

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1156

(Ano XV)

(24/06/2023)

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

QR Code do Volume 1156



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1156, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 521. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



IPTU junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Valdinei Cordeiro Coimbra. 09.

ARTIGOS

Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e a separação dos poderes: Uma atitude necessária, ou uma usurpação de competências?

Mauro Moreira da Nóbrega, 18.

Meios alternativos à ata notarial como instrumentos probatórios eficazes na era digital diante da volatilidade dos fatos e atos jurídicos ocorridos no ciberespaço.

Christian Guedes Da Silva, 37.

A Aplicabilidade da Adoção Intuitu Personae (direta)

Paula Siqueira Lima e Maria Maida, 60.

A (im)parcialidade do juiz das garantias e a preservação dos direitos individuais

Caroline Rosa das Neves, 91.

O segurado especial no sistema previdenciário brasileiro

Renildo Argôlo Nery, 103.

Dos cuidados para abolição de fraudes na relação de consumo pela internet em tempos de pandemia, conforme legislação brasileira

Gilberto de Castro Lasmar Lima, 143.

Acordo de não persecução penal: exigência da confissão formal e direito subjetivo do acusado

Iury Zampedri do Nascimento, 157.

Atividade financeira do Estado: uma breve análise do seu histórico, suas características e a sua função

Larissa Do Nascimento Costa, 174.

A tipificação do esbulho possessório e as dificuldades de acesso ao direito à moradia no Brasil

Débora da Silva Pardo Targino, 183.

Repercussões da reforma da lei de improbidade administrativa uma análise crítica das alterações da legislação pela lei 14.230/2021

Paula Larissa Almeida Alves, 199.

Direito autoral na era digital

Gustavo Grana Pereira de Menezes e Waldomiro Gomes Neto, 216.

O tratamento da cibercriminalidade no Brasil: lacunas possíveis de serem preenchidas com o exemplo internacional.

Alicia Alves Leal, 239.

A transmutação da natureza creditória na cessão de crédito realizada por securitizadoras de créditos imobiliários: uma análise a partir do Recurso Especial nº 1.570.452/RJ

Vítor Imbroisi Martins e Tomás Imbroisi Martins, 253.

Demanda judicial: a ótica teleológica sobre o benefício de prestação continuada

Gabriel De Souza Lozano, 270.

Multiparentalidade

Guilherme Favaro Santana de Menezes, 284.

A utilização da Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF) e superação da Tabela SUSEP na Justiça do Trabalho: uma necessidade

Mariana Servilha Passos de Souza, 302.

Falecimento da pessoa física e a aplicabilidade do direito das sucessões no Brasil

Eumar Evangelista de Menezes Júnior, Emirene Aparecida Bastos e Mateus Elias Silva Costa, 309

Princípios constitucionais da Administração Pública

Samara Jacquiminouth Tavares, 324.

Direito coletivo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

José Marcelo de Albuquerque Monteiro Filho, 334.

Homicídio no trânsito por embriaguez. Dolo ou culpa?

Wanessa Ferreira de Lima, 358.

A restrição das armas de fogo e os reflexos na segurança pública do Brasil

Otávio Emanuel Almeida dos Santos, 367.

O crescimento da violência doméstica no Brasil durante o covid-19

José Carlos da Silva Junior, 379.

Feminicídio e a inefetividade do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher

Eliane Da Silva Lopes e Sabrina Mara Oliveira da Silva, 390.

O mecanismo de dosimetria das multas no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas e os reflexos de incidência previstos na redação do parágrafo 2º do artigo 22 da LINDB

John Hebert Batista da Silva e Leonardo Victor Kataki Fonseca, 408.

Improbidade Administrativa: A responsabilidade civil dos agentes públicos em face a nova lei de improbidade administrativa e a incompatibilidade com o conceito de culpa na esfera civil

Ester Rodrigues dos Santos e Francielle Januario De Oliveira, 435.

A aplicação de lei de improbidade administrativa aos agentes políticos

José Marcelo de Albuquerque Monteiro Filho, 455.

O diálogo competitivo como nova modalidade de licitação trazida pela Lei 14.133/2021

Marcelo Henrique Teles Boaventura, 485.

População LGBTQIA+ no Sistema Carcerário Brasileiro

Eduarda Luana Batista dos Santos, 502.

Invasão de dispositivo informático

Gabriel Garcia da Silva, 514.

IPTU JUNTO AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF.¹

O Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) encontra previsão nos artigos 156, inc. I e II, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

O Código Tributário Nacional (CTN), já contemplava referidos impostos nos seus artigos 32 a 42, portanto, são tributos que compõem parte importante da receita dos municípios brasileiros – entes federativos competentes para instituir e regulamentá-los.

Como os impostos não possuem finalidade específica, os recursos arrecadados se destinam a financiar serviços públicos em geral, fornecidos pelos municípios, como construção de escolas e creches, pavimentação, saneamento básico e ampliação do atendimento de saúde.

¹ Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Aumentar a arrecadação é um esforço constante dos municípios. Por outro lado, para quem é proprietário, suportar os encargos tributários decorrentes da aquisição e da manutenção do imóvel pode ser pesado, o que acaba levando muitos casos à apreciação do Poder Judiciário.

Os imóveis sujeitos à cobrança, quem deve pagar, os critérios para aumento do tributo e os prazos de prescrição são alguns dos muitos assuntos que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem analisando nos últimos anos em relação ao IPTU, tema desta segunda reportagem sobre a jurisprudência da corte e os impostos municipais relacionados a imóveis.

Os temas mais corriqueiros no Judiciária são: a) quais os imóveis estão sujeitos à sua cobrança; b) quem deve pagar; quais os critérios de aumento e como se analisa a prescrição de tais tributos.

Esse trabalho tratará apenas do IPTU junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), partindo-se do recente julgamento de relatoria do Ministro Gurgel Faria, RESP N. 1.937.821, por onde explicou que IPTU tributa a propriedade, "lançando-se de ofício o imposto tendo por base de cálculo a Planta Genérica de Valores aprovada pelo Poder Legislativo local, que considera aspectos mais amplos e objetivos como, por exemplo, a localização e a metragem do imóvel".

Assim, as regras do IPTU são:

- a) Tem como base de cálculo a Planta Genérica de Valores aprovada pelo município da propriedade;
- b) O sujeito passivo é eleito pelo legislador municipal ou Distrital, no caso do Distrito Federal, por Lei.
- c) O contribuinte (sujeito passivo) é notificado do lançamento pelo envio de carnê ao seu endereço. Se discordar, poderá recorrer administrativamente ou judicialmente.
- d) Não pode ocorrer majoração da base de cálculo por meio de Decreto do Executivo local.

Atualização somente por lei.

Na Súmula 160, a Primeira Seção do tribunal fixou a tese de que é proibido ao município atualizar o IPTU por decreto em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.

Com base nesse entendimento, a Segunda Turma julgou, em 2019, o **AgInt no AREsp 1.351.651**, de relatoria da ministra Assusete Magalhães. O recurso discutia se seriam nulos os créditos de IPTU atualizados mediante decreto.

Em seu voto, a relatora destacou que, nos termos da Súmula 160, o que se impede é "a majoração da base de cálculo do IPTU por meio de decreto, e não a mera atualização monetária".

Notificação de lançamento do IPTU.

No julgamento, a turma aplicou também a Súmula 397. "A jurisprudência desta corte é firme no sentido de que a notificação do lançamento do IPTU e das taxas municipais ocorre com o envio da correspondente guia de recolhimento do tributo para o endereço do imóvel ou do contribuinte, com as informações que lhe permitam, caso não concorde com a cobrança, impugná-la administrativa ou judicialmente", afirmou a relatora.

IPTU em área urbanizável e de expansão urbana

No **AgInt no REsp 1.930.613**, sob a relatoria do ministro Francisco Falcão, a Segunda Turma reforçou que a incidência do IPTU sobre imóvel situado em área considerada pela lei local como urbanizável ou de expansão urbana não está condicionada à existência dos melhoramentos elencados no **artigo 32, parágrafo 1º, do CTN**, conforme enunciado da Súmula 626.

O recurso teve origem em ação anulatória de débito fiscal ajuizada por dois contribuintes, referente à cobrança retroativa de IPTU sobre imóvel antes situado em área rural, porém tornada urbana em virtude de alteração no plano diretor do município.

Na sentença, o pedido foi julgado procedente – decisão mantida em segunda instância, sob o fundamento de não haver pelo menos dois dos requisitos indicados pelo CTN para a classificação da área como urbana.

Ao votar pela reforma do acórdão do tribunal de origem, o ministro Falcão citou como precedentes o **REsp 1.903.076** e o **AREsp 1.517.241**.

Imóvel rural incluído em área urbana e destinado à atividades rurais. IPTU ou ITR?

É comum que o crescimento de uma cidade tende a abarcar áreas rurais e com isso, a Lei Municipal ou Distrital, o PDOT acaba incluindo áreas rurais como sendo áreas urbanas. E é nesse cenário que surge a questão: qual imposto deve ser pago/cobrado sobre essas áreas, o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) ou Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)?

Muitos proprietários passam a pagar, inclusive dois impostos o ITR, cobrado pela União e o IPTU cobrado pelo município. Seria justo isso? A resposta é negativa.

Diante de situações como essa, a doutrina e os Tribunais chegaram a um definitivo consenso relativamente ao critério a ser adotado para a tributação (se ITR, da competência federal, ou se IPTU, da competência municipal), quando o imóvel puder, em tese e pelas aparências, ser enquadrado ora na categoria "rural", ora na categoria "urbana": **é o da sua destinação (uso), e não o da sua localização (urbana).**

Extrai-se das decisões no Superior Tribunal de justiça nos REsp 492.869/PR, STJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. em 15/02/2005; AgAg no Ag 498.512/RS, STJ, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, j. em 22/03/2005; REsp 738.628/SP, STJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. em 12/05/2005 que para a definição da incidência do ITR (Imposto Territorial Rural) e do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), é a destinação econômica do imóvel tributável, e não a sua localização (rural ou urbana).

A responsabilidade pelo IPTU na alienação fiduciária

A Primeira Turma do STJ ao julgar o **AREsp 1.796.224** entendeu que o credor fiduciário, antes da consolidação da propriedade em seu nome e da imissão na posse do imóvel objeto da alienação fiduciária, não pode ser considerado sujeito passivo do IPTU, uma vez que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no **artigo 34 do CTN**.

Segundo o Relator, ministro Gurgel de Faria, no REsp 1.111.202, submetido ao rito dos repetitivos (**Tema 122**), o STJ definiu que cabe ao legislador municipal eleger o sujeito passivo do IPTU, entre as opções previstas no CTN – tese que deu origem à Súmula 399: "*Em relação aos créditos de IPTU, o entendimento desta corte superior se consolidou no sentido de que se consideram contribuintes do referido imposto o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título*".

Entretanto, no caso do credor fiduciário, o ministro anotou que a propriedade a ele conferida é resolúvel e nunca será plena, não sendo ele detentor do domínio útil sobre o imóvel, de forma que passaria a responder pelas dívidas tributárias e não tributárias incidentes sobre o bem somente a partir da consolidação da propriedade em conjunto com a imissão na posse, em hipótese de sucessão (**artigo 27, parágrafo 8º, da Lei 9.514/1997**).

Disse ainda que: "*A propriedade conferida ao credor fiduciário é despida dos poderes de domínio e de propriedade (uso, gozo e disposição), sendo a posse indireta por ele exercida desprovida de ânimo de domínio, considerando-se a inexistência do elemento volitivo: a vontade de ter o bem como se seu fosse*".

Vale ainda notar que sobre o tema IPTU x credor fiduciário, a Primeira Seção do Superior de Justiça (STJ) decidiu afetar os Recursos Especiais 1.949.182, 1.959.212 e 1.982.001, de relatoria da ministra Assusete Magalhães, para julgamento sob o rito dos repetitivos.

A questão submetida a julgamento, cadastrada como **Tema 1.158** na base de dados do STJ, está assim ementada: "*Definir se há responsabilidade tributária solidária e legitimidade passiva do credor fiduciário na execução fiscal em que se cobra IPTU de imóvel objeto de contrato de alienação fiduciária*".

O colegiado determinou a suspensão – em segunda instância e no STJ – dos recursos especiais e dos agravos em recurso especial fundados na mesma questão de direito, conforme o **artigo 256-L do Regimento Interno do STJ (RISTJ)**.

Ainda sobre credor fiduciário e IPTU, no REsp 1.949.182, indicado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) como representativo da controvérsia, o município de São Paulo sustentou que o credor fiduciário é responsável pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel objeto de alienação fiduciária, possuindo, dessa forma, legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal para a cobrança do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) que onera o bem.

O TJSP entendeu pela ilegitimidade passiva do credor fiduciário, o qual, para a corte, tem apenas a propriedade resolúvel e a posse indireta do bem tributado.

Ao propor a afetação do tema, Assusete Magalhães ressaltou que, nos casos que envolvem essa controvérsia, os acórdãos recorridos se fundamentam em jurisprudência do tribunal de origem, "por vezes com a transcrição de ementas de julgados desfavoráveis à tese do recorrente, sem, contudo, indicar, expressamente, o preceito legal".

A relatora considerou ainda que o Supremo Tribunal Federal – como apontou o município de São Paulo –, ao julgar o **RE 1.320.059**, correspondente ao **Tema 1.139/STF**, proclamou que "*é infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à legitimidade passiva do credor fiduciário para figurar em execução fiscal de IPTU incidente sobre imóvel objeto de alienação fiduciária*".

Proprietário e usufrutuário são contribuintes do IPTU

No REsp 1.111.202 (Tema 122), ficou estabelecido pela Primeira Seção que "*tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu*

proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no registro de imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU".

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, em 2022, decidiu que, no caso de imóvel gravado com usufruto, tanto o proprietário, que remanesce com o domínio indireto, quanto o usufrutuário, que exerce a posse direta e detém o domínio útil, são contribuintes do IPTU, podendo a lei municipal disciplinar a sujeição passiva de qualquer um deles ou, ainda, de ambos (**AREsp 1.566.893**). A relatoria foi do ministro Gurgel de Faria.

Na origem, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) havia entendido pela ilegitimidade do nu-proprietário para constar no polo passivo da execução fiscal de IPTU, ao fundamento de que ele não seria contribuinte desse tributo sobre o imóvel objeto de usufruto, apenas recaindo a condição de contribuinte sobre o usufrutuário.

A definição de contribuinte é matéria reserva à lei complementar (art. 146, III, "a" da Constituição Federal) e, por isso, o artigo 1.403,II, do Código Civil não pode ser considerado como norma excludente de sujeição passiva para fins tributários, de modo que esse dispositivo deve ser interpretado como regra de direito privado que obriga o usufrutuário em relação ao proprietário, não vinculando o fisco. (ARESP 1.566.893, Ministro Gurgel de Faria)

O relator destacou que a conclusão a que chegou o TJSP já teve o respaldo na jurisprudência do STJ no passado. Entretanto, ressaltou que, após o julgamento do Tema 122, a posição do tribunal foi atualizada, passando a se orientar em sentido diverso.

Disse ainda o Ministro Gurgel que *"A Primeira Seção, no julgamento dos REspS 1.111.202 e 1.110.551, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, ao decidir sobre a responsabilidade dos promitentes vendedor e comprador de imóvel, assentou que o artigo 34 do CTN elenca como contribuintes do IPTU tanto o proprietário quanto o possuidor da coisa, desde que tenha animus domini"*.

Imunidade tributária e de jurisdição

Por outro lado, o Ministro Herman Benjamin, relator do **RO 138**, junto à Segunda Turma reafirmou a jurisprudência segundo a qual *"os Estados estrangeiros possuem imunidade tributária e de jurisdição, conforme os preceitos das Convenções de Viena de 1961 e de 1963, sendo descabida a execução fiscal para cobrança de IPTU"*.

Na origem, o município do Rio de Janeiro ajuizou execução fiscal contra a República da Argentina para a cobrança de IPTU e de Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo – processo que foi extinto pelo juiz sem resolução do mérito, em razão da imunidade de jurisdição. O município alegou que, no Brasil, prevalece a teoria da imunidade relativa,

segundo a qual o Estado estrangeiro deve ser submetido à jurisdição de outro quando atua como simples particular.

Em seu voto, o ministro Herman Benjamin citou precedentes tanto da Primeira quanto da Segunda Turma no sentido de que os Estados estrangeiros são dispensados do pagamento de tributos que recaiam sobre seu patrimônio ou lhes sejam exigidos pela prestação não individualizada de serviços. "Não se pode admitir o prosseguimento do processo em relação à cobrança de IPTU", definiu Benjamin.

Locatário não pode discutir relação jurídico-tributária do IPTU

Ainda sobre o tema, a Primeira Turma, ao julgar o **AREsp 1.065.190**, entendeu que o IPTU deve incidir sobre imóvel alugado para representante de consulado.

No recurso, interposto por representante de consulado da Turquia, pleiteou-se isenção de IPTU baseada na Convenção de Viena, além da devolução do imposto que foi recolhido durante a vigência do contrato.

O relator, ministro Gurgel de Faria, ressaltou que a isenção tributária prevista na Convenção de Viena sobre Relações Consulares só pode ser concedida aos imóveis dos quais o Estado estrangeiro signatário seja proprietário.

De acordo com o magistrado, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não se aplica aos tributos incidentes sobre imóvel alugado a Estado estrangeiro para o exercício de sua missão consular, "visto que o ordenamento jurídico brasileiro não atribui essa responsabilidade tributária ao locatário, mas ao proprietário (locador)".

Quanto à devolução do imposto já pago, o relator reforçou a previsão da Súmula 614 no sentido de que o locatário não tem legitimidade ativa para discutir a relação jurídico-tributária de IPTU e de taxas referentes ao imóvel alugado, nem para pedir a restituição de tributo pago a mais nesses casos.

Definições sobre o prazo de prescrição

No julgamento dos Recursos Especiais 1.658.517 e 1.641.011 (**Tema 980**), ambos de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Primeira Seção fixou duas importantes teses sob o rito dos repetitivos.

A primeira define que o prazo prescricional da cobrança judicial do IPTU começa no dia seguinte à data estipulada para o vencimento do imposto. Em seu voto, o relator destacou que, até o vencimento, o fisco "não dispõe de pretensão executória legítima para ajuizar execução fiscal objetivando a cobrança judicial, embora já constituído o crédito

desde o momento no qual houve o envio do carnê para o endereço do contribuinte (Súmula 397)".

Já a segunda estabelece que o parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu. Sobre esse ponto, o ministro afirmou que, se o fisco resolve oferecer a opção de parcelamento para pagamento do IPTU por decisão unilateral, por mera liberalidade, não se pode chegar à conclusão de que houve moratória ou parcelamento do crédito tributário capaz de suspender o prazo prescricional para a cobrança do crédito.

"Necessária manifestação de vontade do contribuinte a fim de configurar moratória ou parcelamento apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário", concluiu o ministro.

Imóvel qualificado como estação ecológica

Em 2019, a Segunda Turma do STJ entendeu que a qualificação de imóvel como estação ecológica limita o direito de propriedade, o que afasta a incidência do IPTU (**REsp 1.695.340**).

Na ocasião, o colegiado analisou o recurso de um contribuinte contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que manteve a cobrança de IPTU exigida pelo município de Belo Horizonte sobre seu imóvel, o qual, a partir da edição de lei estadual, passou a ficar situado em unidade de conservação.

O tribunal local ressaltou que a criação da estação ecológica não transfere, automaticamente, a titularidade do imóvel do contribuinte para o ente público, permanecendo o particular responsável pelo pagamento do tributo até a efetiva desapropriação.

Embora a Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, tenha definido que a estação ecológica é zona rural, o TJMG fundamentou que ela não tem o efeito de alterar a natureza jurídica do imóvel e mudar o fato gerador do tributo, em razão de não ser lei complementar.

Em seu voto, o relator do recurso no STJ, ministro Mauro Campbell Marques, destacou que a limitação trazida por lei estadual e a consequente aplicação dos dispositivos da Lei 9.985/2000 acarretaram ao particular o esvaziamento completo dos atributos inerentes à propriedade (reivindicação, uso e gozo do bem), retirando-lhe o domínio útil do imóvel e afastando o aspecto subjetivo da hipótese de incidência do IPTU.

"O regime de unidade de conservação é incompatível com a caracterização do fato gerador do Imposto Predial e Territorial Urbano, pois, de acordo com o **artigo 49 da Lei**

9.985/2000, a área destinada a essa finalidade é considerada imóvel rural, o qual somente pode ser tributado pelo Imposto Territorial Rural, cuja competência tributária é específica da União, e não do município de Belo Horizonte", concluiu o ministro.

REFERÊNCIAS:

REsp 1937821, AREsp 1351651, REsp 1930613, REsp 1903076, AREsp 1517241, AREsp 1796224^a, REsp 1566893, RO 138, AREsp 1065190, REsp 1695340

ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA ATITUDE NECESSÁRIA, OU UMA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS?

MAURO MOREIRA DA NÓBREGA:
Acadêmico do curso de Direito da
Universidade Estadual do Tocantins –
UNITINS, Câmpus Dianópolis/TO.²

EDUARDO CALHEIROS BIGELI³
(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa mostrar como funciona a separação dos Poderes na República Federativa do Brasil, as suas funções típicas e atípicas e o Ativismo Judicial, praticado pelo Supremo Tribunal Federal, que na busca por respostas às crescentes demandas da sociedade, e diante das lacunas existentes em nosso ordenamento jurídico, em face da inércia do Poder Legislativo, acaba por extrapolar os limites de sua atuação, usurpando assim a competência deste Poder, com interpretações pautadas nas previsões constitucionais, visando garantir Direitos Fundamentais, à dignidade da pessoa humana. Conforme os autores pesquisados, é um exercício necessário em muitos casos, mas o seu uso excessivo, traz uma séria ameaça ao Estado Democrático de Direito, uma vez que quebra as regras estabelecidas na tripartição dos Poderes previstas na Constituição Federal, onde cada Poder tem as suas atribuições definidas, visando garantir a plenitude da Democracia e o equilíbrio das forças que organizam a sociedade e a nação.

Palavras-chave: Tripartição dos Poderes. Ativismo Judicial. Usurpação de Competência. Direitos Fundamentais.

The judicial activism of the federal supreme court and the separation of powers: A necessary attitude, or a usurpation of competences?

ABSTRACT: This article aims to show how the separation of powers works in the Federative Republic of Brazil, its typical and atypical functions and the Judicial Activism, practiced by the Federal Supreme Court, which in the search for answers to the growing demands of society, and in the face of existing gaps in our legal system, in view of the inertia of the Legislative Power, ends up extrapolating the limits of its action, thus usurping the competence of this Power, with interpretations based on constitutional provisions, aiming to guarantee Fundamental Rights, the dignity of the human person. According to the

² E-mail:maurodanobrega@gmail.com

³ Advogado e Professor Especialista do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – UNTINS, Câmpus Dianópolis/TO. E-mail:eduardo.cb@unitins.br

researched authors, it is a necessary exercise in many cases, but its excessive use brings a serious threat to the Democratic State of Law, since it breaks the rules established in the tripartition of Powers provided for in the Federal Constitution, where each Power has the its attributions defined, aiming to guarantee the fullness of Democracy and the balance of the forces that organize society and the nation.

Keywords: Tripartition of Powers. Judicial Activism. Usurpation of Competence. Elementary rights.

1. INTRODUÇÃO

O termo Ativismo Judicial, tem ganhado notoriedade no Brasil, o que para muitos é uma forma do Poder Judiciário, interpretar a Constituição visando garantir um alcance mais amplo, em situações em que a norma não deixa claro qual a real intenção do legislador.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, na busca por respostas às crescentes demandas da sociedade, que vive em uma constante metamorfose, se vê obrigado a dar interpretações às normas, o que em muitos casos acabam por criar outras normas, ao invés de apenas esclarecer pontos obscuros nas normas existentes. De qualquer modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular.

É preciso que o Supremo Tribunal Federal exerça esse papel de guardião e interprete das normas constitucionais, porém, sem ultrapassar os limites de sua competência.

Caso contrário, conforme afirma MORAES (2019, pg. 832), teríamos com o ativismo judicial, uma clara afronta à Separação dos Poderes com direita usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa.

Esse agigantamento da Corte Constitucional, característica integrante de um fenômeno chamado judicialização da política, dá ensejo a decisões com cada vez mais interferência nos atos de outros poderes, não sendo impossível, inclusive, considerar possíveis usurpações de competência em situações nas quais o STF legislou positivamente ou interferiu de forma demasiado incisiva em políticas públicas, usando de uma postura que a doutrina chama ativismo judicial, vocábulo cujo uso polissêmico torna difícil de objetivar.

O presente artigo científico, por meio de uma pesquisa bibliográfica qualitativa, utilizando-se do método materialismo histórico dialético, visa buscar informações acerca

do Ativismo Judicial, fazendo uma análise histórica sobre esse fenômeno no âmbito mundial, e focando no contexto Brasil, especificamente na atuação do Supremo Tribunal Federal, a divisão de competências entre os três poderes da república federativa, e o que dizem os estudiosos sobre esse tema que tem se tornado importante no meio jurídico e que é visto por alguns como uma usurpação de competências e por outros, como uma necessidade diante das demandas sociais, e em face das lacunas no ordenamento jurídico.

2- OS PODERES CONSTITUIDOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E SUAS ATRIBUIÇÕES

O Brasil é uma república federativa, formada pela União, pelos Estados Membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e em sua organização administrativa, adota o modelo sugerido por Montesquieu, que é a tripartição dos Poderes, tornando-se este um princípio fundamental para a organização do Estado, conforme prever o art. 2º da CRFB/88 - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Visando o equilíbrio, respeito e a garantia do Estado de Direito, cada um desses Poderes, têm suas atribuições definidas na Carta Magna, para que assim, se forme um ciclo harmonioso, e ao mesmo tempo fiscalizador, objetivando que cada Poder investido de suas alçadas, cumpra as suas obrigações e não invada o espaço dos demais.

Conforme MORAES, (2019, p. 456), não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicas entre si, bem como a previsão de direitos fundamentais que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos.

2.1 – Poder Legislativo

O Poder Legislativo da União é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Nos estados, o Poder Legislativo é exercido pelas assembleias legislativas, e nos municípios, pelas câmaras municipais, também chamadas de câmaras de vereadores.

As competências do Poder Legislativo se resumem em duas vertentes principais: **legislar e fiscalizar**. Na função de legislador, cria as leis que regem o país, para que o **Poder Judiciário**, investido de competências, aplique as com o objetivo de manter a ordem pública, paz social, prevenção de conflitos e a dignidade da pessoa humana e para que o Poder Executivo haja dentro da legalidade. E como fiscalizador, fiscaliza os atos do **Poder Executivo**, quanto à correta aplicação dos recursos públicos, os atos contábeis, financeiros, orçamentários, operacional e patrimonial. Porém, mais duas atribuições são inerentes aos Poder Legislativo, quais sejam: **Administrar e Julgar**. Quando atua na

organização da sua própria estrutura operacional, exerce o papel de administrador. E quando atua em processos abertos contra o chefe do Poder Executivo, em possíveis crimes de responsabilidade, exerce o papel de Julgador.

2.2 – Poder Executivo

Dentro da tripartição dos Poderes, o Poder Executivo, como sugere a própria denominação, é o poder que **executa**, administra os interesses do povo, governa segundo relevância pública e deve sempre está pautado nos princípios constitucionais da Administração Pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. De acordo com MORAES (2019, p. 520), o Poder Executivo, além de administrar a coisa pública (função atípica), de onde deriva o nome república (res pública), também legisla (art. 62 – Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas.

O Poder Executivo, deve sempre prezar pela legalidade de seus atos, bem como atuar de forma a garantir ao cidadão os serviços básicos e necessários para que haja dignidade humana, caso contrário, apesar de sua autonomia, poderá sofrer a interferência dos Poderes Judiciário e Legislativo, visando garantir o cumprimento dos princípios que norteiam a gestão pública, bem como a sua efetividade na função de zelador dos bens públicos.

1.3 – Poder Judiciário

É um Poder autônomo e que tem por finalidade, administrar a justiça que é um de seus pilares de atuação, além de atuar como guardião da Constituição Federal, com a finalidade de garantir os princípios básicos da legalidade e da igualdade entre todos, atua de forma efetiva na garantia dos direitos fundamentais e sociais.

Afirma MORAES (2019, p. 556), A função típica do Poder Judiciário é **jurisdicional**, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.

Mas, assim como os outros dois Poderes, ele desempenha outras funções atípicas quais sejam: **administrativa e legislativa**. Porém, essas funções atípicas, não implicam usurpação de poder, por se tratar de ações necessárias ao seu funcionamento, e são praticadas no âmbito interno de sua organização.

Segundo MORAES (2019, p. 556), são ações de natureza administrativa, por exemplo, a concessão de férias aos seus membros e serventuários, e as de natureza

legislativa, a edição de normas regimentais, pois lhe compete a elaboração de seus regimentos internos.

Nos Estados democráticos a subversão dos dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiterante, o que por seu turno, **configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes (grifo meu)**. (RAMOS, 2015, p. 123)

3- ATIVISMO JUDICIAL

3.1– Conceito

Segundo leciona o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, podemos assim definir o Ativismo Judicial:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 14).

Segundo CAMPOS (2014, p.150), não há um consenso sobre o que é Ativismo Judicial, e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas.

O Ativismo Judicial no Direito brasileiro, tornou-se tema de extrema relevância, não só quanto a sua possibilidade, mas principalmente, em relação aos seus limites, pois há muita polêmica sobre a prática do ativismo judicial, inclusive no tocante a sua conceituação. (MORAES, 2019, pg. 832)

Continua o supra citado autor, fazendo o seguinte questionamento:

Ativismo judicial seria “ uma filosofia quanto á decisão mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas entre outros fatores, sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou seria um método de

interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional? (MORAES, 2019, pg. 832).

Nota-se que conceituar o Ativismo Judicial não é tarefa fácil, vejamos o que diz o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Embora incontestável do ponto de vista descritivo, o ativismo judicial não é unanimidade sob a perspectiva normativa. A ascensão política de juízes e cortes sempre foi alvo de muitas críticas. A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular. Fala-se em mutação do “Estado legislativo parlamentar em um Estado jurisdicional governado pelo Tribunal Constitucional” em clara violação ao princípio da separação dos poderes. Outros destacam a carência de capacidade institucional do judiciário, comparado aos Poderes Legislativo e Executivo, para avançar os comandos constitucionais da direção das transformações sociais. (CAMPOS, 2014, pag. 35)

Vale ressaltar, que é uma prática que vem ganhando notoriedade em todas as partes do mundo, em função dos resultados, obtidos pelas Cortes Supremas, pois tem importante papel na garantia de políticas sociais, muitas vezes obscuras nas entrelinhas da norma constitucional, ou devido à inércia ou abuso de poder, por parte dos demais Poderes.

3.2 – Origem do Ativismo Judicial

Segundo BARROSO (2012, p. 1794), a expressão ativismo judicial foi amplamente utilizada para estigmatizar jurisprudência progressista da Corte Warren. O ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador e confirma a origem do Ativismo Judicial como sendo estadunidense.

Conforme, a doutrina norte-americana reconhecer ter o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” sido feito pelo historiador estadunidense, Arthur Schlesinger Jr, em artigo intitulado *The Supreme Court*. 1947. Dessa forma, temos que o Ativismo Judicial, nasceu em berço americano, e daí se propagou para várias partes do mundo. (CAMPOS, 2014, pg. 43)

Nota-se que o Ativismo Judicial não é prática recente no mundo, diferentemente do que ocorreu no Brasil.

3.3– O Ativismo Judicial no Brasil

O Ativismo Judicial é um fenômeno recente no Brasil, tendo o seu início no final do século XX, a partir do advento da Constituição de 1988, quando o Judiciário ganha forças, principalmente com a atribuição ao STF (Supremo Tribunal Federal), como Guardião da Constituição Federal.

CAMPOS (2014, p. 210), afirma que o início do debate do ativismo judicial no Brasil está ligado à ascensão institucional do Poder Judiciário, e, destacadamente, do Supremo Tribunal Federal, fenômenos vinculados à promulgação da Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, como Guardião da Constituição, provocado pela sociedade civil, diante das demandas sociais muitas vezes negadas, se vê na obrigação de agir para dar a Sociedade acesso a esses Direitos.

Leciona CAMPOS (2014, p. 210), a crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos, fizeram do judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução de conflitos envolvendo a efetivação desses direitos.

4– O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Uma atitude necessária, ou uma usurpação de competências?

Pode-se afirmar que as transformações do direito constitucional brasileiro se deram a partir de 1988 com advento da Constituição Federal, quando o Brasil saiu de um Regime autoritário e intolerante, para um Estado democrático de direito.

Conforme CAMPOS (2014, p. 232), A Constituição de 1988 mudou extraordinariamente não só o direito constitucional brasileiro, mas a relação entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal.

O art. 102, caput, da CRFB/88, traz expresso que o Supremo Tribunal Federal é o Guardião da Constituição, com amplos poderes decisórios de controle de constitucionalidade, e a Emenda Constitucional 45/04, veio reforçar e acrescentar outras atribuições ao Supremo Tribunal Federal, como editar, de ofício, Súmulas Vinculantes com forças de leis, o que muitas vezes, acaba transformando a Corte Suprema, em verdadeiro legislador.

CAMPOS (2014, p. 312), algumas súmulas tem servido para construções normativas totalmente inovadores, o que representa o exercício do poder político pelo Supremo além da autorização constitucional.

O bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito á tradicional formulação das regras de

freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada. (MORAES, 2019, pg. 834)

O Supremo Tribunal Federal, em alguns casos fazem interpretações que muitas vezes fogem do propósito do legislador constituinte, mas que se fazem necessárias, para satisfazer as demandas contemporâneas.

Porém, o ativismo judicial mesmo sendo um meio muitas vezes necessário, para se esclarecer e preencher as lacunas do ordenamento jurídico, não é uma prática consenso entre os estudiosos do Direito.

Não são poucos os doutrinadores que apontam enorme perigo à Democracia e à vontade popular, na utilização do ativismo judicial, pois como salientado por Ronald Dworkin, o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. (MORAES, 2019, pg. 833)

Pode-se notar que a atitude do Supremo Tribunal Federal, apontada como Ativismo Judicial e usurpação de competências, fazer-se necessária muitas vezes, como voz da sociedade, diante da inércia dos demais Poderes e das transformações da sociedade, sempre pautadas na Dignidade da Pessoa Humana.

Como bem frizou o Ministro Alexandre de Moraes, o Ativismo Judicial segregou o racismo no Estado Unidos.

ativismo judicial foi de imperiosa importância na questão racial norte-americana durante a Corte Warren, especialmente a partir da decisão, também já referida, de *Brown v. Board of Education*, de 1954, em que a Corte Suprema, derrubando seu próprio precedente (*Plessy v. Ferguson*, de 1896), decidiu ser inconstitucional lei que adotava a doutrina “iguais, mas separados”, permitindo instalações públicas separadas para negros e brancos, desde que – teoricamente – fossem de igual qualidade; e, com essa postura ativa deu início ao fim da segregação racial nos Estados Unidos da América. (MORAES, 2012, p. 282)

Porém, não se pode negar, a advertência feita pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, justificando a prática do ativismo judicial pelo Suprema Corte.

As práticas do ativismo judicial, embora moderadamente desempenhados por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações. (MORAES, 2019, pg. 833)

Como no caso da segregação racial nos Estados Unidos, a Suprema Corte no Brasil, tem buscado garantir a sociedade, o cumprimento dos Direitos Fundamentais, porém como afirma o Ministro Alexandre de Moraes, citando o então Ministro Celso de Melo, a Corte tem sim praticado o Ativismo Judicial, visando garantir tais direitos, em face da inércia dos demais Poderes que compõem a República Federativa do Brasil.

O Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele tem imposto sérias limitações às ações estatais regulatória, investigativa e coercitivo-penal. (CAMPOS, 2014, p. 252).

Nota-se claramente a usurpação de competências por parte da Suprema Corte, quando está no exercício de suas funções, impõe aos demais Poderes, o cumprimento de obrigações fundamentadas nos requisitos acima abordados.

Pautada principalmente na proteção do mínimo existencial, a Suprema Tribunal Federal vem também mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva.

Em diversas decisões monocráticas, de Turmas e do Pleno, o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a "proteção insuficiente" no âmbito de políticas públicas sociais. (CAMPOS, 2014, p. 253).

O Ministro Alexandre de Moraes, justifica a necessidade do Ativismo Judicial pela Suprema Corte, como uma atitude necessária, como se vê a seguir:

bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais à máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de auto-contenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais. (MORAES, 2012, p. 283)

Portanto, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal não nega a sua atuação ativista, bem como, justifica a sua necessidade diante das lacunas legislativas e das crescentes demandas da sociedade.

5 – ANÁLISE DE CASOS

Dentre as inúmeras decisões da Corte Suprema, duas merecem destaque pela relevância social e por atingir questões morais e religiosas ao mesmo tempo.

CAMPOS (2014, p. 252) afirma que as duas questões morais mais importantes e controversas foram sem dúvida, a da união homoafetiva e a do aborto de fetos Anencéfalos, estes sim, casos de solução de vazios de institucionalização.

5.1 – União Homoafetiva

Diante do crescente fenômeno das uniões homoafetivas, um tema que se tornou tão relevante na sociedade e não pode ser mais rejeitado, e da necessidade do seu legítimo reconhecimento, fez-se necessária a intervenção do Poder Judiciário através do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132, apresentada ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, buscou a extensão de direitos de união estável aos funcionários públicos homoafetivos do estado, alegando-se na referida ADPF que o não reconhecimento da união homoafetiva como união estável violaria os direitos fundamentais, o direito à

isonomia, o direito à liberdade, desdobrado na autonomia da vontade, o princípio da segurança jurídica, para além do princípio da dignidade da pessoa humana.

Buscou-se com a referida ADPF, a aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil brasileiro às uniões homoafetivas, com base na denominada "interpretação conforme a Constituição".

Em 02 de Julho de 2009, a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF 178 que terminou sendo recebida pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, como a ADI 4277. O objetivo principal da mencionada ação constitucional era o de que a Suprema Corte declarasse como obrigatório o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da união estável entre homem e mulher, e que os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas.

No julgamento da ADI 4.277, assim decidiu a Suprema Corte quanto ao artigo 1.723 do Código Civil:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (Julg. ADI nº 4.277, 05/05/2011- PLENÁRIO – STF).

A Suprema Corte, ante a relevância do tema e da semelhança entre o direito buscado, tanto na ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, assim decidiu, conforme Acórdão prolatado, nas laudas do Termo do julgamento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de

Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente. (ADI 4.277 / DF, Rel. Min. Aires Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. p.32)

Sobre o conceito de família, no texto Constitucional, estão assim explícitas: união estável (art. 226 §3º, CF), casamento (art. 226 §1º e §2º, CF) e família monoparental (art. 226 §4º, CF). E aquelas que não estão especificadas como a entidade familiar homoafetiva.

Quanto a união estável prevista no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, que tenha uma convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família.

Os Doutos Ministros do Supremo Tribunal Federal, após discussões e debates, votaram por unanimidade, para o reconhecimento da União Homoafetiva Estável, com fundamento nos direitos fundamentais constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

Tratar-se de um julgamento com votos exarados em inúmeras páginas, posto que, buscará-se aqui, de forma sucinta abordar os fundamentos de alguns votos para melhor compreensão:

Sobre o conceito de família, assim votou o Ministro Relator da ADI nº 4.277, Aires Brito:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. (ADI 4.277 / DF, Rel. Min. Aires Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. p.644/20)

O Excelentíssimo Relator Ministro Aires Brito, após percorrer em várias páginas, fundamentos para decretação de seu voto, assim concluiu:

Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. (ADI 4.277 / DF, Rel. Min. Aires Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. p.656)

Ressalta-se, que, todos os demais Ministros, acompanharam o voto do Relator, com raras e suscintas divergências, o que não interferiu no resultado final.

O Ministro Ricardo Lewandowski ao proferir o seu voto, assim se expressou: Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma “união estável homoafetiva”, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma “união homoafetiva estável”, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

O Ministro Gilmar Mendes, ao declarar o seu voto, trouxe a informação de que já se havia passado mais de 15 (quinze) anos em que fora apresentado ao Poder Legislativo,

Projetos de Lei que versam sobre as uniões homoafetivas, visando corrigir tal injustiça social, e que o mesmo se encontrava engavetado nos arquivos da Câmara dos Deputados.

Um dos primeiros projetos que visava a regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo foi apresentado pela Deputada Marta Suplicy (PT/SP).

O Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) apresentou Substitutivo global ao Projeto de Lei n. 1.151/1995, por meio do qual se transformou a união em contrato de parceria civil, que também deveria ser registrada, sem poder, contudo, ser reconhecida na ausência do devido registro civil.

No entanto, a proposição sofreu ataques na Câmara dos Deputados e, em razão de acordo entre os líderes partidários, foi retirada de pauta em 31 de maio de 2001 e, posteriormente, arquivada.

É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.

Não há dúvida de que o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, tenha se destacado entre os três Poderes no reconhecimento de uniões homoafetivas e dos direitos que delas advêm, em decorrência da necessidade de exercer a jurisdição, ainda que sem balizas legislativas e regulamentares muito claras.

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

Então, com essas considerações, assentando, portanto, minhas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a distinta perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Nota-se, que, diante da omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário assume um papel ativista na busca por resposta e visando a garantia de direitos fundamentais, para que a justiça possa de fato acontecer com as minorias.

5.2 – Aborto de Anencéfalos

Por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, - ADPF nº 54/DF, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, buscou afastar a aplicação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos casos de aborto de fetos Anencéfalos.

O pedido foi acolhido pela Suprema Corte, e aprovado pela maioria dos seus Membros.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. (Brasília, 12 de abril de 2012. MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR, p. 1)

Nota-se a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, diante da lacuna normativa e fundado na dignidade da pessoa humana, quanto à questão do aborto de fetos anencéfalos, excluindo-se a ilicitude do aborto.

O Ministro Relator Marco Aurélio, ao declarar o seu voto, fez o seguinte destaque: a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto.

Cumprido rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de

preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia.

O Ministro Ricardo Lewandowski, destacou que, o legislador infraconstitucional, todavia, isentou de pena, em caráter excepcional, o aborto, desde que praticado por médico, em duas únicas hipóteses, taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental”, caracterizados, respectivamente, nos incs. I e II do art. 128 do Codex repressivo.

O primeiro, também conhecido como “terapêutico”, materializa-se quando “não há outro meio de salvar a vida da gestante”. Já o segundo, evidencia-se quando a gravidez resultar de estupro praticado com violência, real ou presumida.

Celso Delmanto e outros renomados criminalistas, estudando o aborto necessário ou terapêutico, embora tecendo críticas ao instituto, reconhecem que ele “não legitima o chamado aborto eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável”. Em outras palavras, o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessas situações. Quer dizer, considerou penalmente imputável o abortamento induzido de um feto mal formado.

Cumprir registrar, por oportuno, que a tarefa dos exegetas, não raro, esbarra em limites objetivos, em obstáculos insuperáveis, representados pela univocidade das palavras, os quais impedem que, em linguagem popular, “se dê o dito pelo não dito” ou vice versa.

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, **julgo improcedente o pedido.**

Decisão (pag. 433): O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

O Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele tem imposto sérias limitações às ações estatais regulatórias, investigatórias e coercitivo-penal. Pautada principalmente na proteção do mínimo existencial, o Tribunal vem também mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. Em diversas decisões monocráticas, de Turmas e do Pleno, o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a “proteção insuficiente” no âmbito de políticas públicas sociais. (CAMPOS, 2014, p. 252/253)

Diante do estudo dos casos em tela, notou-se que a Suprema Corte em atitudes Ativistas, em face das lacunas legislativas, cuidou de dar à sociedade uma resposta às demandas apresentadas, justificadas pela proteção das minorias e da dignidade da pessoa humana.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar com o presente trabalho, que, diante da evolução da sociedade e as crescentes demandas sociais, o Supremo Tribunal Federal, provocado por inúmeras

ações que envolvem direitos fundamentais, e por ser a Corte Suprema do país, tem tomado decisões ativistas, em face das lacunas legislativas e da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Notou-se também, que o próprio Supremo Tribunal Federal em vários momentos, deixou clara a ideia ativista em suas decisões, o que foi debatido inclusive por constitucionalistas, pois tais decisões estariam afrontando o princípio da separação dos poderes e usurpando o papel do legislativo. Portanto, alguns Ministros ao declararem os seus votos, afastaram a ideia de usurpação de competência, justificando-se pela lacuna legislativa e a violação de direitos fundamentais.

As práticas do ativismo judicial, embora moderadamente desempenhados por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações. (MORAES, 2019, pg. 833)

A prática de Ativismo Judicial se faz presente em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme afirmativa feita pelos próprios Ministros da Corte, sempre justificadas, como uma atitude necessária, em face da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, diante das crescentes demandas sociais e dos direitos fundamentais não amparados pela legislação infraconstitucional, mas que estão de forma implícita no texto Constitucional. Porém, tais práticas, não é aceita pelos demais Poderes, pois, acaba por gerar um estado de instabilidade, um abalo no Estado Democrático de Direito, bem como, uma insegurança jurídica no país.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **ESTADO DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARROSO, *Luis Roberto*. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacaoativismolegitimidade-democratica?pagina=4> Acessado em: 20/02/2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, [Código Civil (2002)] - Código Civil e de Processo Civil/Alexandre Sankievicz (organizador). – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018. 363 p. – (Série legislação; n. 276 papel).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 distrito federal – 05/05/2011 – Plenário. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. (pags. 611 a 880). Acessado em 01/03/2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 distrito federal – 12/04/2012 – Plenário <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. . (pags. 1 a 433). Acessado em 01/03/2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal.** – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL COMO MECANISMO PARA CONCRETIZAR DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**, Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/ativismo-judicial-brasil-mecanismo-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acessado em 20/02/2023

MORAES, Alexandre. **AS SÚMULAS VINCULANTES NO BRASIL E A NECESSIDADE DE LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL.** R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 106/107 p. 267 - 285 jan./dez. 2011/2012

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 35ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

NUNES, Rizzato. Manual de Monografia Jurídica. – 14 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo Judicial no Processo Civil.** – Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIOS ALTERNATIVOS À ATA NOTARIAL COMO INSTRUMENTOS PROBATÓRIOS EFICAZES NA ERA DIGITAL DIANTE DA VOLATILIDADE DOS FATOS E ATOS JURÍDICOS OCORRIDOS NO CIBERESPAÇO.

CHRISTIAN GUEDES DA SILVA: Bacharel em Direito pela *Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, Campus de Cacoal* (2010/2014). Pós-graduado: Direito Civil e Processo Civil pela *Faculdade Legale* (2021/2022). Pós-graduando: Direito Processual Civil pela *Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR* (2018/2023). Analista Jurídico na Defensoria Pública do Estado de Rondônia.

4

RESUMO: O presente artigo visa discutir acerca da possibilidade do uso de instrumentos probatórios que sejam uma alternativa à ata notarial diante da volatilidade dos fatos que acontecem na era digital, portanto, no *ciberespaço*. São notórias a velocidade e a grande capacidade de produção de informações e interações interpessoais no âmbito digital, gerando, conseqüentemente, um maior número de conflitos, daí a necessidade de se observar um meio de produção probatória que acompanhe a celeridade com que os fatos do cotidiano acontecem. Ante esse contexto de aplicação do direito e avanço tecnológico, propõe-se compreender o meio de produção de prova como desdobramento do direito fundamento de acesso à justiça. Em seguida, busca-se tratar da volatilidade dos fatos e atos jurídicos praticados no ambiente virtual. Por fim, pretende-se expor o uso da ata notarial como meio probatório hábil para provar os fatos e atos jurídicos desenvolvidos no meio virtual e apresentar instrumentos probatórios alternativos viáveis e que, sobretudo, sejam devidamente aptos e eficazes para serem utilizados no âmbito jurídico-processual. Para tanto, será utilizado estudo de doutrinas, legislação, jurisprudência e precedentes judiciais, abordando ao longo do trabalho o direito à produção probatória como acesso à justiça, a volatilidade dos fatos na era digital e, por fim, os meios probatórios alternativos à ata notarial.

Palavras-Chave: Era Digital. Ciberespaço. Ata notarial. Instrumentos probatórios alternativos.

4 guedesdasilva@gmail.com

ABSTRACT: This article aims to discuss the possibility of using probative instruments as an alternative to the notarial minute in view of the volatility of facts that happen in the digital age, therefore, in cyberspace. The speed and great capacity of producing information and interpersonal interactions in the digital sphere are notorious, generating, consequently, a greater number of conflicts, from them the need to comply the ways of evidential production that follows the speed of the facts. Given this context of application of law and technological advancement, it's proposed to understand the production ways of evidence as a deployment of the fundamental right of access to justice. Then, try to deal with the volatility of facts and legal acts practiced in the virtual environment. Finally, it's intended to expose the use of the notarial act as a skillful evidential way to prove facts and legal acts developed in the virtual environment and presenting viable alternative evidentiary instruments that, above all, are duly suitable and valid to be used in the context legal-procedural. Therefore, the study of doctrines, legislation, case laws and judicial precedents will be used, addressing throughout the work the right to evidence production as access to justice, the volatility of facts in the digital age and, finally, the alternative evidence ways to the notarial acts.

Key Words: Digital age. Cyberspace. Notarial act. Alternative evidentiary instruments.

SUMÁRIO: Introdução. 2 Direito probatório como desdobramento do acesso à justiça. 3 A volatilidade dos fatos e atos jurídicos produzidos no ciberespaço. 4 Meios probatórios alternativos à ata notarial como instrumentos eficazes na coleta de fatos e atos jurídicos ocorridos no ciberespaço. Considerações finais. Referências Finais.

INTRODUÇÃO

Vivemos na Era Digital, momento do curso histórico marcado tanto pelo constante avanço tecnológico quanto pela centralidade das novas tecnologias nos arranjos sociais. As interações da sociedade, o modo como se vive, é inevitavelmente orientado pelas novas formas de comunicação, cujo ambiente em que se dá é chamado de *ciberespaço*, um meio em que a informação e a comunicação acontecem instrumentalizadas pela informática e pela internet.

Esse processo reverbera efeitos sociais, econômicos, culturais, e mesmo de linguagem, de modo que as relações e fatos que ocorrem com cada vez mais frequência no mundo digital são objeto constante das inovações tecnológicas.

Desse arranjo da era digital, a particularidade mais notável seja talvez a velocidade e a capacidade imensa de produção, armazenamento e troca de informações e conhecimento, fatos da vida humana que influem inatamente o direito e consequentemente a atuação jurisdicional.

A estrutura e os métodos de trabalho também sofrem essa influência, e com o direito não haveria de ser diferente. O domínio da tecnologia e o experimentalismo da vanguarda tecnológica devem ser aplicados à atividade jurídica, a fim de alcançar as mudanças provocadas pelos ciclos tecnológicos do hoje.

O que se observa é que, não obstante a explosão do avanço da tecnologia, de uma forma ou de outra, o ordenamento jurídico busca assegurar a proximidade da atividade jurisdicional à inovação que o tempo impõe. Exemplo evidente e já clássico é a lei 11.419/06, que disciplina o processo eletrônico.

