a secessão. Por sua vez, o art. 18, *caput*, da Carta Magna assevera que a organização político-administrativa da Federação compreende os entes políticos, detentores de autonomia. Por último, o art. 25 da CF/88 destaca que os Estados são regidos pela Constituição e pelas leis que adotarem e, em seguida, destacar o art. 11 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição (ADCT), em que o poder constituinte originário determinou que os Estados-membros elaborassem as suas próprias constituições, no prazo de 01 (um) ano, contado da promulgação da Constituição Federal.

Para garantir a sua autonomia tributário-financeira, além da competência comum aos demais entes quanto à criação de taxa e de contribuição de melhoria (art. 3º do CTN), assim como de contribuição sobre remuneração de servidores para a regime próprio (art. 149, § 1º, da CF/88), o art. 155, incisos I, II e III, da Constituição Federal de 1988 estabelece que os Estados-membros podem criar os seguintes impostos sobre: transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD); operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal

e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS); e propriedade de veículos automotores (IPVA).

Diante desse quadro normativo, Novelino e Cunha Júnior (2021, p. 307) ensinam que a Constituição de 1988 atribuiu ao Estados-membros as capacidades de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração. Em relação à primeira capacidade, trata-se da organização por suas Constituições. Já em relação à segunda, os Estados-membros podem legislar sobre assunto relacionado ao seu interesse. No que pese ao autogoverno, revela-se com a possibilidade de os Estados federados elegerem seus governantes. Por último, no que concerne à autoadministração, significa que esses entes políticos organizarão suas próprias administrações, serviços públicos e servidores.

Entretanto, os Estados-membros não possuem soberania e estão submetidos ao que foi delineado pelo poder constituinte originário. Nesse ponto, destacam os autores mencionados que esses entes políticos podem sofrer limitações na sua autonomia, a exemplo da intervenção federal, assim como o poder constituinte derivado decorrente deve obedecer aos princípios constitucionais sensíveis, princípios constitucionais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos consagrados na Carta Política pelo poder constituinte originário.

O autor Lenza (2022, p. 415-416), citando Uadi Lammêgo Bulos, advoga que os princípios sensíveis, expressão nominada por Pontes de Miranda, são aqueles fixados na Constituição Federal no art. 34, inciso VII, alíneas "a" a "e", os quais podem ensejar a intervenção federal por meio do ajuizamento de uma ADI interventiva e aos quais os Estados-membros devem obediência ao editar suas Constituições e leis.

Noutro giro, os princípios constitucionais estabelecidos ou organizatórios, segundo o aludido autor, são aqueles que vedam, limitam e proíbem a livre ação do poder constituinte derivado decorrente, colocando fincas sobre a capacidade de auto-organização do Estado. Essa limitação se manifesta por meio de limites explícitos vedatórios, quanto aos procedimentos vedados pelo poder constituinte; limites explícitos mandatórios, no que diz respeito à liberdade de manifestação; limites inerentes, tácito ou implícito, que vedam a invasão de competência do Estados-membros; limites decorrentes, que decorre da necessidade de observar o princípio federativo, o Estado democrático de direito e o princípio republicano.

Por último, os princípios constitucionais extensivos são os que integram a estrutura da federação, a exemplo, do processo legislativo, orçamentos, os preceitos relacionados à Administração Pública. No caso da federação brasileira, no seu art. 34, inciso VII, alíneas "a" a "e", demarca os princípios sensíveis, entre os quais se encontram a autonomia municipal, que deve ser observada pelos demais entes, sobretudo no que pese a repartição, de forma a garantir a sua autonomia econômica e tributário-financeiro. Ademais, o mesmo

artigo citado, mas no inciso V, alínea “b”, reforça essa preocupação, ao estabelecer que o Estado-membro pode sofrer intervenção federal caso deixe de entregar aos municípios receitas tributárias fixadas na constituição e dentro do prazo fixado em lei, conforme Lenza (2022, p. 773).

Além da observância das limitações delimitadas pelo poder constituinte originário que devem ser observadas pelo poder constituinte derivado decorrente, é salutar destacar a diferenciação tratada pela doutrina e jurisprudência acerca das normas de repetição obrigatória e normas de mera imitação. As primeiras decorrem do caráter compulsório da norma superior, no caso a Constituição da República, ao passo que as segundas, seguem as normas superiores por influência ou sugestão por meio de uma adesão voluntária, conforme leciona Lenza (2022, p. 787). Esse destaque é importante porque para o STF, mesmo que a norma de repetição obrigatória não esteja expressamente reproduzida na Constituição estadual, caberá o controle de constitucionalidade abstrato na Suprema Corte (RE 650.898, j. 01/02/2017, DJe 24/08/2017).

Como se percebe, os Estados-membros possuem autonomia e capacidade delineada na Constituição inclusive para criar imposto, a exemplo do ICMS, e, por simetria, para conceder de isenção. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 veda, no seu art. 151, inciso III, a isenção heterônoma por parte da União, situação segundo a qual o ente diferente daquele que detém competência para criar faria a dispensa legal do tributo, como uma forma de exclusão do tributo. Todavia, há dispositivos no Código Tributário Nacional que ainda mantém a previsão da possibilidade no campo da moratória, segundo a observação de Sabbag (2020, p. 342):

Heterônoma: concedida pela União quanto a tributos de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesta modalidade, a União deve, simultaneamente, conceder a moratória a seus tributos e às obrigações de direito privado. Curiosamente, o CTN permite, no campo da moratória, o que a Constituição Federal veda, no campo das isenções. Relembre-se o princípio constitucional da vedação das isenções heterônomas, constante do inc. III do art. 151 da CF.

Para o autor citado, embora não conste na Constituição Federal de forma expressa, a única possibilidade de se conceder isenção heterônoma é relativamente aos tratados e convenções internacionais em que a República Federativa do Brasil atua como pessoa jurídica de direito externo, como pessoa jurídica internacional, ocasião em que o Estado Federado representado pela União, assim como o presidente da república que atua como

chefe de Estado, buscam fins maiores, como os acordos de interesses soberanos da nação, atendendo aos propósitos da entidade federada.

Nesse esteio, a autonomia tributária é garantida pela Constituição, não podendo sofrer ingerências de outros entes políticos. Porém, essa garantia não é absoluta, pois sofre algumas mitigações estabelecidas seja poder constituinte originário, seja pela legislação infraconstitucional, sendo essa reconhecida pelo STF, como é o caso de isenção heterônoma. Ademais, há limitação destacável também quanto ao tributo arrecadado dado o regramento constitucional de repartição de receita derivada, conquanto o ICMS, por ser um imposto com destinação livre, não requer, para a incidência do tributo, qualquer contraprestação por parte dos Estados-membros, mesmo havendo desvinculação do valor arrecado com o gasto público, consoante adverte Leite (2020, p. 175-176).

3. ICMS (SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DIVISÃO DE IMPOSTO E CONCESSÃO DE ISENÇÕES E INCENTIVOS)

Conforme a Constituição Federal, no seu art. 155, § 2º, incisos I, II e III, o ICMS será não-cumulativo, podendo ser compensado em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante das operações anteriores pelo mesmo Estado ou pelo Distrito Federal. Em seguida, o dispositivo constitucional adverte que no caso de isenção ou de não incidência, salvo determinação em contrário da lei, não implicará crédito para a compensação e acarretará a anulação de crédito relativo às operações anteriores. Por último, o imposto será seletivo em razão da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Nessa toada, para Sabbag (2020, p. 477), o ICMS é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal. Ademais, é um imposto plurifásico, por incidir sobre o valor agregado, segundo o princípio da não cumulatividade. Além disso, é um imposto real, uma vez que possui como base de cálculo o valor do bem, sendo despendida a condição da pessoa que adquire a mercadoria ou o serviço, assim como possui nitidamente o caráter fiscal com alíquotas proporcionais, uma vez que não comporta alíquotas progressivas, porém pode ser seletivo em face da essencialidade do produto ou serviço, o que demonstra a sua faceta de extrafiscalidade.

Nesse trilhar, em acréscimo às hipóteses constitucionais de hipóteses de incidência do imposto já apontadas, a Lei Complementar nº 87/96, denominada de Lei Kandir, dispõe que incide ICMS:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Como deixa antever o texto legal, as hipóteses de incidência, muitas vezes, ocorrem em Estado-membro diferente de onde é adquirido ou consumido o produto ou serviço, o que, indubitavelmente, gera a famigerada guerra fiscal, a qual é amenizada pela substituição tributária e pela repartição da tributação entre os Estados, possibilitada pela Emenda Constitucional nº 87/15.

Quanto à substituição tributária, Sabbag (2020, p. 478) ensina que a substituição tributária progressiva (ou “para frente”) é a situação em que um terceiro é escolhido e qualificado pelo legislador para ser responsável tributário, conforme a previsão constante no art. 150, § 7º, da CF/88, em que ocorrerá o recolhimento do tributo de fato gerador presumido, ou seja, que acontecerá no futuro. De outro modo, conceitua a substituição tributária regressiva (ou “para trás”) como aquela que se revela quando o legislador escolhe um terceiro responsável, ao qual incumbirá recolher o tributo das operações anteriores sobre as quais incidem o ICMS, sendo, portanto, o recolhimento diferido. Essa possibilidade de indicação de responsável tributário possui previsão no Código Tributário Nacional, art. 121, parágrafo único, II, do CTN, mesmo que o agente não possua relação direta com o fato gerador.