As relações jurídicas que se estabelecem, constantemente vêm ocorrendo no âmbito do *ciberespaço*, de maneira que a necessidade de o ordenamento jurídico abarcar o âmbito digital está posta, e o processo civil vem na esteira de cumprir essa função dentro da sua esfera de maneira competente.

Nesse compasso, o Código de Processo Civil de 2015 autoriza a prática de atos processuais eletronicamente. Ainda, é possível o uso de resoluções alternativas de conflito através de plataformas *online* de solução de disputas, e mesmo aspectos mais avançados, como uso de robôs para admissibilidade de recursos, e jurimetria.

Consensualmente essas ferramentas estão aí para ajudar no processo da prestação jurisdicional, sobretudo quanto ao **custo** dos atos processuais e ao **tempo** da prática desses atos. Assim, busca-se a eficiência que o mundo digital pode oferecer.

Dentre os inúmeros atos processuais, sejam eles típicos ou atípicos, está o direito à produção probatória, a que o ordenamento jurídico nacional atribuiu o critério da atipicidade da prova. Isso quer dizer que se aceita no direito pátrio qualquer meio de prova que não seja vedado no processo civil brasileiro. Trocando em miúdos, o CPC/2015, notadamente em seu art. 369, sustenta que, para além dos meios de prova listados, e, portanto, típicos, qualquer outro meio é aceito, desde que não proibido.

Assim, é certo que a ata notarial, embora não seja propriamente uma novidade no ordenamento, o é como prova típica, prevista assim no art. 384 do CPC/2015, cuja aplicação, por essa razão, deve ser ampliada.

Porém, embora seja um meio de prova importante, em razão da fé pública própria dos tabeliães, e da dinamicidade desse meio de prova, que permite ao notário formalizar em instrumento a realidade por ele presenciada, como o barulho feito por animais de propriedade de vizinho, pode não ser eficaz frente a celeridade dos fatos no ambiente digital.

2 DIREITO PROBATÓRIO COMO DESDOBRAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal assegura, dentre as garantias fundamentais, o direito de ação, que encontra-se positivado no art. 5º, XXXV, sob a dicção de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo Ferraz Filho⁵, “trata-se de princípio que prega a inafastabilidade do Poder Judiciário sobre todas as questões jurídicas [...] toda ameaça ou violação a direito, seja ele fundamental, constitucional ou ordinário, estará sujeita a apreciação do Poder Judiciário.

Vê-se que a Constituição garante a qualquer cidadão o direito de deduzir pretensão em juízo para garantir a inviolabilidade de seus direitos, ainda que exista apenas ameaça a estes.

Ainda, de acordo com Cassio Scarpinella Bueno⁶, o citado princípio deve ser interpretado no sentido de que qualquer demanda ou “afirmação de direito” pode ser levada ao Poder Judiciário para elucidação.

O Autor afirma que:

Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta mesmo que seja negativa no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isto, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se há, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional [...]7

Denota-se que, ainda que eventualmente, o Estado-juiz venha a se manifestar no sentido de que aquele direito levado a ele não exista ou não possa ser exercida a função jurisdicional no caso, ainda assim, é garantido o acesso à justiça. Significa dizer, a grosso modo, que o Judiciário deve estar aberto à qualquer situação que implique na ameaça ou lesão de direitos.

⁵FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha *et al.* **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012. p. 29.

⁶BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 125.

⁷Ibidem.

Como desdobramento do direito de ação, também é assegurado pela Lei Maior, a garantia do devido processo legal, explicitado no inciso LIV, também do art. 5º, em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Acerca do devido processo legal, Wilson Alves de Souza⁸ tece as seguintes considerações:

O princípio do processo devido em direito é o mais amplo dos princípios processuais constitucionais. Trata -se, pois, de princípio derivante (ou irradiante), na medida em que dele decorrem todos os demais princípios processuais. Desse modo, não se pode falar em processo devido em direito se, por exemplo, não se atende aos princípios da ampla defesa, da publicidade, do contraditório, do direito à produção da prova por meios lícitos, da celeridade, da fundamentação das decisões, do processo em tempo razoável, da eficácia das decisões, etc.

Em outras palavras, não se permite que alguém seja privado de seus bens ou de sua liberdade senão apoiado em um processo judicial onde, por sua vez, é assegurado dentre outros direitos, a produção de provas por meios lícitos.

No que concerne ao direito a produção de provas, cumpre mencionar que esta garantia, além de decorrer do supracitado princípio constitucional, também se encontra expresso na Constituição, em seu art. 5º, inciso LV.

O direito a prova, segundo Medina e Wambier⁹, compreende o direito de ratificar a verdade dos fatos alegados ou de afastar os fatos alegados pela outra parte, ou seja, o direito à prova contrária.

Em complemento, Humberto Theodoro Junior¹⁰ assevera que:

[...] o direito à prova ocupa, reconhecidamente, posição de extrema relevância no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal impedir que

⁸SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. – Salvador: Dois de Julho, 2013. p. 140.

⁹MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 199.

¹⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.1104.

a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto.

Desta forma, o direito à prova ocupa extrema importância na sistemática processual pois traduz-se na efetiva “materialização” do exercício do direito de ação e do contraditório.

Ainda sobre o direito fundamental à prova, Fredie Didier Jr¹¹. explica que este compõe-se dos seguintes desdobramentos: “ [...] *a*) o direito à adequação da oportunidade de requerer provas; *b*) o direito de produzir provas; *c*) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; *e*) o direito ao exame, pelo órgão julgador da prova produzida”.

Nota-se, portanto, que a garantia a produção probatória, não se restringe a somente elaborar a prova, mas também engloba o direito a falar, no processo, sobre as provas obtidas no curso da instrução e também a manifestação do juiz da causa, acerca das mesmas.

Explicando tais aspectos, em especial o direito à produção, o autor narra que este tem caráter instrumental, de modo que sua função é assegurar que as partes tenham amplas oportunidades para comprovar os fatos que alegam¹².

Em outras palavras, deve se certificar que os sujeitos da relação jurídica possam fazer uso de todos os meios de prova imprescindíveis para a validação dos fatos.

Todavia, o doutrinador ressalta que esta ampla possibilidade - no que diz respeito a produção probatória - não deve ser encarada de forma irrestrita, já que tal premissa poderá, excepcionalmente, ser limitada quando colidir com outros valores constitucionalmente protegidos¹³.

No que diz respeito aos meios de prova, Wambier e Talamini¹⁴, elucidam que estes “[...] são os diversos instrumentos pelos quais a constatação sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos chega até o sujeito que precisa formar sua convicção (no caso do

¹¹DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed. Salvador: Editora Jus Podivum, 2018.p. 51.

¹²Ibidem.

¹³DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed. Salvador: Editora Jus Podivum, 2018.p. 51

¹⁴WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo Civil, volume 2 [livro eletrônico]: cognição jurisdicional: processo como de conhecimento e tutela provisória**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 116.

processo, o juiz). São os mecanismos que permitem aos sujeitos do processo a investigação sobre os fatos da causa.

São, portanto, todas as formas de ser obter elementos que culminem na elucidação da lide posta a julgamento.

Segundo os autores, “vigora o princípio da ampla liberdade probatória. Aceita-se o emprego não apenas dos meios de prova tipificados no ordenamento, mas de todos os demais que não sejam ilícitos nem moralmente inadmissíveis (art. 369 do CPC/2015) ”15.

E complementam:

Mas também são admissíveis meios atípicos de prova, isso é, meios que, embora não expressamente disciplinados na lei, permitem ao juiz a constatação da existência ou inexistência de fatos. Para tanto, é preciso que tais meios atípicos não sejam ilícitos nem moralmente inadmissíveis (art. 369 do CPC/2015; art. 5.º, LVI, da CF/1988)16.

Dessa forma, atendo-se tão somente ao processo civil, ainda que o Código de Processo Civil disponha de formas obtenção de provas pré-estabelecidas, é garantida a utilização de outros métodos, desde que lícitos.

No que tange a atipicidade da prova, Paulo Osternack Amaral¹⁷ afirma que:

[...] é decorrência da atipicidade do exercício do direito de ação. De nada adiantaria existir a ampla possibilidade de acesso ao Judiciário sem que o sistema processual conferisse às partes semelhante amplitude probatória. Com isso, restringir a disponibilidade dos mesmos de prova indicaria limiar a própria garantia constitucional da ação e da defesa. Caberá especialmente ao juiz garantir a que a liberdade probatória consagrada no processo civil brasileiro não seja restringida pela eventual ausência de previsão do meio de prova na lei ou pela ausência de procedimento previamente definido para a produção de uma prova.

15Ibidem.

16Ibidem.

17AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 67

Em suma, uma vez que o ordenamento pátrio consagra a amplitude de meios para o acesso à justiça, igualmente deverá garantir a liberdade da produção probatória eis que não se pode tolher o direito de ação do litigante ou de defesa do réu, por ausência de determinação expressa na lei, sobre como deverá ser produzida determinada prova.

O autor, entretanto, não ignora os questionamentos que a prova atípica pode levantar. O autor salienta que

[...]a ausência de um procedimento previsto em lei para a colheita de prova atípica poderia caracterizar ofensa ao devido processo legal, afinal, não se terá respeitado um esquema predeterminado pela lei, por vezes suprimindo o contraditório. [...] A solução que se imagina para esses casos será o exercício do contraditório tão logo a prova seja encartada no processo. Não há dúvida de que não terá havido o contraditório na formação da prova. Mas o fundamental será que as partes tenham a oportunidade de se manifestar sobre tais informações introduzidas no processo, antes que o juiz forme seu convencimento e o exteriorize na sentença¹⁸.

Sendo assim, ainda que a utilização de prova atípica levante questionamentos acerca de possível violação ao processo devido, esta dúvida poderá ser suprida ao oportunizar a parte contrária o direito a falar sobre a prova atípica, tão logo esta seja levada aos autos e antes de o magistrado julgar a lide.

Trata-se, assim, de um modo de garantir o exercício do contraditório e uma maneira de evitar que o excessivo formalismo prejudique o anseio de justiça do cidadão que bate às portas do Judiciário.

3 A VOLATILIDADE DOS FATOS E ATOS JURÍDICOS PRODUZIDOS NO CIBERESPAÇO.

À medida em que a população mundial cada vez mais tem estabelecido diversas relações através da internet, seja por meio de *e-mails*, *Facebook*, *Instagram*, *Youtube*, *WhatsApp* e outras redes sociais, fato inexistente até algumas décadas atrás, uma série de controvérsias vêm se revelando, especialmente diante do hiato legislativo a respeito da regulação dessas interações sociais denominadas atos jurídicos.

Essa ligeira mudança nas relações civis fez com que dentro do ciberespaço fosse possível criar relações, discuti-las e até mesmo extingui-las, o que se mostra bastante comum na prática atual.

¹⁸Ibidem.

Para melhor explicitarmos a matéria de fundo faz-se necessário primeiramente sintetizarmos os conceitos de fatos e atos jurídicos, senão vejamos.

Os fatos se dividem em materiais, aqueles desprovidos de consequência no mundo jurídico, e jurídicos, aqueles relevantes para o direito. O fato jurídico, em sentido amplo, seria todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas.¹⁹

Nas lições do Ilustre Professor Silvio Venosa²⁰ encontramos a seguinte definição de fato jurídico:

São fatos jurídicos todos os acontecimentos que, de forma direta ou indireta, ocasionam efeito jurídico. Nesse contexto, admitimos a existência de fatos jurídicos em geral, em sentido amplo, que compreendem tanto os fatos naturais, sem interferência do homem, como os fatos humanos, relacionados com a vontade humana.

Dissecando a classificação do festejado Professor, portanto, tem-se que os fatos naturais independem da vontade humana, porquanto são eventos que acontecem sem que se tenha qualquer vontade direcionada. Por outro lado, os fatos humanos, também chamados de atos jurídicos, configuram-se pela presença da vontade exteriorizada, não bastando apenas a vontade no âmbito mental e interno.

Dessarte, os fatos jurídicos humanos são aqueles que necessitam da conduta humana para acontecer, e podem ser lícitos ou ilícitos. Este, segundo o professor Tartuce²¹, consiste em um ato praticado em dissonância com a ordem jurídica, afrontando direitos e acarretando danos ou prejuízos a outrem.

Passadas as breves considerações conceituais, tem-se que no ciberespaço podemos encontrar uma infinidade de atos jurídicos, seja através das manifestações veiculadas nas redes sociais, das relações privadas nelas estabelecidas ou até mesmo atos negociais que dali são originados.

Portanto, à medida que as redes sociais se tornam instrumentos indispensáveis à comunicação, *print screens* de conversas, manifestações, interações e acordos passam a integrar cada vez mais os processos judiciais.

¹⁹FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124.

²⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 365.

²¹TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 Ed. São Paulo: Editora Método, 2013, pag. 426.

A partir disso nos perguntamos: qual seria o grau de confiabilidade das provas documentais extraídas do ciberespaço? considerando que são facilmente manipuláveis e tendem a se esvaír caso não sejam prontamente documentadas.

Para chegarmos a uma possível conclusão, necessário que se compreenda inicialmente que o conceito de prova documental possuía um sentido estrito, envolvendo a retratação materializada de algum fato, ou seja, a princípio, a legislação entendia como documento apenas aqueles escritos e devidamente formalizados de acordo com a norma.

A clássica conceituação de provas é vista no estudo da obra de Carnelutti²², escrita em meados de 1915, em discurso sobre a representação da prova, mais direcionado à distinção de documento e a declaração nele inserta:

Por enquanto, é suficiente advertir que evitar a confusão entre os dois termos é uma verdadeira necessidade lógica, porque a declaração (negócio) é um ato, o documento é um objeto; não é possível pense em um ato como um objeto ou vice-versa! Com o que, se o leitor reflete um pouco sobre isso, é colocado em luz que o requisito formal da declaração não é de forma nenhum o documento, mas a formação do documento; em outras palavras, o que interessa para a forma é escrever (ato), o que interessa para a prova é o escrito (objeto: isto é, que fique escrito; ou ainda, o que decide para a formação ou existência do negócio não é a existência do documento no momento do processo, mas a existência do documento no momento da formação do mesmo negócio, ao passo que o que decide para a prova não é a existência do documento no momento da formação do negócio, mas no momento do processo.

Como se pode notar, a conceituação tradicional de prova, apesar de bastante difundida até a presente data, não mais se coaduna com a realidade jurídico-social existente, haja vista a mutação drástica ocorrida nas relações, em especial com o advento da *internet*.

Numa abordagem mais contemporânea, o conceito de prova documental pode ser definido de forma bastante elucidativa pelas palavras do Professor Marcacini.²³

²²CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil: parte geral - O conceito jurídico da prova**. São Paulo: Leud, 2003. Pag. 141.

²³ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Estudo sobre a efetividade do processo civil**. 1999. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 1999. São Paulo: Creative Commons, 2009. (Edição eletrônica)

Um conceito atual de documento, para abranger também o documento eletrônico, deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa em que estes se materializam. Isto porque o documento eletrônico é totalmente dissociado do meio em que foi originalmente armazenado. Um texto, gravado inicialmente no disco rígido do computador do seu criador, não está preso a ele. Assumindo a forma de uma sequência de bits, o documento eletrônico não é outra coisa que não a sequência mesma, independentemente do meio onde foi gravado. Assim, o arquivo eletrônico em que está este texto poderá ser transferido para outros meios, sejam disquetes, CDs, ou discos rígidos de outros computadores, mas o documento eletrônico continuará sendo o mesmo. Documento, assim, é o registro de um fato. [...] Na medida em que a técnica evolui permitindo registro permanente dos fatos sem fixá-lo de modo inseparável em alguma coisa corpórea, tal registro também pode ser considerado documento.

Tarciso Teixeira²⁴, ao tratar sobre instrumentos eletrônicos aplicados como meio de prova, conceitua documento eletrônico como representação de um fato ou ato produzido em um suporte eletrônico.

No âmbito do direito material brasileiro, o art. 225 do Código Civil de 2002²⁵ dispõe que as reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, salvo a parte contra quem forem exibidos não lhes impugnar a exatidão.

Já no âmbito do direito processual brasileiro, o art. 439 do Código de Processo Civil anuncia que: "A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei".

Não obstante a isso, o art. 440 do Código de Processo Civil diz que "O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor".

24 TEIXEIRA, Tarciso. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática** – 3ª. Ed. Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 150.

25 BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 225:** As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Nesse aspecto, vale mencionar que os *prints* de tela, a despeito de não estarem previstos em lei, são utilizados comumente como meio de prova documental eletrônica, com o objetivo de fazer prova de fatos ocorridos no ambiente digital, em especial nas redes sociais, como Facebook e *WhatsApp*.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça sinalizou entendimento, em matéria processual criminal, no sentido de que *prints* de tela, no caso, do aplicativo *WhatsApp Web*, são meios de provas frágeis, uma vez que produzido unilateralmente e facilmente manipulável. Colaciona-se o julgado da referida Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. NOTÍCIA ANÔNIMA DO CRIME APRESENTADA JUNTO COM A **CAPTURE DA TELA DAS CONVERSAS DO WHATSAPP**. INTERLOCUTOR INTEGRANTE DO GRUPO DE CONVERSAS DO APLICATIVO. POSSIBILIDADE DE PROMOÇÃO DE DILIGÊNCIAS PELO PODER PÚBLICO. ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. NULIDADE VERIFICADA. DEMAIS PROVAS VÁLIDAS. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. Consta dos autos que os **prints das conversas do WhatsApp** teriam sido efetivados por um dos integrantes do grupo de conversas do aplicativo, isto é, seria um dos próprios interlocutores, haja vista que ainda consta no acórdão do Tribunal de origem que, "como bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça que "(...) a tese da defesa de que a prova é ilícita se contrapõe a tese da acusação de que as conversas foram vazadas por um dos próprios interlocutores devendo ser objeto de prova no decorrer da instrução processual".

3. Esta Sexta Turma entende que é **inválida a prova obtida pelo WhatsApp Web**, pois "é **possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens** e a **exclusão de mensagens antigas** (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato.

Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") **ou de mensagem recebida** (em qualquer caso) não **deixa absolutamente nenhum vestígio**, seja no aplicativo, seja

no computador emparelhado, e, por conseguinte, **não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal**, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários" (RHC 99.735/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018). [...]26 (**grifo nosso**).

Já no âmbito processual civil, o entendimento dos Tribunais Pátrios também vem se consolidando no mesmo sentido, isto é, de que *prints* de telas de computadores são provas unilaterais e manipuláveis, conforme julgados abaixo:

CONSUMIDOR. DECLARATÓRIA NEGATIVA DE RELAÇÃO JURÍDICA E DÉBITO. CONTRATAÇÃO NÃO COMPROVADA. **TELAS SISTÊMICAS. PROVA UNILATERAL.** NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.²⁷ (**grifo nosso**).

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RELAÇÃO JURÍDICA NÃO COMPROVADA - PRINTS DE TELAS DE COMPUTADOR - DOCUMENTOS UNILATERAIS - DÉBITO NÃO COMPROVADO - DANO MORAL CONFIGURADO - VALOR DA INDENIZAÇÃO. Não comprovada a existência da dívida, a cobrança em face da parte não é legítima, devendo ser declarada a inexistência do débito. A **juntada de meras telas de computadores, devidamente impugnadas pela parte autora, não tem valor probante** o que afasta a legalidade da cobrança. A fixação do quantum indenizatório deve se dar com prudente arbítrio, para que

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 133.430/PE**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Julgado em 23/02/2021. DJe 26/02/2021.

27 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Recurso Inominado Cível. Processo nº 7001134-24.2019.822.0022**, Turma Recursal. Porto Velho. Relator do Acórdão: Juiz Glodner Luiz Pauletto, Data de julgamento: 13/08/2020.

não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.²⁸ (**grifo nosso**).

É consabido que algumas recentes normas trouxeram maior segurança jurídica às provas produzidas no âmbito virtual, a exemplo do Código de Processo Civil de 2015, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018) e a Lei do Processo Eletrônico de 2006 (Lei nº 11.419/2006) que, com exceção de dois parágrafos inseridos ao art. 11 em 2019, não foi atualizada desde a sua publicação.

Assim, o que se tem hodiernamente de mais valia a respeito do modo de produção de provas é o disposto no artigo 411, II, do Código de processo civil que “considera autêntico o documento quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei”²⁹.

Contudo, muito embora sejam relevantes as contribuições dessas legislações para o progresso da informatização processual, ainda não há parâmetros ou vetores que orientem a extração de provas documentais do ciberespaço de modo a possuírem autenticidade, confiabilidade e presunção de veracidade – ao menos relativa – ao serem apresentadas em juízo, razão pela qual se mostra importante debater sobre os meios de provas eficazes para conferir autenticidade e segurança à comprovação de fatos e atos jurídicos ocorridos no ciberespaço, perfazendo uma análise acurada da questão.

4 MEIOS PROBATÓRIOS ALTERNATIVOS À ATA NOTARIAL COMO INSTRUMENTOS EFICAZES NA COLETA DE FATOS E ATOS JURÍDICOS OCORRIDOS NO CIBERESPAÇO.

Como visto no tópico anterior, com o advento da Era Digital surgiu a possibilidade de ocorrer diversos fatos e atos jurídicos no meio tecnológico, fazendo com que o Direito avançasse para recepcionar os documentos digitais, cujo objeto é imaterial e incorpóreo.

Diante disso, é necessário que os meios de prova sejam renovados para validarem e certificarem a existência dos atos e fatos desenvolvidos no ambiente digital, uma vez que, como já tratado, as relações sociais, em especial àqueles que originam fatos jurídicos, têm ocorrido com preponderância no ciberespaço.

28BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 10000200836823001**. Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais. 13ª Câmara Cível. Relator: Alberto Henrique. Data de Julgamento: 11/08/0020, Data de Publicação: 14/08/2020).

29BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 411**: Considera-se autêntico o documento quando: I - o tabelião reconhecer a firma do signatário; II - a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei; III - não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento.

Nesse contexto e, considerando que a jurisprudência caminha pela não conhecimento de *prints* de tela como prova documental eletrônica válida para certificar a existência do fato, tem-se verificado na prática forense que os operadores do direito passaram a utilizar a ata notarial como meio probatório para comprovar a integridade e veracidade dos fatos ocorridos no ambiente virtual.

Caso marcante e de repercussão internacional do uso da ata notarial como meio de prova de fatos produzidos no ciberespaço foi o caso envolvendo o jogador profissional de futebol Neymar Jr, em junho de 2019. O respectivo se valeu da ata notarial para atestar as trocas de mensagens com a jovem que o denunciou por suposta prática do crime de estupro. O conteúdo da ata notarial, no caso, abrangeu as conversas eletrônicas constantes no aplicativo de mensagens instantâneas do smartphone do jogador, como também imagens e vídeos³⁰.

Luiz Guilherme Loureiro³¹ define ata notarial como instrumento público que tem por objetivo conferir fé pública a fatos constatados pelo notário, através de qualquer dos seus sentidos.

Nos termos do art. 384 do Código de Processo Civil, a ata notarial é prova documental típica e adequada para atestar ou documentar a existência e o modo de existir de algum fato, lavrado por tabelião a pedido do interessado. Afora a descrição do fato por escrito pelo notário, por meio de seus sentidos (visão, audição, tato, olfato e paladar), a ata notarial abrange também imagens ou som gravados em arquivos eletrônicos, conforme dispõe o parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Civil.

Luiz Guilherme Loureiro³² exemplifica o uso da ata notarial para constatar conteúdo de comunicação eletrônica recebida por correio eletrônico ou mensagens de texto via SMS, recebida em telefones e tablets, como também para registrar fatos constantes em páginas de redes sociais na internet.

Não há dúvidas, portanto, de que a ata notarial, a grosso modo, confere certa segurança e força probatória para comprovar os fatos produzidos no meio digital,

³⁰ COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. Seção Minas Gerais: **Documento em Cartório serve como prova, diminui custos e agiliza ação judicial** Disponível em: <https://cnbmj.org.br/documento-em-cartorio-serve-como-prova-diminui-custos-e-agiliza-acao-judicial/>. Acesso em: 21/05/2023.

³¹ LOUREIRO, Luis Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática** – 11ª. Ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Editora Juspodvim, 2021, p. 1.353.

³² LOUREIRO, op. cit., p. 1.357.

especialmente nos casos de posterior exclusão do fato constatado pelo notário, dada a volatilidade e mutabilidade do ciberespaço.

Entretanto, existem outros meios probatórios considerados mais eficientes do ponto de vista técnico e menos onerosos, tendo em vista que ata notarial, conforme pesquisa realizada no Estado de Rondônia, custa R\$214,21 a primeira folha e R\$71,41 por folha adicional³³.

Um dos meios alternativos é o *blockchain*, tecnologia que proporciona, com segurança e de modo descentralizado, uma série de transações de ativos, dentre os quais o conteúdo de um determinado documento. As transações realizadas por *blockchain* são registradas numa espécie de registro público, que é compartilhável e imutável³⁴.

Uma plataforma que tem ganhado notoriedade na utilização da tecnologia blockchain para fazer prova de fatos ocorridos no meio digital com autenticidade e segurança é a empresa OriginalMy³⁵.

Referida empresa cita três características principais que fazem com que o *blockchain* torne a coleta de provas sobre conteúdos online segura, quais sejam:

A imutabilidade impede que dados possam ser alterados ou deletados após o registro. Dessa forma, as provas certificadas em Blockchain não podem ser perdidas, mesmo que as postagens originais sejam removidas.

Cada arquivo certificado em Blockchain possui um timestamp, ou carimbo de tempo, que informa com precisão a data e horário da certificação. Tais metadados, como explicado anteriormente, são essenciais em juízo.

O hash, ou identificação criptográfica, é calculado a partir de cada documento, e é certificado em Blockchain. Caso alguma alteração seja feita no relatório com a prova coletada, o novo hash será

33BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Provimento Corregedoria n. 044/2020**. Disponível em: https://www.tjro.jus.br/corregedoria/images/Provimento_CGJ_44-2020_Tabela_2023.pdf. Acesso em 21/05/2023.

34FORMIGONI FILHO, José Reynaldo; BRAGA, Alexandre Mello; LEAL, Rodrigo Lima Verde. **Tecnologia Blockchain: uma visão geral**. 2017. Disponível em: <https://www.cpqd.com.br/wpcontent/uploads/2017/03/cpqd-whitepaper-blockchain-impresso.pdf>. Acesso em: 21/05/2023, p. 6.

35ORIGINALMY. Disponível em: <https://originalmy.com/>. Acesso em: 21/05/2023.

diferente do original. Com isso, é possível provar a sua autenticidade em juízo.³⁶

Para fins jurídico, a tecnologia *blockchain* poderia ser aplicada para registrar acontecimentos no ambiente digital, como por exemplo conversas em aplicativos de mensagem instantânea, postagens de textos, imagens e vídeos em redes sociais e páginas de internet.

Como as provas digitais são voláteis e mutáveis em um curto período de tempo, a tecnologia *blockchain* tem a capacidade de comprovar a autenticidade do conteúdo de um documento de modo muito mais eficaz do que uma simples *print* de tela, considerando as características supramencionadas.

Vale destacar, ainda, que diferentemente da ata notarial, que exige um notário para a lavratura do documento, bem como que o mesmo seja realizado durante o expediente do cartório, o registro da prova eletrônica na tecnologia *blockchain* permite que tudo seja realizado virtualmente, sendo que a prova pode ser preservada em qualquer dia e horário e por qualquer pessoa.

Ainda não há entendimento consolidado do Poder Judiciário sobre o uso da tecnologia *blockchain* como meio de prova hábil e legítimo a conferir autenticidade e segurança à prova documental eletrônica.

Contudo, já há decisão, no caso da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2237253-77.2018.8.26.0000, em 19 dezembro de 2018, no sentido de não haver necessidade de se conceder medida liminar de abstenção de comunicação de terceiros sobre os pedidos formulados pelo agravante, que consistia em obter dados de usuários responsáveis por publicações ofensivas no *Facebook* e *Twitter*, tendo em vista que o fato entendido como violador dos direitos do agravante, autor da demanda, já havia sido preservado pela uso da tecnologia *blockchain*, por meio da plataforma OriginalMY³⁷.

36BLOG ORIGINALMY. **Como coletar provas em formato áudio ou vídeo com validade jurídica?**

Disponível em: <https://originalmy.com/blog/2255/como-coletar-provas-em-formato-audio-ou-video-com-validade-juridica>. Acesso em: 21/05/2023.

37BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2237253-77.2018.8.26.0000**. Relatora: Fernanda Gomes Camacho. Órgão Julgador. 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/12/2018. Data de Registro: 19/12/2018.

Ou seja, ainda que de modo comedido, o Poder Judiciário vem sinalizando pela autenticidade e segurança do uso da tecnologia *blockchain* como meio de prova hábil para registrar os fatos ocorridos no ambiente virtual.

Outro meio de prova que vem ganhando notoriedade no mundo jurídico é a plataforma digital da empresa Verifact.³⁸ Segundo noticiado pela empresa em seu sítio eletrônico, ela fornece serviço virtual para registrar fatos ocorridos no ciberespaço, utilizando-se de métodos forenses validados internacionalmente, como a ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 e as diretrizes iniciais da Cadeia de Custódia prevista na Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime).³⁹

Segundo o parecer jurídico⁴⁰ de lavra dos advogados Vicente Takaji Suzuki, inscrito na OAB/PR sob o n. 38.848 e Hugo Ferando Men Lopes, inscrito na OAB sob o n. 86.989, a plataforma Verifact é capaz de oferecer autenticação, confidencialidade, integridade, não-repúdio e tempestividade às provas eletrônicas coletadas no ciberespaço, porquanto emprega medidas efetivas para impedir manipulações no processo de registro das provas no ambiente virtual fornecido pela empresa para coletar provas.

Os pareceristas citados esclarecem que a plataforma Verifact, no tocante à autenticação, permite identificar a autoria do documento produzido por meio registro do usuário na plataforma. Já no que diz respeito à confidencialidade, afirmam que a plataforma permite que a captura técnica dos fatos ocorridos no ambiente virtual não permite o acesso de terceiros sem a permissão do usuário responsável pela produção do documento. Em relação à integridade, dizem que os dados coletados não permitem serem manipulados, pois os documentos eletrônicos são protegidos por carimbo de tempo criptográfico e pode ser assinado digitalmente para conferir maior autenticidade. No que toca ao requisito não-repúdio, afirmam que a plataforma disponibiliza ao interessado a possibilidade de validar de modo manual a integridade dos documentos eletrônicos produzidos, de forma que o procedimento permite a identificação de qualquer tipo de alteração, sejam acidental ou proposital, em ato posterior à sua finalização. Por fim, no que se refere à tempestividade, citam que os documentos eletrônicos coletados na plataforma são expedidos com o carimbo de tempo da ICP/Brasil, emitido pela autoridade

38VERIFACT. Disponível em: <https://www.verifact.com.br/>. Acesso em 21/05/2023.

39VERIFACT. **Fundamentação**. Disponível em: < <https://www.verifact.com.br/fundamentacao/>>. Acesso em 21/05/2023.

40SUZUKI, Vicente Takaji; LOPES, Hugo Ferando Men. **Verifact: Parecer Jurídico**. Disponível em: https://www.verifact.com.br/wp-content/uploads/2019/02/verifact_parecer_juridico_v.2.1.pdf. Acesso em 21/05/2023.

certificadora Brasileira, instituída para garantir autenticidade, integridade e a validade jurídica aos documentos digitais⁴¹.

Vê-se, pelo exposto, que a plataforma Verifact se mostrar como um meio viável de produção de prova digital de fatos e atos ocorridos no ciberespaço, com maior força probante que os *prints* de tela, dado que a plataforma dispõe de uma *cyber* segurança para extração de fatos e atos ocorridos no meio virtual, por meio de um ambiente controlado e sem interferência, além de ser auditável, para constatação de eventual manipulação.

Cabe registrar que algumas instituições públicas, como o Ministério Público do Estado de São Paulo⁴² e o Ministério Público do Estado da Bahia⁴³, firmaram acordo de cooperação técnica com a empresa Verifact para o registro de provas de fatos e atos ocorridos no ciberespaço, o que demonstra a confiabilidade da plataforma como meio de prova alternativo à ata notarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontroverso que a Era Digital trouxe mudanças significativas no modo de as pessoas se comunicarem. No que toca ao Direito Probatório Processual, a Era Digital reverberou alterações substanciais no que diz respeito à produção de provas autênticas e seguras, dada a volatilidade dos fatos e atos ocorridos no ciberespaço.

Dito isso, o grande desafio do direito probatório no âmbito digital é o de conferir autenticidade e segurança aos fatos e atos jurídicos desenvolvidos no ciberespaço.

Isso porque os fatos e atos jurídicos ocorridos no ciberespaço são dotados de alta volatilidade, o que abrange a mutabilidade e dinamicidade com que eles são realizados no ambiente virtual.

Quando se mostra necessário invocar a tutela judicial envolvendo fatos e atos jurídicos ocorridos no meio digital, nota-se que os meios convencionais de provas previstos nas normas adjetivas têm se mostrado incapazes de conferir a devida segurança e

41 SUZUKI, Vicente Takaji; op. cit., p. 08.

42MIGALHAS. **MP/SP firma acordo de cooperação técnica para captura técnica de provas digitais.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/346411/mp-sp-firma-acordo-de-cooperacao-tecnica>. Acesso em 21/05/2023.

43CONJUR. **MP da Bahia assina acordo técnico para registro de provas digitais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-08/mp-bahia-assina-acordo-tecnico-registro-provas-digitais>. Acesso em 21/05/2023.

autenticidade para que o juízo se convença da prova apresentante e exerça o livre convencimento motivado.

Tal celeuma fez com que os operadores do direito começassem a se valer da ata notarial como instrumento probatório eficaz a conferir segurança e autenticidade aos fatos e atos jurídicos desenvolvidos no ambiente digital, já que ao notário lhe foi entregue o poder legal de, quando solicitado, autenticar e certificar, com força jurídica probatória, um determinado fato e ato jurídico, em especial aqueles desenvolvidos no ambiente virtual.

Ocorre que a ata notarial possui um custo elevado para sua elaboração, além do que possui um limitador temporal para que seja feita, que é o horário de funcionamento dos Tabelionatos, prejudicando assim o pleno exercício de um direito fundamental de acesso à justiça, qual seja: o direito probatório.

Nesse cenário, foi apresentado no presente trabalho meios alternativos à ata notarial, sendo o uso da **tecnologia blockchain** e a **plataforma Verifact**. Referidos meios alternativos sucedem como novos instrumentos probatórios eficazes para conferir veracidade, autenticidade e segurança aos fatos e atos jurídicos ocorridos no ciberespaço, além de se sobressaírem à ata notarial por serem menos custosos e sem limite temporal para serem utilizados.

Contudo, por se tratarem de meios atípicos de prova, somada à necessidade de familiarização dos operadores do direito acerca da tecnologia aplicada na coleta dos fatos e atos jurídicos praticados no ciberespaço, há um longo caminho para que esses meios de provas sejam utilizados com maior frequência pelos operadores do direito, bem como aceitos pelo Poder Judiciário como instrumentos probatórios autênticos e eficazes.

REFERÊNCIAS FINAIS

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BLOG ORIGINALMY. **Como coletar provas em formato áudio ou vídeo com validade jurídica?**. Disponível em: <https://originalmy.com/blog/2255/como-coletar-provas-em-formato-audio-ou-video-com-validade-juridica>. Acesso em: 21/05/2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: Acesso em: 21/05/2023.

BRASIL. **Código Civil. 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: 21/05/2023.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21/05/2023.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 21/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 21/05/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2237253-77.2018.8.26.0000.** Relatora: Fernanda Gomes Camacho. Órgão Julgador. 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/12/2018. Data de Registro: 19/12/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10000200836823001.** Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais. 13ª Câmara Cível. Relator: Alberto Henrique, Data de Julgamento: 11/08/0020, Data de Publicação: 14/08/2020).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Provimento Corregedoria n. 044/2020.** Disponível em: https://www.tjro.jus.br/corregedoria/images/Provimento_CGJ_44-2020_Tabela_2021.pdf. Acesso em: 21/05/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Recurso Inominado Cível, Processo nº 7001134-24.2019.822.0022,** Orgão Julgador: Turma Recursal. Relator (a) do Acórdão: Juiz Glodner Luiz Pauletto, Data de julgamento: 13/08/2020).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Processo nº 133.430/PE,** Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Orgão Julgador: Sexta Turma, Data do Julgamento 23/02/2021, DJe 26/02/2021).

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil: parte geral - O conceito jurídico da prova.** São Paulo: Leud, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil: parte geral - O conceito jurídico da prova.** São Paulo: Leud, 2003.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. Seção Minas Gerais: **Documento em Cartório serve como prova, diminui custos e agiliza ação judicial** Disponível em: <https://cnbmg.org.br/documento-em-cartorio-serve-como-prova-diminui-custos-e-agiliza-acao-judicial/>. Acesso em: 21/05/2023.

CONJUR. **MP da Bahia assina acordo técnico para registro de provas digitais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-08/mp-bahia-assina-acordo-tecnico-registro-provas-digitais>. Acesso em 21/05/2023.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 13. ed. Salvador: Editora Jus Podivum, 2018.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha *et al.* **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1994.

FORMIGONI FILHO, José Reynaldo; BRAGA, Alexandre Mello; LEAL, Rodrigo Lima Verde. **Tecnologia Blockchain: uma visão geral.** 2017. Disponível em: <https://www.cpqd.com.br/wpcontent/uploads/2017/03/cpqd-whitepaper-blockchain-impreso.pdf>. Acesso em: 21/05/2023.

LOUREIRO, Luis Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática – 11^a.** Ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Editora Juspodvim, 2021.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Estudo sobre a efetividade do processo civil.** 1999. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 1999. São Paulo: Creative Commons, 2009. (Edição eletrônica).

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIGALHAS. **MP/SP firma acordo de cooperação técnica para captura técnica de provas digitais.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/346411/mp-sp-firma-acordo-de-cooperacao-tecnica>. Acesso em 21/05/2023.

CONJUR. **MP da Bahia assina acordo técnico para registro de provas digitais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-08/mp-bahia-assina-acordo-tecnico-registro-provas-digitais>. Acesso em 21/05/2023.

ORIGINALMY. Disponível em: <https://originalmy.com/>. Acesso em: 21/05/2023.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. – Salvador: Dois de Julho, 2013.

SUZUKI, Vicente Takaji; LOPES, Hugo Ferando Men. **Verifact: Parecer Jurídico**. Disponível em: https://www.verifact.com.br/wp-content/uploads/2019/02/verifact_parecer_juridico_v.2.1.pdf. Acesso em 21/05/2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 Ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

TEIXEIRA, Tarciso. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática** – 3ª. Ed. Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. Vol. 6. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERIFACT. Disponível em: <https://www.verifact.com.br/>. Acesso em 21/05/2023.

VERIFACT. **Fundamentação**. Disponível em: <https://www.verifact.com.br/fundamentacao/>. Acesso em 21/05/2023.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo Civil, volume 2 [livro eletrônico]**: cognição jurisdicional: processo como de conhecimento e tutela provisória. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

A APLICABILIDADE DA ADOÇÃO INTUITU PERSONAE (DIRETA)

PAULA SIQUEIRA LIMA: Doutoranda em Pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Tabeliã. Formada pela PUC GOIÁS em 2010

MARIA MAIDA⁴⁴

(coautora)

RESUMO: O presente trabalho se destina a analisar o instituto da adoção intuitu personae, ou adoção dirigida, analisando a validade de tal modalidade de adoção, ante a ausência de previsão legal, levando em conta princípios como: o do melhor interesse da criança e do adolescente, o da proteção integral e o da prioridade absoluta, que fundamentam a possibilidade de ocorrência deste tipo de adoção, bem como, a presença da socioafetividade. Além da ausência de previsão legal, outro ponto relevante é a ausência de prévia habilitação, exigida nos casos de adoção, uma vez que, na maioria dos casos de adoção intuitu personae, as partes envolvidas não estão inseridas no Cadastro Nacional de Adoção. Para uma abordagem mais prática, também analisaremos o posicionamento jurisprudencial acerca do tema. O método será o dedutivo e, no que se refere aos procedimentos, será uma pesquisa explicativa, recorrendo a meios de investigação: pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Pertinente aos resultados, percebe-se que, no âmbito de atuação do judiciário, vem se entendendo pela legalidade do instituto, amparado por princípios de defesa da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Adoção. Socioafetividade. Proteção integral. Intuitu personae.

ABSTRACT: The present work is intended to analyze the adoption institute intuitu personae, or directed adoption, analyzing the validity of such adoption modality, in the absence of legal provision, taking into account principles such as: the best interest of the child and adolescent, full protection and absolute priority, which support the possibility of this type of adoption, as well as the presence of socio-affectivity. In addition to the absence of a legal provision, another relevant point is the absence of prior qualification, required in cases of adoption, since, in most cases of intuitu personae adoption, the parties involved are not included in the National Adoption Register. For a more practical approach, we will also analyze the jurisprudential position on the subject. The method will be deductive and, with regard to procedures, it will be an explanatory research, resorting to means of

⁴⁴ Advogada graduada pela Universidade de Buenos Aires. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Direito Civil. Direito de Família. ECA.

investigation: bibliographical, documental and jurisprudential research. Pertinent to the results, it can be seen that, within the scope of action of the judiciary, the legality of the institute has been understood, supported by principles of defense of children and adolescents.

KEYWORDS: Adoption. Socioaffectivity. Comprehensive protection. Intuit personae.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Tutelas Antecipatórias e Medidas Cautelares. 2.1 Alcance das medidas cautelares no Direito de Família. 2.2 Da Tutela provisória no pedido de guarda. 2.3 Características das medidas cautelares na Argentina. 2.4 Tutela Provisória na Adoção. 3. Adoção Intuitu Personae. 3.1 Princípios. 3.2 Adoção “à brasileira” versus Adoção intuitu personae. 3.3 Constitucionalidade da adoção *intuitu personae*. 3.4 A Jurisprudência. 3.5 Projeto de lei do Senado nº 369 de 2016. 4. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A adoção Intuitu personae representa uma das modalidades de colocação em família substituta mais comum no Brasil, contudo, as transformações jurídicas e legais não se atentaram para o referido tipo de adoção que é também a forma mais antiga de adoção. Baseia-se na interposição dos genitores naturais na eleição da família substituta, cuja seleção dos pais biológicos incide antes de ser estabelecido o pedido de adoção ao Poder Público.

O referido tema é de grande relevância para a sociedade, uma vez que vislumbra-se os debates relacionados ao direito fundamental da criança e do adolescente, pautando-se em princípios basilares tais como o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, princípio da prioridade absoluta e o princípio à convivência familiar. No mais, acalora-se as discussões sobre o fato do vínculo que é criado entre as partes, ser um critério que deve ser considerado pelo magistrado no momento de proferir sua decisão.

Os processos de adoção que tramitam no Judiciário levam em consideração e observância os princípios previstos na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, porém sem muito esforçarem-se para os argumentos e elementos que se voltam a analisar e propor normas que assegurem os direitos dos adotantes e dos infantes, em suas mais diversas vertentes. Destarte, a fragilidade das decisões tomadas poderá promover prejuízos reais às crianças em razão de provável quebra dos vínculos afetivos já constituídos para que possa ocorrer um acolhimento institucional descuidado, onde as crianças mesmo após um período de permanência com os adotantes, são privadas dessa convivência para serem colocadas em instituições de acolhimento infantojuvenil.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva investigar as consequências sociais e legais da adoção direta no Brasil, em observância dos princípios previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pretende-se avaliar os argumentos jurídicos, sociais, legais e principiológicos que fundamentam as decisões dos juízes responsáveis pelos juizados especiais da criança e do adolescente.

Com a análise, almeja-se atingir os objetivos explicitados, questionando quais as consequências sociais e legais da ausência de previsão legal para o tipo de adoção direta em observância dos princípios previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desenvolvendo-se pesquisa que se classifica, como exploratória, quanto ao seu objeto, uma vez que busca o levantamento de hipóteses capazes de suscitar debates e questionamentos em relação à temática; e bibliográfica, quanto ao procedimento técnico utilizado, em razão de serem empregados meios que auxiliam na análise das ideias com o intuito de permitir o conhecimento mais aprofundado, de forma sistematizada e crítica, a respeito do tema, pautando-se no levantamento e na análise do discurso como métodos de investigação.

Utilizar-se-á o método dialético, pois, a problemática a qual esta pesquisa pretende se debruçar será melhor desenvolvida pela análise do sistema jurídico associado com os aspectos sociais. Existem problemas no ordenamento jurídico que necessitam ser analisados para que os princípios constitucionais sejam devidamente preservados. Elenca-se que esta análise será essencial para conhecer e contrastar fatores essenciais que envolvem a judicialização do processo de adoção na modalidade ora analisada.

2. TUTELAS ANTECIPATÓRIAS E MEDIDAS CAUTELARES

A família é a base da sociedade e por isso é de suma importância a valorização do afeto entre as relações familiares. Infelizmente, quando não há a amor e respeito entre os entes, o Estado, sendo provocado, deve intervir, através dos institutos processuais da medida cautelar ou da tutela antecipatória, que visam dar uma rápida resposta jurisdicional, seja no plano material ou no processual.

Quando busca-se a intervenção jurídica, através de uma ação judicial, procura-se o restabelecimento de uma situação jurídica anterior. No âmbito das relações familiares, por evolver conflitos de interesses baseados nas emoções, tal retorno ao "status quo" é impossível, já que envolvem a dignidade das pessoas, filhos e patrimônio.

Em situações emergenciais, ocorridas no seio familiar, tais como agressões, maus tratos e sevícia; ofensas morais (incluindo-se aqui a alienação parental); abandono moral e afetivo; simulação de fraudes; dilapidação patrimonial; recusa de identificação do pai

perante o filho; necessidade de cuidados especiais (dever de cuidar do filho para com o pai idoso, por exemplo) entre outros casos, é imperioso o uso das tutelas de urgência a fim de, solucionar rapidamente o litígio entre as partes, dando uma resposta jurisdicional eficaz à sociedade, já que tais disputas envolvem valores emocionais de grande importância intrínsecas à todo ser humano.

Importante, então, nesse ponto, distinguir-se, brevemente, os institutos jurídicos processuais de urgência, previstos no Código de Processo Civil, quais sejam; a tutela antecipada no artigo 273 e a cautelar, nos artigos 796 e seguintes.

No primeiro instituto, os efeitos da pretensão jurisdicional pretendida, serão antecipados antes da prolação da sentença, diante da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, sob o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A medida cautelar, por sua vez, como importante medida emergencial que é, visa viabilizar a satisfação do direito invocado, resguardando-o diante das eventualidades ocorridas até a solução definitiva do litígio entre as partes. Em outras palavras, busca assegurar, adiantando ao momento presente, o resultado útil e eficaz da decisão a ser proferida no fim do processo judicial. Possui, então, para ser concedida, menos rigor, bastando-se demonstrar a probabilidade de ser o detentor da pretensão jurisdicional requerida (“fumus boni iuris”) e o perigo da demora em não ter, de antemão, tal direito resguardado e assim, tornando-o ineficaz ao provimento final, quando pereceu diante do lapso temporal inerente à uma demanda judicial (“periculum in mora”).

Ambos os institutos processuais possuem caráter satisfativo no Direito de Família, tendo em vista as situações emergenciais oriundas dos conflitos que envolvem emoções inerentes à condição de pessoa humana, como anteriormente afirmado.

Deve-se acentuar que, no âmbito do Direito de Família, ao juiz cabe, diante da situação de risco apresentada, em nome do princípio da inafastabilidade do controle do jurisdicional, fazer uso da técnica de tutela mais adequada ao caso concreto, ainda que não expressamente prevista no ordenamento processual.

São, pois, as tutelas de urgências fundadas no poder geral de cautela, prevista no art. 798 do Código de Processo Civil.

Devido à dinâmica dos fatos sociológicos que envolvem toda relação humana, em especial nas relações familiares, torna-se impossível ao legislador prever todos os conflitos que podem gerar lesão grave ou de difícil reparação ao direito das partes de uma relação familiar.

2.1 Alcance das medidas cautelares no Direito de Família

Medidas autosatisfativas têm elementos comuns com medidas cautelares propriamente ditas, que se dão pela existência de perigo na demora que se traduz na necessidade de tutela jurisdicional imediata, a fim de evitar a frustração do direito.

Por outro lado, a diferença com aqueles, é que não apenas uma "aparência do direito invocado", mas uma forte probabilidade quanto à certeza de que o as pretensões do autor são admissíveis. Assim, porque a sua validade independe e manutenção do ajuizamento simultâneo ou posterior da ação principal como seria o caso da própria medida cautelar; é um meio de tutela rápida e extraordinária restritivamente admissível na ausência de outra via processual eficaz e cuja proteção imediata é essencial.

Deve-se acreditar que não existe outro remédio ou via legal pela qual se pode obter o mesmo resultado, e que circunstâncias fáticas que cercam o conflito judicial permitem vislumbrar quase com certeza absoluta de que o ordenamento jurídico confira ao impetrante a razão em que diz respeito à sua reivindicação.

As medidas cautelares em direito de família devem ter como pressupostos para sua admissibilidade a credibilidade do direito invocado, que decorre da própria petição, a perigo na demora como dano iminente e irreparável, no caso concreto, o prestação de fiança ou contra-indenização e dano ou dano grave e irreparável, e de difícil reparação que o demandante sofreria se não fosse concedido. A finalidade é garantir a eficácia prática da sentença de mérito, trata-se de uma "tutela sistema judicial eficaz", uma "jurisdição tempestiva", adequada e em tempo razoável, e conforme uma justiça entendida em termos de justiça real em cada caso concreto.

Os Juízes de Família ex officio podem intervir, requerer provas, tomar medidas, estabelecer audiências etc a fim de encontrar a solução mais justa, tentando obter o maior e melhores resultados com menor desgaste de peças e atividade jurisdicional mesmo. Justamente, um dos princípios que condicionam o trabalho do Juiz é a Tutela judicial efetiva (art. 706 CCyC). Embora os magistrados enfrentem a tensão entre autoridade e liberdade nos laços intrafamiliares que devem fundamentalmente sempre garantir os direitos constitucionalmente protegidos, ao intervir e tomar suas decisões.

Os requisitos para a adoção de medidas cautelares no âmbito de um processo de família, apresentam características próprias e diferentes do regime geral de ordem patrimonial estabelecido pelas normas contidas no sistema processual. Isso implica uma adaptação dos princípios que regem o instituto ao características que apresentam este tipo de ações em que a valorização estrita do cumprimento de certas precauções pode resultar em danos à pessoa ou ao relações familiares.

Basta verificar certas circunstâncias demonstrativas por si só da situação que tende a ser protegida, para garantir a proteção que é solicitada.

No caso de adoção em relação a crianças e adolescentes, o bem jurídico protegido é o superior interesse do menor até que a questão substantiva seja decidida. A legislação atual de ordem constitucional (art. 75 inc. 22 do C.N.) deu prioridade fundamental ao melhor interesse da criança (art. 3º - ap. 1º da Lei 23.849 ADLA L-D 3693) e concede ao magistrado amplas faculdades para resolver as providências que julgar oportunas em com vistas à sua formação e proteção. Em consonância com o Código Civil e Comercial, situa-se na categoria de princípio em seu art. 706 Inc. "c", este princípio de direito internacional (art. 3º da CDC) está presente em diversas normas do referido órgão normativo. Na regulação dos processos familiares, é reforçada como diretriz incontornável para o órgão decisório, e como guia, em caso de conflitos de natureza processual que surjam no decurso das mesmas e que não tenham resposta legal expressa. A diretiva, como se sabe, importa na plena satisfação dos direitos da criança e do adolescente. também é.