Nesse ponto, destaque-se que, recentemente, tanto o STF como o STJ admitem a restituição do valor recolhido de ICMS quando o fato gerador presumido ocorre com a base de cálculo inferior a presumida, o que já possível quando o fato gerador presumido não houvesse ocorrido pela redação do art. 150, § 7º, da CF/88, parte final, conforme os excertos destacados abaixo retirados do *site* Dizer o Direito:

Em adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. STJ. 1ª Turma. REsp 687113-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, por unanimidade, julgado em 05/04/2018 (Info 623).

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais, no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. STF. Plenário. ADI 2675/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski e ADI 2777/SP, red. p/o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgados em 19/10/2016 (Info 844). STF. Plenário. RE

593849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 19/10/2016 (repercussão geral) (Info 844).

É indispensável esse destaque para demonstrar que o STF e o STJ rechaçam a conceituação de que, como a substituição tributária veio para dar praticidade à sistemática da cobrança do ICMS, poder-se-ia prejudicar o contribuinte, a despeito do direito de ele ser ressarcimento pela incidência real menor, sob pena de enriquecimento sem causa em favor do Fisco, por força do art. 884 do Código Civil de 2002.

A substituição tributária regressiva possui previsão no art. 8º da Lei Complementar nº 87/96 quando acentua que o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço, da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada, ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto. Diante dessa sistemática, percebe-se que o legislador elegeu um responsável vocacionado a atender à lei pela leitura de que ficaria mais fácil cobrar dele em vez de cobrar de vários outros que faz operações de baixa escala econômica, como ensina Sabbag (2020, p. 479):

Em outras palavras, o fenômeno lastreia-se na conveniência do Fisco, que entende haver no responsável tributário maior aptidão a recolher do ICMS, mesmo que ele não tenha realizado o fato gerador. Exemplo: produtor de leite cru que distribui seu produto para empresa de laticínio. Esta deve recolher o imposto no lugar daquele. O fato gerador ocorre quando o produto sai da fazenda, porém o recolhimento se dá “na frente” (no laticínio), diferindo-se o pagamento.

Ultrapassada essa barreira da substituição tributária progressiva e regressiva, ainda há outra questão objeto de discussão, embora com o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015, que dividiu o valor da arrecadação do ICMS entre os Estados-membros, aparentemente tenha colocado uma pá de cal no assunto. Essa divisão de valor arrecadado se refere às vendas *online*, situação em que o adquirente e o vendedor se encontram em Estados distintos e o adquirente não é contribuinte de ICMS, situação em que ficou o reservado ao Estado de destino da mercadoria ou serviço o ICMS Difal, a diferença da alíquota interna e a alíquota interestadual.

Como foi delimitado pelo poder constituinte derivado, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interna e a

interestadual será do destinatário do produto, quando ele for contribuinte do imposto, ao passo que será o remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto. Ademais, o imposto será também cobrado da pessoa física ou jurídica, mesmo que não seja contribuinte habitual do imposto, cabendo recolher o imposto o Estado destinatário da mercadoria, bem ou serviço, com dispõe o art. 155, § 2º, CF/88. Nesse esteio, sem embargo das faixas máximas e mínimas das alíquotas do ICMS serem estabelecidas pelo Senado Federal, a ânsia arrecadatória de alguns Estados-membros faz com que a legislação e a jurisprudência mudem ao sabor dos eventos com o intuito de se evitar o proveito na guerra fiscal. Nesse esteio, é importante a atuação da Suprema Corte para fim de barrar esse afã desfreado, como destacado abaixo:

Isso também ocorreu nesse assunto, pois o art. 99 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu a divisão do ICMS Difal, ou seja, o valor arrecadado decorrente da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual quando a adquirente não for contribuinte do imposto, seria dividido entre o Estado remetente do produto ou serviço e o Estado de destino. Mas mal terminou 2019, prazo final de incidência da divisão, vários Estados-membros legislaram e começaram a cobrar o valor do Difal. Entretanto, o STF veio novamente para reconhecer a necessidade de atendimento da regra geral do art. 146 da Constituição Federal, a saber, precisa de lei complementar para resolver conflito de competência e disciplinar regras gerais. Nessa senda, importante destacar o resumo do julgado apresentado pelo site Dizer o Direito: A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais. É necessária a edição de lei complementar, disciplinando a EC 87/2015, para que os estados-membros e o Distrito Federal (DF), na qualidade de destinatários de bens ou serviços, possam cobrar Diferencial de Alíquota do ICMS (Difal) na hipótese de operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do Imposto. São válidas as leis estaduais ou distritais editadas após a EC 87/2015, que preveem a cobrança do Difal nas operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto.

No entanto, não produzem efeitos enquanto não editada lei complementar dispendo sobre o assunto. STF. Plenário. ADI 5469/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Info 1007). STF. Plenário. RE 1287019/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 1093) (Info 1007).

Aqui o STF reconheceu as leis estaduais aprovadas e editadas após a Emenda à Constituição nº 87/2015 como válidas, mas advertiu que elas permanecem com eficácias suspensas até a edição da referida legislação nacional. Todavia, a mencionada lei foi editada, trata-se da Lei Complementar nº 190/2022 que regulamenta a cobrança de ICMS nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

O último assunto tratado nesse tópico diz respeito à concessão de isenção e de incentivos fiscais em relação ao ICMS. Nesse ponto, como dispositivo de maior destaque é indispensável mencionar o art. 155, inciso XII, alínea “g”, da CF/88, o qual dispõe que lei complementar irá dispor a forma de deliberação dos Estados e Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. Essa é a Lei Complementar nº 24/75 a qual assevera que os benefícios mencionados, para serem implementados, precisam ser aprovados no âmbito do Conselho Fazendário (CONFAZ), por unanimidade (art. 2º, § 2º), sendo o órgão composto por 01 (um) representante de cada Estado-membro e do Distrito Federal e 01 (um) representante do Governo Federal que será o presidente do Conselho.

Ocorre que alguns Estados-membros criam programas de incentivos e benefícios sem a aprovação do CONFAZ, o que viola a Constituição Federal, assim como a lei complementar, acentuado ainda mais a desigualdade entre os Estados-membros, repercutindo no acirramento da guerra fiscal. Todavia, o STF reconhece a inconstitucionalidade da lei estadual a qual não obedece ao figurino constitucional, como no caso de o Estado-membro conceder parcelamento não aprovado pelo CONFAZ, conforme excertos retirados dos comentários do *site* Dizer o Direito:

É inconstitucional lei estadual que concede, sem autorização de convênio interestadual, vantagens no parcelamento de débitos do ICMS para empresas que aderirem ao programa de geração de empregos. O Estado-membro só pode conceder benefícios de ICMS se isso tiver sido previamente autorizado por meio de convênio celebrado com os demais Estados-membros e DF, nos termos do art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF/88 e o art. 1º da LC 24/75. A concessão

unilateral de benefícios de ICMS sem previsão em convênio representa um incentivo à guerra fiscal. STF. Plenário. ADI 3796/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 8/3/2017 (Info 856).

Todavia, em outro julgado STF reconheceu a constitucionalidade da lei referente ao regime tributário opcional com redução da base de cálculo condicionada à renúncia ao regime de apuração normal de créditos e débitos, consoante os excertos retirados dos comentários do *site* Dizer o Direito:

No Rio Grande do Sul foi editada uma lei prevendo que as empresas transportadoras teriam duas opções de tributação do ICMS: 1ª) poderiam continuar com o sistema normal de créditos e débitos inerente ao ICMS; 2ª) poderiam aderir a um regime tributário opcional no qual teriam a redução da base de cálculo para o percentual de 80%, condicionada ao abandono do regime de apuração normal de créditos e débitos. O STF entendeu que não é inconstitucional lei estadual que permita que o contribuinte opte por um regime especial de tributação de ICMS com base de cálculo reduzida, mediante expressa renúncia ao aproveitamento de créditos relativos ao imposto pago em operações anteriores, ainda que proporcional. Esta norma não viola o princípio da não cumulatividade. Assim, se a empresa contribuinte optar pelo sistema da base de cálculo reduzida, não terá direito ao creditamento de ICMS. STF. 1ª Turma. AI 765420 AgR-segundo/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgado em 21/2/2017 (Info 855).