Sabe-se que o melhor interesse deve prevalecer em todas as medidas ou decisões que afetem crianças e adolescentes, tanto na esfera pública quanto na privada.

O objetivo do conceito do melhor interesse da criança é garantir o pleno e efetivo gozo de todos direitos e desenvolvimento integral da criança, abrangendo sua saúde física, mental, espiritual, moral, psicológico e social.

No caso de adoção em relação a crianças e adolescentes, o bem jurídico protegido é o superior interesse do menor até que a questão substantiva seja decidida. A legislação atual de ordem constitucional (art. 75 inc. 22 do C.N.) deu prioridade fundamental ao melhor interesse da criança (art. 3º - ap. 1º da Lei 23.849 ADLA L-D 3693) e concede ao magistrado amplas faculdades para resolver as providências que julgar oportunas em com vistas à sua formação e proteção. Em consonância com o Código Civil e Comercial, situa-se na categoria de princípio em seu art. 706 Inc. "c", este princípio de direito internacional (art. 3º da CDC) está presente em diversas normas do referido órgão normativo.

Sabe-se que o melhor interesse do menor deve prevalecer em todas as medidas ou decisões que afetem crianças e adolescentes, tanto na esfera pública quanto na privada.

O objetivo do conceito do melhor interesse da criança é garantir o pleno e efetivo gozo de todos direitos e desenvolvimento integral da criança, abrangendo sua saúde física, mental, espiritual, moral, psicológico e social.

2.2 A tutela provisória no pedido de guarda (art. 888, III, CPC)

Com o fim da relação conjugal a guarda dos filhos menores deve ser estabelecida em favor de um ou de ambos pais no caso da guarda compartilhada, instituída pela Lei 13.058/2014, cabendo ainda a regulamentação do direito de visitas em caso de guarda unilateral.

A presente tutela de urgência incide sobre os casos onde há conflitos familiares que envolvem a disputa sobre o poder familiar, estabelecendo a guarda dos filhos quando da separação, dissolução, divórcio ou anulação do casamento. Ao juiz caberá decidir, inclusive concedendo-se a liminar, sempre em favor do melhor interesse do menor ou do incapaz.

Contudo, a guarda não deve ser relacionada somente ao matrimônio e pode ser concedida também aos avós paternos ou maternos ou outra pessoa estranha idônea a depender do caso.

Havendo urgência da parte na definição, modificação ou na alteração do pedido de guarda, é permitido utilizar-se das tutelas provisórias, cabendo ao interessado comprovar os requisitos previstos no CPC.

A comprovação dos elementos que evidenciem a necessidade da tutela provisória é fundamental para o seu deferimento, conforme demonstra a jurisprudência de Santa Catarina:

(...) A modificação da guarda de menores, em sede de **tutela de urgência**, exige elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, visto importar em mudança no lar e na rotina das crianças. Ausentes **provas cabais** de eventual conduta desabonadora ou negligente do pai guardião, pertinente a manutenção da guarda em favor do genitor até melhor instrução do feito, com a realização de estudo social e apuração dos fatos alegados na peça inicial... (TJSC, AI 4017000-43.2016.8.24.0000; Bom Retiro; 2ª Câmara de Direito Civil; Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa; DJSC 11/07/2017; Pag. 152)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. DESEJO DAS FILHAS EM RESIDIR NA COMPANHIA DO PAI. CERTIFICAÇÃO NOS AUTOS. DESNECESSIDADE. **BUSCA E APREENSÃO DAS FILHAS MENORES**. GUARDA PROVISÓRIA AO GENITOR. DESACOLHIMENTO DO PEDIDO, POR ORA. **NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA**. PREQUESTIONAMENTO. (TJRS, AI 70069614808, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, DJE 30.10.2016)

1. A busca e apreensão de menor, medida de caráter extremo, bem como a alteração de guarda somente se justificam quando provada situação de risco atual ou iminente e, via de regra, demandam ampla produção de provas para permitir uma solução segura do caso.

2. Em sede de antecipação de tutela antecedente, não há o que justifique a busca e apreensão dos infantes, sendo que a alteração da guarda neste momento em nada contribuirá para seus interesses, já que o estudo realizado pelas profissionais de psicologia e assistência social de confiança do juízo deixa claro a necessidade de se apurar se os menores realmente sofreram abuso sexual por parte do namorado da genitora ou se os fatos foram criados pela avó paterna, constituindo, assim, em alienação parental.

3. Sendo frágil a assertiva de abuso sexual, já que os laudos apresentados não são conclusivos, necessário se faz que as crianças continuem a realizar acompanhamento psicológico durante o curso do feito principal, a fim de que a questão seja elucidada da maneira que melhor resguarde seus interesses (*TJMS; AI 1408632-64.2016.8.12.0000; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; DJMS 21/03/2017; Pág. 86*)

No Direito de Família, por ser um ramo do direito que tutela direitos em grande parte existenciais, ligados a sentimentos e às relações do cotidiano no âmbito familiar e conjugal, grande parte dos litigantes faz uso das medidas cautelares como forma de suprir interesses e possíveis rancores, que muitas vezes não podem esperar pela tramitação de um procedimento comum.

As medidas cautelares específicas subdividem-se em medidas sobre bens, medidas sobre provas, medidas sobre pessoas, medidas conservativas e outras não cautelares, apenas submetidas ao procedimento cautelar.

As tutelares cautelares patrimoniais podem tratar sobre bens para assegurar execução, sendo o arresto (art. 813 do CPC/73) e o sequestro (art. 822 do CPC/73), enquanto as conservativas genéricas são a busca e apreensão (art. 839 do CPC/73) e o arrolamento de bens (art. 855 do CPC/73). Vale lembrar, ainda, que a medida de busca e apreensão de menor tem caráter existencial. As medidas cautelares de exibição de coisa ou documento (art. 844 do CPC/73) e de produção antecipada de prova (art. 846 do CPC/73) são consideradas medidas cautelares sobre provas. As medidas cautelares podem compreender a guarda de pessoas: posse provisória dos filhos (art. 888, III, do CPC/73), afastamento do menor para casar contra a vontade dos pais (art. 888, IV, do CPC/73),

depósito de menor castigado imoderadamente (art. 888, V, do CPC/73) e guarda e educação de filhos e direito de visita (art. 888, VII, do CPC/73), bem como visam à satisfação de necessidades urgentes, por meio dos alimentos provisionais (art. 852 do CPC/73) e o afastamento temporário do cônjuge (art. 888, VI, do CPC/73).

Existem medidas que são submetidas apenas ao regime procedimental cautelar, quais sejam, a posse em nome de nascituro (art. 877 do CPC/73) e a entrega de bens pessoais do cônjuge (art. 888, II, do CPC/73).

Segundo o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

A medida é exercida cautelarmente, não devendo ser afastadas as ações definitivas de guarda com eficácia da sentença definitiva de mérito, podendo ser a medida em questão preparatória ou incidental.

Sendo assim, a presente medida tem por escopo regular o a situação dos filhos que estão em condição irregular, com relação à guarda, baseando-se no poder familiar, até que haja o deslinde do feito principal.

Caso tenha havido o trânsito em julgado da sentença que dissolveu a sociedade conjugal ou a união estável e se mostre necessária a revisão da guarda do filho, é cabível a adoção do processo sumário e autônomo estabelecido pelos arts. 888 e 889 do CPC/73. Ademais, assim como boa parte das demandas envolvendo o interesse de menores e a convivência com os genitores ou terceiros, existem diversos mecanismos para auxiliar o magistrado na resolução do caso concreto, como estudos social, psicológico e até mesmo psiquiátrico.

Note-se que a tutela não se limita a definir a guarda do menor, devendo igualmente tratar dos poderes-deveres ligados à guarda, a exemplo da educação. Não obstante esta regra fale apenas em guarda, educação e direito de visita, o juiz deve tratar de todas as questões embutidas no exercício do poder familiar. Para tanto, tem o juiz ampla latitude de poder para atender, na melhor medida possível, os interesses do menor.

O requerimento da medida pode ser feito por qualquer dos genitores, parentes, Ministério Público ou terceiros. Portanto, a guarda provisória pode ser confiada a um dos pais, assim como a algum parente ou pessoa estranha idônea.

O direito de visitação – atualmente substituído pelo termo “convivência” – permite que o genitor não detentor da guarda mantenha a convivência com a prole, permitindo que os menores permaneçam temporariamente em sua companhia, na forma fixada pelo magistrado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e os interesses do menor.

Assim como no caso da guarda, para bem averiguar o arranjo que contempla da melhor forma os interesses do menor, pode se fazer uso de estudos multidisciplinares afim de avaliar o comportamento dos genitores e o relacionamento dos menores com os mesmos. Outrossim, o direito de convivência pode ser estendido a outros parentes próximos, em especial aos avós, de acordo com as especificidades do caso.

2.3 Características das medidas cautelares na Argentina

No caso dos processos familiares, as medidas cautelares adquirem um contorno particular quanto à sua admissibilidade e execução, bem como à sua origem sem que seja indispensável a prestação de contra-injunção adequada, e à sua não sujeição a prazos de caducidade. art. 207 do CPCCN.

O afastamento de certos princípios que regem as medidas cautelares se deve ao fato de que nos processos familiares são regidos prioritariamente pela legislação substantiva e não pelo rito, o que implica que não se apliquem — exceto em caráter subsidiário forma, na ausência de regulamentação específica – as disposições contidas sobre essas medidas no CPCCN.

Nesse sentido, a maioria dessas medidas —no que diz respeito ao Direito de Família— estão incluídas no Código Civil e Comercial Nacional (arts. 721, 722 e 723 do CCCN), embora, também, em leis complementares como seja o nacional Lei de Violência Familiar 24.417.

As medidas cautelares em processo de família não estão sujeitas à comprovação da credibilidade do direito com o alcance que lhe é atribuído nas medidas cautelares patrimoniais. A verificação de determinadas circunstâncias demonstrativas por si mesmas da situação que tende a ser protegida é suficiente para acessar a proteção que se pede, bem como o perigo na demora nem sempre deve ser estritamente acreditado ou verificado pelos juízes, pois por regra geral decorre da própria natureza da situação que tende a proteger

Tendem a proteger a saúde física ou moral dos envolvidos, manifestam-se como instrumentos com perfis próprios que fogem às diretrizes do dispositivo do direito processual voltado à proteção patrimonial. Com a medida cautelar inominada prevista no art. 232 do CPCC da Província de Buenos Aires, essas proteções familiares adquirem um perfil próprio que se reflete em suas condições de origem, procedimento e possibilidade de serem ordenadas ex officio.

“As medidas cautelares nos processos familiares são ditadas com os elementos que em princípio decorram da causa e que sejam essencialmente variáveis, não sendo

necessária a prova cabal da existência de um direito ou de uma circunstância fática, mas a sua mera acreditação ou aparência de que existe. Nos autos, nega-se provimento ao recurso e confirma-se a decisão de primeira instância que ordenou a restrição da abordagem da mãe e demais membros da família biológica, com relação a seus três filhos menores internados. Ainda que o recorrente tenha razão em que a medida, nos termos em que foi emitida, é incompatível com as normas da Lei 12.569 sobre Violência Familiar da Província de Buenos Aires, uma vez que não estabelece um prazo nem explica a situação de "violência" que a justifique, mantém-se a medida cautelar genérica (arts. 232, 853 e cc., CPCC da Província de Buenos Aires).

Nesta fase processual e em grau de aparência, a credibilidade da lei está bastante credenciada, bem como o perigo na demora para manter a medida de restrição. Em relação ao agravo referido à duração da medida cautelar, atento à variação da regulamentação pela qual se confirma (art. 232), esclarece-se que o recorrente poderá requerer a modificação da medida cautelar a qualquer momento durante o processo (parte 2, artigo 203, CPCC da Província de Buenos Aires), se ele fornece novos elementos de julgamento (relatos dos profissionais envolvidos sobre o apoio de uma terapia individual, etc.) que revelam mudanças substanciais em termos de possibilidades de que o progenitor se aproxime dos menores sem pôr em causa a evolução favorável por eles vivida desde o momento em que o progenitor deixou de invadir o ambiente de contenção, afeto e cuidado que os filhos conseguiram até agora"

Consequentemente, as medidas cautelares nos processos de família apresentam características especiais:

Inaplicabilidade dos prazos legais de caducidade

Não cabe calcular o prazo de caducidade do art. 207 do Código, de rito de 10 dias a partir do bloqueio da medida, uma vez que a legislação substantiva não a contempla, de modo que a legislação de hierarquia inferior não pode restringir direitos quando a lei substantiva nada diz a respeito. Além disso, o instituto da caducidade é inaplicável por analogia a caso não especificamente contemplado.

Não obstante, o juiz poderá fixar prazo para ajuizamento da ação, com a expressa advertência de determinar o levantamento imediato da medida cautelar em caso de descumprimento.

É que, não seria lógico manter indefinidamente os alimentos provisórios fixados sem que seja iniciado o respectivo julgamento, ou manter da mesma forma uma inibição geral de ativos preventivos imobilizando neste por tempo indeterminado, propriedade dos afetados.

Inadmissibilidade da contracautela

Nas medidas cautelares em processos de família, não é necessária a concessão de contra-injunção judicial, real ou pessoal, uma vez que a lei substantiva não a contempla, bastando, portanto, para que essas medidas sejam admitidas, a acreditação do perigo em atrasar.

Nesse sentido, Fenochietto exemplifica ao expressar que, tanto a jurisprudência quanto a doutrina, têm isentado dessa exigência o cônjuge que, com o pedido de divórcio, requerer medidas cautelares sobre o patrimônio comum.

No plano alimentar, essa característica torna-se ainda mais visível, uma vez que o art. 547 do novo Código Civil e Comercial da Nação estipula que o beneficiário do benefício alimentação não deve dar, para recebê-lo, qualquer garantia ou fiança.

Mitigação dos requisitos de verossimilhança do direito e perigo na demora

Esses requisitos de admissibilidade de medidas cautelares não requerem provas fidedignas, mas sim a verificação sumária das mesmas, no caso de processos de família, sua veracidade é ainda mais atenuada.

Assim, ao abrigo do art. 722 do CCCN, a credibilidade da lei no caso de medidas cautelares solicitadas no processo de divórcio —quanto aos bens—, ensina Fenochietto e a jurisprudência que tratou do assunto, que isso seria cumprido com a apresentação do item do casamento .

Quanto ao perigo da demora, estima-se que este requisito decorra da urgência das circunstâncias fáticas da demanda (por exemplo, alimentos provisórios), embora sua demonstração se mostre necessária quando as medidas cautelares são requeridas antes do ajuizamento. demanda.

2.4 TUTELAS PROVISÓRIAS NA ADOÇÃO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, que estabelece a possibilidade da concessão de tutelas provisórias como forma de tornar mais efetivo o resultado da prestação jurisdicional e a realização do direito, evitando que a duração do processo e a espera pela sentença definitiva prejudiquem a plena efetividade do direito objeto da lide, propõe-se analisar como a concessão da tutela provisória se constitui como meio eficaz para a plena efetividade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, nas Ações de Guarda, Tutela e Adoção.

Em 16 de março de 2016, passou a vigorar em todo território nacional a Lei nº 13.105 de 2015, que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Novo Código de Processo Civil. A atualização do sistema processual civil se deu com o objetivo de organizar as normas processuais que se encontravam em conflito após algumas reformas esparsas e, proporcionar aos jurisdicionados um instrumento acessível e efetivo para a realização do direito material, preservando e alcançando, igualmente, as garantias constitucionais conferidas aqueles que compõem a subjetividade do processo civil brasileiro.

No que concerne à possibilidade de concessão da tutela provisória em matéria que envolva interesse direto de crianças e adolescentes, o §1º do art. 33 da Lei nº 8.069/90, prevê a possibilidade da concessão da guarda provisória, nos casos de ação de tutela e adoção, com exceção da adoção por estrangeiros, através de liminar ou incidentalmente. Nesse sentido, para a concessão de tutela provisória, nas ações de tutela e adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente aplica-se de imediato, em detrimento do Código de Processo Civil, pelo princípio da especialidade.

Nas ações de Guarda, Tutela e Adoção é imprescindível a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, tal princípio é de complexa conceituação, visto se tratar de um conceito jurídico indeterminado, ante aos diversos padrões de comportamentos adotados no cotidiano de cada núcleo familiar. Sendo assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser aplicado pela norma adaptada conforme cada caso concreto, visto as imprevisibilidades e especificidades de cada conjunto familiar.

O art. 227 da Constituição Federal impõe aos pais, ao Estado e a sociedade o dever de assegurar os direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O instituto das Tutelas Provisórias mostra-se essencial para a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em situações como estas, ora aludidas, visto que proporciona a antecipação dos efeitos da coisa julgada.

Ao ser ajuizada uma ação de Guarda, Tutela ou Adoção, é requerido ao juiz a concessão da tutela provisória, como forma de minimizar a crise de legitimidade enfrentada pelos requerentes. Assim, a probabilidade do direito é demonstrada pelo indicativo da guarda de fato, que pode ser materializado pela posse e atualidade da carteira de vacinação, declaração de matrícula e frequência escolar, informações constantes no relatório de estudo social, apontado condições favoráveis à procedência do pedido e fotografias de convivência familiar. O perigo de dano é indicado pela ausência dos

genitores quanto à tutela dos direitos dos filhos ou alguma situação de vulnerabilidade da criança e do adolescente. Restando comprovado os requisitos demonstrados, o juiz concede aos requerentes a guarda provisória da criança ou do adolescente, antecipando a tutela.

Em posse da guarda provisória, os requerentes, ora guardiões, se obrigam de forma ampla na prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, devendo proporcionar boas condições ao seu pleno desenvolvimento. Além de conferir à criança e ao adolescente a condição de dependentes para todos os fins e efeitos legais, confere o direito aos guardiões de se oporem à terceiros, inclusive aos genitores.

As Tutelas Provisórias se constituem como alternativa eficaz para garantia do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois previnem que os problemas decorrentes da ausência de representação se perpetuem até o provimento final, que pode se prolongar no tempo ante a exigência de cumprimento de alguns atos processuais. Com a concessão da guarda provisória, ocorre a antecipação dos efeitos da coisa julgada, tornando os requerentes pessoas legítimas a representar a criança ou o adolescente nos atos da vida civil e removendo os obstáculos encontrados para garantir os seus direitos fundamentais.

3. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

A adoção intuitu peronae ocorre quando há um desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. No Brasil, apesar de não haver uma previsão legal, trata-se de modalidade de adoção frequente, haja vista que muitas mulheres que se vêm diante de falta de condições para criarem seus filhos, acabam permitindo que sejam acolhidos no seio de determinada família, esta, por vezes, já conhecida e de confiança da família biológica.

A entrega da criança a família conhecida por genitores, em verdade, não respeita aos critérios estabelecidos em nosso ordenamento jurídico, uma vez que aqueles não se encontram-se no cadastro de adotantes, previsto no art. 50 do ECA, sendo a regularizaram da adoção realizada de forma posterior a entrega da guarda da criança ou adolescente. Nesse sentido, o TJMG já decidiu que deve ser resguardado o melhor interesse da criança:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. TENTATIVA DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. MEDIDA DE PROTEÇÃO. BUSCA E APREENSÃO COM ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. OFENSA AO MELHOR INTERESSE DAS MENORES. REFORMA DA DECISÃO. NECESSIDADE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.1. Sempre que se tratar de interesse relativo à criança e adolescente, incluindo aí a questão da guarda, o magistrado deve se ater ao interesse do menor.2. O artigo 50, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente a existência de um cadastro em que são registradas as crianças e adolescentes em condições de serem adotados e as pessoas interessadas na adoção, previamente habilitados e inscritos.3. O escopo do referido cadastro de adotantes é conferir transparência e credibilidade ao procedimento, com tratamento equânime a todos os interessados, de modo que, a princípio, somente em situações excepcionais (art. 50, §13, ECA) pode ser deferida a adoção em favor de interessado não cadastrado previamente.4. A medida de busca e apreensão com acolhimento das crianças para atender, exclusivamente, a necessidade de respeito à ordem de inscrição no referido sistema não contempla os interesses dos menores que se encontram inseridos em ambiente familiar.5. Conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional em detrimento do familiar. (TJMG-Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.048722-9/000, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/08/2021, publicação da súmula em 17/08/2021).

Assim, para que seja regularizado o juiz que analisará o caso, deverá se ater ao melhor interesse do adotando, que deverá ser regularizado, devendo ser verificado se a entrega é de boa-fé, se não há nenhum aspecto ilegal na entrega da criança ou adolescente, haja vista ser estes amparados constitucionalmente, garantindo-se a eles a proteção integral do Estado.

Nesse cerne, a adoção *intuitu personae*, embora não legalizada pode agilizar o processo de adoção, atendendo ao princípio da celeridade, atendendo, assim, o interesse da criança e do adolescente.

3.1 PRINCÍPIOS

A adoção *intuitu personae*, embora não regularizada em nosso ordenamento jurídico, pode ser um modelo de adoção eficaz, o qual atende os melhores interesses do menor, resguardando, ainda, a vontade de seus genitores na entrega para uma família específica. Como fundamento para essa modalidade de adoção podemos observar os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor.

Os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta têm por pressupostos garantir a tutela das crianças e dos adolescentes, previstos no art. 227 da CF/88. Deve ser observado que as crianças e os adolescentes encontram-se em estado de vulnerabilidade, justificando-se, assim, assegurar uma proteção especial à eles.

Doutrina da Proteção Integral reflete o entendimento de que os menores de 18 anos estão em especial desenvolvimento biológico, psíquico e social. Tal condição, especialmente no caso das crianças, confere a estas pessoas vulnerabilidade, ou seja, maior suscetibilidade a abusos e violações de direitos, o que justifica a necessidade de uma proteção especial a elas.

A criança e o adolescente devem ter seus direitos respeitados, sendo-lhes garantido o respeito de seus direitos fundamentais.

O mandamento da prioridade absoluta deve permear as ações de todos os obrigados à garantia dos direitos fundamentais e deve servir como critério para os juízos de validade das leis infraconstitucionais —como as orçamentárias—, dos atos dos gestores públicos e das sentenças judiciais. Mais detidamente, as implicações desse princípio são a primazia em situações gerais de emergências, a precedência nos serviços já existentes, a prioridade na formulação de novas políticas e reordenamento das existentes que não atendam, além da destinação privilegiada de verbas públicas para a garantia de direitos da população infantoadolescente.

Por sua vez, o princípio do melhor interesse da criança, estabelece que a criança não pode vista tão somente como objeto da relação, devendo ser vista como sujeito de direitos, que devem prevalecer, atendendo seu melhor interesse.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, estende-se a todas as relações jurídicas envolvendo os direitos das crianças e adolescentes, de fato, o art.1º, do ECA, estabelece a proteção integral à criança e ao adolescente, a quem são assegurados todos os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 3º), independentemente da situação familiar.

Dessa forma, observados os princípios supramencionados, tem-se que, em todo o caso, deve o legislador e o aplicador da lei, sempre se nortear ao melhor interesse da criança, prevalecendo a proteção inerente à ela, bem como dando-lhe prioridade absoluta, em detrimento de qualquer interesse particular, que venha a violar os direitos fundamentais do menor.

Nesse sentido, já decidiu o e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, in verbis:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' -ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO -GUARDA DEFINITIVA -AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ -NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTE À ADOÇÃO -CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO -VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO -PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA -PRIORIDADE ABSOLUTA -SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO -RECURSO PROVIDO.-O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira".-**Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuitu personae'**.-Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança.-A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG-Apelação Cível 1.0194.12.006162-8/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04/02/2015.

Nesse cerne, a adoção intuitu personae, embora não legalizada pode agilizar o processo de adoção, atendendo ao princípio da celeridade, atendendo, assim, o interesse da criança e do adolescente.

O referido princípio possui sua origem no antigo instituto protetivo do direito anglo-saxônico, no qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente vulneráveis – menores e loucos. Com o tempo, consolidou-se e foi definitivamente adotado na Declaração dos Direitos da Criança em 1959. No Brasil, foi incorporado ao artigo 227 da Constituição Federal como fundamento da proteção integral reconhecida internacionalmente com sua aplicação voltada a todo o público infanto-juvenil, este abrangendo todos os jovens de até 18 anos incompletos, incluindo os emancipados.

O princípio em análise trata-se de orientação, tanto para os operadores do Direito quanto para o legislador, no sentido de sempre buscar a satisfação das necessidades da criança ou do adolescente, fornecendo todas as condições possíveis que possibilitem o seu desenvolvimento saudável. Torna-se, então, critério de interpretação de determinada lei em um caso concreto ou como direção para elaboração de futuras regras.

Destarte, acima de determinada lei ou situações fáticas, deve-se buscar soluções que atendem à proteção dos interesses do menor. Não há margem, portanto, para decisões sem fundamentação psicossocial e que não assegurem objetivamente os interesses do titular do direito, a criança ou o adolescente. Contudo, como bem observa Amim (2015, p. 70) não são raras as decisões que confundem o destinatário final da proteção legal:

Muitas vezes, apesar de remotíssima a chance de reintegração familiar, pois a criança está em abandono há anos, as equipes técnicas insistem em buscar um vínculo jurídico despido de afeto. Procura-se uma avó que já declarou não reunir condições de ficar com o neto, ou uma tia materna, que também não procura a criança ou limita a visitá-la de três em três meses, mendigando-se caridade, amor, afeto. Enquanto perdura essa via crucis, a criança vai se tornando “filha do abrigo”, provada do direito fundamento à convivência familiar, ainda que não seja sua família consanguínea.

Neste viés, é comum que os processos de destituição do poder familiar, requisito para a inscrição do menor no Cadastro Nacional de Adoção, demorem mais que o necessário, o que pode gerar severos prejuízos para a criança. Ocorre que, os pretendentes à adoção preferem crianças de até 03 anos. Esta prioridade fica comprovada pelo próprio relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça no site do Cadastro Nacional de Adoção¹, no qual consta que dos 4.589 (quatro mil, quinhentas e oitenta e nove) menores aptos para adoção apenas 78 são menores de 03 anos (números obtidos no dia 23 de novembro de 2016).

Entretanto, os Tribunais de Justiça Estaduais estão cada vez mais inclinados a decidir em observância ao princípio do superior interesse do menor como fundamento de resguardo do direito da criança, conforme se observa na seguinte decisão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE ADOÇÃO DE MENOR - CONCORDÂNCIA DA MÃE BIOLÓGICA, PAI AUSENTE - ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL A AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO E INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE ADOTANTES DA COMARCA - FORMALISMO LEGAL NÃO SUPERIOR AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO Nos termos do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida de colocação em família substituta, através da adoção, deve ser precedida da necessária habilitação e inscrição do interessado no CADASTRO do Juízo. Contudo, a ausência do casal no cadastro de pretendentes à adoção, por si só, não configura situação de risco e não afasta de maneira definitiva a possibilidade de adoção. 2 O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg na MC 15.097-MG, entendeu ser possível mitigar cadastro de adotantes em face do vínculo afetivo estabelecido entre o menor e o adotante não cadastrado. 3 In casu, o conjunto probatório demonstrou que os apelantes e o menor SAMUEL DE SOUSA possuem vínculos afetivos solidificados, convivendo, de forma ininterrupta, por mais de 04 (quatro) anos, não sendo, pois, proporcional, a retirada da criança do seio familiar em que convive desde o seu nascimento. 4 Apelação Cível conhecida e provida. AC 00018532420108180032 PI 201400010045237 - Ministro Fernando Lopes e Silva Neto. 4ª Câmara Especializada Cível. 07/04/2015.

Portanto, preconizar o princípio do superior interesse é colocar a criança em prioridade máxima e acima de todas as instâncias, sendo o Estado, a família e toda a sociedade responsáveis por materializá-lo.

3.2 Adoção “à brasileira” versus Adoção intuitu personae

É de suma importância fazer uma diferenciação com a conhecida adoção “à brasileira”, uma vez que a confusão entre as duas têm se mostrado cada vez mais comum entre os operadores do Direito, o que culmina em um preconceito jurídico contra a primeira.

Na adoção “à brasileira”, também ocorre a entrega direta da criança, contudo, o casal adotante registra o filho, desde logo, como se biológico fosse, sem que haja autorização judicial para o registro civil. Tal conduta é tipificada como crime de acordo com o artigo 242 do CP, in verbis:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a

seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Assim, enquanto na adoção *intuitu personae* há verdadeira adoção legal, com necessária intervenção estatal, na adoção "à brasileira", tem-se uma conduta delitiva. Todavia, conforme observa-se no parágrafo único do referido artigo, devido aos motivos da conduta do adotante, ao juiz é facultado a possibilidade de deixar de aplicar a pena. Neste sentido, mesmo tratando-se de conduta reprovável, o legislativo previu a possibilidade de perdão judicial em observância ao grande valor social que possui a adoção, mesmo que realizada de forma clandestina.

Destaca-se, preliminarmente, que a adoção ilegal é comumente realizada, talvez, pela facilidade no procedimento de registro de pessoas naturais. De acordo com o artigo 54 da Lei de Registros Públicos, somente é necessário, para o registro de nascimento, uma declaração de nascido vivo - DNV, fornecida pelo hospital, ou quando nascido em casa, de um atestado do médico ou da parteira ou ainda o simples testemunho de duas pessoas que assistiram ao parto e atestem a gravidez, documentos estes, facilmente conseguidos. Quanto ao reconhecimento de paternidade unilateral, somente é necessária declaração conjunta do suposto pai biológico e da genitora da criança, caso ainda não tenha pai registral.

Igualmente, são vários os motivos possíveis que levam os adotantes a preferirem agir desta maneira delituosa, dos quais ressaltam-se a morosidade do judiciário e seus entraves burocráticos, insegurança jurídica na judicialização dos processos de adoção *intuitu personae* pela falta de previsão legal e entendimentos retrógrados da obrigatoriedade de prévio cadastro no CNA, conforme já debatido no tópico anterior.

Ademais, denuncia-se ainda a falta de estruturação do poder público, principalmente nas regiões interioranas do país, para providenciar apoio e prestar as devidas informações acerca dos trâmites legais envolvidos nos processos de adoção.

Contudo, de modo diverso do que ocorre na adoção *intuitu personae*, após sentença procedente transitada em julgado, os adotantes correm o risco de responderem por processo de anulação do registro de nascimento da criança, além das sanções penais.

Evidente que, os laços afetivos devem ser veementemente protegidos.

Todavia, o registro do filho alheio como se seu fosse, é situação incorreta que jamais deve ser incentivada.

O superior interesse do menor deve ser observado e, para tanto, faz-se necessário que seja possibilitada uma análise psicossocial acerca dos motivos que levaram os genitores a escolherem pela entrega da criança aos adotantes e se esses possuem todas as condições necessárias para prover um desenvolvimento saudável ao infante. Devido ao lapso temporal, o parecer social poderá ficar comprometido pela forte relação afetiva desenvolvida.

A despeito de a entrega direta da criança à terceiros se assemelhar ao que ocorre com a adoção *intuitu personae*, é a ação posterior tomada pelos adotantes que difere as duas modalidades. Há sempre que se buscar o aperfeiçoamento do processo de adoção como um todo e não incentivar o uso de meios ilegais para obtenção deste resultado.

Deve se buscar os instrumentos legais que eliminem o medo das pessoas de utilizarem a forma correta de regularização da situação fática e afetiva que vivenciam. Para tanto, deve-se aceitar as adoções *intuitu personae* como modalidade legítima de colocação em família substituta, todavia, passíveis do controle judiciário na busca da proteção dos infantes e do núcleo familiar na manutenção dos laços afetivos já consolidados.

Entender as nuances entre os institutos da adoção *intuitu personae* e da “adoção à brasileira” é necessária a uma interpretação que respeite os princípios e as garantias fixados pela Constituição Federal de 1988 e por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de assegurar o direito à convivência familiar. Ainda que as duas modalidades compartilhem de uma origem semelhante, ambas são uma resposta à lentidão das filas de adoção e à burocratização, há diferenças conceptuais relevantes.

Em primeiro plano, a “adoção à brasileira” é tipificada como crime contra o estado de filiação no Código Penal e se distancia de efetivação pelo Poder Público, constituindo-se em uma falsificação do Registro Civil. Em contrapartida, a adoção direta é configurada quando os pais biológicos escolhem diretamente os adotantes desejados e procuram ativamente a intervenção estatal para o deferimento da adoção. Independentemente da modalidade, existe o objetivo de criar um núcleo familiar que, diante da complexidade inerente aos laços afetivos, merece um olhar cuidadoso do judiciário.

Em vez de entregar à abrigo ou local similar que possa deixar o filho esperando por enormes processos de adoção, encontra adotantes que o cuidem ignorando os cadastros morosos de habilitação. Entende que não seria capaz de cuidar do filho biológico, pelos diversos motivos dos quais alguns já citados, e, por tamanho amor, decide entregar a alguém a quem confia resguardar todas as necessidades que a criança possa precisar. Ou seja, independente do fim que os adotantes venham a decidir, registrando a criança de modo irregular – adoção à brasileira, ou enfrentando um processo judicial para validar a adoção “recebida” – adoção *intuitu personae*, a mãe biológica será muitas vezes

julgada como vilã, como aquela que abandona e não amou suficientemente o filho para cuidá-lo.

Diante disso, é pertinente apontar que o entendimento jurisprudencial majoritário – o qual é coincidentemente o mais atinado aos princípios de proteção à criança e ao adolescente – postula que, nas formas de adoção fora da esfera legal, deve prevalecer o afeto e a vontade do adotando, a partir de uma análise casuística que priorize não só o interesse da criança e do adolescente frente a pretendes inaptos, mas também a interferência estatal que não resguarde os laços afetivos no caso concreto.

Constitucionalidade da adoção *intuitu personae*

A adoção *intuitu personae* não confronta as disposições constitucionais, é compatível em relação aos mecanismos de constitucionalidade, o que gera segurança jurídica para todos aqueles que serão afetados pela sua efetivação.

O que permite estabilidade para a possível promulgação de uma lei ou decreto é o fato de estes estarem diretamente em conformidade com a Constituição, assim, pode-se afirmar que a adoção dirigida está qualificada, pois sua proposta baseia-se nos fundamentos que cercam o princípio do melhor interesse da crianças e do adolescente.

Pode-se alegar que apesar de muitos pontos negativos que alguns defensores do direito apontam com a legalização do método *intuitu personae*, existem inúmeras vertentes positivas que outros doutrinadores defendem, podendo, de certa forma, proclamar a viabilidade da constitucionalidade desta lei, que uma vez promulgada, certamente determinará uma nova visão a respeito das mudanças que realizará no âmbito jurídico em relação ao instituto da adoção previstas tanto no ECA quanto na lei de adoção.

Sua estrutura e amplitude fazem jus ao que declara a Constituição em face das diretrizes que saúdam os direitos e garantias, promovendo maior equidade e fechando lacunas que se abrem quando se questiona o futuro dos pequenos brasileiros.

3.3 A Jurisprudência

A jurisprudência tem se posicionado favoravelmente à adoção *intuitu personae*, como podemos extrair da ementa do julgado abaixo transcrito, do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL

ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador- relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI - Recurso Especial provido. (grifo nosso)

O julgado em apreço evidencia a prevalência do melhor interesse do menor, imprescindível nos casos de adoção, asseverando a dispensabilidade da prévia habilitação do casal adotante, pois a medida pleiteada é necessária para garantir a proteção do infante, portanto, se preserva o entendimento que mais beneficia o infante, ou seja, o deferimento da adoção.

A decisão também evidencia outro importante aspecto da adoção *intuitu personae*, a afetividade, que vem ganhando cada vez mais notoriedade no direito de família, onde se passa a vislumbrar, além dos laços genéticos, a socioafetividade. Não parece razoável abdicar dos laços afetivos, em favor de uma lista. De fato, não parece sensato respeitar a todo custo o cadastro de adotantes. Tendo em vista o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, não há como garantir a preferência do próximo adotante cadastrado caso haja eventual prejuízo ao adotando. Esse prejuízo ocorre quando o caso é de filiação socioafetiva: o respeito ao cadastro, criado para facilitar a adoção, não pode determinar o rompimento de vínculo socioafetivo e prejudicar a criança e ao adolescente.

Desse modo, o não deferimento da medida pleiteada, se apresenta totalmente incompatível com os princípios e garantias constitucionais que visam a proteção integral da criança e do adolescente: a prioridade absoluta e o atendimento ao melhor seu interesse. Dessa forma, presente o requisito da socioafetividade, a adoção *intuitu personae* se impõe para proteção do menor envolvido, que precisa de amparo e cuidado.

O Superior Tribunal de Justiça em seus julgados, também considera que é incabível a institucionalização do menor em abrigo, nos casos em que há a adoção *intuitu personae*, ante a falta de registro no Cadastro Nacional de Adoção, devendo o infante permanecer em seu seio familiar, preservando o melhor interesse do menor, como se observa:

Habeas Corpus Nº 517.365 - RS (2019/0181432-0) RELATOR :
MINISTRO MOURA RIBEIRO IMPETRANTE : SILVANA DA SILVA
IMPETRANTE : OSVALDO FRANCISCO DA SILVA ADVOGADO :
ELIDIANA MAROSTICA - RS101071 IMPETRADO : TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PACIENTE : J M A C -
MENOR IMPÚBERE INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL DECISÃO SILVANA DA SILVA e OSVALDO
FRANCISCO DA SILVA (SILVANA e outro) impetraram habeas corpus,
com pedido liminar, em benefício de J. M. A. C. (J), menor, nascido aos
3/9/2017, filho de Carlos Alberto Albuquerque Cardoso e Juliane
Canabarro Alves, impugnando acórdão da 7ª Câmara Cível do Tribunal
de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao agravo de

instrumento lá interposto contra decisão do Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Leopoldo/RS, que indeferiu o pedido de guarda provisória dele e determinou o seu acolhimento institucional. [...] De acordo com os documentos que instruem a presente impetração, indispensável o relato histórico do que se passou no processo até a sua impetração. SILVANA e outro ajuizaram aos 23/11/2018, ação de guarda e responsabilidade (Proc. nº 033/5.18.0001565-7) em benefício de J, na qual narraram que (1) ele lhes foi entregue quando tinha 6 (seis) meses de vida por seus pais biológicos, tendo eles registrado o competente boletim do ocorrência policial aos 3/5/2018, relatando o ocorrido; (2) após o seu acolhimento no seio familiar, o menor foi levado ao Conselho Tutelar de São Leopoldo/RS, que emitiu em favor deles um "Termo de Responsabilidade" aos 8/3/2018; e (3) a criança tinha sinais de maus tratos e abusos, foi submetida a avaliação física e psicológica, e recebeu todo o cuidado, tendo recebido um lar e uma família. Pediram, em tutela provisória, a guarda provisória e a responsabilidade de J, e, no mérito, o deferimento da guarda e posterior conversão em adoção. O Juízo da Infância e Juventude da Comarca de São Leopoldo/RS aos 13/12/2018, indeferiu o pedido liminar e determinou a busca e apreensão da criança e sua entrega no juizado [...]. Diante disso, SILVANA e outro interpuseram agravo de instrumento no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que foi improvido [...] Daí a impetração do presente writ, substitutivo de recurso ordinário cabível, visando cassar o acórdão que determinou o abrigamento institucional da criança, pelas razões declinadas no relatório. Como se vê, a controvérsia diz respeito a legalidade ou não da determinação judicial de busca e apreensão da infante J, hoje com 1 (um) ano e 10 (dez) meses de idade, que foi levado para o abrigo institucional aos 13/6/2019 (e-STJ, fl. 61), apesar de ter sido entregue pelos pais biológico para adoção intuitu personae, sem observância do procedimento legal. [...]. É verdade que os impetrantes não estão inscritos no Cadastro Nacional de Adoção. Porém, não há nenhum elemento concreto ou estudo dizendo que J, sujeito e não objeto de direito, está ou esteve em situação de risco físico ou psíquico por estar convivendo com a família que o acolheu desde terna idade, enquanto tramitava o processo de guarda. Inegável que a essa altura, já se formou inequívoca relação de afetividade entre J e a família que a acolheu praticamente desde o nascimento, e não é razoável afastá-lo, agora, de tal convivência e encaminhá-lo a um abrigo institucional, sem que se possa imaginar concreta situação de risco, tão somente

porque não se observou a fila de postulantes para adoção, ou seja, a ordem do Cadastro Nacional de Adoção e não existe ainda três anos de guarda dele. E por falar no Cadastro Nacional de Adoção, a Quarta Turma, no julgamento Habeas Corpus nº 468.691/SC, da relatoria do em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 12/12/2019, firmou o entendimento de que a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, podendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar. A Terceira Turma também tem o mesmo entendimento sobre o assunto [...] Nesse cenário, diante da presença dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora, DEFIRO A LIMINAR para determinar o imediato desabrigo de J, e que ele seja devolvido ao ambiente familiar em que se encontrava, ou seja, para SILVANA e outro, ao menos até o julgamento do mérito do presente writ. Solicitem-se informações, com urgência, para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e ao Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de São Leopoldo - RS. [...]

Neste cenário, aspectos formais, como a exigibilidade de prévia habilitação do casal adotante, não pode se sobrepor aos referidos princípios e garantias constitucionais, daí a necessidade de dispensa de habilitação, como acertadamente impôs o Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto antes descrito.

Projeto de lei do Senado nº 369 de 2016

A proposta do projeto de lei que viabiliza a regularização do método de adoção *intuitu personae*, está composta de valores que tratam as garantias dos menores acima do interesse dos adotantes, além disso, dispõe ênfase nos direitos que norteiam o princípio do melhor interesse.

Tem o objetivo de legalizar um ato que já ocorre de forma informal, preenchendo uma lacuna legal, trazendo segurança jurídica, sobretudo, compõe cláusulas que poderão uniformizar e regulamentar o procedimento de adoção *intuitu personae* na legislação brasileira.

O projeto admite formalmente a adoção direta, no entanto, o adotante deverá possuir relação prévia com a família do adotado e, com este, vínculo afetivo, e o adotante fica sujeito à habilitação típica dos postulantes a adotarem, e que a adoção não seja

internacional. A nova lei proposta pelo projeto pretende acrescentar dispositivos ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a seguinte redação:

Art. 1º O art. 50 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art 50. ..

§13º.

IV –se tratar de adoção na modalidade *intuitu personae*, mediante a comprovação de prévio conhecimento, convívio ou amizade entre adotantes e a família natural, bem como, para criança maior de dois anos, do vínculo afetivo entre adotantes e adotando.

§ 14º Nas hipóteses previstas no § 13º deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei, inclusive submetendo-se ao procedimento de habilitação de pretendentes à adoção.

Uma vez constante em lei, esse tipo de adoção conta com uma maior segurança jurídica para as partes, especialmente para a criança ou adolescente diretamente interessado. Leva em consideração necessariamente a existência do vínculo entre adotando e adotante - quando a criança tiver mais de 2 anos de idade; determina, ademais, que os adotantes atendam aos requisitos necessários à adoção, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive submetendo-se ao procedimento de habilitação, ainda que já no curso do processo de adoção.

No entanto, faz-se necessário a posição do Poder Legislativo, regularizar a adoção consentida, uma vez que esta viabiliza a constituição do afeto para se permitir a concessão de segurança jurídica entre os interessados. O referido projeto de lei encontra-se arquivado desde 22/12/2022.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma mais completa de inserir uma criança abandonada em uma família substituta é a adoção, é a prova que as relações afetivas independem do vínculo biológico para se estabelecerem. Assim, o dever jurídico deve constituir medidas que possam retratar com eficácia formas de proteção da criança e do adolescente, através de princípios que norteiam seus direitos e garantias.

A legalização do método de adoção *intuitu personae* para as crianças e adolescentes é importante, pois sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro irá proporcionar maior exercício de seus direitos.

Assim como a adoção de crianças e adolescentes alcançou novo patamar a partir da Constituição Federal de 1988, com a implementação do Estatuto e com a Lei Nacional de Adoção, esta também será elevada com o condicionamento da atividade *intuitu personae*, baseando-se na doutrina da proteção integral, pois os menores estão em condições de sujeitos de direito, por serem pessoas em desenvolvimento.

O Judiciário vem fazer acontecer as políticas públicas que incentivam a valorização do interesse das crianças e dos adolescentes, de maneira a não retirar as crianças de suas famílias adotivas, só por não preencherem as formalidades impostas em lei, bem como concluir que a adoção *intuitu personae* deve ser analisada pela sua estrutura constitucional e não como um critério que desrespeita o cadastro nacional, ela simplesmente se adequa às suas proposições, ainda que o fiel seguimento ao cadastro enfrente o princípio do melhor interesse, principalmente porque necessita-se da análise de cada caso concreto de adoção conforme suas especificidades e aplicabilidade.

É imperioso destacar que a sociedade se encontra em constante mudança, surgindo novos arranjos familiares, etc., que precisam ser considerados pelo Direito, logo, a proteção da criança e do adolescente se trata de uma busca constante, que deve sempre ser observada pela família, pela sociedade e pelo Estado, como prevê o texto constitucional.

É de se evidenciar que a validade da adoção *intuitu personae* tem sido reconhecida pela doutrina e pelos tribunais, inclusive os superiores, mesmo ante a ausência de previsão legal, atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente e demais garantias constitucionais, bem como, tem se entendido pela dispensabilidade de prévia habilitação, como modo de facilitar o processo de adoção, dando maior celeridade à defesa e proteção do menor, posicionamento totalmente compatível com o espírito da Constituição Federal, de defesa da criança e do adolescente e proteção da dignidade da pessoa humana.

E por fim, o presente artigo pretende, esclarecer e desmistificar a adoção direta, como bem disse a advogada Maria Berenice Dias, vice-presidente nacional e fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, no artigo Adoção e a espera do amor: “E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa

que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (art. 1.729 CC). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção"

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joyce França de. **A adoção no ordenamento jurídico brasileiro**. Jus: 26/7/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59369/a-adoacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 27 fev. 2023.

ALVARO DE Oliveira, Carlos Alberto. **A tutela de urgência e o direito de família**, 2000.

BARBOZA, Wander. **Procedimentos sobre a adoção de crianças**. JusBrasil, 18/10/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/pareceres/52960/procedimentos-sobre-a-adoacao-de-criancas>. Acesso em: 27 fev. 2023.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição de 1988, de 10 de maio de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 10 de mai. de 1988.

BRASIL. Lei n 8.069, de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente**, e outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1172067 MG 2009/0052962-4. Brasília, DF. Rel. Min. Massami Uyeda. Terceira Turma. Data de julgamento: 18/03/2010. Data de publicação: Diário de Justiça Eletrônico de 14/04/2010.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Habeas Corpus n. 517365 RS 2019/0181432-0. Brasília, DF. Rel. Min. Paulo Dias de Moura Ribeiro. Terceira Turma. Data de julgamento: 24/06/2019. Data de publicação Diário de Justiça Eletrônico: 26/06/2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 8ª ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Maria Berenice. 2010. Disponível em: http://berenedias.com.br/uploads/1_-_adoE7%E3o_e_a_espera_do_amor.pdf. Acesso em: 27 fev. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAMERONO, Ana Carolina. **Os efeitos da adoção**. DireitoNet: 7/7/2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5809/Os-efeitos-da-adoacao>. Acesso em: 27 fev. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil** –vol. 5. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COSTA, André. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. JusBrasil: 2019. Disponível em: <https://0101costa.jusbrasil.com.br/artigos/792284672/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 6 nov. 2022.

Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação-REASERevista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.8.n.11. nov. 2022.ISSN - 2675 –33751967

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol 1. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

FLORENTINO, Pedro de Mello. **A Legalidade da Adoção Intuitu Personae**. In: Revista do Ministério Público do Estado de Goiás. Goiânia, jan/jun. 2017, n. 33, p. 145-171.

FUX, Luiz. **A tutela de urgência na jurisdição de família: cautelares, tutela antecipada**, Revista Emerj, Rio de Janeiro, v.4, n14, p 51-64, 2001. disponível em > <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/73647> > acesso, mar/2023.

GLAGLIANO, Pablo Solze; PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MM S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”, Expte Nº 18865, **Juzgado Civil y Comercial**, Menor, Familia y Contencioso Administrativo de Curuzú Cuatiá, Provincia de Corrientes, Sentencia de feria Nº 1 de fecha 24 de julio de 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Geras. **Agravo de Instrumento Cível nº 1.0000.21.048722-9/000**, Relator: Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível, julgamento em 12/8/2021, publicação da súmula em 17/8/2021.

MINAS GERIAS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.019412.006162-8/002**. Relatora: Desa. Hilda Teixeira da Costa, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 4/2/2015.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de **Direito de Família**. 3. ed. vol.III. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Edição de 2015. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA. 2015.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010**, de 3 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de direito processual civil**. 6ª ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2003.

A (IM)PARCIALIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

CAROLINE ROSA DAS NEVES:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Una Betim ⁴⁵

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso possui como objetivo principal analisar a implementação do juiz das garantias no âmbito do processo penal brasileiro, instituto criado pela lei 13.964/19, e sua implicação no que concerne a imparcialidade do juiz e a preservação dos direitos individuais. Para alcançar tal objetivo, utilizou-se, quanto aos fins, a pesquisa descritiva, visando analisar e descrever o tema a ser abordado. Quanto aos meios, utilizou-se a investigação através de pesquisas bibliográficas e documentais do tipo qualitativa. Constatou-se, por meio do estudo realizado, que embora a figura do juiz das garantias proporcione uma maior segurança quanto a imparcialidade do juiz e a garantia de direitos individuais no âmbito do processo penal, há uma forte resistência quanto a sua efetiva implementação, ocasionando assim, através de ações diretas de inconstitucionalidade, em sua suspensão em janeiro de 2020. Contudo, concluiu-se que há viabilidade para sua implementação e que a mesma será benéfica para o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: juiz das garantias; imparcialidade; processo penal;

THE (IM)PARCIALITY OF THE JUDGE OF GUARANTEES AND THE PRESERVATION OF INDIVIDUAL RIGHTS

Abstract: This course conclusion work has as its main objective to analyze the implementation of the guarantees judge in the scope of the Brazilian criminal procedure, an institute created by law 13.964/19, and its implication with regard to the impartiality of the judge and the preservation of individual rights. In order to achieve this objective, descriptive research was used, in order to analyze and describe the topic to be addressed. As for the means, the investigation was used through bibliographical and documentary research of the qualitative type. It was found, through the study carried out, that although the figure of the judge of guarantees provides greater security regarding the impartiality of the judge and the guarantee of individual rights within the scope of criminal proceedings, there is a strong resistance regarding its effective implementation, causing thus, through direct actions of unconstitutionality, in its suspension in January 2020.

45 E-mail: carol_rosa_neves@hotmail.com

However, it was concluded that its implementation is feasible and that it will be beneficial to the Brazilian legal system.

Keywords: guarantee judge; impartiality; criminal proceedings;

1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo penal, como todo o Direito, acompanha a evolução da humanidade quanto sociedade, buscando suprir seus anseios. Ao longo dos anos, as mudanças sociais e políticas interferiram diretamente nos modelos processuais penais adotados pelo Brasil.

Com o advento da lei 13.964/19, conhecida popularmente como pacote anticrime, houve a inserção da figura do juiz das garantias no âmbito do processo penal. Como forma de garantir a imparcialidade do juiz, determinou-se a divisão das atribuições do juiz ao longo do processo, ou seja, o juiz que atuará na fase investigatória, denominado juiz de garantias, não poderá atuar na ação penal no que se refere ao julgamento da causa (BRASIL, 2019).

Apesar da figura do juiz das garantias ter como propósito assegurar um procedimento justo e de acordo com os princípios estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo vem enfrentando forte resistência quanto a sua implementação, levantando questionamentos e discussões inclusive sobre sua constitucionalidade.

Diante desse contexto, a presente investigação tem o intuito de responder a seguinte questão norteadora: A implementação do instituto do juiz das garantias no âmbito do processo penal brasileiro, irá implicar na (im)parcialidade do juiz e a preservação aos direitos individuais? Diante desse questionamento, faz-se necessário atingir o objetivo central da presente investigação, qual seja: analisar os princípios que fundamentam o processo imparcial, a contribuição do juiz das garantias na imparcialidade do julgador e a viabilidade de sua implementação.

Para alcançar tal objetivo, utilizou-se, quanto aos fins, a pesquisa descritiva, visando analisar e descrever o tema a ser abordado. Quanto aos meios, utilizou-se a investigação através de pesquisas bibliográficas e documentais do tipo qualitativa.

A presente investigação encontra-se estruturada em quatro partes, quais sejam: considerações iniciais, seguida do referencial teórico onde será analisado o tema central da pesquisa, posteriormente são desenvolvidas as considerações finais. Por fim apresenta-se as referências que fundamentaram a pesquisa.

2-BREVE ANÁLISE SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente adotado, o modelo inquisitivo originou-se das jurisdições eclesiásticas e expandiu-se no século VIII, sendo adotado pelas jurisdições laicas europeias e pelos ordenamentos jurídicos reais, predominando na Europa Continental (MESSA, 2017).

As principais características do modelo inquisitivo são definidas por Capez (2022) como procedimento sigiloso, escrito, que reúne na figura do juiz nos papéis de julgar e acusar o réu, que não passa de um objeto da persecução penal. Durante a produção de prova a tortura era frequentemente admitida para obter-se a confissão, denominada como "*prova-mãe*".

O modelo acusatório, em oposto ao inquisitivo, possui a distinção entre órgão acusador e julgador, deste modo, predomina a liberdade de defesa e isonomia entre as partes do processo, com livre produção de provas e garantia do contraditório, ademais é característico a publicidade do procedimento (NUCCI, 2022)

O modelo acusatório vigorou na Antiguidade Grega, com a participação popular no direito de punir, e na Antiguidade Romana, na qual permaneceu até o fim da República; também foi adotado na França após as invasões bárbaras (MESSA, 2017). Atualmente esse sistema é adotado na legislação de vários países.

Surgindo após a Revolução Francesa, o sistema misto contém elementos dos dois modelos citados anteriormente e divide-se em duas fases, inicialmente inquisitiva na instrução preliminar e acusatória na fase final de julgamento, desta forma, na fase da instrução preliminar o procedimento é sigiloso, escrito e sem contraditório e na fase de julgamento há oralidade, contraditório e publicidade (NUCCI, 2022).

De acordo com Messa (2017), existem dois posicionamentos doutrinários em relação ao modelo adotado no processo penal atual brasileiro: a primeira corrente defende que o modelo adotado é misto, pois, o inquérito policial é inquisitivo e o processo penal propriamente dito é acusatório; a segunda corrente defende a adoção do modelo acusatório devido a distinção entre as funções de julgar, acusar e defender, além da fase investigativa ter caráter administrativo e não processual.

Os princípios que constam na Constituição Federal de 1988 estabelecem relação com o sistema acusatório, dentre eles, contraditório, ampla defesa e separação entre órgão julgador e acusador, entretanto não se constitui o processo por princípios, haja vista a necessidade de legislação ordinária (NUCCI, 2022).

Com o advento da lei 13.964/2019, houve mudanças no processo penal. O artigo 3º-A estabelece que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, além

desse dispositivo, o artigo 3º-B dispõe sobre a criação do juiz das garantias, trazendo para a persecução penal mais elementos do modelo acusatório (BRASIL, 2019)

3- PRINCÍPIOS RELACIONADOS A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL

Os princípios são diretrizes para todo o direito, visam direcionar o legislador na elaboração das normas, bem como os operadores do direito na compreensão das mesmas, possuindo o intuito de garantir os direitos individuais e de limitar o poder estatal.

No âmbito do processo penal alguns princípios contribuem para a imparcialidade do julgador, igualdade processual e garantia de direitos individuais, princípios estes que se relacionam com a figura do juiz das garantias, como a seguir exposto.

3.1 O juiz natural e a imparcial

O juiz, em um Estado Democrático de Direitos, tem a função de assegurar os direitos fundamentais do indivíduo, nesse sentido, Lopes Junior (2021) destaca que a legitimidade de atuação do juiz é constitucional e possui como fundamento a proteção dos direitos fundamentais.

A luz do princípio do juiz natural, o juiz na persecução penal, segundo Nucci (2022) deverá previamente ser designado por lei como determina a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LII: "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", evitando assim o juízo ou tribunal de exceção" (BRASIL, 1988)

A prévia determinação do juiz garante de acordo com Lopes Junior (2021) uma ênfase na proteção, evitando manipulações relacionadas a competência e consequentemente a definição posterior do juiz, ou seja, quando o fato já ocorreu, mas o processo não iniciou, interferindo diretamente na sua imparcialidade.

As regras para a determinação da competência do juiz são divididas em critérios objetivos que englobam a competência territorial, natureza jurídica da infração e prerrogativa de função e critérios relacionados a elementos do processo como continência, conexão, prevenção e distribuição (BRITO, 2019)

Diante do exposto, podemos afirmar a ligação direta entre o juiz natural e a imparcialidade do magistrado, de acordo com Nucci (2022) o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, pois um sem o outro não possui finalidade útil.

A participação do Brasil na Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelecida pelo decreto 678/92, salientou os direitos do indivíduo a um processo imparcial e justo, dentre os direitos e garantias abordados, destacamos o direito do

indivíduo de ser ouvido com um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente estabelecido anteriormente por lei.

Um dos objetivos do juiz natural é assegurar a atuação de um juiz imparcial no decorrer da persecução penal, porém o processo está sujeito a ser designado a um magistrado parcial, desta maneira, o interessado pode recorrer aos institutos da suspeição e impedimento do juiz, estabelecidos em lei.

3.2 Contraditório e ampla defesa

A Constituição Federal em seu artigo 5º, LV, determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL. Constituição Federal, 1988)

O contraditório é o método de confrontação de provas, em busca da verdade, fundando-se sobre o conflito, em procedimento disciplinado que segue um rito processual, entre as partes de acusação, que possui o interesse punitivo do estado, e a defesa, ao qual incube o interesse do acusado, com o objetivo de evitar acusações infundadas e penas arbitrárias (LOPEZ JUNIOR, 2021).

Nesse sentido, Capez (2022) afirma que o contraditório confere as partes o direito de praticar todos os atos que possam influenciar no convencimento do juiz, indicando a relevância da produção probatória e da valoração das provas no decorrer da persecução penal.

A ampla defesa complementa-se ao contraditório assegurando ao indivíduo o direito de defesa, é definida por Nucci (2022) como o direito do réu em utilizar-se de diferentes métodos para se defender da acusação que lhe foi imputada, pois como parte hipossuficiente no processo em relação ao Estado, necessita de uma compensação pelo poder estatal.

A inobservância do contraditório e da ampla defesa, implica diretamente na imparcialidade do juiz, pois, a apreciação dos elementos apresentados somente por uma parte não pode validar a decisão proferida.

3.3 Igualdade processual e a paridade de armas

Para que o processo ocorra de forma justa e imparcial é necessário que as partes possuam igualdade processual, neste sentido o art. 5º, caput, da CF/88 determina que todos são iguais perante a lei.

Capez (2022) leciona que na igualdade processual as partes possuem as mesmas oportunidades de produzirem suas argumentações, sendo tratadas igualmente na medida de suas igualdades e desigualmente na medida de suas desigualdades, tal posicionamento reflete o princípio da “paridade de armas”, aplicado a toda espécie de processo, incluindo o âmbito do processo penal.

A Constituição Federal estabelece os limites da desequiparação e os objetivos para a equiparação, visando atingir os fins e os fundamentos jurídicos a que se propôs, desta forma busca estabelecer uma situação que possibilite a igualdade entre as partes durante o processo (CARVALHO,2014)

4. ATUAÇÃO DO JUIZ NA FASE INVESTIGATÓRIA

A fase investigatória, denominada inquérito policial, é presidida pelo delegado de polícia, possui caráter administrativo, antecede a ação penal e busca a consolidação de um posicionamento do órgão acusador em relação a propositura ou não da ação penal (NUCCI,2022).

Durante o curso da investigação, sempre que necessário o uso de medidas de natureza jurisdicional, o Ministério Público e a autoridade policial devem solicitá-las ao juiz competente. Atualmente, o juiz que defere medidas para cercear direitos do investigado e o mesmo que possui competência para julgar a ação penal (SCHREIBER, 2020).

Nesse sentido, para assegurar um julgamento imparcial, a lei 13.964/2019 determinou a divisão das atribuições do juiz, ou seja, o juiz que atuará na fase investigatória, denominado juiz de garantias, não poderá atuar na ação penal no que se refere ao julgamento da causa (BRASIL, 2019)

Lopes Junior (2021) leciona que embora a investigação preliminar aprecie as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis sobre o fato imputado ao investigado, o contato direto aos fatos e dados e sobretudo com a parte passiva, podem provocar “pré-juízos” no juiz-instrutor, interferindo na decisão final.

Em complemento, Lopes Junior (2021) afirma que a atribuição de poderes investigatórios ou de iniciativa probatória ao juiz, resulta no comprometimento da imparcialidade do magistrado e contrasta com a inercia que caracteriza o julgador.

5- O JUIZ DAS GARANTIAS E SUAS COMPETÊNCIAS

Como citado anteriormente, com o advento da lei 13.964/2019 foi instituído a figura do Juiz das Garantias, com o objetivo de atuar na fase de investigação criminal, ou seja, antes do ajuizamento da ação penal, garantindo os direitos fundamentais atribuídos a pessoa investigada e a legalidade no decorrer das investigações (SCHREIBER, 2020).

O artigo 3º B, introduzido pela lei 13.964/2019 ao código de processo penal estabelece "O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade de investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário" (BRASIL, 2019).

No que concerne a competência do magistrado o artigo 3º-C do Código de processo penal estipula que o juiz poderá atuar em todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo (BRASIL, 2019).

As funções designadas ao juiz das garantias na investigação penal, de acordo com Nucci (2022) compreende acompanhar as investigações assegurando a correta colheita de provas, ademais, possui competência para todas as medidas de natureza jurisdicional solicitadas pelo órgão investigador, dentre elas a decretação de medidas cautelares, quebra de sigilo e ordem de busca e apreensão.

Após o recebimento da denúncia ou queixa, em seguida a citação do réu e a reposta a acusação, não havendo as hipóteses de suspensão condicional do processo e de absolvição sumária, o juiz das garantias deverá remeter os autos ao juiz da instrução e julgamento, conforme dispostos nos artigos 3º -B, XIV, e 3º -C, caput, do CPP (MARCÃO,2021)

Vale ressaltar que as decisões proferidas pelo juiz das garantias não estão atreladas ao juiz do processo, principalmente as referentes as medidas cautelares, portando, o juiz do processo poderá reavaliar tais decisões, bem como terá o dever de reexaminar periodicamente as medidas adotadas, avaliando e fundamentando sua decisão (LOPES JUNIOR,2023).

O artigo 3º-C, §3, da lei 13.964/19, dispõem que:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado (BRASIL,2019).

O artigo acima mencionado visa evitar a contaminação do juiz da instrução e julgamento pelos elementos coletados na fase investigatória, que como já citado, não estão sujeitos a contraditório e ampla defesa e portando não devem ser considerados para

embasar uma sentença, a lei sobretudo assegura o acesso amplo das partes aos autos cautelados.

Acerca do artigo 3º-D, da lei 13.964/19, que trata sobre o impedimento do juiz que na fase de instrução que praticar qualquer ato incluído no art. 4º e 5º do Código de Processo penal (BRASIL, 2019), Lopes Junior (2023) menciona que o dispositivo reafirma que o juiz da fase de instrução é um juiz prevento que já teve contato com os elementos produzidos na fase investigatória e portando não cabe a ele julgar, pois a prevenção é causa de exclusão de competência e não de fixação.

6. A (IN)VIABILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JÚRIDICO BRASILEIRO

O instituto do juiz das garantias, desde que sancionada a lei 13.964/2019 que o insere no Código de Processo Penal, teve sua constitucionalidade questionada. Durante o período de *vacation legis*, as ações diretas de inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 foram interpostas perante o órgão competente alegando-se vícios materiais e formais (STF, 2019). Em decisão em que deferiu a liminar acerca da suspensão do juiz das garantias, o ministro Luiz Fux, expôs os seguintes fundamentos:

a1) O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição);

(a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas;

(a3) A ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição;

(a4) Deveras, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016,

determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”;

(a5) É cediço em abalizados estudos comportamentais que, mercê de os seres humanos desenvolverem vieses em seus processos decisórios, isso por si só não autoriza a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, criando-se uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução;

(a6) A complexidade da matéria em análise reclama a reunião de melhores subsídios que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos do juízo das garantias para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal;

(a7) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidades formal e material). (STF,2020)

Em suma, as principais alegações das ações diretas de inconstitucionalidade são o aumento de despesas não prevista no orçamento judiciário e à iniciativa da organização judiciária não caber a lei provinda do poder legislativo.

Contrário a alegada inconstitucionalidade do juiz das garantias, Nucci (2022) explica que o instituto trata de matéria pertencente ao processo penal e relaciona-se a competência, não necessitando da iniciativa do judiciário, no tocante ao aumento de despesas do judiciário, ressalta-se a utilização dos juízes de carreira não havendo necessidade de preenchimento de novas vagas.

Com a possibilidade da inserção do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, iniciou-se uma intensa discussão entre os operadores do direito sobre a (in)viabilidade de sua implementação, ocasionado em posicionamentos divergentes entre críticos e defensores.

Como causa de inviabilidade destaca-se a falta de estrutura do sistema judiciário brasileiro, Maya (2010) disserta que essa deficiência não pode ser usada como justificativa para um sistema falho, e que tal constatação deveria servir de alerta para que as mudanças necessárias para um sistema efetivo sejam realizadas, concluindo que precisamos avançar na teoria para que haja a mudança na prática.

Lopes Junior (2023) afirma que o principal argumento daqueles que criticam a figura do juiz das garantias é a inviabilidade da implementação nas comarcas que possuem apenas um juiz, mas que a solução seria simples, como por exemplo: analisar se há comarcas próximas em que haja dois ou mais juízes, assim um deles pode atuar como juiz das garantias, utilizando-se da tecnologia para solucionar o problema da distância entre as comarcas.

Neste sentido o artigo 3º-D, parágrafo único, da lei 13.964/19 dispõem que “Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo” (BRASIL, 2019).

Em relação ao aumento dos gastos orçamentários no poder judiciário, Estefam (2022) alega que não é certo o aumento de gastos levando em consideração o uso da tecnologia como ferramenta para viabilizar a implementação, tecnologia que atualmente encontra-se acessível ao poder judiciário em grande parte do país.

Em conclusão, Schreiber (2020) afirma que apesar das mudanças significativas que o juiz das garantias trará ao ordenamento jurídico brasileiro, a maior mudança será ideológica ou principiológica e não propriamente estrutural, haja vista que o juiz das garantias é um grande passo a consolidação do sistema acusatório.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz das garantias, vem levantado questionamentos sobre sua constitucionalidade e viabilidade de implementação. Atualmente o instituto encontra-se suspenso pela interposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Considerado por alguns juristas como a consolidação do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz das garantias atua na fase investigatória e busca não contaminar o juiz da instrução com provas produzidas sem o devido contraditório e ampla defesa, além da garantia de direitos individuais.

Analisamos com a presente pesquisa como a inserção do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro implicará na imparcialidade do julgador e na garantia dos direitos individuais, considerando desde os princípios que se relacionam a figura até a (in)viabilidade de sua implementação.

Pudemos aferir que a atuação do "duplo juiz" é de suma importância no que tange a garantia de um julgador imparcial, haja vista que o juiz, como qualquer outro ser humano, está sujeito a estabelecer pré-conceitos quando em contato com provas produzidas na fase investigatória.

No que concerne a salvaguarda dos direitos individuais, além de ser uma responsabilidade explícita do juiz das garantias, resulta da atuação do "duplo juiz", visto que coíbe a figura do juiz inquisidor e conseqüentemente seus possíveis excessos.

Assim é possível chegar ao entendimento que mesmo diante da grande resistência em relação a sua implementação, considerando a falta de estrutura do poder judiciário e o possível aumento de gastos, o juiz das garantias é um passo importante no fortalecimento do sistema acusatório e de um processo justo e imparcial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

BRITO, Alexis Couto D.; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro, 4ª edição**: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597020403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020403/>. Acesso em: 24 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620704. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>. Acesso em: 21 out. 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Editora Saraiva, 2014. *E-book*. ISBN 9788502224308. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/>. Acesso em: 07 mai. 2023.

ESTEFAM, André. **Direito Penal Contemporâneo**: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555597486. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597486/>. Acesso em: 17 mai. 2023.

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **DIREITO PROCESSUAL PENAL.**: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 23 out. 2022.

JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Revista Brasileira de Direitos Humanos, 2016.

MARCÃO, Renato F. **CURSO DE PROCESSO PENAL.**: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555594485. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594485/>. Acesso em: 07 mai. 2023.

MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz das garantias**: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. São Paulo: Boletim IBCCRIM, v. 18, n. 215, out./2010.

MESSA, Ana F. **Curso de Direito Procesual Penal**, 3ª edição.. Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547211264. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211264/>. Acesso em: 22 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal** Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643691. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 23 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Processo Penal e Execução Penal. (Esquemas & Sistemas)**: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645053. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645053/>. Acesso em: 23 out. 2022.

R., Aury L. **Direito processual penal**. Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 05 mai. 2023.

Schreiber, Simone. **"Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias."** Consultor Jurídico, São Paulo 25 (2020).

O SEGURADO ESPECIAL NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

RENILDO ARGÔLO NERY:
Analista Judiciário do
Tribunal Regional Federal da
5ª Região (JFPE). Bacharel
em Direito pela Universidade
Federal da Bahia (UFBA).⁴⁶

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de examinar o regime jurídico aplicável ao segurado especial (artigo 195, §8º, da Constituição Federal), as categorias profissionais englobadas, o regime contributivo incidente, o modo de comprovação do labor rural, os benefícios previdenciários devidos e as condições legais para enquadramento na condição de segurado especial, à luz da Lei 8.213/1991 e da interpretação jurisprudencial.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O artigo 11 da Lei 8.213/1991 traz as seguintes categorias de pessoas físicas no rol de segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS): empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial.

Com efeito, o segurado especial é a única espécie de segurado cuja definição se encontra no próprio texto constitucional. Nos termos do artigo 195, §8º, da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998), "*o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei*".

A criação da referida modalidade de segurado do RGPS decorreu da própria regra de igualdade de direitos entre trabalhadores urbanos e rurais, inaugurada pelo artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Além disso, atento ao princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, que é objetivo da seguridade social (artigo 194, parágrafo único, II, da Carta Magna), o legislador constitucional sensibilizou-se com a informalidade que rege as relações rurícolas, a penosidade do trabalho campesino e com a própria dificuldade que o trabalhador rural

46 E-mail: argolo.nery@gmail.com

tem de fazer prova da sua atividade laborativa, para possibilitar a grupos historicamente excluídos da proteção previdenciária o acesso aos benefícios da Previdência Social.

Conforme lições de Marcelo Novelino⁴⁷, a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais reforça o princípio da universalidade em seu aspecto subjetivo e expõe a clara intenção do constituinte de reduzir as diferenças de tratamento entre trabalhadores urbanos e rurais. Assim como fez com os direitos trabalhistas, a Constituição impôs igualdade de prestações relacionadas à seguridade social, independentemente do local de residência do trabalhador ou da prestação de serviço.

É possível afirmar que o segurado especial é uma espécie do gênero “trabalhador rural”, já que o modo de exercício da atividade campesina indicará o correspondente enquadramento na legislação previdenciária. Por exemplo, se o segurado mantiver relação de emprego rural, com subordinação, habitualidade, onerosidade, prestação pessoal e por pessoa física (artigo 3º da CLT), será enquadrado como segurado empregado, com espeque no artigo 11, I, da Lei 8.213/1991. Noutro giro, se explorar área rural superior a quatro módulos fiscais, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos, ou atividade de extração mineral (garimpo), receberá o enquadramento como segurado contribuinte individual (artigo 11, V, da Lei 8.213/1991).

Assim, por exclusão, é possível conceituar o segurado especial como sendo o pequeno produtor rural ou pescador artesanal que, individualmente ou em regime de economia familiar, dedica-se às atividades campesinas, sem figurar como empregado e sem utilizar-se de mão de obra assalariada (exceto no caso das contratações esporádicas admitidas pela legislação).

Também é importante destacar que o segurado especial não é a única categoria previdenciária que goza do direito de aposentadoria com o redutor de idade (no caso, aos 55 e 60 anos de idade, para mulheres e homens, respectivamente). A lei confere o mesmo tratamento ao empregado rural e ao avulso rural (artigo 48, §1º, da Lei 8.213/1991), exigindo que o rurícola comprove o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido.

Como se observa, ao tratar da aposentadoria com idade reduzida, a legislação exige que o segurado esteja inserido no meio rural, não apenas no momento imediatamente anterior ao benefício, mas também por período de tempo equivalente à carência do benefício. Busca-se, assim, fazer com que o benefício rural alcance os seus reais

47 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, fl. 868.

destinatários, além de evitar que alguém, afastado da lida campesina, retorne à atividade pouco tempo antes do implemento do requisito etário, apenas com o objetivo de requerer o benefício rural, somando períodos remotos de atividades rurícolas ao lapso atual, para o perfazimento da carência exigida em lei.

2. ATIVIDADES ENGLOBADAS NA CATEGORIA DE SEGURADO ESPECIAL

Nos termos do artigo 11, VII, da Lei 8.213/1991, é segurado especial o indivíduo residente em imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele e que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, exerça atividades rurícolas na condição de produtor rural ou pescador artesanal.

De acordo com a legislação reitora da matéria, o produtor rural pode figurar como proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgado, comodatário ou arrendatário rural, que explore atividade de agropecuária (em área de até quatro módulos fiscais) ou de seringueiro ou extrativista vegetal (que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do artigo 2º da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida).

De igual maneira, é segurado especial o pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida.

Considera-se pescador artesanal aquele que, individualmente ou em regime de economia familiar, tenha a pesca como a sua profissão habitual ou meio principal de vida, desde que não faça uso de embarcação ou utilize embarcação de pequeno porte, nos termos da Lei 11.959/2009 (artigo 9º, §14, do Decreto 3.048/1999).

A inscrição do segurado especial junto à Previdência Social será feita de forma a vinculá-lo ao respectivo grupo familiar e conterà, além das informações pessoais, a identificação da propriedade em que desenvolve a atividade e a que título, se nela reside ou o Município onde reside e, quando for o caso, a identificação e inscrição da pessoa responsável pelo grupo familiar (artigo 17, §4º, da Lei 8.213/1991).

Também se enquadram na mesma categoria o cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado especial, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. Para serem considerados segurados especiais, o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 (dezesesseis) anos ou os a estes equiparados deverão ter participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar.

Apesar da proibição do trabalho infantil, o tempo de labor rural prestado por menor de 12 anos deve ser computado para fins previdenciários (STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 956.558-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02/06/2020).

O não preenchimento do requisito etário exigido para a filiação ao RGPS como segurado especial não constitui óbice à concessão de salário-maternidade a jovem menor de 16 anos impelida a exercer trabalho rural em regime de economia familiar (STJ. 1ª Turma. REsp 1.440.024-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/08/2015).

Também a Turma Nacional de Uniformização perfilha o mesmo entendimento:

INCIDENTE NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHO RURAL PRESTADO POR MENOR COM IDADE INFERIOR A 12 ANOS. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DESTA TNU. ACÓRDÃO RECORRIDO ADMITE ESSA POSSIBILIDADE, EM TESE, MAS NEGA O ALEGADO TEMPO LABORADO NESSAS CONDIÇÕES COM BASE NA PROVA PRODUZIDA. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE DO JULGAMENTO À JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA NACIONAL. NECESSIDADE DE REEXAME DA MATÉRIA DE FATO. VEDAÇÃO PELA SÚMULA Nº 42. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Turma) 5003117-85.2017.4.04.7107, JOSÉ FRANCISCO ANDREOTTI SPIZZIRRI – TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO, 14/12/2018).

Assim, com base nas circunstâncias do caso concreto, não há que se estabelecer uma idade mínima para o reconhecimento de labor exercido por crianças e adolescentes, impondo-se ao julgador analisar em cada caso concreto as provas acerca da alegada atividade rural, estabelecendo o seu termo inicial de acordo com a realidade dos autos e não em um limite mínimo de idade abstratamente pré-estabelecido. Reafirma-se que o trabalho da criança e do adolescente deve ser reprimido com energia inflexível, não se admitindo exceção que o justifique; no entanto, uma vez prestado o labor o respectivo tempo deve ser computado, sendo esse cômputo o mínimo que se pode fazer para mitigar o prejuízo sofrido pelo infante, mas isso sem exonerar o empregador das punições legais a que se expõe quem emprega ou explora o trabalho de menores. (AgInt no AREsp 956.558/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 17/06/2020).

O regime de economia familiar, por sua vez, consiste naquele em que o trabalho dos membros é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e

colaboração, sem a utilização de empregados permanentes (artigo 11, §1º, da Lei 8.213/1991).

Desse modo, é possível concluir que a categoria de segurado especial engloba quatro espécies de atividades rurais: **i)** o produtor rural que explore atividade agropecuária em área de até quatro módulos fiscais; **ii)** o produtor rural que explore atividade de seringueiro ou extrativista vegetal (sendo irrelevante o tamanho da área explorada); **iii)** o pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; **iv)** o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 (dezesesseis) anos ou os a estes equiparados, com participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar, havendo relativização do critério etário pela jurisprudência pátria.

3. COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL

A comprovação de tempo de serviço para fins previdenciários só produzirá efeito quando baseada em início de prova material (documento contemporâneo aos fatos, confeccionado à época da carência que se pretende provar), não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento (artigo 55, §3º, da Lei 8.213/1991).

Conforme Súmula 149 do STJ, a prova exclusivamente testemunhal não é suficiente para a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.

A Súmula 32 da Advocacia Geral da União prevê que, para fins de concessão dos benefícios ao segurado especial, serão considerados como início razoável de prova material documentos públicos e particulares dotados de fé pública, desde que não contenham rasuras ou retificações recentes, nos quais conste expressamente a qualificação do segurado, de seu cônjuge, enquanto casado, ou companheiro, enquanto durar a união estável, ou de seu ascendente, enquanto dependente deste, como rurícola, lavrador ou agricultor, salvo a existência de prova em contrário.

Não é imperativo que o início de prova material diga respeito a todo o período de carência, desde que a prova testemunhal amplie sua eficácia probatória, vinculando-o, pelo menos, a uma fração daquele período (AgRg no REsp 1326080/PR).

A prova exclusivamente testemunhal é insuficiente para comprovação da atividade laborativa do trabalhador rural "boia-fria", sendo indispensável que ela venha corroborada por razoável início de prova material, conforme exige o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991. (STJ. 1ª Seção. REsp 1321493-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 10/10/2012, recurso repetitivo, Tema 554).

Para a concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício (Súmula 14 da TNU).

Quanto à natureza jurídica do início de prova material, parcela da jurisprudência entende que se trata de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, por ser documento indispensável à propositura da ação (artigo 320 do CPC).

Assim, se a petição inicial de ação em que se postula o benefício previdenciário rural não for instruída com documentos que demonstrem início de prova material quanto ao exercício de atividade rural, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo (artigo 485, IV, do CPC). Isso significa que o segurado poderá ajuizar nova ação caso reúna os elementos necessários a essa iniciativa (STJ. Corte Especial. REsp 1.352.721-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/12/2015).

Há vozes na jurisprudência no sentido de que o conceito de início de prova material não se confunde com prova documental ou documentada, de sorte que características físicas do segurado (como as marcas de sol na pele ou calosidade consolidada nas mãos) e documentos elaborados para servir a outros fins (mas cujo teor aborda reflexamente a atuação como trabalhador rural) podem servir de início de prova material, pois permitiriam a conclusão da atividade rurícola por raciocínio indutivo⁴⁸:

“Nesse contexto, a autora juntou alguma documentação como forma de provar o início de prova material demandado pela norma de regência, cabendo destacar a declaração de ITR, prontuários da paciente com profissão agricultora, bem como matrículas escolares (anexos 08/14), havendo notícia de percepção de salário-maternidade, na condição de segurada especial, no ano de 2001 (anexo 24).

Assim, pareceria a um intérprete mais formalista da norma que faltaria ao demandante um dos requisitos para a obtenção do benefício, qual seja o início de prova material. Entretanto, este juízo segue a orientação no sentido de que a prova material requerida pela norma de regência não se confunde com prova documental.

Com efeito, destaco o seguinte excerto doutrinário do jurista José Antônio Savaris (Algumas reflexões sobre a prova material previdenciária, Revista Ajufergs, n. 3, 2008, p. 223):

48 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo 0502910-43.2021.4.05.8305T, Juizado Especial Federal Cível da 32ª Vara/JFPE, Juiz Federal: Bernardo Monteiro Ferraz, Julgamento: 18/08/2022.

“Pela prova testemunhal, a informação do conhecimento humano (prova pessoal) se transmite pelo seu testemunho em juízo. Mas se a informação do conhecimento humano se transmitir por um documento e não diretamente ao juiz, teremos então uma prova documental. Teremos uma prova material quando a afirmação da coisa se exterioriza nela própria, “pela materialidade de suas formas” (MALATESTA, [1996, p. 278]). Se o documento não se destina a fazer fé dos fatos afirmados por quem escreve mas se apresenta como exteriorização de fato ou ação, é uma prova documental quanto à forma (meio de manifestação) e real/material quanto ao sujeito (fonte de informação).”

De fato, ao abordar os meios de provas expressamente previstos no Código, o CPC aborda a confissão, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial. Nenhuma palavra é proferida sobre a prova material, o que demonstra ser tal instituto jurídico um elemento novo, próprio do Direito Previdenciário, razão pela qual não pode ser confundido ou reconduzido automaticamente à prova documental.

A prova material, portanto, não é critério puramente de forma, do modo exterior como se apresenta o elemento sobre o qual se alicerça o convencimento - a exemplo da distinção entre documento e testemunho -, mas sim uma qualidade de determinados fatos ou provas, cuja característica é permitir a construção, por indícios, da convicção sobre algo sem que tal efeito seja seu objetivo principal.

É nesse sentido, por exemplo, que características físicas - como as marcas de sol na pele ou calosidade consolidada nas mãos - podem servir de início de prova material, sendo igualmente possível no caso de documentos elaborados para servir a outros fins, mas cujo teor aborda reflexamente a atuação como rurícola, vide a profissão registrada na certidão de casamento.

Nesse sentido, o mesmo Savaris afirma: “(...) se é correto dizer que a informalidade em que se desenvolve o trabalho rural diminui drasticamente as possibilidades de se comprovar a atividade por meio de prova documental, não menos acertado me parece afirmar que a exigência de prova material pode ser atendida mediante identificação de vestígios deixados no corpo humano pelo exercício de tais

atividades, como, por exemplo, a calosidade das mãos ou o enegrecer da pele. Se a prova material do crime de lesões corporais é o laudo de exame de lesões corporais, a prova material do trabalho rural de anos pode ser aferida por sinais típicos, a serem identificados pelos expertos” (pg. 227/228).

Arremata afirmando que “a prova material, sendo vestígio de um acontecimento, é sempre indireta e se apresenta ao juiz como indício de que determinado fato aconteceu” (pg. 230).

Firme em tais premissas, tenho que as provas documentais supramencionadas, em conjunto com a ausência de anotações na CTPS e as fichas escolares e prontuários médicos (colacionados no processo administrativo), atendem ao conceito de início prova material, pois não têm por finalidade típica informar a atividade rural, mas permitem tal conclusão por raciocínio indutivo.”

Conforme artigo 38-B da Lei 8.213/1991, o INSS utilizará as informações constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) para fins de comprovação do exercício da atividade e da condição do segurado especial e do respectivo grupo familiar. A partir de 1º de janeiro de 2023, a comprovação da condição e do exercício da atividade rural do segurado especial ocorrerá, exclusivamente, pelas informações constantes do CNIS. Para o período anterior a 1º de janeiro de 2023, o segurado especial comprovará o tempo de exercício da atividade rural por meio de autodeclaração ratificada por entidades públicas credenciadas, nos termos do artigo 13 da Lei 12.188, de 11 de janeiro de 2010, e por outros órgãos públicos, na forma prevista no regulamento.

Na hipótese de divergência de informações entre o cadastro e outras bases de dados, para fins de reconhecimento do direito ao benefício, o INSS poderá exigir a apresentação dos documentos referidos no artigo 106 desta Lei. O cadastro e os prazos de que tratam este artigo e o artigo 38-A desta Lei deverão ser amplamente divulgados por todos os meios de comunicação cabíveis, para que todos os cidadãos tenham acesso à informação sobre a existência do referido cadastro e a obrigatoriedade de registro (artigo 38-B, §4º e §5º, da Lei 8.213/1991).

De acordo com o artigo 106 da Lei 8.213/1991, a comprovação do exercício de atividade rural será feita, complementarmente à autodeclaração e ao CNIS, por meio de, entre outros: **i)** contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; **ii)** contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; **iii)** Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar, de que trata o inciso II do caput do art. 2º da Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010, ou por documento que a substitua; **iv)** bloco de notas do produtor rural; **v)** notas fiscais de entrada de

mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; **vi)** documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; **vii)** comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; **viii)** cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou **ix)** licença de ocupação ou permissão outorgada pelo INCRA.

Com efeito, a jurisprudência do STJ admite que essa comprovação seja feita com base em quaisquer documentos que contenham fé pública, sendo que a qualificação constante dos dados do registro civil, como certidão de casamento, de nascimento e de óbito, é extensível ao cônjuge e aos filhos, já que o artigo 106 da Lei 8.213/1991 contém rol meramente exemplificativo, e não taxativo (REsp 1081919/PB, rel. Ministro Jorge Mussi, DJ 03.8.2009).

Segundo jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores, a qualificação profissional de lavrador ou agricultor, constante dos assentamentos de registro civil, constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural, nos termos do artigo 55, §3º, da Lei 8.213/91, podendo projetar efeitos para período de tempo anterior e posterior ao nele retratado, desde que corroborado por segura prova testemunhal.

As turmas que compõem a Terceira Seção do STJ já pacificaram entendimento de que os documentos em nome de terceiros – como pais, cônjuge, filhos – são hábeis a comprovar a atividade rural em virtude das próprias condições em que se dá o desempenho do regime de economia familiar, na qual dificilmente todos os membros da família terão documentos em seu nome, postos que concentrados, na maioria das vezes, na figura do chefe da família.

Para a concessão de aposentadoria rural, a certidão de nascimento dos filhos que qualifique o companheiro como lavrador deve ser aceita como início de prova documental do tempo de atividade rural da companheira (STJ. 3ª Seção. AR 3921-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2013).

Assim se manifestou recentemente a 1ª Câmara Regional Previdenciária da Bahia:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SEGURADO ESPECIAL. ACERVO PROBATÓRIO FAVORÁVEL. APELO DO INSS DESPROVIDO. 1. Trata-se de apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a implantar o benefício de pensão por morte em favor das

autoras, companheira e filha menor do falecido. Sustenta, o INSS, que não houve comprovação da condição de segurado especial do falecido, nem da condição de companheira da segunda autora. (...) 4. No caso em apreço, o óbito ocorreu em 28/06/2010. 5. A autora GRACIELE era companheira do falecido LEANDRO MACALI DA CRUZ, para tanto juntou certidão de nascimento de filha em comum, ocorrido em 31/03/2009 e residência em comum. 6. **As autoras apresentaram como início de prova material da condição de trabalhador rural do falecido, os seguintes documentos: certidão de nascimento de filha em que ele é qualificado como lavrador; título de terra em assentamento nome do sogro, pai da segunda autora, fornecido pelo INCRA, que coincide com o endereço do de cujus; declaração dos sogros do falecido informando que ele e a segunda autora residiam e trabalhavam na terra em sua propriedade. Além disso, a parte autora colacionou fotocópias de notas fiscais de produtos agrícolas em nome do falecido, ficha de matrícula da filha em que são qualificados como lavradores e prontuário médico da autora qualificando-a como lavradora. Igualmente, as testemunhas inquiridas em audiência foram uníssonas ao relatarem a atividade rurícola exercida pelo companheiro falecido da requerente, assim como da união estável com a autora GRACIELE.** Portanto, correta a sentença. 7. No tocante à atualização dos valores atrasados, deverão ser pagas as parcelas vencidas e vincendas acrescidas de correção monetária e juros de mora pelo Manual de Cálculos, devendo a sentença ser alterada de ofício neste ponto para se adequar ao julgamento do Tema 810 pelo STF (RE 870.947). 8. Verba honorária de sucumbência majorada para 11% do valor da condenação sobre as parcelas vencidas até a sentença, conforme artigo 20, §4º do CPC e Súmula 111 do STJ. 9. Apelo do INSS desprovido. Sistemática de cálculos alterada de ofício para determinar a observância do Manual de Cálculos da Justiça Federal (Processo 0033620-95.2014.4.01.9199, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DA BAHIA, Relatora: JUÍZA FEDERAL RENATA MESQUITA RIBEIRO QUADROS, DJE: 29/04/2022).

É o entendimento da TNU no Pedido de Uniformização de Lei Federal nº 2006.70.91.000430-5:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. AVERBAÇÃO DE TEMPO RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DOCUMENTOS EM NOME DE MEMBRO DO GRUPO FAMILIAR. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO LABOR RURAL. PROVA ORAL

CONVINCENTE. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - **Documentos em nome de terceiros, como pais, cônjuge, filhos, ou qualquer outro membro que compõe o grupo familiar, são hábeis a comprovar a atividade rural em virtude das próprias condições em que se dá o desempenho do regime de economia familiar.** Precedentes: REsp 538232/RS, REsp 522240/RS e 200770950095720. Incidência da Súmula n.º 06 da TNU. 3 – Prevalência do princípio da continuidade do labor rural. 4 - Incidente parcialmente provido.

Especificamente quanto à situação da trabalhadora rural, a simples qualificação da mulher como "doméstica" ou "do lar" na certidão de casamento não desconfigura sua condição de segurada especial, seja porque na maioria das vezes acumula tal responsabilidade com o trabalho no campo, seja porque, em se tratando de labor rural desenvolvido em regime de economia familiar, a condição de agricultor do marido contida no documento estende-se à esposa.

Antigamente, era muito comum que a mulher trabalhadora rural fosse qualificada como "doméstica", "do lar", "dona de casa" ou "prezadas do lar" ao contrair núpcias. Trata-se de um resquício do modelo de arrimo de família, não recepcionado pela Constituição de 1988, uma vez que marido e mulher cooperam em igualdade de condições no desempenho da atividade rural (apesar de a esposa segurada especial ainda cumular o trabalho braçal com os afazeres de casa).

A jurisprudência é clara a respeito da questão:

Súmula 06 da TNU: **"A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola."**

APELAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. VASTA PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL COERENTE E HARMÔNICA. DIB. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO DO INSS DESPROVIDO. 1. **Insurge-se a autarquia ré contra sentença que julgou procedente o pedido autoral de pensão por morte. Argui, em síntese, que não há início de prova material do labor rural da parte autora, inexistindo documentos hábeis suficientes nesse sentido. Aduz que na certidão de casamento a autora é doméstica, não sendo segurada especial.** E que notas fiscais não fazem prova. Subsidiariamente, requer reforma da DIB para que seja na data da audiência de instrução; e correção monetária com aplicação do art.1F

da Lei 9494/97. 2. (...) 6. **A qualificação da mulher como "doméstica" ou "do lar" na certidão de casamento não desconfigura sua condição de segurada especial, seja porque na maioria das vezes acumula tal responsabilidade com o trabalho no campo, seja porque, em se tratando de labor rural desenvolvido em regime de economia familiar, a condição de agricultor do marido contida no documento estende-se à esposa.** 7. O deslocamento da falecida para zona urbana se deu com finalidade de cuidar de sua filha, e alguns dos vínculos urbanos constantes no CNIS da falecida não possuem o condão de descaracterizar a atividade rural por ela exercida predominantemente. 8. Deste modo, mantém-se a sentença de procedência por seus próprios fundamentos, bem como a DIB na DER. 9. Sobre as parcelas pretéritas incide correção monetária pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, cujos parâmetros se harmonizam com a orientação que se extrai do julgamento do TEMA 905 STJ. Ressalva do entendimento desta Relatora pela aplicação do IPCA-E (TEMA 810 STF). 10. Recurso do INSS desprovido (Processo 0055135-84.2017.4.01.9199, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DA BAHIA, Relator(a): JUÍZA FEDERAL CAMILE LIMA SANTOS, DJE: 06/06/2022).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL REFORÇADO POR PROVA TESTEMIUNHAL COERENTE. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Parte autora maneja recurso de apelação contra a sentença pela qual o juízo a quo julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de aposentadoria rural por idade por ela requerido. 2. **Verificação da existência de início de prova material suficiente ao reconhecimento da condição de rurícola da parte autora, valorizando-se principalmente a certidão de óbito do seu cônjuge, na qual consta a qualificação profissional deste como lavrador.** 3. Prova testemunhal produzida com conteúdo vocacionado a reforçar o teor probante do início de prova material. 4. Apelação a que se dá provimento para, reformando a sentença, conceder à parte autora o benefício requerido desde a data do requerimento administrativo, com acréscimo dos consectários legais na forma do manual de cálculos da Justiça Federal, bem assim de honorários advocatícios quantificados em 10% das prestações devidas até a prolação do Acórdão. (TRF1, Processo nº 0000480-94.2019.4.01.9199, 1ª Turma, Relator para o acórdão: Desembargador Federal Wilson Alves de Souza, Julgamento em 18/11/2020).

4. REGIME CONTRIBUTIVO E BENEFÍCIOS DEVIDOS

Nos termos do artigo 25 da Lei 8.212/1991, a contribuição do segurado especial é de 1,2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção e, para financiamento das prestações por acidente do trabalho, 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção.

É constitucional, formal e materialmente, a contribuição social do segurado especial prevista no artigo 25 da Lei 8.212/1991, mesmo antes da Emenda Constitucional 20/1998 (que inseriu expressamente a "receita" no artigo 195, I, da Carta Magna, permitindo a cobrança da contribuição social do empregador rural com base na receita bruta proveniente da comercialização da sua produção). É absolutamente legítima a previsão, em lei ordinária, da contribuição do segurado especial tendo por base a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, já que tal exação tem por fundamento constitucional o §8º, e não o §4º do artigo 19549, da Constituição Federal (STF. Plenário. RE 761263, Rel. Alexandre de Moraes, julgado em 15/04/2020).

O Decreto 3.048/199950, ao disciplinar o recolhimento das contribuições como segurado especial (incidentes sobre a receita bruta da comercialização da produção rural), assim preceitua:

"Da Contribuição do Produtor Rural Pessoa Física e do Segurado Especial

Art. 200. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam o inciso I do art. 201 e o

49 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

(...)

§8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

50 BRASIL. **Decreto 3.048/1999**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, Publicado em: D.O.U de 07/05/1999, pág. nº 50, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm> Acesso em: 17 abr. 2023.

art.202, e a do segurado especial, incidente sobre a receita bruta da comercialização da produção rural, é de:

I- um inteiro e dois décimos por cento; e

II- zero vírgula um por cento para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

§1º (Revogado pelo Decreto nº 4.032, de 2001)

§2º O segurado especial referido neste artigo, além da contribuição obrigatória de que tratam os incisos I e II do caput, poderá contribuir, facultativamente, na forma do art. 199.

§3º O produtor rural pessoa física de que trata a alínea "a" do inciso V do caput do art. 9º contribui, também, obrigatoriamente, na forma do art. 199, observando ainda o disposto nas alíneas "a" e "b" do inciso I do art. 216.

§4º Integra a receita bruta de que trata este artigo, além dos valores decorrentes da comercialização da produção relativa aos produtos a que se refere o § 5o, a receita proveniente:

I- da comercialização da produção obtida em razão de contrato de parceria ou meação de parte do imóvel rural;

II- da comercialização de artigos de artesanato de que trata o inciso VII do §8º do art. 9º;

III- de serviços prestados, de equipamentos utilizados e de produtos comercializados no imóvel rural, desde que em atividades turística e de entretenimento desenvolvidas no próprio imóvel, inclusive hospedagem, alimentação, recepção, recreação e atividades pedagógicas, bem como taxa de visitação e serviços especiais;

IV- do valor de mercado da produção rural dada em pagamento ou que tiver sido trocada por outra, qualquer que seja o motivo ou finalidade;

V- de atividade artística de que trata o inciso VIII do § 8º do art. 9º.

§5º Integram a produção, para os efeitos dos incisos I e II do caput, observado o disposto no § 25 do art. 9o, os produtos de origem animal

ou vegetal, em estado natural ou submetidos a processos de beneficiamento ou industrialização rudimentar, assim compreendidos, entre outros, os processos de lavagem, limpeza, descaroçamento, pilagem, descascamento, lenhamento, pasteurização, resfriamento, secagem, socagem, fermentação, embalagem, cristalização, fundição, carvoejamento, cozimento, destilação, moagem e torrefação, bem como os subprodutos e os resíduos obtidos por meio desses processos.

§6º (Revogado pelo Decreto nº 6.722, de 2008).

§7º A contribuição de que trata este artigo será recolhida:

I- pela empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa, que ficam sub-rogadas no cumprimento das obrigações do produtor rural pessoa física de que trata a alínea "a" do inciso V do caput do art. 9º e do segurado especial, independentemente de as operações de venda ou consignação terem sido realizadas diretamente com estes ou com intermediário pessoa física, exceto nos casos do inciso III;

II- pela pessoa física não produtor rural, que fica sub-rogada no cumprimento das obrigações do produtor rural pessoa física de que trata a alínea "a" do inciso V do caput do art. 9º e do segurado especial, quando adquire produção para venda, no varejo, a consumidor pessoa física; ou

III- pela pessoa física de que trata alínea "a" do inciso V do caput do art. 9º e pelo segurado especial, caso comercializem sua produção com adquirente domiciliado no exterior, diretamente, no varejo, a consumidor pessoa física, a outro produtor rural pessoa física ou a outro segurado especial.

§8º O produtor rural pessoa física continua obrigado a arrecadar e recolher ao Instituto Nacional do Seguro Social a contribuição do segurado empregado e do trabalhador avulso a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, nos mesmos prazos e segundo as mesmas normas aplicadas às empresas em geral.

§9º Sem prejuízo do disposto no inciso III do § 7º, o produtor rural pessoa física e o segurado especial são obrigados a recolher,

diretamente, a contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente:

I- da comercialização de artigos de artesanato elaborados com matéria-prima produzida pelo respectivo grupo familiar;

II- de comercialização de artesanato ou do exercício de atividade artística, observado o disposto nos incisos VII e VIII do § 8o do art. 9o; e

III- de serviços prestados, de equipamentos utilizados e de produtos comercializados no imóvel rural, desde que em atividades turística e de entretenimento desenvolvidas no próprio imóvel, inclusive hospedagem, alimentação, recepção, recreação e atividades pedagógicas, bem como taxa de visitação e serviços especiais.”

Frederico Amado⁵¹ leciona que a contribuição do segurado especial é diferenciada, pois não incide sobre o salário de contribuição, mas sim sobre a receita proveniente da comercialização de sua produção, à luz do artigo 195, §8º, da Carta Magna. Adverte que, em regra, não cabe ao segurado especial a incumbência pelo recolhimento da sua contribuição previdenciária, já que a lei impõe a responsabilidade tributária ao adquirente da produção. Somente haverá responsabilidade de recolhimento pelo próprio segurado especial em situações excepcionais, como no caso de comercialização no exterior, diretamente, no varejo, a consumidor pessoa física, a outro produtor rural pessoa física ou a outro segurado especial.

Incide, portanto, o princípio da automaticidade das prestações⁵², que estatui serem devidos os benefícios previdenciários, sem prejuízo da cobrança das contribuições em atraso, mesmo na hipótese de não pagamento das contribuições previdenciárias, quando a responsabilidade tributária pelo recolhimento for do tomador do serviço. Isso porque o responsável tributário pelo recolhimento das contribuições sociais é o adquirente da produção (artigo 30, IV, da Lei 8.212/91) e não o segurado especial, não constituindo ônus deste último fiscalizar o recolhimento das contribuições previdenciárias, de modo que não pode ser penalizado por eventual inadimplência da empresa.

Conforme artigo 39 da Lei 8.213/1991, para os segurados especiais fica garantida a concessão de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de um salário mínimo, e de auxílio-acidente, conforme disposto no artigo 86 desta Lei, desde que comprovem o exercício de atividade rural, ainda

⁵¹ AMADO, Frederico. Manual de Direito Previdenciário. 2ª Ed., São Paulo: Juspodivm, 2022, fls. 279/280.

⁵² AMADO, Frederico. Manual de Direito Previdenciário. 2ª Ed., São Paulo: Juspodivm, 2022, fl. 159.

que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido.

O segurado especial, cujo acidente ou moléstia é anterior à vigência da Lei 12.873/2013, que alterou a redação do inciso I do artigo 39 da Lei 8.213/1991, não precisa comprovar o recolhimento de contribuição como segurado facultativo para ter direito ao auxílio-acidente (STJ. 1ª Seção. REsp 1.361.410-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 08/11/2017, recurso repetitivo).

Além disso, a segurado especial tem que estar laborando no campo quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural (artigo 143 da Lei 8.213/1991), momento em que poderá requerer seu benefício, ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício (STJ. 1ª Seção. REsp 1.354.908-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 09/09/2015).

Para a segurada especial também fica garantida a concessão do salário-maternidade, no valor de um salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 10 (dez) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício (data do parto). A previsão do artigo 25, III, da Lei 8.213/1991, revogou tacitamente o artigo 39, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, na parte que exigia comprovação do exercício de atividade rural nos doze meses imediatamente anteriores à data do parto⁵³.

Também fica assegurada a concessão dos benefícios especificados nesta Lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que o segurado especial contribua facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social (artigo 39, II, da Lei 8.213/1991).

Como leciona Frederico Amado⁵⁴, além da contribuição prevista no artigo 25 da Lei 8.212/1991, o segurado especial terá a faculdade de contribuir como contribuinte individual sem perder o seu enquadramento, na forma do artigo 25, §1º, da Lei 8.212/1991, caso queira usufruir de um benefício com valor acima de um salário mínimo ou ter direito à aposentadoria por tempo de contribuição.