Nessa senda, em outra oportunidade o STF admitiu que alguns dispositivos da lei estadual eram inconstitucionais porque concedia benefícios fiscais sem convênio do CONFAZ, assim como parcelamento do pagamento do ICMS sem juros e correção monetária e concessão de créditos fictícios, mas resolveu modular os efeitos. Por sua vez, tratando-se de mero diferimento do pagamento do tributo, a Suprema Corte decidiu que não era necessário o convênio, como se observa o julgado do informativo nº 777, conforme comentários do *site* Dizer o Direito:

É inconstitucional lei estadual que concede benefícios fiscais relacionados com o ICMS sem a prévia celebração de convênio intergovernamental (art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF/88 e LC 24/1975). No caso concreto, o STF julgou inconstitucionais dispositivos da lei estadual que previam parcelamento do pagamento de ICMS em quatro anos sem juros e correção monetária e também os artigos que conferiam créditos fictícios de ICMS de forma a reduzir artificialmente o valor do tributo. Além disso, a Corte entendeu inconstitucional dispositivo que autorizava o Governador do Estado a conceder benefício fiscal por ato infralegal, tendo havido violação à regra da reserva legal (art. 150, § 6º, da CF/88). Por outro lado, o STF considerou constitucional dispositivo de lei estadual que estabeleceu a suspensão do pagamento do ICMS incidente sobre a importação de matéria-prima ou de material intermediário, e transferiu o recolhimento do tributo do momento do desembarço aduaneiro para o momento de saída dos produtos industrializados do estabelecimento. O Supremo entendeu que tais dispositivos são constitucionais porque a jurisprudência permite o legislador estadual, mesmo sem convênio, preveja o diferimento (retardamento) do recolhimento do valor devido a título de ICMS se isso não implicar redução ou dispensa do valor devido. Diferir o recolhimento do valor não significa benefício fiscal e, portanto, não precisa da prévia celebração de convênio. Modulação dos efeitos. O STF decidiu modular os efeitos da decisão para que ela tenha eficácia somente a partir da data da sessão de julgamento. Ponderou que se trata de benefícios tributários inconstitucionais, mas que se deveria convalidar os atos jurídicos já praticados, tendo em vista a segurança jurídica e a pouca previsibilidade, no plano fático, quanto às consequências de eventual decretação de nulidade desses atos, existentes no mundo jurídico há anos. Deve-se chamar atenção para esse fato porque, em regra, a jurisprudência do Supremo não tem admitido a modulação dos efeitos nessas

hipóteses. STF. Plenário. ADI 4481/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 11/3/2015 (Info 777).

Depreende-se que, nesse cotejo, o ICMS é plurifásico e obedece ao princípio da não cumulatividade, sendo compensado com a operação posterior. Nesse trilhar, há uma acirrada quebra de braços entre os Estados-membros e o Distrito Federal para arrecadarem cada vez mais e não perderem renda. Nesse sentido, a Constituição Federal detém institutos que regulam essas forças divergentes e facilitam a fiscalização e a cobrança do imposto, a saber, substituição tributária progressiva e regressiva, ICMS Difal e Convênios do CONFAZ. Assim, vislumbra-se que a autonomia do Estado-membro para dispor tributação no que concerne ao ICMS não é plena, mas vinculada à Constituição, à lei e à jurisprudência do STF, que é vacilante em alguns temas.

4. REPARTIÇÃO DE RECEITAS DO ICMS, IPI E IR

O art. 158, IV, da Constituição Federal assevera que pertencem aos municípios vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Nesse esteio, a Carta Magna dispõe, conforme destaca Novelino e Cunha Júnior (2021, p. 162), sobre uma participação sob a forma de percentual do produto da arrecadação de impostos.

Noutro giro, importante mencionar que a constituição do crédito é o quarto momento do na linha temporal do fenômeno tributário, conforme leciona Sabbag (2020, p. 251), após a previsão da hipótese de incidência, da ocorrência do fato gerador e da obrigação tributária. Nesse sentido, como a lançamento declara a obrigação tributária que lhe antecedente e constitui o tributo, o citado autor leciona que esse procedimento do lançamento possui natureza mista (2020, p. 311), observando o que dispõe o art. 142 do CTN. Ademais, em se tratando de ICMS, ressalta o autor que o lançamento se dá por homologação, situação em que há maior participação do contribuinte, nos termos que dispõe o art. 150, *caput*, e parágrafos, do CTN.

Por sua vez, a isenção é uma das formas de exclusão do crédito tributário, conforme o art. 175, I, do CTN. Nesse trilhar, conforme Sabbag (2020, p. 366), a isenção é legal e não constitucional, e, seguindo o entendimento do STF, posiciona a norma isentiva como localizada no campo da incidência tributária, impedindo o nascimento da obrigação tributária, ou seja, a norma isentiva incide para que a norma tributária não incida. Dessa forma, não há constituição do tributo, ou seja, não resta nada a ser cobrado.

Nesse ponto, vale o destaque que os Estados-membros advogam, em seu benefício, que a expressão “produto da arrecadação”, não dá direito à cota dos municípios quando for concedida isenção de ICMS porque o tributo sequer foi constituído, conforme

aplicação do Tema 653 (RE nº 705.423), embora originariamente tenha sido construído para aplicação nas isenções de IPI e IR, retirados dos comentários sobre a celeuma no *site* Dizer o Direito:

A tese de repercussão geral fixada ficou com o seguinte teor: “É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao IPI por parte da União em relação ao Fundo de Participação dos Municípios e respectivas cotas devidas às municipalidades”.

É certo que o Tema 42 se refere à concessão de isenção de ICMS, em que se denota na transcrição: “Tema: 42 (RE nº 572762) - Retenção de parcela do produto da arrecadação do ICMS, pertencente aos Municípios, em razão da concessão de incentivos fiscais pelo Estado-membro”.

Como se pode observar, o Tema 653 foi construído para as hipóteses de isenções e incentivos de IR e IPI, ocasião em que a repartição é realizada nos moldes do art. 159, I, da CF/88 por meios de fundos específicos. Esses fundos são instrumentos contábeis que facilitam a arrecadação e o repasse, conforme pontuou o professor e juiz federal Márcio André. Por sua vez, a repartição do ICMS é direta, não sendo necessária a constituição de fundo, tampouco homologação por Tribunal de Contas, segundo já apreciou o STF, sob pena de haver ofensa ao princípio da separação dos poderes (STF. Plenário. ADI 825/AP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/10/2018 (Info 921)).

Na mesma toada, é cediço que o texto da Carta Política estabelece que o creditamento das parcelas de receitas para os municípios é efetuado segundo os seguintes critérios, sem qualquer ressalva quanto está constituído ou não o crédito tributário:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

Esses percentuais foram alterados pela Emenda à Constituição nº 108/2020. Nesse esteio, percebe-se que boa parte do valor arrecado é dividido seguindo à proporção do valor adicionado, diretamente baseado no número e valores das operações de mercadorias e serviços que ocorreram no município. É indubitável, em caso de aprovação de uma norma isentiva, haverá alguns municípios mais afetados a outros, resultando numa séria ofensa ao princípio da isonomia, o que não ocorre na isenção decorrente de norma isentiva do IPI e IR, uma vez que o valor arrecado é dividido de maneira uniforme entre todos.

Entretanto, não se pode olvidar que o Estado também possui o seu campo de autonomia a competência para criar e isentar tributo, segundo o princípio da simetria. Todavia, o ICMS possui regramento específico para evitar a guerra fiscal, facilitar a arrecadação e para conceder isenções. Dessa feita, não pode os Estados-membros conceder isenção ou incentivo sem aprovação no âmbito do CONFAZ. Da mesma forma, os Estados-membros compartilham uma tributação que não é cumulativa, o que implica afirmar que, se um ente concede um benefício sem amparo no ordenamento jurídico, o outro poderá obstar a compensação realizada em documentos inidôneos. Ademais, isenção do Estado-membro pode afetar de forma dessarzoável um ente menor frente a outro.

5. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF 1.172

Antes de estudar a Tema 1.172 de Repercussão Geral do STF, é salutar destacar dois julgados do STF divergentes quanto à aplicação dos Tema 42 e 653. O primeiro deles é Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 960.431/RN, cujo Relator foi o Ministro Alexandre de Moraes, 1ª turma, julgado em 19/06/2018. Esse Recurso Extraordinário foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte em desfavor do município de Baraúna/RN. Nele o Estado requer que se aplique o Tema 653, mas o relator encabeçou a tese vencedora, afirmando, com base no Tema 42: "A retenção da parcela do ICMS constitucionalmente devida aos municípios, a pretexto de concessão de incentivos fiscais, configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias". Dessa forma, ficou entabulada a seguinte ementa do agravo:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA SUBMETIDA À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 42. RE 572762. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. TEMA 653. RE 705.423. INAPLICABILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Tema 42 da Repercussão Geral), o repasse da quota constitucionalmente devida aos municípios não pode se sujeitar à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. O agravante não

logrou afastar a incidência do referido precedente. 2. Não se aplica o decidido no RE 705.423, Tema 653 da Repercussão Geral, tendo em vista que se trata de tributos distintos, regulamentados por dispositivos constitucionais específicos. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

Por sua vez, em outro Agravo Regimental, mas agora na Reclamação 32.013/RS, Relator Ministro Edson Fachin, 2ª turma do STF, assentou-se que a expressão “produto da arrecadação” não admite interpretação para incluir benefícios e incentivos fiscais, sendo indiferente a aplicação para de repartição do fundo ou definição de titular de receitas. Nesse sentido, conclui o relator que os municípios não possuem direito subjetivo de índole constitucional em relação à União (*rectius*, Estados). Esqueceu o relator que não estava se julgando sobre isenção de IR e IPI, mas de ICMS, pelo visto se olvidou de trocar os entes federativos, e manteve a União que estava no Tema 653. Nesses termos, segue a ementa do agravo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. REPASSE A MUNICÍPIO. INCENTIVOS FISCAIS. TEMA 653. MÁ APLICAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. TEMA 42. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No RE 705.423, de minha relatoria (Tema 653), o Tribunal definiu que a expressão produto da arrecadação não admite interpretação de modo a incluir os benefícios e incentivos realizados. O ato reclamado não divergiu dessa orientação. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Como se pode se perceber o tema é divergente entre as turmas do STF. Diante dessa divergência, o STF reconheceu a Repercussão Geral por meio do Tema 1.172. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 1288634/GO, Relator Ministro Presidente, a ser julgado pelo Tribunal pleno. O recurso foi interposto pelo município de Edealina/GO em desfavor do Estado de Goiás. A controvérsia a mesma: o Estado defende que não arrecadou e, portanto, não tem nada a repassar, porque não constituiu o imposto, ao passo que o município requer a aplicação do Tema 42, destinado ao ICMS. Com destaque a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. BENEFÍCIO FISCAL OFERECIDO PELO ESTADO DE GOIÁS.