53 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito Previdenciário. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2021, fls. 315/316.

54 AMADO, Frederico. Manual de Direito Previdenciário. 2ª Ed., São Paulo: Juspodivm, 2022, fl. 46.

5. HIPÓTESES LEGAIS DE DESCARACTERIZAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL

O artigo 11 da lei 8.213/1991, a partir do parágrafo oitavo, elenca situações que devem ser consideradas pelo aplicador do direito no exame de reconhecimento e manutenção da qualidade de segurado especial:

“§8º Não descaracteriza a condição de segurado especial: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

I– a outorga, por meio de contrato escrito de parceria, meação ou comodato, de até 50% (cinquenta por cento) de imóvel rural cuja área total não seja superior a 4 (quatro) módulos fiscais, desde que outorgante e outorgado continuem a exercer a respectiva atividade, individualmente ou em regime de economia familiar; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

II– a exploração da atividade turística da propriedade rural, inclusive com hospedagem, por não mais de 120 (cento e vinte) dias ao ano; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

III– a participação em plano de previdência complementar instituído por entidade classista a que seja associado em razão da condição de trabalhador rural ou de produtor rural em regime de economia familiar; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

IV– ser beneficiário ou fazer parte de grupo familiar que tem algum componente que seja beneficiário de programa assistencial oficial de governo; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

V– a utilização pelo próprio grupo familiar, na exploração da atividade, de processo de beneficiamento ou industrialização artesanal, na forma do § 11 do art. 25 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VI– a associação em cooperativa agropecuária ou de crédito rural; e (Redação dada pela Lei nº 13.183, de 2015)

VII– a incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI sobre o produto das atividades desenvolvidas nos termos do § 12. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

§9º Não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento, exceto se decorrente de: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

I– benefício de pensão por morte, auxílio-acidente ou auxílio-reclusão, cujo valor não supere o do menor benefício de prestação continuada da Previdência Social; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

II– benefício previdenciário pela participação em plano de previdência complementar instituído nos termos do inciso IV do § 8º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

III- exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil, observado o disposto no § 13 do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

IV– exercício de mandato eletivo de dirigente sindical de organização da categoria de trabalhadores rurais; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

V– exercício de mandato de vereador do Município em que desenvolve a atividade rural ou de dirigente de cooperativa rural constituída, exclusivamente, por segurados especiais, observado o disposto no § 13 do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VI– parceria ou meação outorgada na forma e condições estabelecidas no inciso I do § 8º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VII– atividade artesanal desenvolvida com matéria-prima produzida pelo respectivo grupo familiar, podendo ser utilizada matéria-prima de outra origem, desde que a renda mensal obtida na atividade não exceda ao menor benefício de prestação continuada da Previdência Social; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VIII– atividade artística, desde que em valor mensal inferior ao menor benefício de prestação continuada da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§10. O segurado especial fica excluído dessa categoria: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

I– a contar do primeiro dia do mês em que: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

a) deixar de satisfazer as condições estabelecidas no inciso VII do caput deste artigo, sem prejuízo do disposto no art. 15 desta Lei, ou exceder qualquer dos limites estabelecidos no inciso I do § 8º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

b) enquadrar-se em qualquer outra categoria de segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, ressalvado o disposto nos incisos III, V, VII e VIII do § 9º e no § 12, sem prejuízo do disposto no art. 15; (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

c) tornar-se segurado obrigatório de outro regime previdenciário; e (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

d) participar de sociedade empresária, de sociedade simples, como empresário individual ou como titular de empresa individual de responsabilidade limitada em desacordo com as limitações impostas pelo § 12; (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

II– a contar do primeiro dia do mês subsequente ao da ocorrência, quando o grupo familiar a que pertence exceder o limite de: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

a) utilização de terceiros na exploração da atividade a que se refere o § 7º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

b) dias em atividade remunerada estabelecidos no inciso III do § 9º deste artigo; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

c) dias de hospedagem a que se refere o inciso II do § 8º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§11. Aplica-se o disposto na alínea *a* do inciso V do caput deste artigo ao cônjuge ou companheiro do produtor que participe da atividade rural por este explorada. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§12. A participação do segurado especial em sociedade empresária, em sociedade simples, como empresário individual ou como titular de empresa individual de responsabilidade limitada de objeto ou âmbito agrícola, agroindustrial ou agroturístico, considerada microempresa nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006,

não o exclui de tal categoria previdenciária, desde que, mantido o exercício da sua atividade rural na forma do inciso VII do caput e do § 1º, a pessoa jurídica componha-se apenas de segurados de igual natureza e sedie-se no mesmo Município ou em Município limítrofe àquele em que eles desenvolvam suas atividades.”

Na jurisprudência pátria, há grande discussão a respeito das circunstâncias legais que descaracterizam a qualidade de segurado especial, especialmente quanto ao tamanho do imóvel (superior a quatro módulos fiscais), remuneração urbana de componente do grupo familiar e exercício de atividade urbana por mais de 120 dias por ano civil.

As questões serão examinadas nos tópicos seguintes, com o resumo das questões debatidas em cada caso paradigmático e a tese adotada.

5.1. PROPRIEDADE SUPERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS

Conforme artigo 11, V, “a”, da Lei 8.213/1991, qualifica-se como contribuinte individual a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais.

A filiação do contribuinte individual junto à Previdência Social se dá com o exercício de atividade remunerada e ao próprio contribuinte individual compete o ônus de provar que efetivamente recolheu contribuições, conforme artigo 30, II, da Lei 8.212/91, não sendo caso de presunção do recolhimento, com automaticidade das prestações. Assim, o reconhecimento da qualidade de segurado e da carência, na condição de contribuinte individual, exige a efetiva comprovação do recolhimento tempestivo das supracitadas contribuições, por ato do próprio segurado.

Porém, a Súmula 30 da Turma Nacional de Uniformização prevê que, em demandas previdenciárias, o simples fato de o imóvel ser superior ao módulo rural não afasta, por si só, a qualificação de seu proprietário como segurado especial, desde que comprovada, nos autos, a sua exploração em regime de economia familiar.

De igual maneira, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, em julgamento paradigmático (Tema 1115)⁵⁵, definiu que o tamanho da propriedade não descaracteriza, por si só, o regime de economia familiar, caso estejam comprovados os demais requisitos legais para a concessão da aposentadoria por idade rural.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1947404-RS**, 1ª Seção. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Julgamento: 23/11/2022.

De acordo com o STJ, até a Lei 11.718/2008, o que diferenciava um produtor rural segurado especial de um produtor rural não segurado especial, pela legislação e pela normatização, era a contratação de mão-de-obra. A principal mudança operada pela Lei 11.718/2008 diz respeito à limitação do tamanho da propriedade do produtor rural que explora atividade agropecuária. Essa lei teve por origem a Medida Provisória 410/2007, que apenas prorrogou o prazo do artigo 143 da Lei 8.213/1991. Somou-se ao texto da Medida Provisória, o Projeto de Lei 6.548/2002, procurando aproximar o conceito do segurado especial ao de agricultor familiar, para fins de concessão de políticas públicas, nos termos da Lei 11.326/2006.

Com efeito, o módulo rural é uma unidade de medida expressa em hectares que indica o tamanho mínimo de uma propriedade rural capaz de garantir o sustento de uma família que exerce atividade rural em determinado município (artigo 4º, II e III, do Estatuto da Terra). O tamanho do módulo fiscal não é linear no país, tendo por limite mínimo 5 hectares e máximo 110 hectares, sendo definido pelo INCRA (artigo 50, §2º, do Estatuto da Terra) e, conforme dispõe o artigo 50, §§ 3º e 4º do Estatuto da Terra, o número de módulos fiscais de um imóvel deve ser calculado apenas sobre a área aproveitável total, considerada esta como a área passível de exploração agrícola, pecuária ou florestal, excluídas as áreas ocupadas por benfeitoria, floresta ou mata de efetiva preservação permanente, ou reflorestada com essências nativas e a área comprovadamente imprestável para qualquer exploração agrícola, pecuária ou florestal.

Em homenagem ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, a jurisprudência entende que, mesmo que a propriedade explorada seja superior a quatro módulos fiscais, tal condição não pode ser, por si só, suficiente para descaracterizar a qualidade de segurado especial do trabalhador rural, constituindo apenas mais um fator a ser analisado com o restante do conjunto probatório, e não um óbice intransponível ao reconhecimento da condição de segurado especial.

Nesse contexto, definiu o STJ que, apesar de a Lei 11.718/2008 ter fixado quatro módulos fiscais como limite para o enquadramento do trabalhador rural na qualidade de segurado especial, em um caráter objetivo, foi demonstrado que o entendimento sedimentado na jurisprudência é o de que a circunstância de a propriedade rural ser superior a quatro módulos rurais não exclui isoladamente a condição de segurado especial, nem descaracteriza o regime de economia familiar, sendo apenas mais um aspecto a ser considerado juntamente com o restante do conjunto probatório colacionado aos autos.

5.2. TRABALHO URBANO DE UM DOS MEMBROS DO GRUPO FAMILIAR

De acordo com entendimento jurisprudencial majoritário⁵⁶, o fato de um dos integrantes da família exercer atividade incompatível com o regime de economia familiar não descaracteriza, por si só, a condição de segurado especial dos demais componentes. É que a legislação previdenciária estabeleceu a possibilidade de um dos membros do grupo familiar exercer atividade estranha ao regime de subsistência (artigo 11, VII, §9º, da Lei 8.213/1991 e artigo 9º, §8º, do Decreto 3.048/1999).

Em princípio, a lei descaracteriza como segurado especial apenas o integrante da família que se desvinculou do meio rural. O trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, a situação de segurados especiais dos demais integrantes, devendo ser averiguado pelas instâncias ordinárias se o trabalho rural é dispensável para a subsistência do grupo familiar.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. ATIVIDADE RURAL. SÚMULA 149/STJ. APLICAÇÃO. COMPROVAÇÃO. ROL DE DOCUMENTOS. EXEMPLIFICATIVO. ART. 106 DA LEI 8.213/91. DOCUMENTOS EM NOME PRÓPRIO E DE TERCEIRO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CARÊNCIA. ART. 143 DA LEI 8.213/91. DEMONSTRAÇÃO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA POR MEMBRO DA FAMÍLIA. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. EXCLUSÃO DE SEGURADO ESPECIAL. ENQUADRAMENTO EM OUTRA CATEGORIA. DECRETO 3.048/99. AGRAVO DESPROVIDO. (...) V- **Este Superior Tribunal de Justiça considera que o exercício de atividade remunerada por um dos membros da família, mesmo que urbana, não descaracteriza a condição de segurado especial dos demais.** VI- O art. 9º, § 8º, I do Decreto 3.048/99 exclui da condição de segurado especial somente o membro do grupo familiar que possui outra fonte de rendimento, a contar do primeiro dia do mês em que for enquadrado em qualquer outra categoria. VII - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp 1218286/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 28/2/2011).

A matéria trazida à colação não somente é pacífica no âmbito do STJ, como também na Turma Nacional de Uniformização, que editou a Súmula 41 a respeito da matéria, no seguinte sentido: "*A circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar*

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.304.479-SP**, 1ª Seção. Rel. Min. Herman Benjamin, Julgamento: 10/10/2012.

desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto".

Assim, a jurisprudência examina casuisticamente a atividade preponderante à subsistência do grupo familiar (se advém do trabalho campesino ou da renda atividade urbana de um dos membros do grupo familiar), com o objetivo de reconhecer ou não a qualidade de segurado especial do postulante. Quando a atividade urbana constituir a principal fonte de renda, resta descaracterizada a qualidade de segurado especial do outro membro do grupo familiar, pois a renda urbana será a principal fonte de renda da família.

Com efeito, "*o exercício de atividade urbana concomitantemente à rural não descaracteriza a qualidade de segurado especial, desde que o labor rural se revele de substancial importância na subsistência do segurado e sua família, o que deve ser aferido no caso concreto. É possível que no período de carência o segurado tenha exercido atividade urbana ao mesmo tempo em que exerceu atividade rural, com compatibilidade e dedicação comprovada a esta última, que deve permanecer como fonte primordial de subsistência do segurado e de sua família*" (TNU, PEDILEF 00064097620104014300, rel. Juíza Federal Ana Beatriz Vieira da Luz Palumbo, DOU 13/09/2013, p. 193/220).

Pelo que dispõe o artigo 11, §9º, I, da Lei 8.212/1993, não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento, exceto se decorrente de benefício de pensão por morte, auxílio-acidente ou auxílio-reclusão, cujo valor não supere o do menor benefício de prestação continuada da Previdência Social (no caso, um salário mínimo).

Com base no referido dispositivo legal, firmou-se corrente jurisprudencial no sentido de que a percepção de renda urbana superior a um salário mínimo por algum integrante do grupo familiar gera a presunção de que a agricultura seria uma atividade secundária no seio familiar, tendo o condão de desnaturar a qualidade de segurado especial dos demais membros da família. A atividade urbana seria a fonte primordial de subsistência do segurado e de sua família.

É o que se verifica nos julgados a seguir colacionados:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. SEGURADO ESPECIAL. TRABALHADOR RURAL. REQUISITOS. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO DA PARTE AUTORA IMPROVIDO. 1. **Cuida-se de recurso por meio do qual a parte autora se insurge contra sentença que julgou improcedente pedido de concessão de aposentadoria por idade rural. Alega que o fato de receber pensão por morte proveniente de trabalho urbano realizado pelo o instituidor e em valor bem superior ao mínimo não descaracteriza**

sua qualidade de segurada especial. 2. (...) 5. **No caso em análise, restou comprovado que a autora percebe pensão por morte de seu ex-marido, no valor de R\$ 1.783,12, proveniente do exercício de atividades laborais urbanas. Assim, verifica-se que a atividade rural é irrelevante para sustento básico da família, não estando presente um dos requisitos essenciais para caracterizar a qualidade de segurado especial. Mesmo anteriormente à concessão da pensão (2014), a atividade urbana era exercida pelo marido com renda na mesma faixa remuneratória.** 6. Sentença mantida. Recurso improvido. 7. Ônus do(a) recorrente-vencido(a) arcar com as custas e honorários advocatícios sucumbenciais em 10% do valor da causa, isento(a) nos termos do § 3º do art. 98 do CPC. ACÓRDÃO Decide a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Norte, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso nos termos da ementa supra. Natal, data do julgamento. (JFRN, Processo: 0502914-62.2016.4.05.8400, Relator: FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES, Data de Julgamento: 22/06/2016).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. RENDA SUFICIENTE AO SUSTENTO DA FAMÍLIA. **ESPOSO PERCEBE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DESCARACTERIZADO O REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL NÃO COMPROVADA. RECURSO DO INSS PROVIDO.** - Cuida-se de recurso inominado interposto pelo INSS contra sentença que julgou procedente pedido de concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural. (...) - **Em relação ao regime de economia familiar, a posição firmada pela TNU é de que a renda decorrente de atividade diversa da agricultura, auferida por outros membros da família, ou o recebimento de benefício de pensão por morte pelo segurado especial, não descaracterizam o regime de economia familiar, bastando que esteja presente a essencialidade do produto do labor agrícola para o sustento da família, ainda que de forma não exclusiva.** - No caso dos autos, o laudo social foi desfavorável à autora. Além de viver na zona urbana, o sustento da família é proveniente da aposentadoria por invalidez do seu esposo, no valor de R\$ 1.100,00 e do Bolsa-família. - Não desconheço o teor da Súmula 41 da TNU. No entanto, valho-me da ressalva final do enunciado para afastar a condição de segurado especial da autora. Logo, a agricultura é atividade secundária no seio familiar. Ausente,

portanto, a qualidade de segurada especial. - Recurso inominado do INSS provido. Pedido julgado improcedente. - Sem condenação em honorários advocatícios. (JFPE, Processo: 0502880-87.2016.4.05.8303, Relator: Joaquim Lustosa Filho, Data de Julgamento: 13/06/2017).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR RURAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL DO DE CUJUS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Insurge-se a parte autora contra sentença que julgou improcedente o seu pedido de pensão por morte ante a não comprovação da qualidade de segurado especial do falecido. 2. No caso em tela, o falecido veio a óbito em 21.03.2013, tendo a parte autora juntado aos autos como início de prova material: certidão de nascimento de filho de 1987 (2ª via em 2005), no qual o de cujus é qualificado como lavrador; contrato de compra e venda de imóvel rural de 1999, em nome do falecido. 3. **Em que pese o início de prova acima acostado, verifica-se por meio do CNIS que a autora entabulou extenso vínculo urbano com o Município de Maracanã no período entre 1975 a 2008, no qual recebeu salários superiores ao mínimo vigente à época, tendo percebido no ano de 2006 o importe superior a R\$-1.693,87, o que infirma as provas colacionadas. "A circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto" (Súmula nº 41 da TNU). O que deve ser sopesado, nesta hipótese, são os aspectos fáticos ligados à subsistência do grupo familiar, tais como a indispensabilidade da atividade agrícola para o sustento da família e o valor da renda obtida pelo cônjuge, o que, no caso concreto demonstra que a atividade rurícola, se desenvolvida pelo de cujus, foi dispensável ao desenvolvimento socioeconômico do grupo familiar, sendo mero complemento da renda, restando por descaracterizado o regime de economia familiar, um dos requisitos fundamentais para caracterização do segurado especial.** 4. **Em sendo assim, não tendo a parte autora comprovado a condição de segurado do falecido na data do óbito, tampouco o seu direito à aposentação nesse mesmo marco, uma vez que não preenchidos os requisitos autorizadores para a concessão, não faz jus a autora ao pensionamento pleiteado.** 5. Com tais razões, deve a sentença ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso desprovido com custas e honorários de 10% do valor da causa pelo recorrente, ficando sobrestada a sua execução tendo em vista o

deferimento da justiça gratuita. (AGREXT 0000491-08.2016.4.01.3904, PAULO MÁXIMO DE CASTRO CABACINHA, TRF1 - PRIMEIRA TURMA RECURSAL - PA/AP, Diário Eletrônico Publicação 08/03/2018.)

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS (ARTIGO 46 DA LEI Nº 9.099/95). 1. Trata-se de Recurso Inominado interposto pela parte autora em face da sentença que julgou improcedente seu pedido de salário-maternidade rural. 2. (...) 10. A parte recorrente postula o benefício de salário-maternidade rural em decorrência do nascimento de sua filha ocorrido em 25/08/2013 (fl. 20). **11. No caso sub judice, a parte autora questiona os fundamentos da r. sentença, que a seguir transcrevo: "A circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto" (Súmula nº 41 da TNU). O que deve ser sopesado, nesta hipótese, são os aspectos fáticos ligados à subsistência do grupo familiar, tais como a indispensabilidade da atividade agrícola para o sustento da família e o valor da renda obtida pelo cônjuge, o que, no caso concreto demonstra que o labor rural da autora, caso existente, não se mostrava imprescindível para o sustento familiar. Com efeito, relata a autora que a lavoura por ela cultivada era diminuta importância, sendo destinada integralmente às despesas domésticas. Noutra giro, o CNIS de fl. 43 comprova que o cônjuge da autora durante todo o período de carência exerceu atividade urbana que lhe conferia renda bem superior ao salário mínimo da época (fl. 44v), evidenciando portanto ser esta a principal fonte de renda da família, o que afasta a condição de segurada especial da autora.** Pelas razões supra, julgo improcedente o pedido. Defiro o benefício da justiça gratuita. (...)" 12. Deve-se ressaltar que, durante parte do período de carência, que seria de 26/10/2012 a 25/08/2013 (10 meses anteriores ao parto), a parte autora contraiu matrimônio (casamento realizado em 04/05/2013 - fl. 21). Assim, a partir do casamento, passou a constituir novo núcleo familiar. 13. **Sobre o cônjuge da parte autora, verifica-se que o mesmo possui diversos vínculos como empregado, conforme informações do CNIS (fl. 43). Percebe-se, inclusive, que no período de carência analisado, o**

mesmo encontrava-se empregado, com recebimento de salários superiores ao salário-mínimo vigente à época (fl. 44-v), o que afasta a suposta qualidade de trabalhadora rural em regime de economia familiar da parte autora na data do nascimento do seu filho. 14. Ademais, é importante destacar que a certidão de casamento de inteiro teor acostada aos autos à fl. 22, dando conta de que ambos os contraentes são lavradores, não pode ser utilizada como início de prova material, uma vez que, no período em que se insere a data do casamento (04/05/2013), o cônjuge da parte autora encontrava-se empregado, com vínculo urbano (fl. 43). 15. **Por fim, ainda que fosse considerar que a parte autora recebeu de herança uma pequena propriedade rural no ano de 2011 em razão do óbito de seu avô, temos que a propriedade rural por ela herdada é muito pequena, por volta de 0,36 hectares - fls. 29v/30, sendo insuficiente para caracterizar o suposto trabalho rural em regime de economia familiar por parte da autora.** 16. **Assim, não comprovada que na data do nascimento de seu filho a parte autora era trabalhadora rural em regime de economia familiar, correta a sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de salário maternidade de segurado especial - trabalhador rural, devendo a v. sentença ser mantida por seus próprios fundamentos (art. 46, da Lei n.º 9.099/95).** 17. Fica condenada a parte autora ao pagamento de custas e honorários de sucumbência, os quais o fixo no montante de R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, c/c o art. 55, caput, da Lei n.º 9.099/95, ficando suspensas suas exigibilidades em face da assistência judiciária deferida. 18. Recurso inominado improvido (AGREXT 0001986-85.2015.4.01.3819, LEONARDO AUGUSTO DE ALMEIDA AGUIAR, TRF1 - PRIMEIRA TURMA RECURSAL DE JUIZ DE FORA - MG, Diário Eletrônico Publicação 27/04/2017) .

Há vozes na jurisprudência no sentido de que a renda urbana de um dos membros do grupo familiar, ainda que superior a um salário-mínimo, não afasta, por si só, na qualidade de segurado especial dos demais (se permaneceram na lida campesina, a despeito da renda urbana de um dos membros), já que a lei prevê a exploração das atividades rurícolas individualmente ou em regime de economia familiar⁵⁷:

57 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo 0501035-04.2022.4.05.8305S, Juizado Especial Federal Cível da 32ª Vara/JFPE, Juiz Federal: Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti, Julgamento: 07/12/2022.

“Por fim, descabe acolher a alegação de que a existência de renda ou proventos em favor de terceiro – seja o terceiro cônjuge, companheiro(a), filho(a) ou outro – é capaz de desqualificar a parte autora como segurada especial.

De início, é importante reconhecer que a alegação encontra alicerce na incorreta interpretação do art. 11, § 1º, da Lei de Benefícios, ao indevidamente erigir a expressão “indispensável à própria subsistência” como pedra de toque da figura jurídica do segurado especial.

Na realidade, perpetuando uma inadequada associação automática entre a atividade rural e a penúria, a carência financeira, fruto de um preconceito que encontra raízes no trato assistencial – e não previdenciário – da população rural antes da CF/88, a interpretação repousa na ideia de que – se há outra fonte de renda no núcleo familiar – a atividade rural seria dispensável e, portanto, não haveria qualidade de segurado especial.

A interpretação acima, porém, não merece guarida, seja por violar a literalidade do art. 11, § 9º, da Lei de Benefícios, seja por ser incompatível com a interpretação sistemática do art. 11, § 1º, com os §§ 8º a 12º do art. 11 da mencionada lei, bem como da Constituição.

Explico.

De início, cabe admitir que o foco conferido à expressão “indispensável à própria subsistência” ignora dois dados importantes.

Primeiro, que a expressão faz parte da definição de um dos dois regimes de atuação do segurado especial – qual seja o regime de economia familiar –, sendo tal fato suficiente para levar o intérprete a reconhecer que a expressão não definiria o todo (o segurado especial), mas sim, no máximo, a espécie. Segundo, mesmo se examinada apenas o modelo da economia familiar, que o mesmo parágrafo primeiro vincula o conceito também – e em igualdade de condições – “ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar”.

O desenvolvimento socioeconômico, no modelo de economia de mercado adotado pela Constituição, está diretamente ligado à venda

de eventuais excedentes, prática que, inclusive, serve de fato gerador da obrigação tributária do segurado especial (art. 195, § 8º).

Na mesma linha, observa-se que a Lei n. 8.213/91 permite ao segurado especial – sem perder tal qualidade – exercer diversas atividades remuneradas sem limitação de retorno financeiro, vide: i) o cargo de vereador ou dirigente de cooperativa; ii) dirigente sindical; iii) qualquer outra atividade remunerada, desde que até 120 dias por ano civil (§ 9º, III, IV e V).

E mais: a lei permite que o segurado especial seja sócio em “sociedade empresária, em sociedade simples, como empresário individual ou como titular de empresa individual de responsabilidade limitada de objeto ou âmbito agrícola, agroindustrial ou agroturístico, considerada microempresa”, ou seja, que fature até R\$ 360.000,00 ao ano.

Tais elementos tornam evidente que o ordenamento jurídico não vincula o segurado especial àquele que retira sua sobrevivência – no sentido de segurança alimentar - diretamente do produto da atividade campesina. Como consequência, o fato de existir renda no núcleo familiar oriunda de outra espécie de atividade em nada impede, aprioristicamente, a qualificação como segurado especial.

No mesmo sentido, o art. 11, § 9º, da Lei de Benefícios expressamente consigna que “Não é segurado especial o *membro* de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento (...)”. Por óbvio, a intenção da lei foi retirar da qualificação jurídica apenas o próprio sujeito que optou por exercer atividade distinta da rural.

Em consequência, a renda familiar externa ao labor rural apenas desqualifica a parte como segurado especial caso, no caso concreto e sob a perspectiva fática, tenha acarretado o afastamento da atividade rural. Explico.

Embora a renda do terceiro não impeça a qualificação como segurado especial, não se ignora que, comumente, o exercício da atividade campesina – no contexto do interior pernambucano – envolve árduos esforços (fruto da questão climática, logística e de mercado) e incertos resultados (art. 375 do CPC).

Diante de tal situação, não estranha ao julgador que a existência de renda contínua de membro da família finde por afastar a parte

interessada do exercício constante da atividade rural, com a dedicação ativa ao labor campesino exigido pela Lei de Benefícios (art. 11, § 6º).

Em casos tais, será o afastamento da atividade rural como fruto da renda do terceiro, e não diretamente a renda do terceiro, que retirará a qualidade de segurado especial.

No caso em tela, todavia, restou cabalmente demonstrado que o gozo de renda pelo cônjuge/companheiro não foi capaz de retirar a parte autora do exercício da atividade rural, máxime diante da pequena expressão econômica da parcela (remuneração pouco superior a um salário mínimo).

Assim, considero comprovada a atuação da parte demandante como trabalhadora rural, na qualidade de segurado especial, em tempo suficiente para a concessão do benefício.”

5.3. VÍNCULO URBANO SUPERIOR A 120 DIAS POR ANO CIVIL

Conforme artigo 11, §9º, III, da Lei 8.213/1991 (com redação dada pela Lei 12.873/2013), não descaracteriza a condição de segurado especial o exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil.

Além disso, o §7º do mesmo artigo prevê que o grupo familiar poderá utilizar-se de empregados contratados por prazo determinado ou de trabalhador eventual, à razão de no máximo 120 (cento e vinte) pessoas por dia no ano civil, em períodos corridos ou intercalados ou, ainda, por tempo equivalente em horas de trabalho, não sendo computado nesse prazo o período de afastamento em decorrência da percepção de auxílio-doença.

Em verdade, a legislação adequou-se à realidade da sociedade brasileira, para proteger o trabalhador do campo que exerce atividade urbana em determinados períodos do ano, em virtude das intempéries da atividade rural (entressafra, período de defeso, seca, inundações, dentre outros acontecimentos). Por uma ficção jurídica, a lei prevê a possibilidade de o segurado especial desenvolver atividade urbana por até 120 dias por ano civil, independentemente de comprovação do motivo, sem perder o seu enquadramento como segurado especial. A partir do primeiro dia do mês seguinte da extrapolação dos 120 dias de atividade remunerada no ano, o segurado deixa de se enquadrar como especial, passando a integrar nova categoria de segurado obrigatório.

Logo, o exercício de atividade urbana intercalada não impede a concessão de benefício previdenciário de trabalhador rural, condição que deve ser analisada no caso concreto (Súmula 46 da TNU).

O problema é que existia um posicionamento jurisprudencial no sentido de que nos casos de vínculos urbanos superiores a 120 dias, operava-se a interrupção do tempo como segurado especial, de sorte que a carência deveria ser contada novamente, do zero, quando o segurado voltasse à vida rural. Assim, o segurado não poderia somar os períodos rurais remotos com os de depois dessa atividade urbana mais longa, para obtenção de aposentadoria por idade aos 55 ou 60 anos.

Na sessão virtual realizada entre os dias 11/03/2022 e 17/03/2022, o PUIL 0501240-10.2020.4.05.8303/PE foi admitido e afetado como representativo de controvérsia pela TNU (Tema 301)58, com a seguinte questão controvertida: "*saber se, à luz da exigência de que o período de exercício de atividade rural seja imediatamente anterior ao requerimento de benefício ou implemento da idade, ainda que descontínuo, conforme arts. 39, I, 48, §2º e 143, todos da Lei 8.213/91, o exercício de atividade urbana por mais de 120 dias, corridos ou intercalados, no ano civil, na vigência da Lei 11.718/2008, implica, além da perda da qualidade de segurado especial, ruptura do perfil de trabalhador rural e interrupção da contagem do tempo de atividade rural (carência), impedindo o somatório dos períodos de atividade campesina anterior e posterior ao vínculo urbano que extrapolou o limite legal, exigindo nova contagem integral do intervalo exigido por lei para a aposentadoria por idade rural pura*".

O Tema 301 da TNU discutiu, portanto, se o exercício de atividade urbana por mais de 120 dias no ano civil implica, além da perda da qualidade de segurado especial, a ruptura do perfil de trabalhador rural e interrupção da contagem da carência exigida na aposentadoria por idade (180 meses), impedindo o somatório dos períodos de atividade campesina anterior e posterior ao vínculo urbano que extrapolou o limite legal, a exigir nova contagem integral do intervalo exigido por lei para a aposentadoria rural com idade reduzida.

Reafirmou-se que o período rural pode ser descontínuo, mas deve ser imediatamente anterior ao implemento da idade ou do requerimento de benefício. Nesse ponto, é firme a jurisprudência da TNU e do STJ:

Súmula 54 da TNU: "Para a concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural, o tempo de exercício de atividade equivalente à

58 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (PUIL) Nº 0501240-10.2020.4.05.8303/PE, Relator: Juiz Federal Neian Milhomem Cruz - para acórdão: Juiz Federal Fábio de Souza Silva, Julgamento: 15/09/2022.

carência deve ser aferido no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou à data do implemento da idade mínima".

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.354.908/SP, TEMA 642/STJ. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.354.908/SP, representativo da controvérsia, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, Tema 642/STJ, estabeleceu que **o segurado especial tem que comprovar o exercício de atividade campesina no momento anterior ao implemento da idade mínima para a concessão de aposentadoria rural**. 2. In casu, observa-se que o Tribunal de origem concluiu que a parte autora "não logrou êxito em demonstrar o labor no meio campesino, na condição de segurada especial, pelo período necessário e em data imediatamente anterior ao implemento do requisito etário, que ocorreu no ano de 2012" (fl. 132, e-STJ). 3. O entendimento fixado no acórdão está alinhado à orientação do STJ, razão pela qual não merece reforma. 4. Ademais, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, como pretendida nas razões recursais, demanda novo exame do material probante dos autos, providência vedada em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 5. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.823.545/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/10/2021, DJe de 4/11/2021).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE CAMPESINA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.354.908/SP, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 10.2.2016. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (TEMA 642/STJ). REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. INVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3 do STJ, segundo o qual, aos recursos

interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo Código. 2. **Esta egrégia Corte Superior, no julgamento do REsp. 1.354.908/SP, representativo da controvérsia, de relatoria do eminente ministro MAUROCAMPBELL MARQUES, Tema 642/STJ, estabeleceu que o segurado especial tem que comprovar o exercício de atividade campesina no momento anterior ao implemento da idade mínima para a concessão de aposentadoria rural.** 3. O tribunal de origem reconheceu a ausência de provas para atestar o exercício da atividade rural no momento em que se atingiu o requisito etário exigido à aposentadoria por idade rural. Entendimento diverso, conforme pretendido, implicaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de novo juízo acerca dos fatos e provas, e não de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, o que impede o seguimento do recurso especial. Sendo assim, incide a Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. 4. Agravo interno do particular a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl noAREsp n. 1.248.814/SP, rel. Min. , Primeira Turma, julgado em 17/5/2021, DJe de20/5/2021).

O Relator, Juiz Federal Ivanir Cesar Ireno Junior, votou no sentido de dar provimento ao incidente, com a fixação da seguinte tese:

(i) o exercício de atividade urbana por mais de 120 dias, corridos ou intercalados, no ano civil, na vigência da Lei 11.718/2008, não implica ruptura do perfil de trabalhador rural e interrupção da contagem do tempo de atividade rural (carência), não impedindo o somatório dos períodos de atividade campesina anterior e posterior ao vínculo urbano que extrapolou o limite legal, para fins da aposentadoria por idade rural pura do segurado especial;

(ii) somente o afastamento da atividade rural por mais de 36 meses ininterruptos implica ruptura do perfil rural e interrupção da contagem do tempo de atividade rural (carência), impedindo o somatório dos períodos de labor campesino anterior e posterior à ruptura, para fins da aposentadoria por idade rural pura do segurado especial, exigindo nova contagem integral.

Já o voto-vista do Juiz Federal Francisco Glauber Pessoa Alves, apesar de também dar provimento ao incidente, diverge em relação à tese, apresentando a seguinte proposição:

I) Não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento decorrente de exercício de atividade remunerada em período superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil em que isso ocorrer (inciso III do § 9º do art. 11 da Lei 8.213/91);

II) A norma jurídica assegura o direito à aposentadoria por idade para os segurados especiais rurais que comprovem o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido (inciso I do art. 39, § 2º do art. 48 e art. 143 da Lei n. 8.213/91);

III) A descontinuidade acarretada pelo exercício de atividade remunerada em período superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil em que isso ocorrer (inciso III do § 9º do art. 11 da Lei 8.213/91), não implica perda do tempo de exercício de atividade rural até então existente, muito menos constitui-se em impeditivo à soma do tempo rural remoto e posterior.

Ao fim, a TNU fixou a seguinte tese no PUIL 0501240-10.2020.4.05.8303/PE (Tema 301):

Cômputo do Tempo de Trabalho Rural

I. Para a aposentadoria por idade do trabalhador rural não será considerada a perda da qualidade de segurado nos intervalos entre as atividades rurícolas.

Descaracterização da condição de segurado especial

II. A condição de segurado especial é descaracterizada a partir do 1º dia do mês seguinte ao da extrapolação dos 120 dias de atividade remunerada no ano civil (Lei 8.213/91, art. 11, § 9º, III).

III. Cessada a atividade remunerada referida no item II e comprovado o retorno ao trabalho de segurado especial, na formado art. 55, § 3º,

da Lei 8.213/91, o trabalhador volta a se inserir imediatamente no inciso VII, do art. 11, da Lei 8.213/91, ainda que no mesmo ano civil.

Da leitura do referido julgado, infere-se que a aposentadoria por idade do trabalhador rural, prevista no artigo 48, §1º, da Lei 8.213/1991, será devida aos 60 anos de idade para o homem e aos 55 anos de idade para a mulher, desde que comprovado o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência (quinze anos).

Ao exigir a comprovação da atividade rural em período imediatamente anterior ao requerimento, a lei indica que a aposentadoria prevista no artigo 48, §1º, da Lei 8.213/1991 destina-se a pessoas que conservam a condição de trabalhador rural, sendo insuficiente o fato de terem trabalhado no campo em período pretérito. A imediatidade não se confunde com continuidade, mas o benefício é para quem é trabalhador rural quando do implemento do requisito etário, e não para quem apenas foi trabalhador rural em ocasiões remotas.

A TNU definiu que a exigência dos 180 meses de trabalho rural pode ser preenchida de modo descontínuo, sendo irrelevante para o legislador o tempo decorrido entre os períodos de atividade rural, desde que, no momento do requerimento ou da implementação da idade, o segurado esteja trabalhando no campo. O intervalo entre períodos de atividade rural não afeta a imediatidade, ainda que tenha ocorrido a perda da qualidade de segurado.

Também esclareceu que não há coerência em utilizar os parâmetros do período de graça na definição de um tempo rural remoto, provocado por uma interrupção da atividade, capaz de gerar a "perda da vocação" rural. Todos esses critérios são inexistentes na lei e decorrem de uma confusão entre imediatidade e continuidade. Quando autoriza a contagem descontínua do tempo de trabalho rural, a lei garante ao segurado o aproveitamento de todo o tempo trabalhado no campo, mesmo que em momentos diferentes de sua vida laborativa. Isso significa que a descontinuidade não se converte em uma interrupção que obsta a contagem do tempo mais antigo: a lei não prevê qualquer exclusão de tempo rural remoto.

Definiu que a opção legislativa está em perfeita harmonia com a política pública constitucional para a previdência social. Seria incoerente, injusto e incompatível com os princípios da vedação à proteção insuficiente e da uniformidade e equivalência da proteção previdenciária das populações urbana e rural permitir que anos de trabalho no campo se transformassem em um nada jurídico.

Desse modo, à luz do recente posicionamento da TNU, a partir do primeiro dia do mês seguinte da extrapolação dos 120 dias de atividade remunerada no ano, o segurado deixa de se enquadrar como especial, passando a integrar nova categoria de segurado obrigatório (empregado, empregado doméstico, contribuinte individual ou trabalhador avulso). Uma vez cessada a atividade remunerada e comprovado o retorno ao labor rural, o trabalhador volta a se inserir imediatamente na condição de segurado especial, de sorte que não será considerada a perda da qualidade de segurado especial, nos intervalos entre as atividades campesinas, para a concessão de aposentadoria rural com idade reduzida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme lições de José Afonso da Silva⁵⁹, é possível afirmar que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado e que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, com o escopo de concretizar a igualdade material em situações fáticas desiguais. Os direitos sociais também valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A categoria do segurado especial concretizou, na seara previdenciária, o mandamento constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento, após o reconhecimento da igualdade de direitos trabalhistas entre trabalhadores urbanos e rurais. Embora o regime jurídico seja previdenciário (e contributivo), não se confundindo com benefício da assistência social, a legislação de regência disciplinou muitas especificidades para o reconhecimento da qualidade de segurado especial, considerando a informalidade que rege as relações rurícolas, a penosidade do labor campesino, a escassez informacional e a própria vulnerabilidade econômica do trabalhador rural, que, muitas vezes, não lhe permite verter contribuições ao sistema previdenciário, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Nos termos do artigo 11, VII, da Lei 8.213/1991, é segurado especial o indivíduo residente em imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele e que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, exerça atividades rurícolas na condição de produtor rural ou pescador artesanal.

A categoria de segurado especial engloba quatro espécies de atividades rurais: **i)** o produtor rural que explore atividade agropecuária em área de até quatro módulos fiscais; **ii)** o produtor rural que explore atividade de seringueiro ou extrativista vegetal (sendo

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, fl. 288/289.

irrelevante o tamanho da área explorada); **iii)** o pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; **iv)** o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 (dezesseis) anos ou os a estes equiparados, com participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar, havendo relativização do critério etário pela jurisprudência pátria.

A comprovação de tempo de serviço para fins previdenciários só produzirá efeito quando baseada em início de prova material (documento contemporâneo aos fatos, confeccionado à época da carência que se pretende provar), não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no regulamento (artigo 55, §3º, da Lei 8.213/1991).

Conforme artigo 38-B da Lei 8.213/1991, o INSS utilizará as informações constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) para fins de comprovação do exercício da atividade e da condição do segurado especial e do respectivo grupo familiar. A partir de 1º de janeiro de 2023, a comprovação da condição e do exercício da atividade rural do segurado especial ocorrerá, exclusivamente, pelas informações constantes do CNIS. Para o período anterior a 1º de janeiro de 2023, o segurado especial comprovará o tempo de exercício da atividade rural por meio de autodeclaração ratificada por entidades públicas credenciadas, nos termos do artigo 13 da Lei 12.188, de 11 de janeiro de 2010, e por outros órgãos públicos, na forma prevista no regulamento. Havendo divergência de informações entre o cadastro e outras bases de dados, para fins de reconhecimento do direito ao benefício, o INSS poderá exigir a apresentação dos documentos referidos no artigo 106 desta Lei.

A contribuição do segurado especial é diferenciada, pois não incide sobre o salário de contribuição, mas sim sobre a receita proveniente da comercialização de sua produção (artigo 25 da Lei 8.212/1991). Em regra, o responsável tributário pelo recolhimento das contribuições sociais é o adquirente da produção (artigo 30, IV, da Lei 8.212/1991) e não o segurado especial, não constituindo ônus deste último fiscalizar o recolhimento das contribuições previdenciárias. Conseqüentemente, incide o princípio da automaticidade das prestações, que estatui serem devidos os benefícios previdenciários, sem prejuízo da cobrança das contribuições em atraso, mesmo na hipótese de não pagamento das contribuições previdenciárias.

Apesar de a Lei 11.718/2008 ter fixado quatro módulos fiscais como limite para o enquadramento do trabalhador rural na qualidade de segurado especial, em um caráter objetivo, foi demonstrado que o entendimento sedimentado na jurisprudência é o de que a circunstância de a propriedade rural ser superior a quatro módulos rurais não exclui isoladamente a condição de segurado especial, nem descaracteriza o regime de economia familiar, sendo apenas mais um aspecto a ser considerado juntamente com o restante do conjunto probatório colacionado aos autos.

O trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, a situação de segurados especiais dos demais integrantes, devendo ser averiguado pelas instâncias ordinárias se o trabalho rural é dispensável para a subsistência do grupo familiar. Casuisticamente, deve ser averiguada a atividade preponderante à subsistência do grupo familiar e se a renda rural seria meramente complementar, não substancial para o sustento da família.

Por fim, com o escopo de conferir proteção previdenciária ao trabalhador rural diante das intempéries da atividade campesina, o artigo 11, §9º, III, da Lei 8.213/1991 (com redação dada pela Lei 12.873/2013), prevê que não descaracteriza a condição de segurado especial o exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil.

Havia controvérsia jurisprudencial se o exercício de atividade urbana por mais de 120 dias no ano civil implicaria, além da perda da qualidade de segurado especial, a ruptura do perfil de trabalhador rural e interrupção da contagem da carência exigida na aposentadoria por idade, impedindo o somatório dos períodos de atividade campesina anterior e posterior ao vínculo urbano que extrapolou o limite legal, a exigir reinício da contagem do intervalo exigido por lei para a aposentadoria rural com idade reduzida.

A TNU, recentemente, no julgamento do PUIL 0501240-10.2020.4.05.8303/PE (Tema 301), definiu que, a partir do primeiro dia do mês seguinte da extrapolação dos 120 dias de atividade remunerada no ano, o segurado deixa de se enquadrar como especial, passando a integrar nova categoria de segurado obrigatório. Uma vez cessada a atividade remunerada e comprovado o retorno ao labor rural, o trabalhador volta a se inserir imediatamente na condição de segurado especial, de sorte que não será considerada a perda da qualidade de segurado especial, nos intervalos entre as atividades campesinas, para a concessão de aposentadoria ao segurado especial.

7. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Manual de Direito Previdenciário**. 2ª Ed., São Paulo: Juspodivm, 2022.

BRASIL. **Decreto 3.048/1999**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, Publicado em: D.O.U de 07/05/1999, pág. n° 50, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm> Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.304.479-SP**, 1ª Seção. Rel. Min. Herman Benjamin, Julgamento: 10/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1947404-RS**, 1ª Seção. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Julgamento: 23/11/2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo 0502910-43.2021.4.05.8305T**, Juizado Especial Federal Cível da 32ª Vara/JFPE, Juiz Federal: Bernardo Monteiro Ferraz, Julgamento: 18/08/2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo 0501035-04.2022.4.05.8305S**, Juizado Especial Federal Cível da 32ª Vara/JFPE, Juiz Federal: Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti, Julgamento: 07/12/2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (PUIL) Nº 0501240-10.2020.4.05.8303/PE**, Relator: Juiz Federal Neian Milhomem Cruz - para acórdão: Juiz Federal Fábio de Souza Silva, Julgamento: 15/09/2022.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito Previdenciário**. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

DOS CUIDADOS PARA ABOLIÇÃO DE FRAUDES NA RELAÇÃO DE CONSUMO PELA INTERNET EM TEMPOS DE PANDEMIA, CONFORME LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

GILBERTO DE CASTRO LASMAR LIMA:
Estudante do Curso de Direito do Centro
Luterano de Manaus⁶⁰.

RESUMO: Hoje o mundo não é o mais o mesmo, vivemos um momento de muitas incertezas onde as pessoas e as empresas passam por dificuldades. O combate a essa pandemia exigiu que o modo de vida, em um contexto geral, fosse revolucionado. O mundo parou e teve que acompanhar uma transformação instantânea, para poder seguir com modos e costumes diferentes. O isolamento foi necessário para combater o aumento dos casos de coronavírus, e em razão dele, a forma como as empresas e as pessoas buscaram manter-se em relação de consumo foi fundamental. A tecnologia, o acesso à internet, estão sendo peças fundamentais na manutenção desse combate, às pessoas tiveram que adquirir o hábito de realizar os mais variados tipos de compras, vendas, utilização de produtos ou serviços pela internet. Porém, junto com o crescimento desse acesso, veio o grande número de casos de fraudes dos mais variados tipos. A relevância desse estudo é compartilhar no meio social, a necessidade do acompanhamento humano diante de todo esse aparato tecnológico, com o intuito de garantir a eficácia da privacidade de seus dados durante as compras através da internet, evitando uma possível armadilha fraudulenta. No ponto de vista acadêmico, a relevância é disseminar as informações para que outras pessoas possam ter acesso aos acontecimentos colaterais, como a fraude, que surgiram com a crise, para um melhor entendimento, leitura ou para uso de pesquisas acadêmicas. A relevância jurídica é trazer ao conhecimento de todos o acesso normativo que protege as pessoas vítimas de fraude, contribuindo para a aplicação do direito, efetividade e implementação. A relevância econômica e jurídica é mostrar que a partir do comportamento de compra, você pode garantir a prevenção a fraudes.

Palavras-chaves: Consumo; Pandemia; Internet; Fraudes.

ABSTRACT: Today the world is not the same, we live in a time of many uncertainties where people and companies are going through difficulties. The fight against this pandemic required that the way of life, in a general context, be revolutionized. The world stopped and had to accompany an instantaneous transformation, to be able to continue with different ways and customs. Isolation was necessary to combat the increase in cases of coronavirus, and because of it, the way in which companies and people sought to

60 E-mail: lasmar.lima@outlook.com

maintain a consumer relationship was fundamental. Technology, access to the internet, are being fundamental pieces in the maintenance of this fight, people had to acquire the habit of carrying out the most varied types of purchases, sales, use of products or services over the internet. However, along with the growth of this access, came the large number of fraud cases of the most varied types. The relevance of this study is to share in the social environment, the need for human monitoring in front of all this technological apparatus, in order to ensure the effectiveness of the privacy of your data during purchases over the internet, avoiding a possible fraudulent trap. From an academic point of view, the relevance is to disseminate information so that other people can have access to collateral events, such as fraud, that emerged with the crisis, for better understanding, reading or for the use of academic research. The legal relevance is to make everyone aware of the normative access that protects victims of fraud, contributing to the application of the law, effectiveness and implementation. The economic and legal relevance is to show that from the purchasing behavior you can guarantee fraud prevention.

Keywords: Consumption; Pandemic; Internet; Fraud.

1.INTRODUÇÃO

No atual contexto social em que vivemos, devido a pandemia do Coronavírus que se espalhou por todo mundo, o isolamento foi a medida crucial para evitar ou combater a proliferação do vírus. Entretanto, a medida também acabou resultando de forma negativa nessa relação consumerista, como: no fechamento de lojas físicas, no cancelamento das entregas de produtos, na sustentação de pequenos e grandes negócios e conseqüentemente na queda da economia. Dessa forma, muitas pessoas se viram necessitadas em adquirir novos hábitos para continuar a consumir seus produtos ou serviços através da internet. O problema é que muitas dessas pessoas não possuem experiência em compras pela internet e ficam expostas e vulneráveis a possíveis fraudes na hora da compra. Com o surgimento da pandemia, esse problema tomou proporções maiores. O que pôs em praxe a discussão sobre as possíveis medidas cautelares que se mostram ineficientes diante do reflexo de casos de fraudes no Brasil, todavia, com o crescimento de golpes, falsos sites de venda, produtos que não correspondem ao que foi anunciado e outros, tornando o Brasil, o segundo maior país com registro de fraudes de cartões no mundo. Frente às possíveis mudanças, indaga-se a necessidade de uma atualização no conjunto de regras que possibilitem uma gestão de segurança durante o procedimento de compras, partindo da análise de precedentes, como: verificação das informações, históricos dos sites e outras medidas que possibilite a classificação da transação como suspeita ou legítima ou dos preceitos contidos nos benefícios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais 13.709/18, pelo artigo 155, § 2º, II, do CP, e pelo artigo 66, §§ 1º e 2º, do CDC.

2.CONSUMIDORES ELETRÔNICOS

São pessoas que buscam através da internet consumir os diversos produtos ofertados a preços variados e com agilidade, podendo assim comparar através de pesquisas os diversos preços em diversas lojas de forma instantânea na comodidade de sua casa. Segundo Esteves (2011) consumidores eletrônicos são clientes que utilizam a internet para efetuarem suas compras virtuais. Além desta denominação, o cliente virtual pode ser chamado de e-consumer, ou simplesmente consumidor, entre outras.

Agindo dessa maneira, os consumidores acabam tendo economia de tempo e de custo de deslocamento, pois teriam que ir a uma loja física. (SANT'ANA, UFSC).

3.RELAÇÕES DE CONSUMO VIA INTERNET

Segundo Albertin (2010). Diante das evoluções comerciais e do grande crescimento econômico e tecnológico, a internet ganhou espaço e passou a ser uma nova modalidade de negócio importantíssima, garantindo benefícios na relação de compra e venda, como vantagens e celeridade para o comércio virtual. Dessa maneira, com o crescimento desenfreado, acesso praticamente ilimitado e pela necessidade de isolamento para conter a proliferação do vírus COVID-19, que se alastrou pelo mundo, a internet tornou-se o meio mais praticado atualmente para a realização de negócios.

Para Silvia Vital (2010) apesar da internet ser uma ferramenta que vem sendo utilizada habitualmente na relação de consumo, muitas pessoas ainda desconhecem ou não utilizam essa modalidade e por essa razão possuem necessidade com o uso da ferramenta. Na maioria das vezes acabam insatisfeitos com a compra devido a dificuldade na hora de concluir o procedimento. Por isso, é necessário que os fornecedores que buscam aderir essa modalidade para vender seus produtos e serviços, que façam de modo que torne o acesso seguro e de fácil manuseio.

Para Diniz et al. (2011) o fator que mais causa bloqueio no consumidor na hora de realizar a compra através da internet é na maioria das vezes a falta de segurança, não basta apenas que os sites ou websites de vendas on-line, ofereçam apenas ótimas condições de pagamento ou fornecimento de produtos mais acessíveis ao bolso, é importante que passem confiança a quem busca essa modalidade de consumo, com a proteção de dados e proteção na forma de pagamento, isso trará um conforto ao consumidor na hora de escolher realizar a compra.

Diante do posicionamento de Galinari et al. (2015), entende-se que as empresas que buscam vender seus produtos através da internet, precisam estar preparadas para suprir todas as necessidades e cumprir todos dos requisitos legais de consumo da venda e pós venda, e uma das opções para garantir um serviço compatível, seguro e com qualidade, seria a formação de um quadro de colaboradores qualificados na área da

informática, para suprir toda e qualquer necessidade que poderá surgir durante e após a negociação. Com o crescimento acelerado nas vendas online, as empresas que queiram chamar a atenção dos diversos consumidores, precisam investir em suas plataformas de venda, na facilidade de acesso ao produto, assegurar a privacidade de dados, a proteção na forma de pagamento, precisam passar confiança e dar garantias, acompanhando o consumidor durante todo o processo da negociação.

Segundo Vissoto e Boniati (2013) com o avanço tecnológico, a internet ganhou cada vez mais espaço no meio da transação comercial, porque trouxe tanto ao fornecedor como ao consumidor, benefícios de compra e venda. Dessa maneira, os fornecedores conseguem ofertar em suas lojas virtuais uma vasta gama de produtos e serviços, disponibilizando preços, marcas, modelos, tamanhos, várias informações, ao passo que os consumidores possuem mais praticidade na hora de comparar preços, prazo de entrega, marcas, tudo em poucos minutos na comodidade de sua casa, evitando custos para deslocamento e economizando tempo.

Segundo BLACKWELL et al. (2008) para realização de determinada compra, é necessário que seja avaliado com cautela alguns pontos que sirvam como indicadores para uma compra segura, como os níveis de satisfação e insatisfação que ficam nos comentários de cada site, bem como verificar a política de privacidade que devem estar disponíveis de acordo com as normas de proteção do consumidor, para que não haja o uso indevido de dados e cobranças indevidas.

Para Giaretta (2011) as lojas virtuais precisam atender às expectativas dos clientes com informações suficientes, com variedades de produtos, com preços compatíveis ofertados em mercado, com todas as informações necessárias a ponto de estimular o consumidor a querer adquirir o produto.

Segundo Kotler e Keller (2012) o consumidor na hora de realizar uma compra online, ele passa por etapas que se inicia no reconhecimento de problemas, passa pela busca de informações dos produtos ou serviços, depois avalia outras alternativas, decide se irá comprar ou não e finalmente o comportamento pós-compra, que tem base em sua satisfação ou insatisfação.

4. QUALIDADE NOS ATENDIMENTOS ONLINE

De acordo com Zeithaml e Bitner (2008) existe uma grande diferença entre serviços ao cliente e atendimento. O serviço seria aquele prestado por todas as empresas, auxiliando os clientes por diversos meios, superficial. O atendimento seria dar atenção, tratamento com respeito, educação, cuidado, com qualidade e excelência, diferencial. Esses são pontos que determinam a qualidade de uma empresa, seja ela virtual ou não, porque mesmo distante, a qualidade de um serviço pode ser prestada. É

um investimento baixo que toda empresa deveria fazer, com retorno super alto, a qualidade de um excelente atendimento determina muito fidelização dos clientes.

Segunda Henzer (2013) o contato das empresas pós venda é fundamental para a manutenção do cliente consumidor. Um excelente atendimento, determina a satisfação do cliente e o faz querer voltar a comprar ou indicar seus produtos ou serviços para um amigo ou terceiro. A relação de compra e venda fica clara que não acaba após finalizar a negociação com a entrega do produto ou serviço, ela vai além.

5.FRAUDES NA RELAÇÃO DE CONSUMO VIA INTERNET

Para Ribas (2020) todos os fornecedores de produtos e serviços que utilizam as plataformas para venderem seus produtos, possuem a obrigação de garantir a proteção dos dados pessoais de seus clientes (consumidores), a necessidade é evitar que esses dados sejam usados para a prática de fraudes ou golpes. Em tempos de pandemia, as pessoas não tiveram outra opção a não ser continuar a consumir os produtos, mesmo os básicos, através da internet, o isolamento foi necessário para conter o avanço do vírus. Destarte, número de casos de fraudes aumentaram de forma proporcional ao número de compras e vendas realizadas. É muito importante ficar atento na hora da compra para não cair nessas armadilhas e ter seu cartão de crédito clonado, contratação de empréstimos consignados sem anuência e cobranças indevidas, os criminosos estão sempre buscando novos meios para atingir suas vítimas.

Segundo Parodi (2013) um dos crimes de fraude mais praticados no meio virtual é o das empresas fictícias, fantasmas, que colocam nesses sites ofertas de produtos e serviços com preços atrativos para roubar dados e aplicar golpes.

Segundo Lucas Boechat (2020) os motivos que fazem com que uma pequena parte das pessoas deixem de comprar pela internet, é o medo causado pela insegurança de ser vítima das fraudes mais comuns dessa relação. Para Lucas, as fraudes mais comuns são: Fraude de cartão de crédito, fraude amiga, violação de senha, autofraude e phishing. Alguns apontamentos devem ser considerados, como no caso da fraude de cartão de crédito, onde o maior dano muitas vezes fica a cargo do lojista que não consegue recuperar sua mercadoria que foi despachada antes de saber ter sido vítima de fraude. Na fraude amiga quem rouba os dados financeiros será um familiar ou um amigo e usa de má-fé. Na autofraude quem sofre o dano é o lojista, o cliente usa de má-fé na hora de solicitar o produto, porque depois alega não reconhecer a compra e no phishing os fraudadores criam um site ou website falso para roubar os dados.

Para Ribas (2020) nas diversas maneiras as pessoas buscam um meio inovador de fraudar, e por ser a internet um ambiente sem restrições, ou seja, de acesso livre, permite

aos criminosos que causem danos. Porém, se você consumidor for vítima de fraude, poderá recorrer aos meios legais de auxílio, como o PROCON (programa de proteção do consumidor), que busca aplicar penalidade aos fornecedores que descumprem as normas de defesa do consumidor, bem como a prestação de informações, IDEC (instituto de defesa do consumidor), as delegacias especializadas em crimes virtuais, que é um órgão que busca apurar, através de inquéritos a solução dos crimes da relação de consumo e em alguns casos o Ministério Público que promove a defesa do consumidor e a Defensoria Pública que assiste os consumidores que não possuem recursos suficientes para um advogado privado e nem conhecimento básico necessário para demandar ação.

6. TIPOS MAIS COMUNS DE GOLPES NA INTERNET

6.1 CLONAGEM DO WHATSAPP

Este tipo de golpe é um dos mais comuns e pode acontecer em diversas hipóteses, por exemplo, a clonagem do WhatsApp acontece quando em determinada situação você recebe um código cujo o golpista lhe pede, após ter acesso ao código você perde acesso ao seu WhatsApp, e o acesso fica direto com o golpista. Os métodos de abordagens dos golpistas são os mais diversos possíveis podendo ocorrer até em sites ou lojas do qual você seja cliente e solicitar o famoso “número de protocolo” que você recebe após atendimento.

Após conseguir o acesso ao seu WhatsApp começa os golpes, a pessoa escolhe alguns de seus contatos e envia mensagens solicitando transferência de dinheiro com a máxima urgência possível. A partir desse momento, a facilidade para conseguir dinheiro de seus contatos, muitas das vezes ocorre pela rapidez com que as transferências acontecem e antes mesmo de notar a situação, o fraudador pode já ter sacado o dinheiro, e as vezes sem deixar rastros para que a pessoa lesada possa tomar todas as medidas cabíveis.

6.2 GOLPES DOS LEILÕES

Atualmente as compras realizadas na modalidade online também tem alcançado os leilões, dessa maneira ficou mais acessível adquirir e ofertar bens por um preço mais baixo e com menos dificuldade. Acontece que essa nova forma de oferta dos bens tem atraído também os golpistas. A prática do delito ocorre quando é criado um site falso com as mesmas características do site leiloeiro original, o trabalho executado pelos golpistas é detalhista e com alterações que confunde o usuário. Por isso, é imprescindível que ao entrar no site, observe e confira o edital do leilão para a comprovação do nome completo do leiloeiro, bem como o número de matrícula. Verificar a existência do item ofertado, também é muito importante.

6.3 ROUBOS DE DADOS SENSÍVEIS

Essa modalidade usada pelos golpistas, consiste em pescar os dados das vítimas, como os números e senhas dos cartões de crédito. É uma modalidade que vem ganhando força por ser constantemente praticada, geralmente ocorre com a criação de sites falsos, com e-mails falsos ou ligações que concretizem uma situação onde seja necessário o fornecimento dos números do cartão de crédito. Dessa forma, é importante atentar-se para não cair nessa modalidade de golpe, evitando entregar senhas ou números de cartão de crédito.

6.4 GOLPE DO DELIVERY

Essa modalidade de golpe teve sua disseminação no auge da pandemia, com aumento nas entregas delivery. De acordo com PROCON o número de denúncias envolvendo entregadores de IFOOD e aplicativos de entrega tem aumentado 186% no ano. O golpe consiste no momento da entrega aos clientes, no momento de mostrar o valor correto na tela do celular e escondia o valor real debitado na maquininha que estava propositalmente com o visor quebrado. Em outros casos a vítima recebia uma ligação do restaurante solicitando os dados do cartão de crédito para o pagamento de um dos itens não adicionado na nota. É importante ao realizar o pedido que o pagamento seja feito diretamente no aplicativo, para não usar a maquininha, sempre estar atento ao visor da tela para confirmar o valor total do pedido, ao digitar sua senha, que seja feita na forma mais privada possível e muita atenção a todo o procedimento.

6.5 VIOLAÇÃO DE SENHA

O objetivo nessa modalidade deixa de ser o cartão de crédito e passa a ser apenas as senhas de usuários das lojas virtuais. Uma vez descoberta a senha cadastrada os fraudadores alteram o endereço de entrega do produto adquirido em compra virtual, assim os fraudadores recebem o produto no lugar do comprador verdadeiro. Podendo também realizar novas compras no cartão cadastrado, antes que o dono perceba o golpe, pois é uma modalidade que demora a ser constatada uma vez que o verdadeiro comprador acredita haver atraso na entrega do produto.

6.6 FRAUDE DE CARTÃO DE CRÉDITO

Essa modalidade de fraude é o golpe mais comum no ambiente virtual. Nesse caso, o fraudador usa os dados de um cartão de crédito, que ele roubou física ou virtualmente, para fazer compras online. E o proprietário do cartão só vai perceber o crime quando a fatura chegar.

Apesar do prejuízo para ambos os lados, o dono da loja é o mais prejudicado por esse tipo de fraude. Enquanto os donos dos cartões normalmente conseguem o estorno com as operadoras, o lojista pode ser informado da contravenção apenas depois de enviar o produto e terá que arcar com dois prejuízos: perder um produto e não receber o pagamento.

6.7 GOLPE DO BOLETO FALSO

Essa é uma das modalidades que também tem dado muito prejuízo aos consumidores. Ressalta-se que a atenção deve estar redobrada para os dados dos beneficiários e do pagador, para evitar o golpe do boleto falso.

A priori você imagina está pagando por um produto, quando na verdade não existe nenhuma compra, o que existe é a emissão de um boleto falso enviado para pagamento. O fraudador ganha a confiança após criar uma empresa falsa e com isso emite um boleto para o pagamento, por isso é importante que antes de qualquer pagamento via boleto, que seja conferido os dados dos beneficiários e do pagador, devendo os dois estarem corretos para assegurar e garantir a veracidade do boleto.

7. TIPIFICAÇÃO PENAL PARA CRIMES VIRTUAIS.

Para Remy Gama (2000.p.7) os crimes praticados via internet são aqueles em que o computador ou qualquer meio tecnológico é usado como instrumento para a prática do delito Segundo Nucci (2017) de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, os crimes praticados baseados na relação de consumo, podem ser fraude e estelionato, tipificados nos códigos penais em seus respectivos artigos 175 e 171, assim se da relação de compra e venda de produtos e serviços, tiver sido ludibriado o consumidor pelo fornecedor, quanto a originalidade do produto ou serviço ofertado, este ensejará no crimes dos referidos artigos.

Segundo Almeida(2009, p.229) além do código penal, o código de defesa do consumidor possui em seu artigo 66, um tipo penal de fraude, que consiste na afirmação falsa ou enganosa ou omissão de informações importantes sobre o produto ou serviço e a lei 12.965/14, que determina os direitos e deveres dos que usam a internet em território nacional.

Com base nessas leis, os órgãos trabalham para que os compradores sejam ressarcidos ou melhor atendidos em de insatisfação. (JORGE WILSON XERIFE).

Ademais, o código penal sofreu importantes alterações nas leis que tratam de crimes digitais impróprios ou mistos, precisamente no seu artigo 4º da 12.735/12, que ressalta a criação das delegacias especializadas em crimes virtuais para combater as ações maliciosas em redes de computadores, que cresce de forma acelerada, já que a internet vem sendo o

meio de comunicação mais utilizado para o consumo e outras transições (BRASIL, 2012, online).

Diversos crimes são regulados pelo Código penal, impedindo que direitos em áreas distintas da sociedade sejam prejudicados. Quanto à prática delituosa que permeia a relação consumerista, o legislador material confere tipificação a partir das figuras delituosas definidas como os crimes de estelionato e de fraude.

Art. 171 Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Além do crime de estelionato, outro delito que é cometido com frequência no âmbito virtual é o crime de fraude no comércio, que está expresso no artigo 175 do Código Penal Brasileiro:

Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I - Vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada

II - Entregando uma mercadoria por outra:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Vale lembrar que a fraude na internet se equipara ao crime de estelionato, previsto no Art. 171 do Código Penal brasileiro, com pena de reclusão de 1 a 5 anos, e multa.

A publicação da lei 14.155/21, promoveu alterações nos crimes do artigo 171, acrescentando os §2^a-A, e §2-B, assim criando a figura do crime de Fraude Eletrônica.

Fraude eletrônica

§ 2^o-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.

8. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Segundo Carlos Gonçalves(1955, p.249) para a lei só será admissível a exclusão da responsabilidade do fornecedor de arcar com os danos, se for provado culpa exclusiva do consumidor ou de quem tenha concorrido a dar causa. Desse modo, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 12 e 14, fica responsável o fornecedor em reparar os prejuízos causados a terceiros independente de culpa.

8.1 COMO EVITAR FRAUDES NO SEU NEGÓCIO ONLINE.

Diante da insegurança dos consumidores na hora de realizarem as compras e dos inumeros tipos de fraudes, é importante proporcionar um ambiente seguro e mais confiável para os consumidores e para o seu proprio negócio. Isso pode ocorrer se for adotado ferramentas que inibam os golpistas, como:

- a) Implantação de sistema antifraude;
- b) Criação de histórico de fraudes com identificação de recorrências;
- c) Monitoramento de compras contínuas em um mesmo dia;
- d) Sistema especializado em análise de risco com foco na prevenção;
- e) Utilização de certificação de segurança;
- f) Automação de processos de pagamento.

Antes de realizar qualquer modalidade de compra online, para evitar ser vítima de um golpe e de futuros prejuízos, atente-se a saber sobre o tipo de site, se o site é verdadeiro, formas de pagamento, validade de promoções.

8.2 CUIDADOS COM CONEXÕES GRATUITAS

O acesso em áreas públicas onde as redes de conexões não possuem segurança, acabam sendo alvo de fácil furto de dados. Por isso é importante se certificar que está usando uma rede de conexão segura com aparelhos não infectados.

Não faça compras em locais com Wi-Fi grátis, pois esse é um ambiente menos seguro e com maior possibilidade de ter fraudadores de olho nos seus dados.

Também evite realizar compras em computadores públicos. Eles podem salvar seus dados pessoais que podem ser usados por criminosos, como seu CPF e as informações do seu cartão de crédito.

9. PANDEMIA E O CONSUMO ONLINE

Segundo Danielle Peçanha (2020) a dramática situação que vive o Brasil durante a pandemia, resultou em um total isolamento e fez com que os comerciantes fechassem as portas de suas lojas na tentativa de evitar aglomerações e conseqüentemente o aumento do contágio do vírus COVID-19. Desse modo, os fornecedores e consumidores para continuar a vender seus produtos e serviços, tiveram que aderir o único meio seguro para continuar a movimentar a economia e garantir suas necessidades básicas. O comércio eletrônico, foi a modalidade que passou a ser constantemente usada por inúmeras pessoas para assegurar suas necessidades. Nesse processo os fornecedores e consumidores que ainda não tinham optado pelo uso da internet como um meio de negócio se viram diante de algo inovador e desconhecido. Nesse cenário de crise, com o aumento do uso tecnológico, o número de fraudes também aumentou muito, deixando o consumidor inseguro na hora de realizar suas compras.

10. COMO DENUNCIAR FRAUDES NA INTERNET

Para denunciar golpes na internet é preciso ter em mãos o máximo de provas possível para dar andamento ao processo.

Uma opção é acionar o PROCON (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor) para formalizar sua denúncia. Ligue 151 e veja quais são as orientações para o seu caso. Também é possível abrir um chamado pelo site do PROCON.

Guarde todos os comprovantes, tire prints de possíveis conversas em chats, trocas de e-mails, imagens do site falso, enfim, o máximo de dados que você puder coletar.

Anotar todos os dados possíveis sobre o criminoso, como endereço de e-mail, ou algum telefone de contato caso o golpe tenha sido por mensagem e depois você pode fazer um boletim de ocorrência relatando tudo o que aconteceu e enviar os documentos para comprovar o golpe. Em alguns estados já é possível fazer B.Os online, então basta acessar o site da delegacia da sua região e formalizar a denúncia.

Para alertar outros consumidores sobre o ocorrido, procure pela empresa no Reclame Aqui e faça o seu relato. Importante reforçar que esse não é um canal de denúncia, mas serve de alerta para outras pessoas.

Essas são apenas dicas para evitar que você caia nos golpes pela internet mais comuns, mas claro que o mundo está em constante transformação e isso se aplica às ações dos criminosos também, que estão sempre criando novas formas de extrair seus dados e ter acesso ao seu dinheiro.

11. CONCLUSÃO

Atualização no conjunto de regras que possibilite uma gestão de segurança durante o procedimento de compras, partindo da análise de precedentes, como: verificação das informações, históricos dos sites e outras que possibilitem a classificação da transação como suspeita ou legítima e todos os meios garantidores previstos no código de defesa do consumidor, precisamente em seu artigo 6º, bem como, a Constituição Federal, Código Penal e outros que visem a proteção da parte hipossuficiente da relação de consumo. Diante cenário atual, a lei LGPD 13.709/18, trouxe inovações essenciais a privatização de dados pessoais, para que não exista a violação e assim seja promovida a preservação dos direitos dos indivíduos, porém as sanções elencadas na dita lei, são advertências ou multas, o que nos remete a pensar na ineficácia de sua aplicabilidade. Dessa forma, verifica-se que sua criação não trouxe grandes benefícios, pela simples razão de suas penalidades serem insuficientes para inibir quem descumpri a lei, pois deveriam ser mais rígidas para coibir os ataques fraudulentos na hora da compra, somente dessa forma, haveria resultados significativos quanto a produção de defesa nas compras através da internet.

A influência do coronavírus tem afetado a economia no Brasil em grande proporção. No contexto descrito, as medidas de isolamento para evitar a contaminação foram responsáveis em fazer com que a população recorresse ao uso da internet para realizar suas compras. Dessa forma, o meio recorrido também foi alvo de muitas fraudes. Essa exposição vulnerável aos golpes, como a clonagem de cartões de crédito, entrega de produto diverso do acordado, superfaturamento de produtos alimentícios, de limpeza, essenciais, bem como, a exposição de dados pessoais para uso criminoso, seja ele fraude ou estelionato, de modo a criar vantagens para si ou para outrem.

Um importante cuidado para cessar o crescimento do número de casos de golpes e promover a defesa do consumidor, visando combater com urgência e com medidas inovadoras e legais, séria possibilidade de uma atualização dos códigos que protegem o consumidor, em especial a lei 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor, tornando-o mais rígido e criando mais regras, assim como o aumento das penalidades presentes para quem comete o crime de fraude, elencado nos artigos 155, § 2º, II, do CP, e artigo 66, §§ 1º e 2º, do CDC, com a finalidade de inibir o ato criminoso.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SEBRAE, Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/coronavirus-o-impacto-nas-vendas-online>. Acesso em: 07. jun. 2021.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. **Direito & Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

BRAZIL, WIRECARD, **Como Enfrentar a Pandemia de Ataques de Fraude em Compras Online na Crise do Novo Coronavírus**. Disponível em: <https://wirecard.com.br/blog/fraude-na-pandemia>. Acesso em: 08. jun. 2021.

WARAT, Luiz Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2000.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almeida, 1982.

DERANI, Cristiane. **Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. n.º 29.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 6ª edição.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Altamiro José dos. **Direitos Do Consumidor**. Revista do IAP. Curitiba, Instituto dos Advogados do Paraná, 1987. n. 10.

SOUZA, Miriam de Almeida. **A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

ECOMMERCEORG. **Evolução da Internet e do e-commerce**, 2014. Disponível em: <https://webinsider.com.br/a-evolucao-do-e-commerce-em-2014/>. Acesso em: 24. jun. 2021.

GERHARDT, Tatiana Engel. SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). Universidade Abertado Brasil (Coord.). **Método de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

KAUARK, Fabiana da Silva. MANHÃES, Fernanda Castro. MEDEIROS, Carlos Henrique. **Metodologia da pesquisa: Um guia prático**. Bahia: Via Litterarum, 2010.

DLOJAVIRTUAL.COM. **Tipos de fraudes no e-commerce**: veja 7 e saiba como evita-las. Disponível em: <https://www.dlojavirtual.com/negocios/dicas-de-negocio/veja-os-7-tipos-de-esquemas-de-fraude-de-comercio-eletronico/>. Acesso em: 25. jun. 2021.

CRESPO, Marcelo. **As Leis nº 12.735/2012 e 12.737/2012 e os crimes digitais**: acertos e equívocos legislativos. 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/201526971/as-leis-n-12735-2012-e-12737-2012-e-os-crimes-digitais-acertos-e-equivocos-legislativos>>. Acesso em: 26. jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1254 p.

PARODI, Lorenzo. **Manual das fraudes**. 2.ed. Rio de Janeiro: Brasport: 2008. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=0IGTAkLxt0AC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 30 jun. 2021.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 691 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6ª. Ed. Niterói: Impetus, 2012.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO FORMAL E DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO*

IURY ZAMPEDRI DO NASCIMENTO:
Graduando em Direito, Centro Universitário
de Santa Fé do Sul - SP, UNIFUNEC⁶¹

WALTER MARTINS MULLER⁶²

(orientador)

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar o Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro. O ANPP compõe um dos institutos da justiça penal negociada, instituído pela Lei nº 13.964/2019, e deve ser ofertado pelo Ministério Público. Um dos principais motivos para o desenvolvimento do instituto é o fato dele envolver grande parte dos delitos positivados dentro do Código Penal, além da inefetividade e exaustão do sistema carcerário brasileiro. Por se tratar de um instrumento recente, é fundamental compreender as circunstâncias e condições para aferir se é algo benéfico e como deverá ser aplicado para haver um impacto positivo. Desse modo, analisa-se os princípios e garantias que serão mitigados e quais serão as possíveis implicações na prática. Afim de ter uma ampla perspectiva do ANPP será preciso tecer as controvérsias, como o requisito da confissão formal do investigado, a (in)retroatividade do acordo, e se a celebração deste constitui discricionariedade do MP ou direito subjetivo do acusado, todos esses pontos apreciados através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial dos tribunais brasileiros, além da análise crítica dos dados estatísticos.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Confissão formal. Discricionariedade.

CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT: REQUIREMENT OF FORMAL CONFESSION AND SUBJECTIVE RIGHT OF THE ACCUSED*

ABSTRACT: This article aims to analyze the Criminal Non-Prosecution Agreement in the Brazilian legal system. The ANPP is one of the institutes of negotiated criminal justice, established by Law nº 13.964/2019, and must be offered by the Public Ministry. One of the main reasons for the development of the institute is the fact that it involves a large part of the crimes established within the Penal Code, in addition to the ineffectiveness and exhaustion of the Brazilian prison system. As it is a recent instrument, it is essential to understand the circumstances and conditions to assess whether it is something beneficial

61 zampedriury@gmail.com

62 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, waltermuller@live.com

and how it should be applied to have a positive impact. In this way, the principles and guarantees that will be mitigated and what the possible implications in practice will be analyzed. In order to have a broad perspective of the ANPP, it will be necessary to weave the controversies, such as the requirement of formal confession of the investigated, the (in)retroactivity of the agreement, and if the conclusion of this constitutes discretion of the MP or subjective right of the accused, all these points appreciated through a bibliographical and jurisprudential research of the Brazilian courts, in addition to the critical analysis of statistical data.

Keywords: Non-Persecution Agreement. Formal confession. Discretion.

1 INTRODUÇÃO

O tema em estudo trata-se da inclusão do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro, advindo pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, com o objetivo de impedir a segunda parte da persecução penal e assim evitando a deflagração do processo, tendo como partes na celebração do acordo o Ministério Público e o investigado. Atendendo aos requisitos previstos no art. 28-A do CPP, como por exemplo a confissão formal e circunstanciada, o acusado cumpre condições mais brandas do que a penalização aplicável ao delito confessado.

De início, apresenta-se a vinda da justiça penal negociada ao Brasil, suas condições e benefícios proporcionados, além do desafogamento de processos existentes nos tribunais brasileiros. Prosseguindo, expõe-se, sobre o acordo de não persecução penal, apresentação de seu conceito, requisitos e condições exigidas para celebração do acordo. Ademais, aponta-se as lacunas normativas, sendo estas um dos principais objetos de estudo da presente pesquisa.

O trabalho tem como objetivo apontar as problemáticas existentes, se determinado requisito carece de inconstitucionalidade quanto à exigência do acusado em confessar a prática do crime, acarretando, desse modo a violação do princípio *nemo tenetur se detegere*, como também se há discricionariedade em face do órgão acusatório em negar a medida despenalizadora com base em subjetivismo.

Diante de tal apontamentos, a justiça negocial trouxe novos instrumentos a ser colocado em prática, entre eles o acordo de não persecução penal, ainda assim, como todo recente aparato, verifica-se o surgimento de controvérsias no aludido instituto despenalizador, nesta ocasião, referidos paradigmas devem ser eludidos, com a leitura deste artigo você firmará a convicção de que é preciso respeitar o ordenamento jurídico superior, para que não ocorra usurpação de direitos fundamentais na celebração do acordo.

2 A JUSTIÇA NEGOCIADA

De acordo com dados estatísticos divulgados no 13º Relatório Justiça em Números, estudo desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, é de 3 (três) anos e 1 (um) mês o tempo médio de permanência dos processos criminais que tramitam no Poder Judiciário brasileiro, apenas na fase de conhecimento. Já na etapa de execução, nos processos com pena privativa de liberdade, o tempo de permanência é de 3 (três) anos e 9 (nove) meses. Por outro lado, não sendo pena privativa de liberdade, o prosseguimento do processo dura cerca de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses.

Nessa circunstância, é crescente o empenho dos observadores da *civil law* no desfecho da justiça negociada presente no sistema norte-americano, a *plea bargaining*, que nasce como opção para evadir os ônus de um trâmite processual extenso e intricado, admitindo a aplicação imediata da pena àquele que se confessa culpado e abre mão à sua presunção de inocência.

A ideologia do século XIX, de submeter cada acontecimento concreto a uma *persecutio criminis* completa (audiência de instrução e julgamento), certificando os princípios da oralidade, publicidade e imediação somente é praticável em uma sociedade basicamente integrada, isto é, vista como um organismo macro, onde as pessoas são submetidas às regras de convivência impostas pelo Estado. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, multiculturais, não resta outra opção que a de chegar-se a uma condenação sem uma persecução penal completa, nos casos em que os indícios da prática do fato se apresentem como elucidados já na etapa investigativa, que nem sequer exista interesse ao indiciado de uma repetição da prova em futuro processo. Por certo, nunca entendemos o motivo na qual o legislador brasileiro defende a eternização das lides.

Vladimir Aras leciona que:

O princípio do consenso, que inspira no Brasil a justiça penal pactuada, está presente há mais de um século na prática forense criminal dos Estados Unidos, dando forma ao *plea bargaining*. *Bargain* é negociação. *Plea* pode ser entendida como declaração ou petição, referindo-se às opções do acusado: a confissão (*guilty plea*), a afirmação de sua inocência (*not guilty*) ou a decisão de não responder à acusação ou não a contestar (*nolo contendere*). A *plea bargaining* consiste numa transação que abrevia o processo, eliminando a colheita da prova, suprimindo a fase de debates entre as partes (*trial*), para chegar-se de logo a sentença (*verdict and sentencing*). O agente do fato ilícito admite sua culpabilidade. em troca de benefícios legais. O objetivo do instituto é garantir a

elucidação de crimes, assegurar uma rápida punição aos autores de crimes e diminuir a carga de trabalho no Judiciário e no Ministério Público, reduzindo os custos da Justiça criminal. (ARAS, 2019, N.P.).

O crescimento da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro não é um fato recente, conseguindo ser observado a sua intromissão de forma paulatina. Nesse movimento contínuo da inevitável expansão da simplificação e celeridade à resposta jurisdicional do Estado, faz da justiça negociada um instrumento aliado ao processo penal, pelo qual se realizam acordos entre defesa e acusação, havendo por ambas as partes concessões recíprocas, sejam a confissão ou a renúncia ao direito de contestação por parte do acusado, e a não instauração do processo, ou se for o caso o perdão judicial, por parte do órgão acusatório. Entretanto, para que isso ocorra, é indispensável que tenha ato normativo positivado regulamentando tal prática.

Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos conceitua:

[...] pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. (VASCONCELLOS, 2015, p. 55).

A justiça negociada tem proporcionado no Brasil grande desafogo processual, consistindo num declínio de demandas ao poder judiciário. Em 1995, com a introdução da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), concretizou-se instrumentos para celebração de acordos, sendo implementado os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, com previsão nos artigos 76 e 89, respectivamente.

Além das possibilidades citadas na Lei 9.099/1995 afim de estabelecer uma negociação penal, surgiu o acordo de não persecução penal. O referido instituto ANPP com inserção recente pela Lei 13.964/2019, está previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, consiste em instrumento para otimizar e fomentar o poder judiciário, reduzindo de tal modo a demanda de processos, promovendo agilidade e economia processual, com objetivo de satisfazer os anseios da sociedade. Todavia, alguns dos requisitos e condições apresentados para celebração do acordo geram dúvidas de constitucionalidade, os quais serão assentados e explicados nos próximos tópicos.

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, *a posteriori*, modificada pela Resolução nº 183/2018, sob fundamentos como:

[...] esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais. (CNMP, 2017, N.P.).

A referida Resolução abordou, em seu artigo 18º, o Acordo de não Persecução Penal,

estabelecido como um negócio jurídico consolidado entre Ministério Público e indiciado, tendo este confessado a prática de infração penal, que não tenha utilizado violência ou grave ameaça e cuja pena mínima seja inferior a 4 anos, em benefício do arquivamento da investigação e da posterior não persecução penal. Leia-se:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente. (RESOLUÇÃO nº183, 2018, N.P.).

No entanto, o acordo não foi bem recebido, consistindo-se em objeto de discussão quanto à forma pela qual foi implantado no ordenamento jurídico. Foi questionada a praticabilidade do citado acordo por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo a ADI nº 5790, proposta pela Associação dos Magistrados brasileiros, e a ADI 5793, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Referidas ações se basearam na desconfiada inconstitucionalidade formal do dispositivo, com embasamento na incoerência de uma resolução ser expedida por órgão de natureza administrativa. Em suma, não teria competência o Conselho Nacional do Ministério Público legislar sobre processo penal, uma vez que ocasionaria violação à Constituição Federal.

Seguindo esse raciocínio, a Constituição Federal não atribui poderes ao Conselho Nacional do Ministério Público para instituir ato normativo com caráter de não persecução penal. Verifica-se, deste modo, uma violação à competência legislativa privativa da União conforme previsto no inciso I do artigo 22º da Constituição Federal.

Entretanto, as discussões no tocante à inconstitucionalidade formal do Acordo de Não Persecução Penal restam superadas com o advento da Lei 13.964 de dezembro de 2019, mas conhecida como Pacote Anticrime, de forma que o acordo passa a ser inserido em nosso ordenamento jurídico através de uma lei e não mais uma Resolução.

3.1 A Lei Anticrime e o novo ANPP

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, modificando a redação do artigo 28 do CPP, e adicionando o artigo 28-A a este referido diploma legal. Assim se dispõe:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente. (BRASIL, 1941, N.P.).

Na primeira fase da persecução penal, conseqüentemente, com a finalização do inquérito policial ou qualquer outro procedimento de investigação, caberá ao

representante do Ministério Público optar em, denunciar o investigado quando presentes os elementos que evidenciam a autoria e materialidade (justa causa), requisitar possíveis diligências afim de conseguir informações que traga embasamento a denúncia, ou ordenar de maneira fundamentada o arquivamento da peça investigativa, sendo esta uma exceção ao princípio da obrigatoriedade.

Com a novidade advinda pelo pacote anticrime, passou a existir outra medida a qual o Ministério Público pudesse optar ao fim das investigações, além daquelas já existentes. No caso, o acordo de não persecução penal, no qual, incube ao titular da ação penal a propositura do referido ato (sendo aceito ou não pelo imputado), nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Idealizado ao pleito da justiça consensual, entende-se o acordo de não persecução penal como a celebração entre o Ministério Público e o acusado (assistido por advogado), em que este admite sua culpa, aceitando executar condições menos rígidas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. Deste modo, o ANPP ocasionará gerenciamento de tempo e soluções, afim de que a justiça criminal realize com a devida cautela, uma tutela penal mais objetiva nos crimes de menor repulsa social.

3.2 Requisitos

A referida celebração do acordo de não persecução penal será admitida somente quando preexistentes, cumulativamente, os requisitos estabelecidos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, segundo sintetização realizada: (1) impossibilidade de transação penal de competência do JECRIM; (2) conduta delituosa não seja praticada sob violência ou grave ameaça à pessoa; (3) não caracterização de delito no âmbito doméstico e contra mulheres; (4) pena cominada seja inferior a 4 (quatro) anos; (5) confissão do acusado, formal e circunstancialmente, os delitos apurados; (6) que o acordo seja hábil para reprovação e prevenção da infração; (7) ser o investigado primário, inexistência de habitualidade criminosa, inexistência de benefício nos cinco anos anteriores da realização da conduta criminosa, nem celebrado outro acordo de não persecução penal.

De modo diverso, no processo judicial, o recebimento da denúncia ou sua retratação é realizado sob análise dos autos de investigações e da peça acusatória. Desta forma, não estando presentes os elementos que evidenciam a justa causa (suporte probatório mínimo), deverá ocasionar em rejeição da denúncia, nos termos do inciso III, do artigo 395 do CPP. Por outro lado, na celebração dos acordos penais, o cabimento do ato se constitui em documentos investigatórios de natureza inquisitiva e da manifestação voluntária do investigado, assumindo a culpabilidade da prática do crime perante Ministério Público e devendo necessariamente estar acompanhado de seu defensor.

Conforme manifestação da Associação Brasileira dos Advogados Criminalista (ABRACRIM), na propositura da ADI n. 6304:

A questão mais grave reside no excessivo “poder jurisdicional” atribuído ao Parquet e no risco de, mais que provável, essa “proposta de acordo” possa recair sobre fatos não tipificados como crime [...]. Pode ocorrer, *mutatis mutandis*, assim como acontece, muitas vezes, com denúncias oferecidas e não recebidas porque o fato imputado não constitui crime. Mas, nesses casos de denúncias sem justa causa, por sorte, ainda há a presença do Juiz para rejeita-las, o que demanda mais cuidado do Parquet em ofertá-las, nessas situações, algo que não haverá na “proposta de acordo de não persecução penal”. [...] nesses 15 dias de *vacatio legis* já tivemos informação da ocorrência de dois casos propostos “de não persecução penal” sobre fatos que não constituem crimes, um deles no Paraná. (BRASIL, 2020, p. 26-27).

É premissa do ANPP que o órgão do Ministério Público tenha evidências de não se tratar de presunção de arquivamento, diante do material probatório fornecidos pelas investigações preliminares. Uma vez, tendo o promotor de justiça concluído que o fato é antijurídico (atípico) ou que as provas são inúteis, deverá promover o arquivamento do inquérito policial ou de outras peças de caráter investigatório.

Em razão de especificidade híbrida (processual e penal) relativas ao acordo de não persecução penal, torna-se necessário ser aplicado aos crimes ocorridos antes do início da vigência da Lei n. 13.964/2019. Diante de controvérsias existentes, salientam REIS e GONÇALVES em sua obra:

Em nosso entendimento, se já recebida a denúncia, hipótese em que a etapa procedimental não mais se concilia com a natureza pré-processual do instituto e com a finalidade para a qual foi instituído. De ver-se, todavia, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisará a questão da possibilidade de aplicação retroativa do instituto a processos já em curso quando da entrada em vigor da nova lei. O julgamento dar-se-á no HC 185.913/DF. (REIS; GONÇALVES, 2021, p. 115).

Tendo em vista essa lacuna existente no ANPP, aos olhos do princípio da retroatividade da lei penal, com previsão expressa na Constituição Federal, é também um dos princípios basilares do Direito Penal brasileiro, com previsão no artigo 5º, inciso XL da CF/88, no qual, a lei penal somente poderá retroagir na condição de beneficiar o réu. Diante de tal princípio, o legislador constituinte na elaboração da Lei 13.964/2019 não observou a regra do benefício concedido em face da *novatio legis in melius*, ocasionando mais um

tipo penal em aberto, prescindindo assim, interpretação dos órgãos superiores para consolidar posição a ser aplicada.

3.3 Condições

A lei estabelece condições a serem realizadas de maneira cumulativa ou alternativa pelo indiciado, com o ensejo de não haver o oferecimento da denúncia pelo titular da ação penal pública, afim de existir a celebração do benefício do acordo de não persecução penal.

Com previsão nos incisos I a V do caput do artigo 28-A do Código de Processo Penal, assim se procede: A primeira condição fixada no inciso I, determina que, o investigado repare o dano ou que restitua a coisa à vítima, com exceção de impossibilidade de fazê-lo, determinada exceção decorre da natureza do crime, tanto quanto da insuficiência financeira do indiciado; no inciso II, exige da renúncia voluntária de bens e direitos apontados pelo *parquet* como instrumentos, produto ou benefício do crime; no inciso III, determina ao investigado prestar serviço a comunidade, pelo prazo correspondente à pena mínima atribuída ao delito, reduzida em 1/3 a 2/3; o inciso IV, pagamento de prestação pecuniária, de acordo com o artigo 45 do CP a ser apontado pelo (a) juiz (a) da execução, com a finalidade da proteção de bens jurídicos; e por fim no inciso V, cumprimento, pelo prazo indicado, outra condição preconizada pelo Ministério Público, desde que seja adequada e compatível com a infração penal atribuída.

Portanto, verifica-se que as condições fornecidas pelo legislador são análogas às penas restritivas de direito. Resta saber se existe de fato diferença entre ambas ou se permanecemos diante de um procedimento no qual permite a aplicação de penas sem a apreciação do devido processo legal.

4 O ANPP É UM DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO?

Questão que levantou discussão entre os doutrinadores foi a respeito do acordo de não persecução penal ser um direito subjetivo do acusado, antes de aprofundar neste debate é preciso definir o significado de direito subjetivo, este pode ser designado como a *facultas agendi* (faculdade de agir diante da norma agendi), podendo ser entendida como o direito objetivo sucedido das regras sociais impostas a todos. Sendo assim, pontua que o direito subjetivo é a possibilidade de agir do titular do direito.

Entendido o significado de direito subjetivo, cabe esclarecer que a jurisprudência dos tribunais superiores vem se posicionando de forma a estabelecer que o ANPP não é um direito subjetivo do acusado, mas sim dever-poder do Ministério Público de analisar a possibilidade de aplicação daquele instituto, desde que fundamentadamente.

Desse modo, ressalta-se a situação semelhante advinda quando da entrada em vigor da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), ocasião em que se discutiu a real interpretação da natureza jurídica dos institutos despenalizadores previstos nos artigos 76º e 89º da mencionada lei, a transação penal e a suspensão condicional do processo respectivamente, em decorrência do direito subjetivo do acusado ou a discricionariedade do Ministério Público para celebrar a negociação. Porém, conciso ressaltar a existência de controvérsia nas condições exigidas para celebração do acordo de não persecução penal.

Partindo dos requisitos interpretativos do ANPP, verifica-se com a exigência ativa das partes, não se trata de direito subjetivo do acusado, tendo em vista a extensão normativa sob a qual caberia ao magistrado estabelecer sua realização de ofício, motivo este que sucederia a descaracterização do consenso atribuído as partes, posição adotada também por maioria dos legalistas.

Em interpretação diversa, está Aury Lopes Júnior, que traz em sua obra mais recente a seguinte consideração:

Contudo, pensamos que é possível cogitar de outra alternativa. Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional. Mas já imaginamos que essa posição encontrará resistência e que a tendência poderá ser pela aplicação do art. 28 do CPP (seja o art. 28 antigo ou pelo novo dispositivo – cuja liminar suspendeu a eficácia – quando entrar em vigor). (LOPES JR., 2021, p. 227).

Portanto, segundo a previsão do próprio artigo 28-A, §14, do Código de Processo Penal, havendo a recusa pelo Ministério Público em celebrar o acordo de não persecução penal, poderá o investigado requerer a remessa dos autos ao órgão superior, conforme a disposição contida no caput do artigo 28, do CPP. O dispositivo percorre no mesmo sentido jurisprudencial já consolidado na Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal, da seguinte forma: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá

a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

Diante do posicionamento dos órgãos superiores e de grande parte da doutrina, é nitidamente visível que o Acordo de Não Persecução Penal não se encontra previsto como um direito subjetivo do investigado.

5 EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL

Importante destacar que o valor probatório da confissão, mesmo sendo considerada por muito tempo a “rainha das provas”, nos dias atuais possui valor probatório da mesma forma que outros meios de prova colecionados, conforme a Constituição Federal e o Código de Processo Penal preceituam. Nota-se que a confissão em tempos inquisitórios antigos foi apontada como a máxima prova, não tendo cabimento do referido preceito nos momentos atuais, já que hoje, o seu valor é relativo, não havendo possibilidade de excluir quaisquer outros meios de prova presentes num processo. Deste modo, é fundamental que a confissão deixe de ser valorada como soberana e absoluta comprovação de um delito.

Assim, é o que dispõe a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO. CONFISSÃO. DESISTÊNCIA DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. O direito ao contraditório e à ampla defesa são consagrados no texto constitucional. A confissão da prática de ato infracional não exige o juiz de colher outras provas. Seja qual for a sua clareza, não se pode jamais considerá-la exclusivamente para efeito de uma condenação, sem confrontá-la com outros elementos, que possam confirmá-la ou contraditá-la. O direito de defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o acusado, seu advogado, o Ministério Público, pois o Estado/Juiz deve sempre buscar a verdade dos fatos. Ordem CONCEDIDA tão-só para anular a sentença hostilizada, possibilitando que outra seja proferida em seu lugar, com observância do devido processo legal e seus consectários. (STJ, HC: 50304, 2020).

Diante da confissão no âmbito do acordo de não persecução penal, destaca-se o valor probatório da confissão em caso de rescisão do ANPP, podendo ser utilizada pelo Ministério Público como instrumento acusatório em processo judicial. Dessa forma, é preciso analisar acerca do seu uso e importância na ação penal.

Um dos requisitos necessários para celebração do acordo de não persecução penal é a confissão formal do investigado. Grande parte dos doutrinadores defende que essa confissão do imputado seria como uma admissão implícita de culpa, de caráter genuinamente moral, inexistindo repercussão jurídica, motivo pela qual só existe a verificação de culpa em *stricto sensu* mediante o devido processo legal. Porém, essa posição é irrelevante afim de compreender os reais motivos da exigência de confissão, pois esta causará repercussão jurídica se porventura houver descumprimento das condições impostas na homologação do acordo.

Sobre o assunto, existem diversidades de opiniões. Tem quem acredita ser inconstitucional a exigência da confissão no ANPP, pois infringiria diretamente a garantia constitucional prevista no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal de 1988, em que assegura o direito do acusado de permanecer calado e de ser informado dessa condição. Desse modo, é garantido o direito fundamental para que o indiciado não se autoincrimine e tenha a capacidade para se defender de acusação em possível desencadeamento de uma ação penal futura. Por isso, estando diante de um possível acordo de não persecução penal, é fundamental que o acusado seja informado da sua situação e de como proceder, para que tenha ciência dos benefícios e dos malefícios de sua confissão, como também os impactos que a não utilização do seu direito de permanecer em silêncio teria. Assim, deveria ser informado das consequências ocasionadas em eventual descumprimento do acordo.

Apesar disso, o requisito permaneceria confrontando a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, no artigo 8º, §2º, g, recepcionado pela Constituição Feral de 1988 no artigo 5º, §2º, que assegura o direito de o investigado ter sua inocência presumida até que seja provada a sua culpa pela infração, sem a obrigação de produzir provas contra si de modo a declarar-se culpado.

Dessa forma, alguns juristas defendem que a confissão, permanecendo no Processo Penal, precisa ser acolhida quando alcançada de forma constitucional. Sobre o assunto, pontua Emerson de Paula Betta:

[...] a mesma deve ser obtida de forma constitucional, dentro da sistemática do Estado Democrático de Direito, o qual vigora em nosso País, onde com a adoção do sistema acusatório o Réu não é mais considerado coisa, e a confissão não é mais considerada como a rainha das provas, devendo ser valorada de acordo com a análise conjunta das demais provas existentes no processo, após a deflagração da ação penal e o exercício do contraditório e ampla defesa, devendo ser o último ato da instrução processual. (BETTA, 2020, N.P.).

No cotidiano da prática do ANPP a busca pela “verdade real” é considerada por alguns legalistas ilusória, já que não estaria protegida por direitos e garantias do acusado, além da determinação de obrigação à pessoa acusada que não teria real inquietação com a extensão epistêmica da verdade, sendo que a confissão não continuaria representando dentro da lógica processual penal, a confirmação da proposição acusatória amparada com provas verídicas e realizadas em procedimento penal apropriado.

Por outro lado, resguarda que a confissão no ANPP não é inconstitucional, uma vez que retrata uma atividade processual, onde o objetivo, seria afirmar que o indiciado é confesso e possui responsabilidade sobre a autoria do crime, possuindo o direito ao acordo. Além disso, realça-se que não há consentimento para obter a confissão de modo forçado ou por meios fraudulentos, que atuariam sua legalidade e constitucionalidade.

Ainda, o acusado não seria obrigado a depor contar si mesmo e nem confessar a sua responsabilidade perante o delito. Conforme salienta Rodrigo Leite F. Cabral, não viola garantias constitucionais a exigência da confissão como requisito para celebração do ANPP, já que é ausente:

(i) a tortura física ou psicológica; (ii) o uso de qualquer intervenção corporal contra o imputado; (iii) o emprego de medidas que afetem a memória ou a capacidade de compreensão do interrogado; (iv) o uso de hipnose; (v) o uso de métodos de interrogatório durante a fadiga; (vi) a administração de medicação ou narcoanálise (seja por injeção, inalação, contato com a pele, ingestão via comida ou bebida); (vii) o engano; (viii) o ardil; (ix) as ameaças e (x) as perguntas capciosas. (CABRAL, 2021, p. 133).

No caso, leciona o referido autor, que:

Nos moldes estabelecidos pelo art. 28-A do CPP, a possibilidade de fazer o acordo, nos parece claramente uma oferta e não uma ameaça. Isso porque, a consequência da não aceitação do acordo não tem um resultado desproporcional em relação à proposta, de modo que as consequências altamente desproporcionais podem simplesmente consubstanciar uma ameaça, pois quando maior a sua gravidade, mais pressão ela envolve. (CABRAL, 2020, p. 273).

Além do mais, ao contrário de outras medidas negociais prevista no ordenamento jurídico, o acordo de não persecução penal, é o único que estabelece como condição obrigatória para celebrar o acordo, a confissão formal do investigado, ocasionando na grande maioria das vezes a impossibilidade de um inocente fazer uso do instrumento

negocial, já que é mais vantajoso gozar de um acordo, do que partir para uma ação penal onde a decisão é incerta.

Desse modo, o conflito ressurge, pois no acordo de não persecução penal não se discute culpa, tendo em vista a falta de análise de mérito, visto que é instrumento procedido totalmente fora de um processo (contraditório e ampla defesa). Em face da confissão, a única parte que deveria ser controlada de alguma maneira, é em relação a voluntariedade do investigado, da garantia que este, sendo ou não autor do delito, não se utilize da confissão exclusivamente para usufruir do acordo, pois descaracterizaria a mínima verdade que se busca no momento que é requerida obrigatoriamente a confissão.

Por este motivo, muitos autores afirmam que o requisito deve ser removido do ANPP pois não haveria relevância à avença e ao que sugere a medida despenalizadora, já que não se refere a pena criminal aplicada em decorrência de sentença penal condenatória, mas sim, de uma negociação estabelecida extrajudicialmente que propõe trabalhar com o direito penal punitivo como última *ratio*.

Nos casos que o ANPP é desacordado, contém apreensão da valoração e constitucionalidade do uso da confissão em posterior processo, já que esta deveria ser feita com aprovação integral pela Lei Anticrime, separando o inquérito policial da ação penal, impedindo assim, que a confissão fizesse parte na fase de instrução do processo, apartando-se elevadamente da decisão do magistrado. Mesmo sendo esta condição primordial para o atual debate, ela não se aplica, já que por decisão do Ministro Luiz Fux, a ADI nº 6298 teve seu texto suspenso. Dessa forma, caso não seja homologado ou cumprido o acordo de não persecução penal e tendo o MP oferecido denúncia, essa será apensada ao inquérito juntamente com a confissão circunstanciada. Conforme dispõe o art. 155º do CPP, o juiz não poderá motivar sua decisão única e exclusivamente em elementos obtidos na investigação, bem como a confissão, pelo fato de ser anterior ao processo.

Parte dos legalistas acreditam que é invencível a consideração probatória da confissão pelo juiz ou no mínimo, arriscada. Salienta Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter:

Enquanto não houver preservação da originalidade cognitiva do juiz, o que somente é possível com juízes diferentes para as fases pré-processual e processual, a fim de que o julgador do caso conheça dos fatos livre de pré-juízos formados pela versão unilateral e tendenciosa do inquérito policial, o processo penal brasileiro não passará de um jogo de cartas marcadas e um faz de conta que existe contraditório. (LOPES JR., RITTER, 2020, N.P.).