PROGRAMAS FOMENTAR E PRODUZIR. REFLEXOS NA ARRECADAÇÃO. REDUÇÃO PROPORCIONAL DO REPASSE CONSTITUCIONAL DEVIDO AOS MUNICÍPIOS. ARTIGO 158, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENTENDIMENTO DESTA CORTE NOS TEMAS 42 E 653. CONTROVÉRSIA SOBRE PARTICULARIDADES DOS INCENTIVOS CONCEDIDOS. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Não tem como antever o resultado da divergência, mas concretamente, o Ministro Edson Fachin já detém posição firmada porque foi o relator do Tema 653 referente ao IPI e IR. Ademais, já se manifestou, posteriormente, no Agravo Regimental na Reclamação, que manteria seu posicionamento no sentido de que a expressão “produto da arrecadação” engloba tanto a repartição realizada por meios fundos como a divisão direta como ocorre na repartição de receitas do ICMS.

Por outro lado, a Suprema Corte sempre manifestou uma preocupação com o pacto federativo e com a autonomia dos entes menores, assim como com os instrumentos que inibem a guerra fiscal. Entretanto, com o Tema 653 permitiu a União conceder isenções e incentivos no exercício de sua autonomia, com implicações nos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, repercutindo no repasse de recursos aos outros entes. Nesse aspecto, deve-se inclusive se analisar até que ponto o Estado-membro pode conceder isenção com intuito de inviabilizar a Administração do município, ferindo de morte a autonomia financeira dos entes menores sob o argumento de sua autonomia organizacional.

6. CONCLUSÃO

A Carta Magna consagra a autonomia dos Estados-membros de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autolegislação. A liberdade de instituir e conceder isenção compreende a atuação autônoma desses entes políticos de forma que não pode ser abolida, uma vez que é uma cláusula pétrea, sob pena de ofensa ao pacto federativo. Todavia, mesmo com a garantia de autonomia, o próprio constituinte estabeleceu parâmetros mínimos que devem ser obedecidos pelos Estados-membros, apresentados pela doutrina como princípios sensíveis, estabelecidos e extensíveis, trabalhado na jurisprudência e na doutrina também como norma de repetição obrigatória, em que se deve considerar como existente, mesmo que implicitamente, e as normas de mera imitação.

Nesse esteio, aos Estados-membros foi outorgada pelo poder constituinte originário a competência para instituir ICMS e conceder isenção, o qual se revela como a principal fonte arrecadadora desses entes, instrumento fulcral para resguardar a sua autonomia financeira. Entretanto, parte do valor arrecadado pertencem aos municípios, que não pode ser retido ou condicionado, o que poderá ensejar em uma das hipóteses de intervenção federal. De outro lado, a liberdade concedida a todos os Estados-membros, exigiu do mesmo poder constituinte a previsão de lei complementar para regulamentar pontos de conflitos ensejadores de guerra fiscal. Nessa toada, a liberdade de estabelecer em isentar o ICMS não é plena porque tem de ocorrer por meio de Convênio no âmbito do CONFAZ, uma vez que a atuação isolada de um ente federativo por ocasionar um desequilíbrio na arrecadação entre os entes federativos.

Ademais, os Estados-membros devem respeitar os parâmetros legais e constitucionais acerca de substituição tributária, porque as relações comerciais de produtos e serviços no âmbito nacional não reconhecem as divisas, o que denota que o adquirente pode se encontrar em outro Estado diferente onde se encontra o vendedor. Nesse esteio, para mitigar essas disputas de forças, a Emenda à Constituição nº 87/2015 já foi aprovada para atender um pleito dos Estados-membros que estavam em desvantagens na divisão arrecadatória de vendas de produtos realizados por vendas *online*. Embora, posteriormente, o STF tivesse que se manifestar para deter a ânsia arrecadatória dos Estados-membros que editaram leis para cobrar o ICMS Difal antes da edição de lei complementar federal.

Os pontos de toque de divergência no ICMS não se resumem apenas na guerra fiscal entre os Estados-membros. Mas, recentemente, a história ganhou outro capítulo, uma vez que os Estados-membros decidem criar benefícios fiscais por meios de incentivos e isenções que afetam diretamente o valor a ser repassado aos municípios. Nesse aspecto, digladiam-se dois Temas: 42 e 653. O primeiro construído para ser aplicado ao ICMS, enquanto o segundo formatado para o IPI e IR cujo repasse se dá por meio de Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios.

Os Estados-membros defendem a sua posição com o argumento de autonomia administrativa e organizacional em estabelecer a sua política de isenções e incentivos. Ademais, advogam que a Constituição contém a expressão “produto da arrecadação” em relação aos 25% do ICMS que devem ser repassados aos municípios. Logo, se foi concedida uma isenção, não houve constituição do tributo. Portanto, não há nada a ser dividido, segundo esses entes, com a aplicação do Tema 653, que originariamente foi formatado para IPI e IR. Por sua vez os municípios defendem a aplicação do Tema 42 do STF, em que não se faz essa distinção entre produto de arrecadação e reserva da cota parte. Desse modo, entendem que os Estados-membros podem conceder os benefícios fiscais, mas desde que resguardem a cota parte dos municípios.

Diante da divergência, o STF resolveu reconhecer Repercussão Geral no Tema 1.172, no Recurso Extraordinário nº 1288634/GO, ajuizado pelo município de Edealina/GO em desfavor do Estado de Goiás, que concedeu incentivos fiscais, sem a reserva da cota parte do município. Não se sabe como se posicionará o pleno do STF. É certo que, em julgados anteriores, em sede de agravo regimental, alguns ministros já demonstraram ser mais simpáticos na aplicação de uma tese em detrimento de outra. Um desses é o Ministro Edson Fachin, que foi relator do Tema 653, para qual o que importa é o produto da arrecadação. Se nada foi arrecadado, é desimportante se a divisão ocorre por intermédio de fundo de participação ou por meio de divisão direta da cota parte, sem se ater a diferença entre as formas de participação e a repercussão da norma isentiva.

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Constitucionalidade de regime tributário opcional com redução da base de cálculo condicionada à renúncia ao regime de apuração normal de créditos e débitos. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscador>

[dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b28d8e3ccb1ff9d46fa2d9e70222c9e7](https://www.buscador.com.br/jurisprudencia/detalhes/b28d8e3ccb1ff9d46fa2d9e70222c9e7).

Acesso em: 22 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bdc8b08ca966b6626e1f186f03c9a060>. Acesso em: 22 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É inconstitucional norma de Constituição Estadual que confira competência ao TCE para homologar os cálculos das cotas do ICMS devidas aos Municípios. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscador.com.br/jurisprudencia/detalhes/4a3fd911279cd8bc597fa13222ef83be>.

Acesso em: 22 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Inconstitucionalidade de lei estadual que concede vantagens no parcelamento do ICMS para empresas que aderirem a programa de geração de empregos. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizer>

[odireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f7dafc45da369f8581fdf3bd599075aa](https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f7dafc45da369f8581fdf3bd599075aa). Acesso em: 22 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Mesmo após a EC 87/2015, é necessária a edição de uma lei complementar federal para que se possa cobrar o Diferencial de Alíquota do ICMS(Difal). **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6c90885b28e58d1f44856d787da2078f>. Acesso em: 22 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. União pode conceder incentivos relacionados com o IR e o IPI mesmo que isso diminua os repasses destinados ao FPM. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/373e4c5d8edfa8b74fd4b6791d0cf6dc>. Acesso em: 22 mar. 2022.

LEITE, Harrison. **Direito financeiro**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. (Coleção Esquematizado).

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Constituição Federal para concursos**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

PLANALTO. República Federativa do Brasil. **Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário essencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na Reclamação 32.013/RN**. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752977492>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 960.431/RN**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747854421>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 1288634/GO**. Relator: Min. Presidente. Pendente de julgamento. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12103/false>. Acesso em: 22 mar. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 650.898/RS**. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413775>. Acesso em: 22 mar. 2022.

ESTUDO SOBRE RATIFICAÇÃO DOS PROTESTOS MARÍTIMOS FORMADOS A BORDO: CONCEITO E TRAMITAÇÃO

MURILO CALLOU TAVARES DE SA: Analista Judiciário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Maurício de Nassau e em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale.

RESUMO: O presente trabalho consiste em uma análise efetiva de uma importante inovação constante no Código de Processo Civil e não muito difundida do cotidiano dos juristas: a ratificação dos protestos marítimos formados a bordo e seus respectivos desdobramentos. Após a explanação do conceito, estuda-se a formação do instituto, descrevendo todo o seu roteiro e o porquê de ser imprescindível em qualquer tipo de viagem.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Marítimo; Inovações do Novo Código de Processo Civil; Protesto; Ratificação dos protestos marítimos formados a bordo.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definição e razão de existência; 3. Tramitação; 4. Conclusão; 5. Referências.

1.Introdução

É cediço que muito do desenvolvimento mundial teve como palco as rotas marítimas, fazendo despertar um interesse por parte de vários profissionais de diversas categorias, entre eles os operadores do Direito Marítimo. Essa área, já bastante desenvolvida, é vista como um dos ramos mais promissores no mundo jurídico, trazendo a importância do respeito à ética pertinente à navegação e do zelo pela segurança dos seus tripulantes e do patrimônio natural e privado envolvido.

2.Definição e razão de existência

A ratificação judicial de protesto formado a bordo sofreu algumas modificações com o advento do Novo Código de Processo Civil. No código precedente, conforme disposto no artigo 1.218, era preciso uma ata de deliberação para tal. Devido à exacerbada burocracia, essa exigência foi extinta.

O protesto, neste viés, significa manifestar, de forma solene, o desejo de fazer prova de um fato ou de alguma coisa. Dessa maneira, cabe ao capitão do navio comprovar qualquer tipo de ocorrência que venha a acontecer durante a viagem, seja em relação a carga, aos passageiros ou ao próprio navio.

Em outras palavras, o protesto pode ser entendido com um ato escrito praticado pelo capitão do navio que busca documentar a ocorrência do que ocorreu durante toda a viagem, os sinistros, as avarias ou qualquer outro tipo de perda suportada pelo navio ou sua carga, ou de ambos. Essa formalidade tem o intuito de assegurar uma proteção ao responsável pela embarcação, eximindo a responsabilidade do capitão em situações de caso fortuito ou força maior.

Para ser validamente reconhecido, é imprescindível a ratificação judicial do protesto. Após isso, passa a gozar de fé pública e podem fazer prova em juízo, ressalvada a outrem comprovar o contrário. Ou seja, sua presunção é relativa.

Se desejar se escusar de eventual responsabilidade ou até mesmo prevenir a conservação e ressalva de seus direitos, é dever do Capitão do navio, à luz dos novos ditames da lei processual, se apresentar em juízo para descrever todos os fatos ocorridos a bordo, sobretudo os que se referem aos casos acidentais e de força maior, ocorridos durante a trajetória da embarcação.

3. Tramitação

Dentro da nova sistemática introduzida pelo Código de Processo Civil, todos os protestos e os processos testemunháveis formados a bordo lançados no livro Diário da Navegação deverão ser apresentados pelo Comandante ao juiz de direito do primeiro porto, nas primeiras vinte e quatro horas de chegada da embarcação, para sua ratificação judicial.

A petição inicial conterà a transcrição dos termos disseminados no livro Diário da Navegação e deverá ser instruída com reproduções das páginas que contenham os termos que serão corroborados, dos documentos de identificação do Comandante e das testemunhas arroladas, do rol de tripulantes, do documento de registro da embarcação e, quando for o caso, com cópia do manifesto das cargas sinistradas e a qualificação de seus consignatários, traduzidos, quando for o caso, de forma acessível para o português.

A petição inicial deverá, ainda, ser distribuída com urgência e encaminhada ao juiz, que ouvirá, sob compromisso a ser prestado no mesmo dia, o comandante e as testemunhas em número mínimo de duas e máximo de quatro, que deverão comparecer ao ato sem a necessidade de prévia intimação.

No caso de estrangeiros que não sejam fluentes na língua portuguesa, o autor deverá fazer-se acompanhar por tradutor, o qual deverá prestar compromisso em audiência. Caso o autor não se faça acompanhar por tradutor, cabe ao juiz nomear outro que preste esse compromisso nesse momento.

Iniciada a audiência, o juiz divulgará os consignatários das cargas indicados na petição inicial e outros eventuais interessados, devendo nomear para os ausentes um curador para o ato.

Após ouvir o comandante e as testemunhas, o juiz, se convencido da veracidade dos termos lançados no Diário da Navegação, ratificará por sentença o protesto ou o processo testemunhável lavrado a bordo, sendo dispensado o relatório. Independentemente do trânsito em julgado, será determinada a entrega dos autos ao autor ou ao seu advogado, mediante a apresentação de traslado. Caso as pessoas determinadas não compareçam ao ato, pode o juiz dar continuidade ao processo visto que não há um efetivo prejuízo às partes.

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, pode-se acrescentar que o protesto é, por excelência, o elemento para declaração de avaria grossa e arribada forçada, de acordo com o exposto no artigo 743 do Código Comercial.

Além disso, sabe-se que somente o protesto – devidamente ratificado pela autoridade judicial competente – é capaz de eximir as responsabilidades civil e tributária tanto do transportador como do seu agente marítimo.

O protesto marítimo, depois de ratificado em uma corte de justiça, é dotado dos mesmos efeitos do protesto judicial. Assim, o protesto marítimo ratificado é validado como notificação com efeito erga omnes diante da imprescindibilidade de se prevenir responsabilidades e assegurar a conservação e a ressalva de direito.

5. Referências.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Direito Constitucional Marítimo. O Acesso à justiça no Tribunal Marítimo e seus Princípios Constitucionais Processuais. Juruá Editora, Curitiba, 2011.

GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. Teoria e Prática do Direito Marítimo, 1a. Ed., Livraria e Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

MENEZES, Wagner. O Direito do Mar. Brasília: FUNAG, 2015.

A ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR CASAIS HOMOAFETIVOS

THAIRES DOS SANTOS SOUSA PASSOS DE ALMEIDA

RESUMO: Adotar uma criança é um dos principais interesses dos casais que desejam constituir uma família, conseqüentemente existem leis que garantem a efetivação legal da ação. Mas tratando-se de casais homoafetivos, muitas vezes a adoção não é concretizada por falta de um ordenamento jurídico brasileiro, apesar da Constituição Federal de 1988 propagar o respeito ao princípio da igualdade. Nesse ínterim, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o instituto da adoção de crianças por casais homoafetivos. O estudo fundamenta-se na revisão bibliográfica com vários teóricos que abordam sobre o assunto, pois a síntese de conhecimentos obtidos por meio da descrição do tema abre espaço para realização de novas investigações, o que sem dúvidas se dar de forma sistematizada com rigor metodológico. E com base nas informações coletadas, pode-se constatar que a resistência em reconhecer juridicidade adoção por casais homoafetivos perpetua-se com omissão legal, pois é constitucional, todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

Palavras – chave: Adoção. Casais homoafetivos. Legislação.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE ADOÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 2.1 Adoção no Brasil. 2.2 Adoção homoafetiva e o ordenamento jurídico do Brasil. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A família é um elemento essencial para construção de uma sociedade, por esse motivo a Constituição Federal de 1988 garantiu ser direito de todos. Portanto, quando uma criança ou adolescente tem esse direito violado é de competência dos órgãos governamentais efetivar os ordenamentos jurídicos em prol da garantia de uma família por meio da adoção.

Adoção é uma ação utilizada por inúmeros indivíduos tanto no Brasil como no exterior, da qual o interesse principal do ato de ação parte no acolhimento da criança ou adolescente, prestando-lhe todos princípios fundamentais para seu desenvolvimento pleno na sociedade como: saúde, educação, afeto, respeito e atenção, ou seja, a adoção não tem como base somente suprir as necessidades materiais. Desse modo pode-se afirmar que, a doção é um ato sério, complexo, principalmente quando interesse da adoção está correlacionada ao casal homoafetivo.

A união homoafetiva uma realidade na sociedade contemporânea, após o Supremo Tribunal Federal no mês de 2011 ter reconhecido a união estável homoafetiva (pessoas do mesmo sexo) por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental 132. E em 2013, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ publicou uma resolução que permitiu aos cartórios registrarem casamentos homoafetivos, conseqüentemente abriu-se pauta sobre adoção de criança como filho de casal homoafetivo (DINIZ, 2019).

Visando melhor compreender o processo jurídico acerca da adoção de criança por casal homoafetivo, o presente trabalho será desenvolvido dando ênfase a esse fenômeno, por ser facilmente notado que muitos membros da sociedade discordam da adoção nesse modelo de família. E ausência de lei centralizada nesse contexto, aumenta os desafios da efetivação da adoção por pares homoafetivos. Em virtude disto, a pesquisa fundamenta-se na seguinte problemática: Como acontece o ordenamento jurídico no instituto da adoção de crianças por casais homoafetivos?