Conforme preceitua o art. 3º-A e 7º da Lei 12.850/13 que discorre sobre a colaboração premiada e crime de organização criminosa, existe a necessidade de o acusado confessar, já que o objetivo é precisamente adquirir prova, situação oposta do ANPP, que apenas visa impedir medidas penalizadoras e desafogar o sistema processual e carcerário do Brasil. Desta forma, é de suma importância limitar e observar até onde o instrumento do ANPP pode chegar com o requisito de confissão, no qual continua a causar grandes discussões acerca da sua constitucionalidade, podendo se transformar em uma colaboração premiada, alargando a força dos motivos que originou sua criação.

Nessa situação, nos casos de infração penal cometida por mais de um agente, o acusado que consentir nos termos do acordo de não persecução penal e dessa forma celebrar, confessará de maneira formal e minuciosa, inclusive, em face dos agentes envolvidos que não estão celebrando acordo, uma vez que é necessário a narrativa pormenorizada dos fatos, motivo que obriga uma delação das pessoas envolvidas, afastando ainda mais à finalidade do instituto despenalizador, conforme salienta o art. 28º-A do Código de Processo Penal.

Ainda assim, examina-se que a confissão como requisito no ANPP é objeto de debate, sendo exposta de maneira equivocada, visto que seria condição para não oferecimento da denúncia, sem interesse em debater sobre o mérito e culpa. Portanto, na oitiva do investigado seria possível antever uma má utilização, uma vez que os dispositivos do art. 28-A do CPP, não teria delineado a forma que se dará a admissão de culpa.

Dessa forma, é inegável que o requisito da confissão na celebração do acordo traga indispensáveis, abertas e necessárias discussões, afim de serem apreciadas tanto nos tribunais superiores, como, especialmente, no STF, já que grande parte das desavenças circula em torno da sua constitucionalidade.

6 CONCLUSÃO

Perante o artigo apresentado, concluímos a presente pesquisa, onde o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro tornou-se uma *novatio legis in mellius* para o investigado, advinda pela Lei 13.964/2019, tendo como principal objetivo o desafogo de processos nos tribunais e comarcas. Porém, é difícil defender a garantia de uma justiça mais célere, se esta contraria a presunção de inocência do acusado, o contraditório e a ampla defesa, que são instrumentos necessário para resolução do litígio.

A confissão, no contexto apresentado, assume verdadeiramente o papel de “rainha das provas”, sendo o ato suficiente para condenar o investigado. Precisamente por suprir a presunção de inocência em face de uma presunção de culpabilidade, as confissões concretizadas durante a celebração do acordo são inconstitucionais, não devendo nem

constituir mero indício de autoria. Através da doutrinária e jurisprudência, inclusive pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o acordo de não persecução penal não se caracteriza direito subjetivo do investigado, haja vista que a atuação do ministério público possui caráter de discricionariedade regrada, ou seja, ao analisar o caso concreto, o promotor de justiça “poderá” propor o acordo quando preenchidos os requisitos previstos em lei, conforme dispõe o artigo 28-A do Código de Processo Penal. Portanto, são medidas que violam normas e princípios constitucionais, ensejando evidente retrocesso ao desenvolvimento conquistados no decorrer dos tempos.

Assim, conclui-se que o acordo de não persecução penal se trata de um instituto despenalizador de natureza extraprocessual penal regulado em lei, o qual possui como partes, o representante do ministério público de um lado, que exerce suas atribuições nos termos que lhe foi conferido pelo legislador, e de outro lado, o investigado que mesmo preenchendo todos os requisitos previstos na lei, não lhe é concedido o direito subjetivo.

Há um longo caminho a seguir, o ANPP é um instituto recente que tem como objetivo acelerar a resposta do poder judiciário à vítima, e aplicar uma punição ao infrator sem necessidade de uma persecução penal completa, beneficiando o investigado com o direito de não ser processado, julgado e condenado.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Acordo de não persecução penal**. Editora JusPodivm, 3ª ed. Salvador, 2019.

BETTA, Emerson de Paula. **Da inconstitucionalidade e irrelevância do requisito da confissão no ANPP**. Consultor Jurídico, Rio de Janeiro-RJ: 17 mar. 2020, 08:00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-irrelevancia-confissao-anpp>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ. 2020. *In JusBrasil*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1131203897/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agrg-no-rhc-130587-sp-2020-0174088-9>>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6304/DF**. Requerente: Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM. Relator: Min. 24 Luiz Fux. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_ADI_6304_c7357.pdf?A>

WSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1637890976&Signature=1IPFOMT11kNdOAcWmDJBkYE%2Fk60%3D>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **Súmula 696**. Relator: Min. Edson Fachin.2022. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2666>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal**. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Rio Grande do Sul: Saraiva, 2021.

Pronunciamento final no Procedimento de Estudos e Pesquisas n.º 01/2017, p. 31-32. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf> Acesso em: 07 abr. 2023.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: Esquematizado. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018. **CNMP**. Disponível em:
<<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

RITTER, Ruiz; LOPES JR., Aury. **Juiz das garantias para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade cognitiva**. Revista Consultor Jurídico. Maio/2020. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juizgarantias-fim-faz-conta>>. Acesso em: 17 mar. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 55.

ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO: UMA BREVE ANÁLISE DO SEU HISTÓRICO, SUAS CARACTERÍSTICAS E A SUA FUNÇÃO.

LARISSA DO NASCIMENTO COSTA:

Aluna de Graduação do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM)⁶³

RESUMO: O presente artigo visa explicar sobre a Atividade Financeira do Estado, por meio dele buscou-se fazer um apanhado de teóricos que versam sobre a temática, além de tecer comentários sobre uma breve análise do seu histórico, das suas características e da sua funcionalidade, buscando obter uma visão ampla do que os pensadores versam sobre. As abordagens metodológicas a serem utilizadas nesse trabalho são qualitativas buscando um aprofundamento do resultado e uma análise do conteúdo, fundamentando toda a abordagem feita, não sendo um artigo meramente expositivo, mas buscando embasar os pensamentos adotados. No decorrer das buscas e análises para a confecção do artigo foi possível notar a importância tanto do Direito, quanto do surgimento da atividade financeira e a utilização estatal dessa atividade que garante o seu funcionamento e a sua manutenção de maneira eficaz, isso porque a atividade financeira do estado tem extrema importância para a sua manutenção, bem como, para a manutenção da qualidade de vida de seus habitantes.

Palavras-chaves: Atividade; Financeira; Estado; Análise.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca apresentar um apanhado de visões relacionadas à definição do que é a Atividade Financeira do Estado, por meio de uma breve análise do seu histórico, das características que essa atividade possui e, além disso, da função que essa atividade exerce para fomentar o estudo relacionado à essa área e elucidar possíveis dúvidas que possam surgir em relação ao tema.

Por meio dele, será possível observar as necessidades que levaram o Estado

¹ larissadnc@gmail.com

a adotar o sistema financeiro, pois se tem conhecimento que todo homem é levado a ter a posse de determinadas coisas, bem como dispor de certos serviços que ajudam na sua vivência diária e fornecem um bem-estar no seu cotidiano.

⁶³ E-mail: larissadnc@gmail.com

Então, a necessidade advém dessa ânsia de adquirir bens e serviços para uma vida confortável, essas necessidades estão intimamente vinculadas à ideia do desejo, isso acontece pelo fato de que a partir do momento que se quando se deseja algo, apresenta-se a necessidade de ter aquilo. Mas a necessidade não apresenta como exclusividade somente o desejo, ela pode advir da mera vontade de algo, a qual pode ser com espontaneidade satisfeita.

Sabendo desse fato, o estudo desse fenômeno financeiro, a necessidade vem a ser considerada apenas como um encadeamento dedutivo do desejo, bem como, da própria vontade, isso porque ela perfaz um fato que é amplamente estudado pela ciência humana. Fato é que essas necessidades, podem ser individuais ou coletivas, tratando-se das coletivas, elas podem ser privadas ou públicas, quanto à última é possível notar que elas são amplamente observadas por serviços que são direcionados pelo Estado para o seu atendimento.

Depreende-se que, quando se trata dos serviços públicos, o Estado adquire a responsabilidade tanto por motivos superiores quanto por motivos políticos, de coordenar e efetivar essa prestação de serviços. À medida que esse fato acontece, é encontrada diante do que se chama de serviço público.

Tendo conhecimento sobre esses conceitos que são de grande importância para a manutenção estatal, bem como do que fora abordado sobre as necessidades públicas e sobre os serviços públicos, é possível observar que o Estado acaba precisando de recursos para que seja efetivado o cumprimento das obrigações que são pertencentes ao mesmo, isso acontece pelo fato de que a organização populacional em sociedade acaba tendo a necessidade de possuir serviços que se tornam indispensáveis para essa coletividade. Essa manutenção estatal, encontra-se intimamente relacionada à Atividade Financeira do Estado, que como poderá ser observado, busca sempre meios possíveis de atender essa demanda.

Dessa maneira, o presente artigo visa apresentar a importância da Atividade Financeira do Estado para que haja a efetiva e eficiente manutenção estatal. Visando informar sobre o seu histórico, as suas características e a sua função, bem como apresentar como elas está relacionada com outras áreas que são primordiais para a manutenção estatal.

ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO: UMA BREVE ANÁLISE DO SEU HISTÓRICO, SUAS CARACTERÍSTICAS E A SUA FUNÇÃO.

Desde os primórdios, é possível observar que a ação dos homens se agruparem em um coletivo organizado o fazem por instinto e não é feito por uma lógica racional. Várias

são as explicações sobre esse fato, tais quais uma busca de segurança e uma maior facilidade de sobrevivência, isso acontece, pois, esse conglomerado de pessoas eles podem dividir e revezar as suas atividades diárias, tornando mais fácil a manutenção da vida no local onde habitam (1972).

Conforme cita Rousseau (2011), em seu livro denominado Contrato Social, informa que essa *"volonté générale"*, foi o primeiro passo para que houvesse a formação do Estado onde as pessoas poderiam se organizar visando um bem estar coletivo. Sabendo desse fato, a vivência em comunidade faz evidenciar o fato que os homens tem a necessidade de uma forma de organização que visa buscar uma solução para os conflitos que são provenientes desse convívio social.

Segundo o que Burdeau (1980) ensina, deve haver menção ao ensinamento do direito que é responsável por afirmar a supremacia que o Estado tem, bem como, organizar as relações que existem na sociedade, mais em específico nos grupos sociais que estão determinados. Além disso, ele insere um conceito chamado de *"Droit Transpositif"*, que nada mais é do que um conceito inicial do que é o direito, sendo postulado anteriormente à sua positivação pelo ente que o legitima, que são os Estados, sendo resultado também da interação e experiências sociais.

Em se tratando dos autores brasileiros, pode ser citado Eros Roberto Grau (2005), que fez o desenvolvimento desse tema em português. Conforme o que é citado por ele há a existência do direito posto, que é aquele que é estabelecido pelo Estado, como sendo um órgão que possui legitimidade na produção das leis e, concomitante a isso, existe um direito pressuposto, que é caracterizado por ser o que a sociedade constrói sem que o Estado participe, o que acontece em um momento posterior ao da sua positivação.

Ao ser citada essa complexa relação que ocorre no seio da coletividade, Pontes de Miranda (1954), ensina que essa ordem jurídica acaba se tornando um processo de adaptação social que pode ser considerado o que tem mais eficácia e é o mais completo que o homem já desenvolveu. Já as normas que possuem naturezas morais e religiosas acabam não atendendo o objetivo que o Estado busca alcançar, um dos fatores para que isso aconteça é o fato que essas normas religiosas e morais podem ser modificadas durante o tempo, por conta da mudança que ocorre na sociedade.

Outro fato importante, é o explicado pelo professor Marcos Bernardes de Mello (1985), que são os elementos que diferenciam as normas jurídicas das demais normas de modo a ser uma maneira mais eficaz de regular a sociedade a qual pertence, essa regulamentação serve para reger as relações existentes na sociedade, pois dessa maneira facilita a vivência em sociedade.

Ao ser explicado todas essas características essenciais para a criação do Direito, bem como a sua importância pode ser retornado à concepção do Estado tanto em seu sentido jurídico, quanto em seu sentido administrativo, conforme aborda Aliomar Baleeiro (2004), ao mencionar as maneiras de observar as necessidades públicas que o Estado apresenta e buscar maneiras de obter recursos financeiros que visem sanar esse problema e assegurar a manutenção do Estatal. Assevera que o Estado possui a necessidade de disponibilizar de produtos que são indispensáveis para a sua manutenção e preconiza que são várias as formas de consegui-los.

Existem autores que abordam essa temática fazendo divisões, como José Souto Maior Borges (1998), que faz a divisão da atividade financeira em três, sendo elas a receita, a gestão e a despesa. Além disso, ele informa que essas receitas podem ser originárias, sendo fruto do *"jus gestionis"*, no qual o Estado faz uso tanto dos bens quanto das rendas que estão dispostas, com o objetivo de geração de divisas e manutenção da atividade; e as derivadas, que são fruto da intervenção estatal que é realizada tanto no patrimônio quanto na renda dos cidadãos, sendo ela realizada através da tributação.

Fato que assevera Aliomar Baleeiro (2004), ao afirmar que o Estado não apresenta mais uma função que é neutra em face do desenrolar da economia, mas apresenta na atualidade uma função que é denominada intervencionista. Tratando-se dessa visão, na atualidade os autores reconhecem essa função intervencionista em relação ao Estado contemporâneo, visando diminuir e até mesmo acabar com as injustiças sociais, de modo a gerir e fomentar com mais humanidade as receitas que são obtidas.

A partir dessas informações, pode-se observar que na atualidade essa atividade financeira do Estado está apresentada sob dois modos, sendo eles o fiscal e o extrafiscal. A atividade fiscal apresenta como o objetivo principal a manutenção do ente estatal, não causando tanta interferência na parte social. Já a atividade extrafiscal visa refletir na economia por meio de isenções, imunidades, incentivos além de outros modos que possam ser mais diretos (TRENNEPOHL, 2004).

Os alemães apresentam um termo, denominado *"vorbehalt des gesetzes"*, que em suma informa que essa obediência ao princípio da legalidade é responsável por fazer com que o Estado também obedeça aos comandos que são produzidos por ele mesmo (DE MIRANDA, 1954). José Borges apresenta também quatro tipos que integram e ocorrem no caso financeiro, sendo eles: econômico, jurídico, técnico e político. Em relação à essa temática, alguns autores afirmam que há a prevalência do fato político nessa atividade financeira, isso acontece pelo fato de se tratar de um fenômeno que é pré-jurídico e um determinante para a sociedade.

Por isso, é possível notar que cada elemento apresenta uma função imprescindível na sua efetiva manutenção, o político apresenta uma fundamental importância, por ser tratado como um fato pré-jurídico ele tem o papel de indicar a maneira que norteará o Estado para que a sua linha de atuação vise buscar mais receitas. O fato técnico aborda sobre as formas que esse modo de arrecadação apresenta, constando um arsenal de táticas que podem ser usadas pela administração com o objetivo de repassar esse dinheiro que está alocado no setor privado, para que integre os cofres públicos (TRENNEPOHL, 2004).

O fato econômico apresenta como objetivo principal a análise que é feita das circunstâncias que são responsáveis por envolverem o mercado e a economia, ele serve de norteamento de ação para o Estado e, além disso, tem o elemento jurídico que é responsável por embasar e legitimar essa atividade financeira (BORGES, 1998).

Há tempos a técnica utilizada pelo Estado, requisitando gratuitamente esses bens ou serviços dos próprios cidadãos sem que houvesse um prejuízo financeiro, é notória que a ação do Estado é feita como de qualquer outro integrante da coletividade de maneira a adquirir bens e serviços e pagando pelo que fora adquirido, esse ato tem por nome “despesa pública” a qual tomou lugar do sistema ora utilizado da requisição e até mesmo da forma gratuita dos cargos e funções do governo, funções essas que podem ser exemplificadas como a de mesário nas eleições, como jurado em julgamento de crime doloso contra a vida, essas funções são caracterizadas como “*munus*” público.

Interessante frisar que para que aconteça essa conquista de todos os seus objetivos, o Estado busca fomentar a atividade financeira, conforme demonstra Cláudio Martins, ao frisar que esse exercício da atividade financeira do Estado é a atuação do Estado no que diz respeito à aquisição, aplicação e gestão dos meios que são utilizados por ele em busca da promoção do bem que é público (MARTINS, 1988). O que não diferencia da opinião apresentada por Alberto Deodato, ao afirmar que a atividade financeira do Estado está intimamente relacionada à essa busca por meios para satisfazer às necessidades públicas (DEODATO, 1987).

É notória a observação de que esse modo de buscar conquistar os máximos objetivos, acaba fazendo com que o Estado vise sempre realizar essa atividade financeira, a qual está intimamente relacionada tanto à obtenção, como à gestão e quanto ao gasto do dinheiro, conforme afirma Aliomar Baleeiro (2004):

“A atividade Financeira consiste, portanto, em obter, criar, gerir e despende o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àqueloutras pessoas de direito público.”

Como foi possível observar, não é embarcado ao que abrange a atividade financeira a obtenção de outros valores que podem ser transformados em bens e serviços, os quais são fornecidos seja in natura ou in labore, respectivamente. Portanto, essa atividade financeira é caracterizada pela utilização desse bem de troca que é o dinheiro (LIMA, 2007).

Convém mencionar que, essa atividade financeira que fora atribuída pelo Estado, é inseparável dessa satisfação das necessidades sociais, isso acontece pelo fato de esse ato não ser esgotado em si mesmo, pois constam nas metas e objetivos do Estado, é importante frisar que o ato da arrecadação não visa a reclusão desse dinheiro para virar um tesouro estatal, no entanto, ele visa viabilizar tanto a sua existência, quanto os seus objetivos, com isso é possível observar que essa natureza tem o objetivo de instrumentalizar a atividade financeira estatal, conforme afirma Celso Ribeiro Bastos (1994), ao mencionar que:

“Em síntese, a atividade financeira não visa diretamente a satisfação de uma necessidade coletiva, mas cumpre uma função instrumental de grande importância, sendo seu regular desenvolvimento condição indispensável para o desempenho de todas as demais atividades.”

Sabendo-se disso, é possível notar que essa concretização das necessidades que são sociais, e também são denominadas como públicas, acabam por pressupor a criação e a manutenção de todo um modelo administrativo que é responsável pelo atendimento eficaz dessas necessidades. Visando suprir essas necessidades, o Estado acaba criando os serviços públicos, que conforme assevera Hely Lopes Meirelles (2006):

“Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”

Por isso, o Estado faz a criação dos serviços públicos buscando atender essa organização de uma maneira ativa e dinâmica, objetivando essa realização e manutenção do bem-estar coletivo, dessa forma faz a realização dessas despesas que são entendidas como qualquer parcela da sua receita que tem a sua aplicação visando a promoção do bem público (MARTINS, 1988).

Diante disso, é possível reconhecer o dever que todo cidadão apresenta a medida que deve contribuir, conforme as possibilidades que possui, para que ocorra de fato a manutenção de todo o conjunto social ao qual integra, até porque sem que houvesse essa contribuição, restou provado a vida comunitária, em específico nos dias atuais, excluindo

a gama de serviços que são intimamente relacionadas as atividades que são essenciais aos grupos humanos.

Então, os indivíduos são responsáveis por ter uma renda que é resultante do trabalho que é realizado por esses cidadãos e do capital, que é gerado por meio dessas atividades laborais, além disso, ocorre o exercício de várias atividades mercantis, agrícolas e industriais, sendo elas representadas por valores monetários que são determinados em conformidade com as atividades fornecidas.

Sendo parte dessas rendas e dos valores que são repassados e destinados à composição do erário estatal, a qual visa buscar com certa coerção por meio da forma tributária, que é responsável por regulamentar essa atividade financeira que é gerida pelo Estado. Visando essa busca pela manutenção estatal, a destinação dessas verbas é de fundamental importância para que sejam realizadas melhorias nos bens públicos que são de uso comum.

Esses recursos que são arrecadados com o objetivo de destinação estatal, possuem correlação com os princípios presentes na Justiça Fiscal, assim como a aplicação devida e destinação necessária onde a mesma está sendo requisitada.

É de fundamental importância frisar que esses recursos devem ser coletados e destinados para a manutenção estatal, sem eles não seria possível manter o Estado e também não seria possível realizar a manutenção efetiva para que os cidadãos possam viver em harmonia e consigam realizar as suas atividades diárias com tranquilidade.

Sabendo desse fato, é possível notar que essa constituição que é notória nos dias atuais da concepção de um Estado que tem o dever de planejar ações e solucionar problemas que estão relacionados com a Habitação, Saúde, Educação, Transporte, Minas, Energia, Comunicações, Previdência Social, Trabalho, Justiça, Segurança Pública, Comércio, Indústria, Agricultura, entre outros. É notório que o Estado Moderno, encontra-se sempre presente em todos os segmentos societários (DOMINGUES, 2015).

Por esse fato, deve ser observada esse amplo conhecimento em relação ao Estado, despertando a necessidade de obtenção desses recursos financeiros, os quais são cada vez maiores e tem por objetivo a sua destinação à uma lista grande e com variedade de serviços necessários para a manutenção estatal. Dessa maneira, a atividade financeira do Estado vai se tornando cada vez mais complexa, tendo a sua abertura a um amplo e variado conhecimento dos ramos que são abrangidos pela ciência (DOMINGUES, 2015).

Por meio do presente estudo, buscou-se observar as diferentes visões que se tem do Estado, em específico da Atividade Financeira do Estado, para que seja de amplo

conhecimento o seu funcionamento e a destinação e aplicação das verbas que são recolhidas por ele, de forma a observar essa atuação.

CONCLUSÃO

Por meio do presente artigo, foi possível observar a importância da Atividade Financeira do Estado, além de ver que conceitos como a necessidade coletiva e os serviços públicos apresentam grande valor no modo de gerir do Estado, o que pode ser notado também da própria atividade financeira estatal, que apresenta características peculiares, um histórico de evolução e uma função primordial para que haja a manutenção do Estado.

Restou evidente que a partir do momento que o Estado apresenta essencial função para os cidadãos que o compõem, por meio dessa atividade financeira, fornecendo serviços públicos essenciais para o fornecimento de um bem-estar social.

Por meio disso é possível observar que essa adoção de comportamento específico no meio de várias problemáticas que tem que ser resolvidas, tem-se a necessidade de escolher com clareza e eficiência os caminhos que devem ser adotados, levando sempre em conta, a prioridade das opções e os caminhos a serem utilizados para que haja o fornecimento e a aplicação das soluções cabíveis. Tudo isso acontece dentro de um conjunto que doutrina a temática e é responsável por esse papel econômico-financeiro, isso é conhecido como a Política Financeira do Estado.

Portanto, é possível observar que a Atividade Financeira do Estado depende não só dos cidadão, das necessidades e dos serviços públicos, ela tem uma dependência intimamente relacionada que é a dessa política financeira a qual é compreendida como um certo comportamento do governo que é responsável por conduzir o comportamento governamental determinando a busca pela solução dessas problemáticas relacionadas com a Atividade Financeira do Estado, bem como, com essa organização econômico-social, a qual tem uma complexidade extrema e recebe uma influência, sendo ela não apenas dos nacionais como também dos órgão internacionais.

Por meio do presente artigo, foi possível observar a importância do estudo e fomento do mesmo acerca da Atividade Financeira do Estado, tendo em vista a sua fundamental importância que sejam eficazes e eficientes o recolhimento e a realocação dos recursos financeiros obtidos pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16^a ed. Atualizada por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e tributário**, São Paulo: Saraiva, 1994.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BURDEAU, Georges. **Tratado das Ciências Políticas**. Tomo 1, vol. 1. Paris, LGDJ, 3º ed, 1980.
- DE MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. Saraiva Educação SA, 1985.
- DE MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Borsoi, 1954.
- DEODATO, Alberto. **Manual de ciências das finanças**, São Paulo: Saraiva, 1987.
- DOMINGUES, José Marcos. **A atividade financeira do Estado e as políticas públicas para os direitos humanos**. In: Direito Financeiro e Políticas Públicas. Editora GZ, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Malheiros Editores, 2005.
- LIMA, Alcides Saldanha. **As receitas públicas tributárias**. Revista da Esmafe, v. 13, 2007.
- MARTINS, Cláudio. **Compêndio de Finanças Públicas**, Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Editora Companhia das Letras, 2011.
- TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Considerações sobre a Atividade Financeira do Estado**. Revista da Esmafe, v. 7, 2004.

A TIPIFICAÇÃO DO ESBULHO POSSESSÓRIO E AS DIFICULDADES DE ACESSO AO DIREITO À MORADIA NO BRASIL

DÉBORA DA SILVA PARDO TARGINO:
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: O presente artigo busca analisar de que forma o Estado tem garantido o efetivo direito à propriedade aos hipossuficientes, propondo um meio de compatibilizar o crime de esbulho possessório realizado através da clandestinidade, tipificado no art. 161 do Código Penal, com os direitos do possuidor quando da posse produtiva de uma propriedade, atribuindo-a sua função social. Para isso, foi analisada a função social da propriedade e da posse a partir da perspectiva crítica do direito, refletindo acerca da segregação espacial que ocorre nas cidades e campos, bem como a responsabilidade do Estado perante a realidade dos grupos marginalizados que não obtêm acesso ao direito à moradia. Além disso, foi observada a tipificação penal do crime de esbulho possessório e suas divergências em relação à invasão de propriedade disposta no Código Civil para, por fim, entender o direito à usucapião de imóveis e sua compatibilidade do direito à moradia. A pesquisa tem caráter analítico-descritivo e se utiliza de doutrinas, leis, decretos e regulamentações acerca das questões que concernem a posse e a propriedade, bem como de artigos científicos e documentos oficiais.

Palavras-chave: esbulho possessório; posse; função social da propriedade; usucapião; direito à moradia.

1. INTRODUÇÃO

O direito à moradia está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos desde 1948, como pressuposto para a dignidade da pessoa humana. Também amparada pela Carta Magna de 1988, o direito à moradia é de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios. A eles cabe o dever de “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”, conforme apregoado pelo texto constitucional (BRASIL, 1988).

Segundo Segaud (2016, p. 126), “apropriar-se do espaço é estabelecer uma relação entre esse espaço e o eu (torná-lo próprio) por meio de um conjunto de práticas. Trata-se de atribuir significação a um lugar”. Assim, a moradia vai muito além da mera habitação, diz respeito, também, à relação do indivíduo com o espaço. Ocorre que, no Brasil, há uma parcela muito grande da população que não possui acesso à moradia digna, em razão da falta de interesse do setor imobiliário, negligência estatal e desigualdades sociais que

inflige toda a vida desses grupos marginalizados, provocando o seu afastamento para áreas afastadas e de risco.

Além do número de construções habitáveis, o conceito de moradia está intimamente relacionado a um padrão de vida adequado, ou seja, a qualidade das moradias, que deve garantir o mínimo existencial necessário para assegurar este direito social basilar, visto que se trata de um bem jurídico indispensável à dignidade da pessoa humana.

Assim, o presente trabalho busca esclarecer o direito à moradia em face da função social da propriedade, bem como o direito à usucapião de imóveis, a fim de entender a compatibilidade destas categorias com o crime de esbulho possessório, quando cometidos com o escopo para a obtenção desse privilégio fundamental.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O conceito de propriedade sofreu diversas alterações ao longo do tempo, assim como a relação do homem com a terra. Engels, (1984, p. 03), analisando a formação da família, do Estado e da propriedade privada, constatou que as sociedades antigas, baseada nas uniões gentílicas, deram lugar a uma sociedade organizada em Estado, dividida em unidades territoriais e cujo regime familiar está completamente submetido às relações de propriedade, gerando as contradições de classe e a luta de classes.

No Brasil, a concentração fundiária e a consequente segregação urbana promoveram historicamente a desigualdade social, refletida nas ocupações urbanisticamente irregulares (RANGEL, 2020, p. 318). Antes disso, a população indígena já havia sido sistematicamente esbulhada de suas terras com a colonização portuguesa no Brasil, em que mais de dois milhões de pessoas foram assassinadas e muitas outras foram submetidas a condições de escravizados (UZELAC, 2017, p. 15). Dessa forma, ao longo da história, a propriedade se mostrou intimamente relacionada com o poder e grupos dominantes.

A propriedade privada garantia a hierarquia social e não necessitava, salvo em períodos de crise econômica, da intervenção política para seguir mantendo seus privilégios nos processos de divisão social, étnica, sexual e territorial do fazer humano. O sistema podia se conceder o privilégio de reconhecer a todos os que se inseriam em sua estrutura uma série de direitos políticos e civis que formavam algo parecido a um círculo ideológico e jurídico de proteção da atividade humana fundamental: a apropriação privada dos bens e a construção da hegemonia social sobre ela. (FLORES, 2009, p.127)

Essa dominação e distribuição de poder social também é reproduzida na estrutura urbana, sendo este a capacidade diferenciada dos grupos e classes em desencadear ações que lhes permitam disputar os recursos urbanos (RIBEIRO; JUNIOR, p. 84). Isto é, a cidade é organizada de forma que determinado grupo terá acesso a condições básicas de saúde, saneamento básico, lazer e segurança, enquanto outro grupo não o terá ou terá de forma precária.

Uma forma de tentar contornar essa delimitação espacial segregadora e a escassez de moradias é o uso da propriedade com base na função social. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, definiu em seu art. 5º, inciso XXII, que todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país têm garantido o direito de propriedade (BRASIL, 1988), além de que a propriedade deve atender a sua função social, conforme inciso XXIII (BRASIL, 1988).

Segundo Junior e Cazelli (2022, p. 418), função social da propriedade é um conceito que lhe retira o caráter meramente individual e lhe atribui uma característica coletiva, de modo que a propriedade não é um direito exercido apenas pelo seu proprietário, mas também se observa o que esse dono exerce em relação a terceiros, com seu usufruto obrigatoriamente condicionado ao bem coletivo.

A função social relaciona-se com o uso da propriedade, alterando alguns aspectos pertinentes ao seu exercício e, através do uso da propriedade é possível apreender a forma como são exercidas as faculdades e poderes inerentes ao direito da propriedade (FACHIN, 1988, p. 17).

Conforme alude Eduardo Espínola (1956, p. 127), o pressuposto de confiança recíproca e boa-fé, integrado ao conceito de obrigação, encontra correspondência na função social, implícita no direito de propriedade, compreendendo os direitos do proprietário e os deveres que lhe são impostos pela política legislativa.

Conceitua-se a função social da propriedade como um princípio no qual a propriedade deve ser explorada, devendo extrair dela benefícios individuais, que busquem os interesses do proprietário, mas, especialmente, os sociais em que se defendem os fins coletivos. Sendo encarado como um princípio a função social da propriedade, é visto como um ideal e não como regra determinada. (JUNIOR; CAZELLI, 2022, p. 421)

Segundo Fachin (1988, p. 19), a função social da posse distingue-se da função social da propriedade, pois, preliminarmente, a função social é mais notória na posse do que na propriedade. A função social da propriedade tem por finalidade instituir um

conceito dinâmico de propriedade, em contrapartida ao conceito estático e representando uma projeção da reação anti-individualista.

Conforme art. 186, da Constituição Federal, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, ao aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e realize exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal prevê ainda que as propriedades que não cumprirem sua função social e não for propriedade produtiva ou pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra, poderão ser desapropriadas pela União, sob prévia e justa indenização.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. (BRASIL, 1988)

No que tange à função social da propriedade urbana, será cumprida quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. "Esta demonstração clara de confiança nos administradores municipais cuja normatização

visará uma melhor implementação da função social bem como fornecer o bem-estar e suprir as necessidades de bem-estar de seus habitantes” (JUNIOR; CAZELLI, 2022, p. 422).

Assim, a função social da propriedade e da posse são mecanismos passíveis de mitigar as desigualdades sociais produzidas e refletidas pela segregação espacial nas cidades e nos campos, baseada, sobretudo, na diferença entre as classes sociais. A propriedade que não traz retorno à comunidade ou não é de nenhuma forma produtiva deve ser desapropriada para servir à parcela da sociedade que, por vias comuns, não teria acesso aos usufrutos da propriedade, cumprindo, por fim, sua função social.

3. O DIREITO À MORADIA

Para Luciano de Souza Godoy (2006, p. 48) “um indivíduo, para se desenvolver como pessoa, nascer, crescer, estudar, formar sua família, adoecer e morrer com dignidade necessita de um lar, de uma moradia, de uma sede física e espacial onde irá viver”.

A Constituição Federal elenca, em seu art. 6º, como 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” (BRASIL, 1988). Percebe-se que todos os outros direitos fundamentais sociais estão diretamente relacionados ao direito à moradia digna e adequada, como os direitos à segurança, à alimentação, à educação, ao lazer e ao transporte público e coletivo.

A garantia desses direitos sociais é imprescindível para se atingir a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º da Carta Magna (BRASIL, 1988). Segundo Guerra e Emerique (2006, p. 385), “A dignidade da pessoa humana se encontra no epicentro da ordem jurídica brasileira, tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito.”

“Os direitos fundamentais compõem os “elementos constitucionais limitativos” exatamente por objetivar restringir (limitar) a ingerência do Estado nas liberdades dos seres humanos (compreendido tanto em grupo quanto isoladamente).” (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 384). Assim, a obrigação constitucional de garantia a todos do direito à moradia atribui ao Estado a obrigação de atendê-lo, limitando suas ações que potencialmente violariam esse dispositivo. Segundo Joaquim Herrera Flores (2009, p. 113) “a maior violação aos direitos humanos consiste em impedir que algum indivíduo, grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos e políticos mais gerais.”

O Direito à moradia encontra amparo não só no ordenamento pátrio como também no âmbito internacional. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em 1966 e incorporado ao ordenamento brasileiro através do Decreto nº 591/1992, define em seu artigo 11, parágrafo 1, que os Estados Partes devem reconhecer que toda pessoa tem o direito a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, abarcando nesse conceito a alimentação, vestimentas e moradia adequadas, capazes de proporcionar uma melhoria contínua de suas condições de vida. O pacto obriga ainda que os Estados Partes adotem medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, atuando com cooperação internacional fundada no livre consentimento.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também abarca, em seu artigo 25, parágrafo 1º, que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e aos serviços sociais necessários, possuindo direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou em casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias que independem da sua vontade.

O Estatuto da Cidade, instituído pela Lei nº 10.257/2001, segundo seu art. 1º, possui “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (BRASIL, 2001). O Estatuto atribui ainda em seu Art. 2º que a política urbana objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante a garantia do direito a cidades sustentáveis, isto é, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Contudo, a cultura brasileira de defesa dos direitos humanos, em regra, é mínima ou anestésica e, em razão da sua negligência, as dimensões não jurídicas de sua articulação, reconhecimento e de cumprimento prévio a sua violação não são potencializadas, afetando todos os espaços sociais, tais como o íntimo, doméstico, de produção, de mercado, de cidadania, de comunidade, etc (RUBIO, 2016, p. 229).

O mesmo ocorre com o direito à moradia digna e habitável. Embora a Constituição preveja a necessidade de a propriedade atender sua função social, o que se vê no plano fático é a distribuição desigual de terras, onde grupos marginalizados não conseguem acesso à moradia e recorrem a ocupações em propriedades alheias inabitadas ou se assentam em locais de risco.

Os índices apresentados pelo IBGE apontam que entre 2010 e 2019, a quantidade de aglomerados subnormais, como favelas e palafitas, foi de 6.329 em 323 municípios para 13.151 em 743 cidades. Segundo a PNAD 2015, cerca de 72,5% dos domicílios urbanos do

país contavam com os três serviços básicos de saneamento: conexão à rede de esgoto, coleta de lixo e água encanada. Isso significa que aproximadamente 18,7 milhões de domicílios urbanos não contavam com pelo menos um dos três serviços.

As casas precárias, autoconstruídas, continuam, assim, presentes nos loteamentos irregulares ou clandestinos como nas favelas, assim também nos lotes adquiridos ou na terra invadida. As diferenças entre ambas são praticamente nulas, principalmente naquelas feitas de alvenaria. Os lotes cada vez menores inviabilizam as possibilidades de aumentos e expansões horizontais através de reformas progressivas, comuns em épocas passadas. As casas são construídas uma ao lado da outra, espremidas, parede contra parede. A geminação que não procurada intencionalmente acaba acontecendo, resultando em situações precárias de habitabilidade, tanto em relação à iluminação e ventilação como a impossibilidade de abertura de janelas. Resta apenas a expansão vertical. (SAMPAIO; PEREIRA, 2003, p. 177)

Para Engels (2015, p. 38), a escassez de moradia não consiste tão somente no fato de que a classe dos trabalhadores esteja vivendo, de modo geral, em moradias ruins, superlotadas e insalubres. Essa escassez de moradia não é exclusiva da época atual, tampouco é um dos sofrimentos peculiares do proletariado moderno em comparação com todas as classes oprimidas anteriores. É, na verdade, algo que atingiu todas as classes oprimidas de todos os tempos de modo bastante homogêneo.

Assim, a falta de moradias e as moradias indignas não é um problema atual. Contudo, “não basta garantir um teto, mas que a moradia tenha condições de habitabilidade – condições estas que extrapolam a construção propriamente dita e ampliam a adequação para um contexto mais amplo” (SPINK et al., 2020, p. 6)

Ao entender moradia como agente de satisfação das necessidades básicas (saúde e autonomia), surge uma nova pergunta o que deve ser entendido por um nível mínimo de satisfação no que concerne à moradia? A resposta a essa indagação aponta para a delimitação do conteúdo fático e jurídico do direito de morar à luz da dignidade da pessoa humana. Esse conjunto fático e jurídico determina o que convençamos chamar de moradia digna (SANTOS; FILHO, 2015).

Segundo Edésio Fernandes (2002, p. 12), os assentamentos informais, a vulnerabilidade política, a insegurança da posse e a baixa qualidade de vida para os ocupantes são resultados do padrão excludente e discriminatório dos processos de

desenvolvimento, planejamento, legislação e gestão das áreas urbanas, tendo em vista que os mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas e regimes jurídicos elitistas não oferecem condições suficientes e adequadas de acesso à terra urbana e à moradia para os pobres, não restando opções se não a ocupação irregular e inadequada.

Aproximadamente um milhão de pessoas habitam as favelas da cidade; de acordo com pesquisa do Centro de Estudos da Metrópole a velocidade de adensamento anual das favelas é cinco vezes a velocidade média do crescimento anual da população paulista. A grave situação dos moradores de cortiços (habitações coletivas multifamiliares precárias); dos loteamentos irregulares e precários, em especial aqueles localizados em área de proteção ambiental; dos moradores de rua e das áreas de risco completam o quadro de exclusão e de violação do direito de todos a ter um padrão de vida adequado, na cidade de São Paulo. Quase 80% das habitações precárias em que há coabitação familiar estão correlacionadas a famílias que ganham entre 0 e 5 salários mínimos, o que mostra que há enorme demanda por moradias adequadas, não atendida pelo mercado habitacional ou pelos programas governamentais. (SAULE; CARDOSO, 2005, p. 30).

Por isso, a visão meramente individualista e absoluta do direito de propriedade não é tolerável, fazendo-se necessário as intervenções do Estado a fim de atribuir à terra as finalidades coletivas, de modo que a função social não seria a restrição total à propriedade, mas sim uma forma de limitar os interesses particulares egoístas e capitalistas que se dão sobre a propriedade (JUNIOR; CAZELLI, 2022, p. 426).

4. O ESBULHO POSSESSÓRIO, A POSSE E O USUCAPIÃO

Conforme Boaventura de Souza Santos (2003, p. 25), a sociedade civil incivil é quase completamente invisível e corresponde ao círculo exterior habitado pelos totalmente excluídos, isto é, o círculo do fascismo social, em que os que o habitam não pertencem à sociedade civil, uma vez que são atirados para o novo estado natural.

Para o demoliberalismo, a não-cidadania é um marcador da sua impotência enquanto prática política, ao passo que, para o cosmopolitismo, a não-cidadania é o imperativo negativo que gera a obrigação da inclusão e da emancipação social. De facto, o cosmopolitismo centra-se especificamente na não-cidadania, o que é ilustrado pelos exemplos de legalidade cosmopolita acima analisados. Afinal, todos os povos indígenas e os camponeses sem

terra são, pelo menos na América Latina, o exemplo mais cruel do que é a não-cidadania. (SANTOS, 2003, p. 62)

Esses grupos sociais são os mais afetados pela falta de acesso à moradia e, conseqüentemente, têm todos os outros direitos referentes à dignidade da pessoa humana negligenciados ou propositalmente excluídos. Assim, quando o Estado falha em garantir um direito tão essencial aos hipossuficientes, há a busca do mínimo existencial através da clandestinidade, se apoderando da posse de determinada propriedade, tipificado como esbulho possessório.

Tem trânsito livre na ciência jurídica moderna a noção de que a posse é mera exteriorização da propriedade, admitindo-se excepcionalmente a figura do possuidor não proprietário. Enjaular o fenômeno possessório dessa forma corresponde a uma visão superada pela realidade, mas ainda não reconhecida. Esse confinamento hoje inaceitável é contraditado pela prioridade histórica da posse sobre a propriedade. Cronologicamente, a propriedade começou pela posse, geralmente posse geradora da propriedade, isto é, a posse para a usucapião. Além disso, enquanto vinculada à propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser concebida como um direito. (FACHIN, 1988, p. 13)

Assim, em toda posse há uma coisa e uma vontade, traduzida no exercício de poder de fato, protegido pela ordem jurídica independentemente do título que o possuidor tenha sobre a coisa (TEPEDINO; FILHO; RENTERIA, 2021, p. 52).

A posse é abarcada primeiramente no Código Civil de 1916, cujo art. 485 estabelece que possuidor é "todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade" (BRASIL, 1916). No art. 487 o Código ainda esclarece que não é possuidor aquele que conserva a posse em nome de outro, em relação de dependência, cumprindo ordens ou instruções suas (BRASIL, 1916).

O referido Código Civil (Lei nº 3.071/1916), também inaugurou a discussão acerca da tutela jurídica em casos de invasão da propriedade e os direitos do possuidor. No art. 499 foi definido que, em caso de turbção, o possuidor tem direito a ser mantido na posse e quando houver esbulho, tem direito a ser restituído (BRASIL, 1916). O possuidor com justo receio de ser molestado na posse podia impetrar ao juiz que o proteja da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito (art. 501). Além disso, segundo o art. 502, o possuidor turbado, ou esbulhado, podia se manter, ou restituir a coisa por força própria, desde que o fizesse de imediato (BRASIL, 1916).

O Código Civil atual (Lei nº 10.406/2002) diferencia objetivamente o proprietário do possuidor. Segundo o art. 1.228, o proprietário é aquele que tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, além do direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002). O possuidor, por sua vez, é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, conforme art. 1.196 (BRASIL, 2002).

Já o crime de esbulho possessório está previsto no art. 161 §1º, inciso II, do Código Penal como ato de invadir, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório. Se a propriedade for particular, e não houver emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Segundo Bitencourt (2003, p.179), o esbulho possessório concebido no Código Civil se distingue do exposto no Código Penal, pois no primeiro a caracterização do esbulho exige que o possuidor perca e se afaste da posse, enquanto no segundo é suficiente que a finalidade de esbulhar constitua o especial fim de agir, que não precisa se concretizar.

Alberto Silva Franco (2001, p. 2083) aduz que o crime de esbulho possessório só é punível a título de dolo, o agente deve ter consciência e vontade de realizar a invasão do imóvel alheio, além de ser necessário que a invasão seja acompanhada de um específico elemento anímico: o fim de esbulho possessório. Desse modo, se o agente efetua a ação física requerida pelo tipo, sem a intenção deliberada de despojar o sujeito passivo do exercício da posse do imóvel, não há o delito em exame.

Nesse sentido, “se a invasão se der para colher frutos, forçar uma servidão de passagem, ou mesmo cortar algumas árvores, não estará caracterizado o crime. Configura a conduta uma turbação, não prevista em lei” (COSTA JR., 1999, p.338). João Luís Faustini Lopes (2005, p. 129) explica a configuração objetiva do tipo:

Quanto ao elemento objetivo, consiste em invadir, que tem o significado de penetrar, ingressar, ir além dos limites. Não é necessário que haja linha divisória. Basta que o agente tenha consciência de que está entrando em posse alheia. Não se trata de qualquer invasão (para furtar, agredir a vítima, etc.), mas como dito, invasão *uti dominus*, com o propósito de ocupação permanente. Podendo ocorrer em duas modalidades de conduta: a) com violência à pessoa ou grave ameaça. Note-se que a violência deve ser contra a pessoa e não contra a coisa, e a ameaça deve ser grave, idônea a incutir medo sincero do mal prometido; ou b) mediante concurso de mais de duas pessoas. Segundo a doutrina dominante são

necessários neste caso ao menos quatro pessoas – o agente e mais de duas, portanto, três. (LOPES, 2005, p. 129)

Assim, se um grupo de pessoas ocupar em conjunto um bem imóvel, com fim de residir-lo e usufruir de seus frutos, há a configuração do crime de esbulho possessório. Contudo, cabe refletir se realmente o mais retributivo para a sociedade seria o encarceramento de pessoas que buscam acesso ao seu direito à moradia ou garanti-lo os direitos do possuidor dispostos no Código Civil.

A evolução da legislação para uma totalidade abrangente e complexa faz surgir a necessidade de uma nova divisão social do trabalho; ganha forma uma categoria de juristas profissionais e, com estes, surge a ciência jurídica. Esta, em seu desenvolvimento subsequente, compara entre si os sistemas legais de diferentes povos e diferentes épocas, não como marcas deixadas pelas respectivas relações econômicas, mas como sistemas que se encontram fundamentados em si mesmos. A comparação pressupõe um elemento em comum: este é encontrado quando os juristas coligem os elementos mais ou menos comunitários em todos esses sistemas legais na forma de direito natural. Contudo, o critério usado para medir o que é e o que não é direito natural consiste justamente numa das expressões mais abstratas do próprio direito: a justiça. (ENGELS, 2015, p. 121)

A propriedade privada é reconhecida como garantia da liberdade individual, obrigando que a ordem jurídica proteja não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários, a fim de que o acesso à propriedade adquira o caráter de direito fundamental da pessoa humana (COMPARATO, 2000, p. 137).

Segundo Luiz Edson Fachin (2007, p. 271), o largo alcance da função social não é congruente com o deferimento de proteção possessória ao proprietário que não promoveu integralmente a função social. “Assim, na ação possessória, o descumprimento da função social desqualificaria a posse; e tanto nas possessórias quanto nas petições, para a prova da propriedade não bastaria o título, sendo também necessário provar o cumprimento da função social” (BECKER, 1997, p. 60)

Dessa forma, o indivíduo que, em concurso de pessoas, invade uma propriedade para tomar sua posse se encontra no limiar entre a consumação de um delito, com uma possível condenação criminal, e a garantia de seus direitos em razão da posse, tais como o direito de usufruí-la, sobretudo quando não havia a presença da função social na forma como a propriedade era levada pelo proprietário, para posteriormente ter seu domínio através da usucapião.

O Código Civil, nos termos do art. 1.238, define que aquele que, por quinze anos ininterruptos e sem oposição, possuir um imóvel como se seu fosse, adquire a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo ter esse fato declarado por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis (BRASIL, 2002). Esse prazo é reduzido para dez anos quando o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou ter realizado obras ou serviços de caráter produtivo, isto é, proporcionar a função social da propriedade (BRASIL, 2002).

É possível adquirir o direito ao usucapião no prazo 5 anos quando o possuidor do imóvel rural ou urbano, possua a terra como sua de forma ininterrupta e sem oposição, desde que a área de terra, quando zona rural, não seja superior a cinquenta hectares, e a torne produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia; quando em área urbana, o imóvel deve ter extensão de até duzentos e cinquenta metros quadrados, sendo utilizada para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2002).

Há a possibilidade de conseguir usucapião no prazo de dois anos quando, dentro desse prazo, a pessoa possuir diretamente o imóvel urbano de até 250m², ininterruptamente e sem oposição, com exclusividade, cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2002).

Segundo o art. 1.242 do Código Civil, aquele que possuir por dez anos, de forma contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, adquire a propriedade do imóvel. Esse prazo será reduzido para cinco anos se “o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico” (BRASIL, 2002).

O Art. 1.243 do Código Civil prevê ainda a possibilidade de o possuidor acrescentar à sua posse a dos seus antecessores para fins de contagem do tempo exigido, contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé (BRASIL, 2002).

Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio preocupou-se em criar diversas espécies de usucapião, possibilitando que o indivíduo, mesmo quando não possui o domínio da terra, possa conquistá-la em razão dos direitos que lhe decorrem através da posse. A usucapião serve assim como um mecanismo de atribuir à propriedade a sua função social, relativizando o direito individual em prol do direito coletivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a Constituição Federal preveja o direito à moradia como essencial para a dignidade da pessoa humana e obriga que a propriedade atenda à função social, percebe-se que os ambientes urbano e rural refletem profundamente as desigualdades sociais, sendo perceptível a segregação espacial das classes mais baixas, que são obrigadas a recorrerem aos guetos, favelas ou bairros distantes e com baixo acesso às questões de saúde básica, sanitária e lazer.

Parte desse grupo social sequer consegue assentar-se em regiões afastadas e de menor valor aquisitivo, precisando recorrer às ocupações em propriedades inabitadas. A partir desse ato, o indivíduo pode ser considerado como legítimo possuidor e ter acesso aos frutos da terra, ou um autor do crime de esbulho possessório, quando praticado em conjunto com outras pessoas que possuam o mesmo fim: usufruir da posse.

Dessa forma, o indivíduo que, em concurso de pessoas, ocupa a propriedade para tomar sua posse e fixar moradia é visto como um criminoso, ao passo que situações similares são reguladas e protegidas pelo Código Civil em razão da função social da propriedade.

Assim, deve-se atentar o juiz aos casos concretos, a fim de identificar se há compatibilidade entre o esbulho possessório e os direitos provenientes da posse, sobretudo quando a ocupação se dá de forma pacífica, a fim de atender ao direito à moradia e à função social da posse e da propriedade regulados pela Constituição Federal.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de fev, 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1ª de Janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10, fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 fev, 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20, fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os art. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 18 fev, 2023.

BRASIL. **DECRETO Nº 591, DE 6 DE JULHO DE 1992.** Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 07 fev, 2023.

BECKER, Laércio. A repercussão da função social da propriedade no Processo Civil. **Revista de Direito Processual Civil**, n. 4, Curitiba: Gênese, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – parte especial. v.3, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal** – Curso completo. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** A questão agrária e a justiça. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S. A. 1984.

ENGELS, Friedrich. **Sobre a questão da moradia.** 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, Propriedade / Compropriedade ou condomínio / Direitos autorais.** Rio de Janeiro: Conquista. 1956.

FACHIN, Luiz. **A função social da posse e a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FACHIN, Luiz. **O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória.** In: Cristiano Chaves de Farias (org.), Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto, Salvador: JusPodivm, 2007.

FERNANDES, Édesio. **A produção Socioeconômica, Política e Jurídica da Informalidade Urbana.** In manual de Regularização da Terra e da Moradia. Instituto Polis: São Paulo, 2002.

FRANCO, Alberto Silva et all. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** 7.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 9, p. 379-97, 2006.

GODOY, Luciano de Souza. O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

IBGE. Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas. Editora: Revista retratos. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favela>> Acesso em: 02 de fev, 2023

JUNIOR, Carlos; CAZELLI, Vinicius. A função social como fato limitador ao direito de propriedade. **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, ano VIII, n. XIV, 1º semestre, 2022.