Para encontrar resposta da lacuna foram elaborados alguns objetivos: analisar o instituto da adoção de crianças por casais homoafetivos, averiguar o conceito e caracterização da adoção no Brasil, identificar os desafios da nova concepção familiar por intermédio da adoção homoafetiva e por fim, constatar como o ordenamento jurídico no Brasil atua sob a adoção de criança por casais homoafetivos.

Enfatizar sobre o assunto em questão é relevante, pois é crescente o interesse de casais homoafetivos que buscam o direito de constituir uma família. Paralelamente, muitos encontram na adoção a possibilidade de concretizar seus interesses, desse modo, acredita-se que o tema em estudo está direcionado para sociedade, por apresentar o assunto com base nos elementos que constituem o ordenamento jurídico no Brasil sob adoção homoafetiva.

Dentre os meios possíveis de investigação adotará o estudo bibliográfico em caráter descritivo, tendo em vista conhecer profundamente sobre o tema em questão por autores que possuem obras publicadas em livros, revistas eletrônicas, artigos e jurisprudências.

2 CONCEITOS DE ADOÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes mesmo de correlacionar a definição de adoção e suas particularidades é fundamental ressaltar que a situação de abandono, negligência, violência física entre outras intercorrências negativas envolvendo crianças e adolescentes não trata-se de um fenômeno da atualidade. Segundo Carasco (2014) existe registro que provam que fatores adversos cooperavam com o símbolo de abandono de crianças e adolescentes. Muitos eram órfãos de pai e mãe, ou tinha alguma deficiência, até mesmo era símbolo da infidelidade de um dos conjugue, conseqüentemente abandonados.

O reflexo da não aceitação partia muitas vezes da própria mãe ou dos familiares, o que resultava em abandono. Segundo Farias (2011) os abandonos dessas crianças eram

em locais de risco como: penhasco, florestas, sendo distante das áreas urbanas, sem dúvidas existiam grande percentual de morrer por falta alimento, liquido ou até mesmo serem alimentos de animal, por existir dificuldade de serem encontrados. Para melhor compreender essa eventualidade Torres (2016, p.103) reforça que:

O abandono de bebês recém-nascidos ou de crianças era uma prática comum nos séculos XVII e XVIII no Brasil colonial. Meninas e meninos eram abandonados em calçadas, praias ou terrenos baldios, falecendo por falta de alimento, pelo frio, ou passando a conviver com as lixeiras, tendo por companhia cães, porcos e ratos nas ruas fétidas das desorganizadas e nascentes cidades brasileiras (TORRES, 2016, p.103).

Os episódios de abandono prosseguiram durante muitos anos, mediante a essa ocorrência aos poucos surgiram às primeiras intervenções. Segundo Alves (2009) no dia 28 de setembro de 1871, foi promulgado a Lei nº 2.040, conhecida como Lei do Ventre Livre, assinada pela princesa Izabel, na regência do Império. O decreto tinha como finalidade primordial assegurar que os filhos de mulheres escravas, nascidos a partir da promulgação da lei, seriam considerados “libertos”, deixariam de ser “coisa”, assim como eram considerados.

No século XVII o descaso quanto ao tratamento com as crianças no ano de 1963 despertou atenção do governador Antônio Paes de Sande, da Bahia fala para o EL-Rei sobre o grande transtorno das crianças abandonadas, as quais eram chamadas de “desvalidas ou expostas” conforme expressão da época.

Outro fato levantado por Torres (2016) foi que no mesmo ano a Carta Regia de 12 de Dezembro determinava que as crianças fossem alimentadas pelos bens do Conselho do Reino. A ordem não foi cumprida, isto é a Câmara da época alegou falta de recurso para cumprir esta ordem, sendo assim os problemas relacionados às crianças se prolongariam. As crianças e adolescentes iriam continuar a ser esquecidos e colocados para segundo plano.

Em virtude da ordem dada para que as crianças fossem alimentadas e cuidados não terem sido cumpridos, os problemas relacionados aos abandonados ficaram a encargo da igreja católica, por meio da construção de instituições e locais voltados para atender as crianças, adolescentes, viúvas, doentes e pessoas menos favorecidas. Ademais, uma das instituições construídas foi a Santa Casa de misericórdia, que na época acolhia os órfãos abandonados (SOUZA, 2018).

Na busca de dados sobre a situação dos menores na historia do Brasil, se observa que existe uma grande ausência de registros sobre tal fato. O que se sabe

indubitavelmente é que os locais mais comuns para abrigar os “expostos” e “enjeitados”, eram as igrejas e conventos e logo depois de um tempo a “roda do exposto”.

A roda do exposto trata-se de um ambiente na qual era colocado crianças rejeitadas pela sociedade, especificadamente pela família, Aragão e Vargas *apud* Alves (2009, p.33), enfatiza que:

Em 1778, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro contribuiu com oitocentos cruzados para as despesas da Santa Casa de Misericórdia, doação ordenada pelo Alvará de 08 de outubro daquele ano. Este esporádico esforço filantrópico não propiciou a colheita de bons frutos. O projeto de outros asilos para enjeitados sofreu críticas por causa das péssimas condições das instalações e aos maus-tratos a que as crianças eram submetidas. O número de mortes naquelas instituições era bastante alto. A “caridade crista” era exercida a nível de castigo, já que as crianças eram “frutos do pecado” (“monstros” ou “pródigos”, diria um romano) e podiam ser consideradas como uma espécie de “lixo social” ARAGÃO; VARGAS, 2005, *apud*, ALVES, 2009, p.33).

De fato a igreja católica era para cuidar, acolher os “enjeitados” como eram chamados, mas o que se observar no ano de 1778 é o descaso acerca de como era procedido às doações realizadas pelas instituições bem como a forma em que as crianças eram tratadas, ou seja, de forma que além de serem desamparadas pela família e de estarem em uma das instituições seriam punidos de alguma forma pelo erro dos seus pais, porque nota-se que essas crianças eram vistas como fruto de um pecado, por isso deveriam de algum modo pagar pelo nascimento ou pelo pecado cometido antes.

No final do império e início da República não se tem registro de desenvolvimento de políticas sociais, quer dizer, a população da época era entregue realmente as instituições como as Santas Casas de Misericórdia. De acordo com Marcilio (2016), havia nessas Santas Casas o sistema de rodas, vindo da Europa no século XIX, esse sistema tinha o principal objetivo de amparar as crianças abandonadas e de recolher donativos.

Marcilio (2016) destaca que o sistema de rodas de expostos foi criado na Europa medieval, e que este sistema foi um meio encontrado para garantir o anonimato da pessoa que deixaria a criança indesejável. Sendo que as crianças as quais os pais não queriam, eram abandonadas em qualquer lugar, inclusive no lixo, no meio das ruas, em bosques, caixas, portas de igreja e casas de família. Assim sendo pode-se afirmar que a roda de exposto tinha como finalidade atender de modo assistência, assim ilustra Marcilio (2016 p.54):

A roda de exposto, como assistência caritativa, era, pois missionária. A primeira preocupação do sistema para com a criança ela deixada era providenciar o batismo, salvando a alma da criança: a menos que trouxesse consigo um escritinho – fato muito corrente – que informava a rodeira de que o bebe já estava batizado. Mas se os responsáveis da instituição tivessem qualquer dúvida sobre a validade desse batismo, batizavam de novo, *sub conditionem*, como mandavam as melhores leis do Direito canônico (MARCILIO, 2016, p.54).

Mediante a citação acima, percebe que o objetivo central da roda de exposto era propagar o catolicismo, não meramente atender as necessidades reais das crianças, mesmo assim prosseguiu com os seus subsídios desde o Portugal até adentrar ao Brasil. Conforme assegura Izar (2011, p. 23):

A Roda dos Expostos foi uma instituição que existiu e foi extinta na França, que existiu em Portugal e foi trazida para o Brasil no século XVIII. Os governantes a criavam com o objetivo de salvar a vida de recém-nascidos abandonados, para encaminhá-los depois para trabalhos produtivos e forçados. Foi uma das iniciativas sociais de orientar a população pobre no sentido de transformá-la em classe trabalhadora e afastá-la da perigosa camada envolvida na prostituição e na vadiagem (IZAR, 2011, p.23).

O nome da roda provém do dispositivo onde eram colocadas as crianças que eram abandonadas, tinha uma forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória, era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criança que enjeitava. Logo em seguida, ele girava a roda e assim a criança já estava do outro lado do muro. Para finalizar a entrega da criança puxava-se uma corda com uma sineta, para avisar a vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor se retirava do local, sem ser identificado (MARCILIO, 2016).

As crianças abandonadas nas rodas seguiam uma característica, ou melhor, dizendo eram parecidas. Sabe-se que na maioria das vezes as mesmas eram filhos bastardos, escravos, ou a família já tinha muitos filhos. A roda do exposto foi uma das instituições brasileiras de mais longa vida. Só foi extinta definitivamente na década de 1950. A mesma sobreviveu a três grandes regimes da histórias, foi criada na Colônia, passou pelo período imperial e conseguiu se manter durante a República (MARCILIO 2016).

Muitos membros da sociedade consciente que na roda dos expostos encontrava crianças abandonadas, conseqüentemente os senhores da classe da elite passaram buscá-

las para servi como escravos ou até mesmo como dama de companhia para suas filhas, dava-se iniciou adoção inadequada.

O que desperta atenção é o fato de que esse tipo de ação estava acompanhado de humilhações, desafetos e exclusão. Ou seja, as damas de companhias não eram tratadas como membros da família cumpriam uma funcionalidade, e embora que as filhas de seus senhores pudessem criar um vínculo de amizade, as mesmas não possui nenhum tipo de direito. Todavia, após a Primeira Guerra Mundial houve uma mudança significativa nesse contexto pelo fato de que muitas personalidades importantes da história da humanidade foram adotadas legalmente assim descreve Camargo (2016, p.74).

A prática da adoção sempre existiu nos países de direito romano que estabeleceram suas bases legais na ideia de filiação conferida por certificado aos pais adotivos, que anulava a filiação biológica e garantia, através do adotado, a transmissão do nome da família. Foi desta forma que a linha imperial que parte de Otávio, o 'Augusto', adotado por Júlio César, reinou por mais de um século no império romano, através de seus descendentes adotivos Tibério, Calígula, Nero, Trajano, os Antônios e Marco Aurélio. [...] Assim, também, Napoleão Bonaparte, cuja esposa Josefina havia se tornado estéril, procurou garantir, através do Código Civil, todos os direitos aos filhos adotivos, inclusive os de sucessão. Após a Primeira Guerra Mundial, com o objetivo de inserir crianças órfãs em famílias e para homenagear os pais, elevados à condição de heróis por terem morrido na guerra, os países de direito anglo-saxão passaram a usar o regime de adoção legal (CAMARGO, 2016, p.74).

Entende-se que adoção apesar de existir desde o início da civilização aos poucos foi sendo efetivadas pela sociedade como requisito se suprir suas necessidades afetivas. E para melhor compreender essa questão convém destacar que, a palavra adoção, que origina da palavra em latim *adoptare*, e tem como significado escolher, perfilhar, "dar seu próprio nome". Portanto, por esse entendimento de dar o seu próprio nome, demonstra claramente a pessoalidade e a irrevogabilidade contida neste instituto, que deriva da vontade própria para a obtenção de algo que seria por natureza impossível (DIAS, 2011).

Com a evolução e modernização das relações sociais, bem como uma maior demanda de casais que não podem ter filhos, a adoção passou a ser mais procurada, mas, seu foco não deve ser de suprir uma carência do casal pelo fato de não poderem ter filhos, e sim a busca do bem estar social, físico e mental do adotando.

Nesse contexto, pode-se destacar o entendimento de Nader (2016, p. 374):

Nenhum instituto jurídico supera o conteúdo social e humanitário da adoção. Mais do que uma relação jurídica, constitui um elo de afetividade, que visa a substituir, por ato de vontade, o geneticamente formado pela natureza. Sob o ângulo moral, a adoção apresenta um componente nem sempre presente na procriação: a paternidade desejada. Qualquer que seja a motivação íntima, a adoção deve ser um ato de amor, propósito de envolver o novo ente familiar com igual carinho e atenção dispensados ao filho consanguíneo (NADER, 2006, p.374).

Desta forma, é de fundamental importância dar destaque a base afetiva que envolve a adoção, pois é uma filiação resultante de laços adquiridos após o nascimento, e não como o resultante de laços sanguíneos como é o caso da filiação natural.

Juridicamente conceituando, a adoção é ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho uma pessoa totalmente estranha, e que não descende de sua genealogia. Neste entendimento básico, é importante conhecer as definições dadas por alguns estudiosos do assunto, as quais se passam agora a citar Dias, (2011, p. 472) "a adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica".

Por meio da citação descrita é possível perceber que adoção trata-se de uma ação que constitui uma relação afetiva entre dois elementos: adotante e o adotado, que paralelamente constrói o vínculo paterno e filiação sem a existência do componente sanguíneo, ou seja, as relações afetivas entre ambos associadas com as legislações os tornam pais e filhos, conforme descreve Gonçalves (2012, p.376) a seguir:

Adoção é o ato jurídico pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha. Malgrado a diversidade de conceitos do aludido instituto, todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma *fictio iuris*. A adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação. Por seu turno, é um ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim (GONÇALVES, 2012, p.376).

A adoção é um processo jurídico legal, no qual se transfere todos os direitos e deveres gerados pela descendência direta da criança ou adolescente em relação à família natural, para uma família substituta, as quais os recebem e, a partir daí, passa a ser filho legítimo desta família, resguardados todos os direitos e deveres.

2.1 Adoção no Brasil

Adoção ao longo dos anos tem se tornando uma questão com grandes indagações e intervenções jurídicas no território brasileiro, por esse motivo ao longo da civilização surgiram proposta e leis regulamentando essa questão, tendo em vista propor melhoria na formação de conduta da criança em aspecto afetivo, social e moral.

De acordo com os dados do Cadastro Nacional de Adoção a sociedade brasileira tem despertado o interesse pela adoção, pois dentre 1 criança na lista de espera por uma família, existe cerca de 5 adotantes querendo adota-la, porém, adoção no Brasil é considerada por muitos membros da sociedade como lenta, de tal modo que muitos no transcorrer do processo desistem por idealizar que os elementos burocráticos são desnecessários já que adoção está vinculada ao princípio da solidariedade (GONÇALVES, 2019).

Ademais, para adotar uma criança no Brasil inicialmente o adotante deverá se apresentar no Ministério Público e solicitar informações para dar início ao processo de adoção, na qual deverão solicitar os documentos que formulam um conjunto de informações sobre o perfil do adotante. Em seguida o mesmo deverá realizar uma inscrição no Cadastro Nacional de Adoção – CNA, sendo um instrumento tecnologia que permite os Juízes da Vara da Criança e Adolescente do Brasil tem conhecimento do perfil do adotante.

Segundo Ishida (2015) o formulário do cadastro nacional facilita os juízes acompanhar o interesse da nação brasileira em adotar uma criança independente do Estado brasileiro que se encontre, além disso, os juízes poderão agilizar os procedimentos, sendo que média um processo jurídico de adoção dura em média 1 ano e nesse espaço de tempo o adotante pode ter contato ativo e direito com a criança, esse envolvimento entre ambas as partes serve como instrumento estimulador da afetividade.

É importante ressaltar que a adoção é uma ação que possibilita que crianças tenha a oportunidade de conviver em família, sobre o vínculo do afeto, carinho e proteção. E é impossível descreve sobre adoção no Brasil e não fazer menção sobre a Lei 12.010/09, denominada como Lei Cleber de Matos.

Segundo Sousa (2018) a Lei Cleber de Matos foi vigorada em dezembro de 2009 e trouxe grande repercussão na mídia nacional, pois foi criada tendo como finalidade diminuir o tempo de espera da criança por uma família. As alterações estabelecidas impulsionaram nos adotantes novas perspectivas no sucesso da adoção.

A nova lei abona uma oportunidade satisfatória para que anseie envolve-se nos laços paternos e maternos em caráter adotivo. Diante desses avanços a entidade tem a função de incluir a criança e o adolescente no meio familiar proporcionando o ingresso a uma família substituta. "O acompanhamento das crianças e adolescentes acolhidos e de

suas famílias e os encaminhamentos necessários para possibilitar a reintegração familiar ou, na sua impossibilidade, o encaminhamento para família substituta” (BRASIL, 2009, p.92).

Alguns juristas acreditam que a nova lei impede que muitas crianças fiquem esquecidas nas instituições acolhedoras, por impulsionar uma visão crítica e analítica sobre as consequências podem ser impulsionadas quando a criança passa longo período fora do seio familiar, existindo um tempo máximo conforme está descrito no art.19 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA de 1990.

“Art. 19”.

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. (NR) (ECA, 1990, p.11).

A nova lei 12.010, veio alterar a Lei 8.069 para melhor atender a necessidade do adotante e do adotado, oportunizando e facilitando para ambos os lados, e incluindo institucionalização prolongada, pois uma adoção é um momento delicado e não deve acontecer de forma inadequada sem averiguação das possibilidades futuras.

2.2 Adoção homoafetiva e o ordenamento jurídico do Brasil

Adoção sempre foi uma ação adotada pela sociedade, embora que se comparando com as características do passado com a atualidade é possível perceber que o adotado passou ser encarada como indivíduo que requer cuidados, proteção, direita

entre outros atributos que coopera com a construção da personalidade, propondo qualidade de vida em caráter moral, social e emocional.

Adotar é muito mais do que um simples ato de caridade, significa aceitar um estranho na qualidade de filho, amando-o e criando-o como se fosse seu filho biológico. Antigamente a finalidade da adoção era conferir filhos àqueles que estavam impossibilitados de tê-los por natureza, hoje, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o interesse maior a ser resguardado é o da criança e do adolescente. A função da adoção, atualmente não é a de dar uma criança a uma família, mas uma família para uma criança, assegurando-lhe saúde, educação, afeto, enfim, uma vida digna. A adoção trata-se também de um interesse público, pois tem o objetivo de proporcionar à criança uma infância melhor, dando a mesma um lar e a assistência necessária para o seu crescimento e desenvolvimento. Objetiva também uma criação com amor, carinho, como se fosse filho de sangue daquela família e que a partir do momento da concretização do ato, passou realmente a ser sua família. A função social da adoção tem por objetivo a constituição de um lar para o adotado, além de possibilitar ao julgador decidir sobre a oportunidade e conveniência para o deferimento pedido de adoção (OST, 2015, p.1).

Compreende-se que adoção é fundamental para sociedade, por permite equilíbrio entre as relações humanas, no entanto, quando um indivíduo decide por adoção longe se vem em mente uma criança que logo que nasceu é inserida em uma nova família. Sobretudo, não existe um perfil único de criança que ficam nas filas de espera, do mesmo modo, os adotantes também possuem diferentes perfis, como por exemplo, casais homoafetivos, formados por pessoas do mesmo sexo.

Adoção é um tema bastante complexo quando envolve os casais homoafetivo, devido muitos membros da sociedade ainda apresentam preconceito na formação da família homoafetiva, delimitam-se aceitação de um único padrão de família, isto é, formado por um casal de sexo oposto (masculino/feminino). Paralelamente, quando apresenta-se um processo de interesse de adoção por casal homoafetivo, levantam-se inúmeros questionamentos sobre o modo que essa criança irá enfrentar a questão do padrão diferente da sua própria família, por não ter a divisão de tarefas pelos pais e mãe, mas sim, duas mães ou dois pais (OST, 2015).

Embora que o preconceito acerca a adoção de uma criança por um casal homoafetivo, essa prática está cada vez mais comum, apesar de que ainda falta existir no Brasil lei que garante nos preceitos jurídicos adoção homoafetivo, desse modo corrobora

Borges e Ulisses Júnior (2019, p.3) “a falta de uma legislação disciplinando acaba gerando insegurança, visto que, toda a disciplina sobre o assunto em questão vem de entendimento jurisprudencial e o descrito em doutrinas, [...], deixando espaço para a discriminação”.

É importante destacar que a união entre casais homoafetivos é reconhecida no Brasil, mais ainda é necessário que seja adicionado nessa esfera a liberdade em constituir uma família por meio da adoção, pois muitas vezes o preconceito social torna a prática de adoção mais complexa, tanto para o adotante, como também para o adotado. Entretanto, os casais homoafetivos possuem todos os direitos que são garantidos aos casais héteros.

O reconhecimento da união como entidade familiar veio para garantir aos casais homossexuais as mesmas vantagens que os casais heterossexuais gozam, sendo uma delas a adoção simultânea, já que, antes apenas uma pessoa do casal poderia se habilitar para adotar, uma vez que a união entre pares homossexuais e heterossexuais não possuía o mesmo status. Como direito reconhecido, é vedado qualquer tipo de impedimento ou discriminação, pois consistiria em ofensa ao que preceitua a Constituição Federal de 1988 (BORGES; ULISSES JÚNIOR, 2019, p.4).

As garantias iguais aos casais nos preceitos de adoção respaldam-se na Constituição Federal de 1988, pois a carta Magna no art5º afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Assim sendo, a orientação sexual não pode ser um empecilho na efetivação da adoção da criança por casais homoafetivo. Ora, o interesse principal da adoção é permitir que todos obtenham seus direitos garantidos, isto é, ter uma família.

A criança que tem a oportunidade de viver em família constrói uma base emocional, social, afetiva e psicológica essencial, serve de conduta auxiliadora na formação de caráter. Além disso, a própria constituição de 1988 promulgou que a família é um direito pertencente a todo ser humano por ter sobre sua essência contribuir com a construção da sociedade, justa, igualitária e feliz (GONÇALVES, 2019).

Portanto, se o casal homoafetivo possuem os mesmos atributos que possam assegurar a criança à proteção, afeto, cuidadas entre outros necessários. Portanto, os casais homoafetivos precisam e devem ter seus direitos em construir famílias nos ordenamentos jurídicos do país, o que exige-se que a legislação atualize-se das mudanças do formato de familiar. Ora, “a sociedade evolui a cada dia que passa, além do mais, esse fato é vivido constantemente na sociedade. Não é algo que só acontece com os alheios, esta realidade está mais próxima do povo do que se imagina” (ALVAREGA; BITTENCOURT, 2015).

Mediante as mudanças que a sociedade apresenta, os preceitos jurídicos precisam acompanhar as transformações, tendo em vista garantir com base nos princípios legais que casais homoafetivos tenham a validação e reconhecimento doutrinário, sob a luz que ampara a garantia da igualdade e direitos em constituir família.

3 CONCLUSÃO

Adotar um ser humano não trata-se somente propor cuidados e proteção, envolve relações afetivas que ultrapassa os limites exposto pelos laços sanguíneos. Afeto se dar e recebe quando adoção não envolve interesses e precipitação de ideologias vagas. Desse modo, adoção caracteriza-se como uma oportunidade que adotante a adotado possui em conviver e aprender nas relações que se constrói ao logo da convivência em família.

Devido os inúmeros conflitos sociais que assolam a humanidade em todo mundo, aos poucos foram surgindo instituições acolhedoras de crianças que sofrem todo tipo de violência: negligencia, abandono entre outras. E embora seja importante as atividades realizadas pelas instituições acolhedoras, as crianças precisam e devem ser ingressadas na família, podendo retornar ou não para vínculo família de origem. Mas caso o ambiente seja considerado pela entidade de proteção como um local inapropriado para o desenvolvimento pleno da criança deverá a mesma ser direcionada a uma família substituída, ou seja, adoção será acionada na qual o adotante obterá sobre suas competências responsabilidades, direitos e obrigações tal como os pais biológicos.

Adoção não deve acontecer desordenadamente, existem preceitos jurídicos que precisam e devem ser cumprido para que a criança faça parte do vínculo familiar. Porém, existem muitos casais que almejam adotar uma criança mais encontram inúmeras barreiras, principalmente tratando-se de casais homoafetivos, pois além das dificuldades enfrentados pelos mesmos sobre ser aceitos ou não na sociedade como um casal, até o momento não existe preceitos jurídico direcionado para esse público alvo em prática o ato de adoção. Desse modo, sugere-se que a legislação atualize-se, pois a sociedade vive em total transformação, e a legislação precisa abranger as necessidades do povo brasileiro.

Devido à complexidade que envolve adoção pelos casais homoafetivos foi possível constatar que existe a necessidade de uma legislação urgente, pois e extremante comum casais homoafetivo na atualidade, e as leis precisam acompanhar as mudanças, a sociedade e os magistrados precisam constituir uma visão crítica e analítica sobre a relevância da evolução jurídica quando a probabilidade dos casais homoafetivos formar família.

REFERÊNCIA

ALVAREGA, Lidia Levy de. BITTENCOURT, Maria Inês Garcia de Freitas. **A Delicada Construção de um Vínculo de Filiação: O Papel do Psicólogo em Processos de Adoção.** 2015. Disponível em:

<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v17n1/v17n1a05.pdf>. Acesso: 14.mar.2022.

ALVES, Roosenberg Rodrigues. **Família Patriarcal e Nuclear: Conceito, características e transformações.** 2009. Disponível em: https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/IISPHist09_RoosembergAlves.pdf. Acesso: 2.mar.2022.

BORGES, Luiza Daiara Alves. ULISSES JÚNIOR, Luiz José. **Adoção por Casais Homoafetivos: Análise da Aplicação do Princípio do Melhor Interesse do Menor.** 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/adocao-por-casais-homoafetivos-analise-da-aplicacao-do-principio-do-melhor-interesse-do-menor/>. Acesso em: 3.mar.2022

BRASIL, **Lei nº 8069 de junho de 1990: Estatuto da Criança e do Adolescente.** 3. ed. Brasília, 1990.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes.** 2009. Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=parametro+de+funcionamento+da+casa+da+crian%C3%A7a>. acesso: 2.mar.2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17.mar.2022.

CAMARGO, Mário Lázaro. **Adoção tardia: mitos, medos e expectativas.** Bauru, SP: Edusc, 2016.

CARASCO, Daniela. **Adoção tardia: por que adotar uma criança com mais de 3 anos?.** 2014. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/2014/05/25/adocao-tardia-por-que-adotar-uma-crianca-com-mais-de-3-anos_a_21670078/. Acesso: 11.mar.2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família.** 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5.

ECA, 1990.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** São Paulo: Editao Lumen Juris, 2011.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- IZAR, Juliana Gama. **A Praxis Pedagógica em Abrigos**. Dissertação de Mestrado, orientação Roberto da Silva. FEUSP, São Paulo: s.n. 2011.
- MARCILIO, Maria Luiza. **A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil**. 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar (org.). História social da infância no Brasil. 5º. São Paulo: Cortez Editora, 2016.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: 2.ed. Editora Forense, 2016.
- OST, Stelamaris. Adoção no contexto social brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5881>. Acesso 8.mar.2022.
- SOUSA, Hália Pauliv de. **Adoção é doação**. /5ª Ed. (1999), 10ºtir / Curitiba: Juruá: 2018.
- SOUSA, Hália Pauliv de. **Adoção é doação**. /3ª Ed.(1999), 8ºtir / Curitiba: Juruá: 2018.
- TORRES, Luiz Henrique. **A casa da roda dos expostos na Cidade do Rio Grande**. Biblos, Rio Grande, 20: 103-116, 2016.