LOPES, J. L. F. Invasões Rurais e suas Implicações Jurídicas – Aspectos Criminais. **Revista Brasileira Multidisciplinar**, S. I., v. 9, n. 1, p. 127-134, 2005. DOI: 10.25061/2527-2675/ReBraM/2005.v9i1.289. Disponível em: <https://www.revistarebram.com/index.php/revistauniara/article/view/289>. Acesso em: 22 fev. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, DF: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 16 fev, 2023.

SAMPAIO, M. R. A., & PEREIRA, P. C. X. (2003). Habitação em São Paulo. **Estudos Avançados**, 17(48), p. 167-183. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000200014>. Acesso em: 20 fev, 2023.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, 2003.

SAULE, N., Jr.; CARDOSO, P. M. (2005). O Direito à moradia no Brasil. **Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho de 2004**. São Paulo, SP: Instituto Pólis.

SPINK, Mary Jane Paris et al. O direito à moradia: reflexões sobre habitabilidade e dignidade. **Psicologia: ciência e profissão**, v. 40, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003207501>. Acesso em: 21, fev. 2023.

SANTOS, K. C. C., & Nunes Filho, M. S. (2015). **Políticas públicas sociais aplicadas ao direito à moradia digna**. Contribuciones a las Ciencias Sociales. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/01/moradia-digna.html>. Acesso em: 26 fev, 2023.

SEGAUD, M. Antropologia do espaço: **Habitar, fundar, distribuir, transformar** (E. R.R. Heneault, Trad.). São Paulo, SP: Edições SESC. 2016.

RANGEL, Paula Duque. Efetivação do direito à moradia como forma de cumprimento da função social da propriedade. **Revista Brasileira de Direito Urbanística | RBDU 10**, Edição Especial, jun. 2020. "Desurbanizando ou Ruralizando"? Desafios para uma cidade eficiente. [X Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico | 22-24 out. 2019]. Palmas-TO: IBDU, 2020.

RIBEIRO, Luiz; JUNIOR, Orlando. Democracia e segregação urbana: reflexões sobre a relação entre cidade e cidadania na sociedade brasileira. **Revista Eure**, Vol. XXIX, Nº 8, pp. 79-95, Santiago de Chile, dezembro, 2003.

RUBIO, David. Uma perspectiva crítica sobre democracia e direitos humanos. **O Direito alternativo**, v. 3, n. 1. 2016. p. 210-232.

TEPEDINO, Gustavo; FILHO, Edison; RENTERIA, Pablo. **Fundamentos do Direito Civil: direitos reais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UZELAC, Alan. Direito processual e pluralismo. Grupos desfavorecidos de pessoas e uma abordagem ao processo judicial derivado do esbulho possessório e do deslocamento forçado. Como resolver disputas privadas (que não envolvem o estado) sobre a terra que envolvem membros de grupos em desvantagem, a exemplo dos indígenas, de uma forma justa e garantindo o devido processo legal? Relatório geral. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 2. Maio a Agosto de 2017.

REPERCUSSÕES DA REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO PELA LEI 14.230/2021

PAULA LARISSA ALMEIDA ALVES:
Acadêmica do Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do
Amazonas. Brasil. ⁶⁴

DANIEL CARDOSO GERHARD
(orientador)

RESUMO: Este artigo analisa as alterações trazidas pela Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021 que modificou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), tendo grande impacto na atuação de gestores na administração pública e sua responsabilização pelos seus atos. Por intermédio do presente artigo tem-se como escopo examinar as mudanças legislativas e sua repercussão. Esta pesquisa tem o importante papel de trazer o tema de improbidade administrativa de modo sucinto e prático. A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica de doutrinas, artigos científicos e as legislações relacionadas ao tema.

SUMMARY: This article analyzes the changes brought about by Law nº 14.230, of October 25, 2021, which modified the Administrative Improbity Law (LIA), having a great impact on the performance of managers in public administration and their accountability for their actions. Through this article, the scope is to monitor legislative changes and their repercussions. This research has the important role of bringing the subject of administrative impropriety in a succinct and practical way. The applied methodology was the bibliographical analysis of doctrines, scientific articles and legislation related to the theme.

Palavras Chaves: Agente público; Lei de Improbidade Administrativa; Gestão pública; Atos ilícitos; Sanções.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo analisa as repercussões da nova Lei de Improbidade Administrativa, Lei 14.230/2021, que alterou significativamente a legislação anterior da Lei 8.429/1992, doravante designada como "LIA". Tendo como finalidade aprofundar as principais alterações trazidas pela nova legislação e um comparativo com a legislação anterior.

⁶⁴ E-mail: paulalves1723@gmail.com

A legislação sobre Improbidade Administrativa formalizou a obrigação dos servidores públicos de observar, além das disposições legais, os princípios que regem a administração pública no desempenho de suas funções. O administrador público é apenas o representante da sociedade, logo, deverá pautar suas ações na Lei e no atendimento do interesse público.

Segundo NEVES e OLIVEIRA (2017), o tema possui grande relevância para o interesse público:

Trata-se de tema atual e de extrema relevância para o país, pois envolve a ética na gestão de recursos públicos por parte dos agentes públicos e dos particulares que se relacionam com a Administração Pública (...) no contexto brasileiro, o tema da improbidade administrativa encontra-se na ordem do dia, com destaque para a interpretação e a aplicação da Lei nº 8.429/1992, considerada um dos principais instrumentos no combate à corrupção administrativa. (NEVES e OLIVEIRA; 2017; pag. 23)

A abordagem desse artigo será a apresentação das principais mudanças legislativas na matéria de improbidade administrativa, como: a alteração da responsabilização do agente público, que em texto expresso há a exigência de dolo, não sendo admitido o dolo genérico, pois a finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade passou a ser explícita no texto legal.

Para mais, para que seja considerado ímprobo, o ato deve derivar de vontade livre e consciente do agente público de causar algum tipo de prejuízo ao erário, ferir os princípios da Administração Pública ou enriquecer ilícitamente, não bastando à voluntariedade ou o mero exercício da função; não podendo ser punida como improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência na interpretação da lei.

A nova legislação trouxe também alterações que configuraram a prática do nepotismo como modalidade de improbidade; houve alteração no prazo prescricional, assim como na titularidade da propositura da ação. E por fim, as sanções sofreram mudanças relevantes.

Como consequência lógica dessa pesquisa, emitir-se-á um posicionamento conclusivo acerca das diversas alterações legislativas apresentadas, pautado na doutrina, na jurisprudência e no raciocínio lógico e crítico.

Referente à metodologia, será utilizada a pesquisa bibliográfica sob o método de abordagem dedutivo - partindo de teorias e leis mais gerais para ocorrências de

fenômenos particulares - com o objetivo de estabelecer um diálogo reflexivo entre a teoria e o objeto da investigação escolhida.

2.IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para se chegar a uma melhor interpretação da lei de Improbidade Administrativa, é necessário entender a semântica de certas palavras e a definição de certos termos, a começar por “improbidade”. Etimologicamente, a palavra improbidade vem do latim *improbitas (atis)*, que denota má qualidade de algo. *Improbus*, - que deu origem à palavra ímprobo -, significa mau, má qualidade. Por outro lado, *probus* significa bom ou de boa qualidade. Assim, ao citar o administrador desonesto, há que ter em conta que não estamos necessariamente a referir-nos à sua característica de desonesto ou de má-fé, mas também é possível que tal expressão seja invocada para designar uma administração de má qualidade (Fernandes F.S., 2018, p. 101).

ANDREUCCI (2017) adota o termo improbidade de maneira unidimensional, sem imiscuir nele conceitos sobre a qualidade da administração:

Improbidade é desonestidade, indicando qualquer ato que infringe a moralidade pública. O ato de improbidade administrativa afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, às normas de conduta aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, além de outros postulados éticos e morais (Andreucci, 2017, p. 496).

O agente público quando munido de dinheiro público deve observar acima de tudo o interesse social, tendo uma proporcionalidade entre valor gasto e o benefício à sociedade. O administrador do dinheiro público não é titular dos bens que administra, sendo de sua competência praticar apenas os atos administrativos que tenham uma motivação válida e real, em benefício do povo, sob pena de responder pelo que praticou, se agir de má fé e faltar zelo.

Conforme PRESTES (2016), a Administração Pública começou a se organizar nos séculos XVIII e XIX, uma época de prevalência do Estado Absolutista, onde o poder era centralizado impedindo qualquer desenvolvimento público. Não existia entendimento normativo baseado em princípios constitucionais; havia somente obras e regras esparsas que originariam conceitos de direitos constitucionais e administrativos.

Com o surgimento do Estado de Direito houve uma contenção do poder absoluto com uma ideologia extremamente poderosa para todos aqueles que lutam contra o autoritarismo e o totalitarismo, transformando-se num dos principais pilares do regime democrático.

Para RAZ (1979), p. 212, o Estado de Direito em seu sentido amplo “significa que as pessoas devem obedecer às leis e serem reguladas por elas. Porém, em uma teoria política e jurídica, ele deve ser lido de uma maneira mais estrita, no sentido de que o governo deve ser regulado pelas leis e submetido às mesmas”. Nesse sentido, o Estado não possui uma autoridade suprema, onde seus atos estão isentos de qualquer sanção e responsabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de improbidade administrativa teve uma notoriedade com a Proclamação da República em 1889, no entanto somente com a Constituição Federal Brasileira de 1946 (art. 141, §31) que existiu formalmente o tratamento sobre o tema, que posteriormente houve alteração com Constituição Federal de 1967 (art.150, §11), depois modificada pela EC. nº 1/1969 (art.153, §11), conforme CARVALHO FILHO (2018).

Nesse contexto foi inserido nas premissas do direito constitucional brasileiro a prevenção e correção de distorções da administração pública por parte de seus agentes. COSTA (2000) ressalta que o instituto da improbidade como delito disciplinar, embora com eficácia contida, foi consagrado no art. 37, § 4º, da Constituição Federal Brasileira de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] § 4º 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 (BRASIL, 1988).

Em síntese, pode-se definir a improbidade administrativa como sendo ato ilegal ou contrário aos princípios básicos da Administração Pública, cometido por agente público, durante o exercício de função pública, ou até mesmo por pessoa que não configura agente público, mas que participa ou se beneficia da prática de ato de improbidade, sendo sujeito às penalidades previstas na lei.

Conforme MATTOS (2012), infelizmente sempre existiram pessoas com má intenção, se corrompendo por poder e status, o que também ocorre na própria administração pública, a presença de pessoas que não apresentam o mínimo de zelo exigido para o exercício de sua função. Portanto para punição de pessoas com má índole é necessário sanções para suas condutas que visam benefício próprio e não do interesse público.

No que tange a um conceito legal sobre improbidade administrativa, o legislador ordinário quando a editou a Lei n.º 8.429/1992, o conceito de improbidade administrativa consistia, originariamente, na violação a todo e qualquer princípio da Administração Pública, com a apresentação de condutas exemplificativas.

Ademais, o legislador tratou de organizar os atos de improbidade em três grupos, sendo eles: a) os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (Cap. II, Seção I, art. 9 da LIA); b) os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (Cap. II, Seção II, art. 10 da LIA) e; c) os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (Cap. II, Seção III, art. 11 da LIA).

A nova redação legislativa trazida pela Lei n.º 14.230/2021 alterou demasiadamente a redação do art. 1 da LIA, trazendo novos elementos ao tipo, e ainda restringindo o entendimento do que constitui ato de improbidade administrativa, como iremos aferir no decorrer do presente artigo.

Logo, a LIA deixou de dar conceituação única e ampla para todos os atos de improbidade, passando a tratar como atos ímprobos somente os praticados com dolo e tipificados nos artigos 9, 10 e 11 do mesmo diploma normativo. Salienta-se que o legislador evidenciou, por meio da redação dada ao § 1º do art. 1º, que o rol do artigo 11 – anteriormente exemplificativo – ora é taxativo, não existindo espaço para o entendimento de que condutas diversas das ali tratadas possam constituir ato de improbidade.

Vale ressaltar que a LIA não deve ser aplicada apenas às irregularidades ou infrações à disciplina, pois essas ações serão punidas na esfera administrativa com a instauração de processo disciplinar, mas visa à manutenção dos princípios da administração pública.

Através da ação de improbidade administrativa se pretende o reconhecimento judicial das condutas de improbidade na Administração perpetradas por administradores públicos e terceiros, com a consequente aplicação de sanções legais, que possuem o propósito de preservar o princípio da moralidade administrativa (CARVALHO FILHO, 2018).

Essa ação é um instrumento de controle judicial da Administração Pública, sendo uma conquista de imensurável relevância firmada na Constituição Federal de 1988 para garantir o interesse público e o Estado Democrático de Direito, permitindo que os cidadãos brasileiros possam usufruir de um desenvolvimento mais uniforme e isonômico.

3.DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E AS SANÇÕES DE IMPROBIDADE

É de notório saber que os processos criminais, administrativos e civis tramitam de forma independente, logo a má conduta pode ser sancionada nas três esferas. As hipóteses de sanções por improbidade administrativa previstas na legislação são de natureza civil, sem prejuízo da apuração de responsabilidades nas esferas administrativa e criminal. Para aplicação dessas sanções no âmbito Administrativo utilizamos o Direito Administrativo Sancionador (DAS) que foi ampliado pelas novas perspectivas da soberania popular.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e mudança de paradigma constitucional para o do Estado Democrático de Direito houve alterações nos valores jurídicos; sendo consagrado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Resultando na expansão do Direito Administrativo, conforme os ensinamentos de DI PIETRO (2022):

[...] houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social.

A expansão desse princípio fundamentou uma das bases do Direito Administrativo Sancionador, o qual pode ser definido como a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado.

Constata-se que é por meio do Direito Administrativo Sancionador (DAS) que a Administração Pública impõe sanções. Uma das principais leis que regem o DAS no Brasil é a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), por prever diversas sanções para os responsáveis por tais atos, como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multas e proibição de contratar com o poder público.

Para que a responsabilização dos envolvidos e a aplicação das sanções previstas na LIA, é necessário o ajuizamento da Ação Civil Pública por ato de improbidade (ou, simplesmente, Ação de Improbidade). Apesar de ter natureza de ação civil pública, a ação de nulidade não é regida pela Lei ACP (Lei nº 7.347/85), visto que a própria Lei nº 8.429/92 define os contornos dessa ação.

As alterações legislativas trazidas pela Lei n.º 14.230/2021 positivou a ponderação do exercício do *ius puniendi* na esfera administrativa com o Direito Público Sancionador. A

redação conferida ao §4º do artigo 1º da nova legislação determina que o sistema da improbidade se rege pelos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, o que nos leva a concluir de imediato que no âmbito dos processos penaliformes de improbidade administrativa aplica-se o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica; veda-se o emprego da analogia *in malam partem* e admite-se a invocação do estado de necessidade como excludente de ilicitude por exemplo.

Verifica-se ainda esse respeito aos princípios constitucionais do DAS, na redação do artigo 12, §7º, que estabelece uma expressa vedação ao *bis in idem*, que, em que pese fazer referência às sanções aplicadas a pessoas jurídicas e à Lei nº 12.846/2013, evidenciando que a dupla punição pelo mesmo fato é intolerável, algo que aliás encontra albergue no §3º do artigo 22 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Por fim, a nova pela Lei de Improbidade Administrativa prevê em seu artigo 17, §6º, I, a inserção no regime jurídico da Lei nº 8.429/1992 a necessidade de individualização das condutas na petição inicial; instituto indispensável para um pleno exercício dialético de um contraditório efetivo no qual se garanta ao imputado a possibilidade de influenciar no resultado do processo.

Logo, percebe que o legislador teve cautela ao entender a necessidade aproximar garantias processuais constitucionais do Direito Público Sancionador às ações de improbidade administrativa; buscando promover a transparência, a moralidade e a eficiência na Administração Pública, responsabilizando aqueles que agem de forma contrária aos princípios que regem a atividade pública.

4.ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 14.230/2021

Em 1992 foi editada a Lei 8.429, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa – ou LIA, com fundamento em dispositivo constitucional, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade. Porém, em 2021, esta lei foi profundamente alterada, a alteração na redação original da LIA traz novos questionamentos e possibilidades caracterizadoras do ato ilícito de Improbidade. Sendo assim, o debate acerca das alterações, ainda que pontuais, se faz necessário.

A partir da nova normatização, é possível conceituar os atos de improbidade administrativa como aquelas condutas dolosas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11 da própria lei, com exceção dos tipos previstos em leis especiais.

4.1 Responsabilização apenas por condutas dolosas

Referente ao dolo na improbidade administrativa, há várias discussões em razão da importância atribuída a ele para a caracterização do ato ímprobo, que, com a Lei nº 14.230/2021 adquiriu ênfase. Visto que a nova legislação trouxe a exigência de dolo específico para responsabilização por improbidade.

Na antiga redação da LIA, conforme a interpretação mais pacífica da lei 8.429/1992, o elemento subjetivo podia se expressar somente sob duas formas: o dolo e a culpa, sendo por meio destas que haveria a fixação do elo de encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a consequente demonstração do grau de culpabilidade do agente.

A jurisprudência tradicional do STJ, firmada a partir da antiga redação da LIA, entendia que bastava o dolo genérico para a configuração da improbidade. No entanto, as alterações legislativas decorrentes da reforma trouxeram à baila o dolo específico, ou seja, ato eivado de má-fé; instituto necessário para caracterização de ato de improbidade. Nesse ínterim, destaca-se a nova redação do artigo 1º juntamente com os §1º e 2º, *in verbis*.

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (BRASIL, 2021)

Analisando o texto legal da Lei n. 14.230/2021 percebe-se que o legislador deu ênfase ao elemento psicológico do ato ímprobo, pois previu de forma expressa a necessidade de uma intenção ilícita (art. 1º, §2º e 3º), de um fim de obter proveito ou benefício indevido (art. 11, §1º), somada à retirada da figura culposa e a determinação de que a voluntariedade é insuficiente para configurar o dolo em sede de improbidade, ou seja, danos causados por imprudência, imperícia ou negligência não podem mais ser

configurados como atos ímprobos. Na LIA nº 8.429/92 nessas hipóteses era admitido tanto o dolo quanto a culpa.

Tais ordenamentos normativos conduzem à presunção de que o desejo do legislador foi de estabelecer um dolo na visão psicológica, pois, do contrário, bastaria determinar a necessidade do dolo para configurar o ato ímprobo.

As alterações foram no sentido de conferir maior segurança jurídica ao gestor público e de diminuir os espaços de subjetividade das autoridades encarregadas da aplicação da lei, em especial o Poder Judiciário e o Ministério Público.

As condutas consideradas como improbidade são apenas aquelas listadas no texto da lei. Antes, a lista era considerada exemplificativa. A legislação considera atos de improbidade administrativa aqueles que causam enriquecimento ilícito do agente público, lesão ao erário ou violação dos princípios e deveres da administração pública (vide artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 14.230/21).

Ademias, o parágrafo 8º do artigo 1º afirma que quando a ação ou omissão decorrer de divergência interpretativa da lei, ainda que a jurisprudência não tenha sido pacificada não será considerada como Ato de Improbidade.

4.2 Nepotismo e promoção pessoal como atos ímprobos

O nepotismo, enquanto forma corrupta de burlar as normas relativas à ação administrativa pode ser identificado como uma modalidade de apadrinhamento que se destina ao preenchimento de cargos de livre nomeação de forma que, pela sua eficácia, favorece a concessão dos mesmos em virtude de laços de sangue paterno.

Segundo GARCIA (2004), o nepotismo está intrinsecamente associado à lealdade e à confiança existente entre a autoridade pública e o beneficiado. Deduz que esta relação implica em um favorecimento direto do beneficiado, contudo, em vistas resguardar o direito daquele que o nomeou.

No artigo 11, inciso XI, a Lei 14.230/21 trouxe previsão expressa do nepotismo, em sua forma simples e modalidade cruzada, como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, *in verbis*.

Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

(...)

XI– nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou para proibir essa prática em qualquer um dos poderes da República com base nos princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. Nessa linha de pensamento a editou a Súmula Vinculante nº 13:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

É nítido que o nepotismo viola a padronização da prossecução do interesse público, sendo a motivação para nomear cargos de confiança ou de chefia por parte do nomeador prejudicada pela influência das preferências pessoais, preferencialmente em detrimento da motivação pública. Então ter uma previsão expressa na legislação para essa conduta ímproba é benéfico para o interesse público.

4.3 Prazo Prescricional

A importância do instituto da prescrição se relaciona à garantia da segurança jurídica e, neste sentido, estabelece uma barreira à arbitrariedade, posto que estabelece limites temporais ao exercício da pretensão punitiva. Segundo Mayara Bueno Barretti Rocha, citando Osório,

[...] ninguém pode ficar à mercê de ações judiciais ou administrativas por tempo e prazos indefinidos ou perpétuos, de forma que a

prescrição é uma garantia individual, com transcendência social, já que as relações sociais necessitam de segurança e o Direito busca, em um de seus fins, assegurar essa estabilidade (BARRETTI ROCHA, 2022, apud OSÓRIO, 2018).

Na improbidade administrativa, a prescrição é a perda da pretensão do direito do titular em aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) por inércia no exercício da ação judicial no prazo legal. Nesse sentido, a Lei nº 14.130/2021 modificou a sistemática da prescrição nas ações de improbidade administrativa.

É importante ressaltar que a LIA enfatiza, no caput do seu artigo 23, que o que prescreve são as ações que versam sobre a aplicação de sanções aos agentes públicos ou a terceiros que cometem atos considerados como de improbidade administrativa. Logo, a prescrição não alcança a pretensão de ação por ressarcimento de danos ao erário, visto que a Constituição Federal de 1988 ressalva a sua imprescritibilidade em seu artigo 37, §5º.

Conforme a nova redação do artigo supramencionado, o prazo prescricional para apuração de atos de improbidade aumentou de 5 (cinco) anos para 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato; e nos casos de infração continuada ou permanente, o prazo prescricional se inicia na data em que houver o seu encerramento. Essa dilatação de prazo resultou em favorecimento a apuração e repressão das infrações, pois na maioria das vezes esses eventos de investigação podem ser complexos.

Além da alteração de dilatação do prazo prescricional, a nova lei em seu art. 23, §5º, expressamente passou a prever a prescrição intercorrente, ao dispor que se nos períodos entre as hipóteses de interrupção da prescrição elencadas nos incisos do caput do dispositivo, houver o decurso do prazo de 4 (quatro) anos, o juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato.

Essa novidade legislativa tem o intuito de evitar que as ações de improbidade administrativa permaneçam por um longo período sem movimentação processual, seja pelo Judiciário ou pelo Ministério Público. Observa-se que essa nova disposição tem o condão de evitar que ações de improbidade permaneçam sem qualquer movimentação, pelo Judiciário ou pelo Ministério Público, durante anos.

Cumpramos ressaltar que a morosidade processual traz efeitos nefastos não só para a sociedade, que almeja uma rápida resolução das lides, mas também vai de encontro ao direito fundamental dos acusados de ter a lide resolvida em tempo razoável. Em outras palavras, a inserção do dispositivo supramencionado busca observar e garantir a segurança

jurídica e a duração razoável do processo no âmbito das relações jurídicas disciplinadas pela LIA. Trata-se, assim, de uma *novatio legis in melius*, na medida em que reforça uma garantia fundamental aos acusados.

4.4 Titularidade da Ação de Improbidade

Na redação original da Lei nº 8.429/92, a titularidade da ação de improbidade era restrita a pessoa jurídica interessada e Ministério Público.

Com base na nova normatização, apenas o Ministério Público possui a titularidade de propor a ação de improbidade. Nessa perspectiva, qualquer pessoa que tiver conhecimento de atos e fatos considerados ímprobos, representará o Ministério Público para que sejam tomadas as providências cabíveis, aquele que tem ciência de condutas e fatos considerados ímprobos, representará ao Ministério Público, para que sejam adotadas as medidas cabíveis, conforme preconiza o art. 7º da lei, *in verbis*:

Art. 7º Se houver indícios de ato de improbidade, a autoridade que conhecer dos fatos representará ao Ministério Público competente, para as providências necessárias.

Essa alteração tem gerado controvérsias em sua aplicação, visto que pela legislação anterior, qualquer pessoa jurídica podia fazê-la. Em julgamento da ADIS 7042 e 7043, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que entes públicos que tenham sofrido prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados a propor ação e celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos.

A maioria do colegiado acompanhou o voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, e entendeu que a Constituição Federal prevê a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e os entes públicos lesados para ajuizar esse tipo de ação. Visto que, a supressão dessa legitimidade fere a lógica constitucional de proteção ao patrimônio público.

Por meio desse julgamento o Supremo Tribunal Federal pôs fim ao debate quanto à legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa, reconhecendo o bem maior defende neste tipo de ação, que é a probidade, reflexo maior do princípio da moralidade administrativa, uma vez que conferiu aos entes lesados a legitimidade para ingressar com a ação de improbidade administrativa e, dessa forma, proteger a Administração Pública, tendo em vista que seu papel não deve se limitar a reaver o prejuízo causado pelo agente ímprobo, mas também afastá-lo do trato da coisa pública.

Com essa decisão, o STF encerrou o debate sobre a legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa e reconheceu o bem maior defendido nesse tipo de ação: a probidade, que transparece os princípios morais da administração. Posto que

ortogou aos entes lesados a legitimidade para ingressar com a ação de improbidade administrativa e, dessa forma, proteger a Administração Pública.

4.5 Sanções

A sanção é o “efeito” da infração. A previsão de uma punição traduz o exercício do poder estatal orientado a produzir um sacrifício de direitos ou interesses do agente responsável pelo ilícito segundo JUSTEN FILHO, 2021.

Houve profundas alterações quanto as penalidades quanto a forma de aplicação e o tempo de cumprimento da sanção.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XL, não deixou que a lei, e no caso, a Lei de Improbidade Administrativa, retroagisse de forma gravosa, em virtude das sanções que trazia, especialmente porque é uma norma administrativa sancionadora e que tem como consequência sanções, inclusive monetária e políticas.

A nova redação legislativa dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Apresentando uma relação de atos que podem ser considerados crimes de má-fé pelos agentes públicos, que se dividem em três categorias principais: prejuízo às finanças públicas, enriquecimento ilícito e atentado aos princípios da administração pública.

Nos casos de atos de improbidade administrativa que resultarem no enriquecimento ilícito do agente, a Lei nº 14.230/2021 fixou no art. 12, I, da LIA que devem ser aplicadas as penas de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos pelo período de até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo período de até catorze anos.

Verifica-se ainda que nessa categoria foi mantida a sanção da perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e a perda da função pública. Todavia, o prazo de suspensão dos direitos políticos teve um aumento, na legislação anterior era de 8 (oito) a 10 (dez) anos, agora passou a ser de até 14 (quatorze) anos. A multa civil foi reduzida para o valor do próprio acréscimo, deixando de ser até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial. E houve o aumento do prazo fixo de 10 (dez) anos para prazo não superior a 14 (catorze) anos de proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

No art. 12, II, da LIA foram fixadas as penalidades aplicáveis aos atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, sendo a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até doze anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a doze anos;

Para os casos de prejuízo ao erário, a Lei 14.230/2021, manteve penalidade da perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, e a perda da função pública. Contudo, alterou o prazo da suspensão dos direitos políticos, que possuía prazo mínimo de 5 (cinco) e máximo de 8 (oito) anos na legislação anterior, sendo ampliada para foi elevada para até 12 (doze) anos, sem a previsão de prazo mínimo. Referente a multa civil, houve uma redução para o valor do próprio dano causado. E a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios foi ampliada 5 (cinco) anos para período não superior a 12 (doze) anos.

Referente aos atos de improbidade que violem os princípios da Administração o art. 12, inciso III, definiu as penalidades, sendo o pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por período não superior a quatro anos.

Nessa categoria constata-se que as sanções foram significativamente diminuídas. A penalidade de suspensão dos direitos políticos foi excluída, a multa civil que era de até 100 (cem) vezes a remuneração, passou a ser de até 24 (vinte e quatro) vezes e o prazo de proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios ampliou de 3 (três) anos para período não superior a 4 (quatro) anos).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estando ausente a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo se propôs através de análise comparativa entre o texto original da Lei de Improbidade Administrativa e o texto oriundo da reforma promovida pela Lei nº 14.230/21, e com base em apontamentos doutrinários e posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a apontar as principais alterações e seus respectivos efeitos no tocante a responsabilização do agente público.

Ficou evidenciado que as alterações promovidas foram tão significativas que é possível afirmar que foi criada uma nova lei, haja vista que a reforma legislativa promovida, alterou a redação originária do texto legal de tal forma a alterar inclusive sua axiologia.

A Lei de Improbidade Administrativa representou um avanço na tutela dos interesses públicos representados pela Administração Pública, além de ser um instrumento de controle da probidade e na concretização do princípio constitucional da moralidade administrativa. O legislador desenvolveu a legislação que tratava da matéria, que já estava em desconformidade em relação ao novo contexto social e o atual ordenamento jurídico, inserindo conceitos valiosos para essa proteção.

A legislação sobre a temática ofereceu mecanismos que sancionam civilmente os atos ímprobos dos agentes públicos que violem o erário ou conflitem com os princípios da administração pública. A natureza civil da LIA proporciona maior agilidade em relação aos instrumentos do processo penal.

As significativas alterações legislativas que a temática sofreu foram visando a proteção integral do interesse público. No entanto, a sua aplicação prática flexibilizou a lei e ocasionou o surgimento de lacunas das quais o agente público de má fé podem utilizar para se esquivar de sua responsabilidade quanto ao zelo pela moralidade e probidade no serviço público. Todavia, em termos gerais, a nova legislação teve aspectos positivos, gerando mais segurança jurídica para o exercício da função pública para os agentes públicos de boa-fé.

6. REFERÊNCIAS

Andreucci, R. A. (2017). **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva. Barbosa, A. S. (2016). *Improbidade Administrativa por Dano ao Erário*. São Paulo: Livrus.E-Book.

BARRETTI ROCHA, Mayara Bueno. **A prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa**. Migalhas, 2022. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/369733/a-prescricao-intercorrente-nas-acoes-deimprobidade-administrativa> >. Acesso em: 07 de novembro de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 27. ed., 2018.

CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. **O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MODERNAS TEORIAS E NOVA LEGISLAÇÃO**. 2021. 83 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento Mestrado Profissional em Direito, Brasília-DF, 2021.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21 mai. 2023

FERNANDES, D. d. (2018). **Improbidade Administrativa: a antinomia entre preceitos morais e mazelas na gestão pública**. E-Book

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa - Comparada e Comentada**. São Paulo: Grupo GEN: São Paulo, 2021.E-book.

OLIVEIRA, Mardem Etanaella Ribeiro. **Princípios Constitucionais De Direito Administrativo: Uma Análise De Sua Relevância E Aplicação Na Gestão Pública**. 2020. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portal-services/files/arquivo/nome/13960/9278fa6bc0eff4a73b5bc407ced15b30.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Os vinte anos da lei de improbidade administrativa**. Conjur.com, 06 dezembro 2012. Não paginado. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-06/mauro-mattos-vinte-anos-lei-improbidadeadministrativa>> Acesso em: 26 maio. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de improbidade administrativa comentada: de acordo com a reforma pela Lei n. 14.230/2021**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 13-14.

Neves, D. A., & Oliveira, R. C. (2017). **Manual de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, p.23.

NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645367. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645367/>. Acesso em: 25 maio. 2023.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. em ebook baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PRESTES, Bibiana Rabaioli. **Administração Pública, Um Breve Histórico**. 2016. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12343. Acesso em: 02 fev. 2023.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Clarendon Press, 1979.

DIREITO AUTORAL NA ERA DIGITAL

GUSTAVO GRANA PEREIRA DE MENEZES:

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

WALDOMIRO GOMES NETO

(coautor)

RESUMO: O homem, de fato, é um ser cultural, e a arte vem de sua cultura. Para eles, é impossível não mostrar a música - a arte das musas - uma combinação de sons e silêncio, que é resultado de melodia, harmonia e ritmo. A arte das artes, sempre presente em todas as sociedades e manifestada voluntária ou intuitivamente para os mais diversos fins, desde momentos rituais até simples divertimentos; em cura mental, musicoterapia, até a extravagância enlouquecida da rebelião adolescente. Música evolutiva, atemporal, transcendente; apropriado e inadequado; protegido e contaminado. A música, ao mesmo tempo, é objeto de propriedade intelectual e a cada dia se torna um exemplo crescente na busca pela desregulamentação legal, pelo "fair use" legal: a música é compartilhada, desconstruída, digitalizada, remixada. Este trabalho visa justamente enquadrar essas reflexões na perspectiva de um novo direito autoral, de acordo com a nova lógica jurídica exigida pelo século XXI e as novas tecnologias de informação e comunicação que dele surgiram: conflitos morais e de gênero diante da nova era digital, novas modalidades de distribuição e comercialização de obras musicais e novas formas de criação e licenciamento.

Palavras-chave: Direitos Autorais; Novas Tecnologias; Propriedade Intelectual.

ABSTRACT: The man, indeed, is a cultural being, and art arises from his culture. For them, it is impossible not to showcase music - the art of the muses - a combination of sounds and silence, resulting from melody, harmony, and rhythm. The art of arts, always present in all societies and manifested voluntarily or intuitively for various purposes, from ritual moments to simple amusements; in mental healing, music therapy, to the wild extravagance of adolescent rebellion. Evolving, timeless, transcendent music; appropriate and inappropriate; protected and contaminated. Music, at the same time, is the subject of intellectual property and increasingly becomes an example in the pursuit of legal deregulation, through "fair use" legality: music is shared, deconstructed, digitized, remixed. This work aims precisely to frame these reflections from the perspective of a new copyright law, in accordance with the new legal logic demanded by the 21st century and the new information and communication technologies that have emerged from it: moral and gender conflicts in the face of the new digital era, new modalities of distribution and commercialization of musical works, and new forms of creation and licensing.

Keywords: Copyright; New Technologies; Intellectual Property.

1 INTRODUÇÃO

O advento da Internet e o desenvolvimento de novos formatos de distribuição de conteúdo, principalmente música, mudaram significativamente a forma como o conteúdo é acessado, compartilhado, distribuído e - por que não? - a música é criada. As novas tecnologias causaram inicialmente um verdadeiro colapso do mercado, pois a maior parte dos lucros dos proprietários de direitos autorais e direitos conexos na indústria fonográfica veio da venda do produto físico.

Os avanços tecnológicos se espalharam e criaram um ambiente propício para a reprodução ilegal ("pirataria") de produtos vendidos a preços abaixo do mercado, sem permissão e possivelmente repassando royalties aos respectivos detentores dos direitos autorais. Além disso, a Internet acelerou as mudanças no comportamento do consumidor em relação à compra e consumo de uma obra, dada a facilidade de fluxo de informações trazida pela *World Wide Web*, que amplia a noção de liberdade de expressão e livre acesso à informação no comportamento e a facilidade de acesso ao conteúdo têm incentivado os usuários a mudar para o consumo descarregável, muitas vezes ilegalmente gratuito, criando obscuridade de estoque inerte, baixos níveis de acumulação de receita e, portanto, menores retornos para detentores de direitos, bem como autores, editores, artistas e gravadoras rótulos.

O novo comportamento do consumidor provocou uma verdadeira revolução nos modelos de negócios utilizados pela indústria fonográfica até então, exigindo uma rápida adaptação e uma rápida reação das gravadoras para adequar a forma de comercialização dos produtos à nova forma de consumo.

Não obstante, o atual projeto aborda a relação do momento atual com a lei brasileira que protege o direito autoral e os desafios relacionados ao surgimento de novas mídias, formatos e mídias não previstos pelo ordenamento jurídico. Tentaremos entender os esforços da comunidade para preservar os direitos autorais diante da mudança de hábitos de consumo trazida pela revolução tecnológica? Que debates e divergências conceituais estão causando atualmente processos judiciais? Além disso, tais mecanismos legais são eficazes diante de novas formas de exploração insurgentes que já se estabeleceram no mercado? Haverá necessidade de atualização dos conceitos legais para melhor contemplar as mudanças de mercado ou a Lei 9.610/1998 funciona plenamente?

2 DIREITO AUTORAL NO BRASIL

A primeira norma, a Lei de 11 de agosto de 1827, sobre direitos autorais no Brasil, foi a que lançou os cursos de direito no país, e no artigo 7º continha o seguinte texto:

Art. 7º - Os lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feito, contando que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Esses compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente, submetendo-se, porém, à aprovação da Assembleia Geral, e o governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos”.

A diplomacia normativa dá ao autor a prerrogativa de usufruto de sua obra por dez anos sobre os compêndios das matérias elaboradas por professores, analisando o cumprimento de algumas condições. Da análise da Lei fica claro o interesse do governo imperial em manter o poder sobre o que foi produzido intelectualmente no território nacional, ou por pouco tempo, ou o direito exclusivo de imprimir e distribuir materiais. O sistema era de eficácia limitada porque era compatível apenas com universidades recém-criadas.

No Brasil sempre foi assentada que a tutela dos direitos autorais se deu por meio do código criminalista e o Código Criminal do Império de 1831 em seu artigo 261, que indiretamente idealizou o direito autoral para reprodução, a começar pelo tipo penal, que proibia a repetição. obras ou gravuras criadas, compostas ou traduzidas por cidadãos do Brasil, *ipses literis*.

Art. 261 – Imprimir, gravar, litografar ou introduzir quaisquer escritos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez anos depois de sua morte se deixarem herdeiros.

Penas – Perda de todos os exemplares para o autor ou tradutor, ou seus herdeiros, ou, na falta deles, do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao dobro do valor dos exemplares. Se os escritos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, litografar ou introduzir durará somente por espaço de dez anos.

O Código Penal de 1890 deu continuidade à tradição de legislar os direitos autorais por meio do direito penal. O título XII do Capítulo V do Código, intitulado “Dos Crimes contra a Propriedade Literária, Artística, Industrial e Comercial”, trata dos crimes contra a propriedade científica e literária, dos recursos afetados pelos códigos penais da França e de Portugal e da proteção das traduções, exigindo autorização do proprietário dos direitos

sobre a obra original. Uma comparação entre o Código Penal do Império e o Código Penal de 1890 mostra que há o início de um movimento de maximização do direito autoral.

A proteção constitucional dos direitos autorais no Brasil se deu apenas com a Constituição da República de 1891, que dispôs em seu Título IV "Dos Cidadãos do Brasil", seção II, Artigo 72, § 26: "É garantido aos autores das obras literárias e artísticas o direito exclusivo de reprodução ou qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros exercerão esse direito enquanto a lei determinar", emenda à Constituição de 3 de setembro de 1926.

Segundo a doutrina moderna, é tradição do direito constitucional brasileiro garantir o direito autoral, pois houve pequenas alterações no texto de outras Cartas Constitucionais, com exceção das Cartas do Império de 1824 e de Vargas de 1937, essas Constituições previam o direito do autor às suas obras no rol dos direitos fundamentais.

Atualmente, o direito autoral é protegido pelo artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII da CRFB/88, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Nota-se que a constituição de 1988 avançou na terminologia, aproveitando a exclusividade na publicação da obra. Preste atenção também na escolha do termo geral "obras" ao invés da expressão "obras literárias artísticas ou científicas", juntando-se a obras literárias, plásticos, programas de computador, etc. Assim, foi garantida ao autor a oportunidade de oferecer ou não a aproximação do público à sua obra, observadas as pré-condições.

Como observado anteriormente, desde o Código Penal de 1830, existem leis que protegem os direitos autorais brasileiros. No entanto, o direito civil demorará a concluir sobre a proteção dos direitos autorais. A primeira lei a tratar dessa questão foi a Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898, conhecida como Lei Medeiros e Albuquerque, promulgada logo após a Convenção de Berna, que incluía um cardápio definindo e garantindo os direitos autorais. Este diploma considera o direito de autor como um privilégio, conferindo-lhe uma validade de cinquenta anos a contar de 1 de janeiro do ano de publicação da obra (art. 3º, 1º), vinculando tal proteção ao depósito na Biblioteca Nacional, dentro de dois anos (art. 13), sob pena de o direito expirar. Por outro lado, a Lei Medeiros e Albuquerque introduziu um mecanismo para listar restrições de direitos autorais, por exemplo, seu artigo 22 continha sete disposições restringindo direitos autorais, distorcendo condutas descritas como falsificação e levantando preocupações sobre violação de direitos autorais referentes à liberdade de expressão e educação.

Com a publicação do Código Civil de 1916, as disposições da Lei de Medeiros e Albuquerque foram revogadas, mas seu texto pouco diferiu daquela lei. Os artigos 649 a 673 do Código Civil de 1916 tratavam desse tema sob o título "Propriedade Literária, Científica e Artística", garantindo ao autor o direito exclusivo de reproduzir suas obras literárias, científicas ou artísticas para prolongar sua vida, bem como do que sessenta anos aos seus sucessores, a contar da data do seu falecimento, artigo 649 do Código Civil/16. O artigo 666 estabelece uma lista de dez restrições aplicáveis aos direitos de autor. O debate sobre o depósito de uma obra continuou no Código Civil de 1916, que trata disso em seu artigo 673, que põe em dúvida se tal ato seria uma forma de aquisição de direitos autorais ou uma mera forma de provar de que tal trabalho era realmente seu.

Essa disputa foi resolvida em 1973 com a promulgação da Lei nº 5.988 de 1973, que afastou a ambiguidade do artigo 673 do CC/16. Outra mudança foi o período de proteção dos direitos patrimoniais decorrentes da produção autoral, que passou para a vida do autor mais a vida dos sucessores, se filhos, pais ou esposa, ou sessenta anos, se diferente os sucessores. Este novo diploma era uma compilação de legislação posterior sobre o assunto, em consonância com as instruções da Convenção de Berna, que na época oferecia proteção mínima cinquenta anos após a morte do autor.

O direito autoral é atualmente regido pela Lei nº 9.610 de 1998 (Lei de Direitos Autorais), que, juntamente com a Lei nº 9.609 de 1998 (Lei de Software), abrange as regras básicas de copyright atualmente em vigor. As mudanças mais significativas na Lei de Direitos Autorais foram: redução das restrições de direitos autorais, o que é muito prejudicial aos direitos dos usuários (artigo 46); alteração do prazo de proteção vitalício do autor, acrescido de setenta anos para os sucessores (artigo 41); proteção de bancos de dados (artigo 87); e obrigações relativas aos sistemas DRM (Artigo 107).

O diploma normativo de 1998 foi duramente criticado por grupos de usuários sob o argumento de que seria prejudicial à cultura do país, dificultando o acesso às informações contidas em obras intelectuais. Um exemplo marcante é que a lei proíbe a cópia completa de obras para fins acadêmicos, artigo 46, II, da Lei nº 9.610/98, que se estende ainda na vedação à cópia integral para fins de preservação do original, ou ainda de cópias de publicações que se esgotaram, o que restringe o acesso ao ideal contido nessas obras, contribuindo para o perecimento da próxima geração de novos conhecimentos e a futura criação intelectual. Isso é apresentado como uma proibição pela proibição, e se bem testado, nem mesmo o autor da obra será beneficiado. Segundo Vieira (2018, p. 102):

As restrições ao uso de direitos autorais na legislação atual são tão severas que, por exemplo, permite a leitura em voz alta de uma obra intelectual apenas com a prévia e clara permissão do autor da obra (Lei Direitos Autorais, artigo 29). Em outras palavras, um pai que lê um livro infantil em voz alta para uma criança sem a permissão prévia do autor infringe direitos autorais e está sujeito a responsabilidade civil e criminal. Isso demonstra uma compreensão radical que nenhum autor/editor provavelmente exigiria, mas sim uma combinação de arte. 29, Inc. VIII, com o artigo 4º, não põe em causa o direito de impedir a recitação.

O legislador nacional, percebendo que a sociedade caminha para a informatização, procurou criar um diploma normativo padrão, suficiente para garantir a longevidade da lei. Há expressões amplas que são usadas em sentido ilimitado, como no caso de fixar obras em qualquer base, tangível ou intangível (artigo 7º, da referida lei), ou o uso da obra por quaisquer outras formas de utilização existentes ou que venham a ser inventado, artigo 29, X. Aderindo rigorosamente aos dispositivos acima, torna-se ilegal a gravação de um vídeo tutorial na Internet para visualização posterior ou mesmo de quem transfere música de um CD do seu formato físico para o formato digital.

Em 2003, outra importante alteração legislativa foi feita no Código Penal com a publicação da Lei 10.695, que acrescentou quatro novos parágrafos ao artigo 184 sobre violação de direitos autorais. Atualmente, possui a seguinte redação:

Art. 184 – Violar direito de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º - Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com o intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem

autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º - Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no país, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º - Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra óptica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º - o disposto nos § 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

A mudança mais importante para este trabalho está contida no terceiro parágrafo, que caracteriza a divulgação pública de obras intelectuais, criminalizando assim as atividades de compartilhamento de arquivos pela Internet. O texto do quarto parágrafo apresenta um sério problema de interpretação, e é duvidoso que copiar um único exemplar para uso exclusivo do copista sem preservar a intenção deste de lucrar com tal trabalho seja crime.

A aplicação imediata dessas disposições seria uma violação dos princípios que regem o direito penal, pois a utilização de tais recursos para obtenção de conteúdo protegido é apenas uma infração civil sem reflexo na esfera penal, que deve ser utilizada

apenas como último recurso, e a possibilidade de crime só pode haver lucro com a atividade exercida, que é dominada pela frase “sem lucro, não há crime”, previsto em tal parágrafo, contrariando o fato de se tratar de norma incriminadora, de fato, é um dispositivo. o que elimina o fato típico quando não há lucro direto.

Para Marcus Vinicius Ribeiro, diretamente do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Cruzeiro do Sul e servidor da Defensoria Pública, as infrações penais referidas nos §§ 1 a 3 do artigo 184 do Código Penal são inconstitucionais porque violam os princípios da proporcionalidade, interferência mínima, adequação social, igualdade, etc. Ele também proclama que o direito penal deve atentar apenas para ataques muito graves aos interesses legítimos mais importantes da sociedade, e aplicá-lo apenas quando todos os outros ramos do direito forem insuficientes. Na mesma linha segue Oscar Sarrule (2017), que distingue o uso de proibições penais como justificado apenas quando detectam comportamentos que violem gravemente direitos de terceiros, não podendo ser criados como uma resposta puramente moral aos problemas que surgem, se não apenas como ferramentas de uso preciso para garantir obrigações regulatórias aplicáveis quando não houver outra forma de solucionar o impasse legal.

Desde o início da era moderna, não havia direitos patrimoniais garantidos aos autores que gozavam apenas do direito moral de autoria. Portanto, a única vantagem do prêmio para os criadores era ajudar o patrono. Nesse cenário, o autor viu que estava destinado a determinar a opinião de seus financiadores: magnatas, igreja ou governo. A ideia formada pelo direito autoral deve ter como função primordial a garantia de premiar os autores por seus produtos intelectuais e, assim, garantir sua independência e progresso técnico e cultural para a sociedade. Não há equívoco de que qualquer proteção beneficia a sociedade como um todo, pois ao permitir que os autores vivam do produto de suas obras, esse sistema permite que eles continuem criando.

Como o direito autoral em seu viés patrimonial estabelece uma espécie de propriedade, muito se fala em sua “função social”, atendendo ao disposto nos artigos 5º, XXIII e 170, III da CRFB/88:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

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, observado os seguintes princípios: III – função social da propriedade;

Há noções de que a concordância de que a simples distribuição de uma obra é, por si só, suficiente para garantir o cumprimento da função social da produção intelectual. Essa tendência defende que a função social do direito autoral se limita a uma simples divulgação cultural em benefício da comunidade e do meio social; Eles também argumentam que quanto mais legalmente protegido o trabalho do intelecto, mais incentivos para que seu criador e outras pessoas produzam, mais conhecimento será produzido e mais desenvolvida será toda a sociedade.

Assim, percebe-se que o direito autoral possui duas funções claramente definidas, a saber: a primeira visa ao autor manter a independência e estimular a criação; e o segundo é voltado para a sociedade, incentivando os estímulos culturais e técnicos e o crescimento do país.

Em geral, tais teorias são convergentes e complementares, mas, de fato, tem-se observado que nem sempre é fácil vincular tais aspectos, e notou-se várias vezes que os interesses empresariais dos intermediários acabam por se apropriar de direitos que teoricamente incentivam os autores. Nessa sequência podemos ver os extremos na proteção do autor em detrimento do interesse público na Lei de Direitos Autorais, como a proibição da reprodução integral de uma obra esgotada, mesmo que sem fins lucrativos para uso privado e a falta de clareza que serão "pequenos trechos", o usuário tem o direito de copiar. É importante ressaltar que agregar proteção de direitos autorais a uma obra que é fruto da inteligência humana e restringir seu uso livre nem sempre simboliza benefício para o criador individual da obra. A proteção constante da proteção e restrição do uso livre de obras intelectuais é a bandeira da própria indústria cultural para proteger seus interesses.

Durante setenta anos após a morte do autor, a proteção claramente buscou defender os interesses da indústria, em detrimento da sociedade, pois setenta anos representam duas ou até três gerações de herdeiros. Tal regra mudará, por exemplo, dez anos de proteção após a morte, alguma alteração no incentivo do autor? Algum autor interromperá a obra porque seus bisnetos não poderão mais explorar economicamente seus produtos? Caso contrário, veria-se que sessenta anos a menos de proteção trariam uma enorme vantagem para uma sociedade que poderia ter acesso a conteúdo intelectual com menor custo e limitação. Ascensão (2008, p. 64) afirma que:

O prazo de proteção das obras pelo direito autoral vem aumentando rapidamente nos últimos anos, fazendo com que a entrada delas no domínio público seja sempre adiada em favor dos herdeiros e, principalmente, dos grupos empresariais que se valem desse

monopólio para continuarem explorando economicamente a obra no mercado.

A extensão sistemática da proteção de direitos autorais associada a bilhões no comércio de bens culturais parece distorcer a existência de proteção de direitos autorais. Anteriormente, o foco era a identidade do autor e a garantia da existência de seus sucessores, agora o foco é cada vez mais a expansão que o mediador poderá explorar o trabalho intelectual. Por exemplo, nos Estados Unidos, o maior exportador mundial de cultura pop, Wal Disney e Time Warner expirou a proteção de direitos autorais para alguns de seus trabalhos, incluindo Mickey Mouse, que seria de domínio público, o Pluto que em 2003 entrou em domínio público em 2005, e Perna Longa, que se tornou pública apenas em 2001.

No Brasil, a indústria cultural está claramente ampliando suas prerrogativas em detrimento da sociedade. Como exemplo, há a exceção da cópia para uso pessoal, que veio com o Código Civil de 1916, que permitia a cópia manual de qualquer obra que não fosse destinada à venda. Não levando em conta o fato de exigir cópias manuscritas, a lei permitia a reprodução integral da obra. A Lei de Direitos Autorais de 1973 estendeu a ressalva ao permitir a cópia completa para fins não comerciais, mas agora alterou o número da cópia manualmente de qualquer forma. A lógica é que a introdução da cópia manual da lei de 1916 limitou o número de cópias. Pela lei vigente, desde 1998, a redação do dispositivo permitia apenas "reprodução em um só exemplar de pequenos trechos para uso privado do copista, desde que feita pelo mesmo, sem intenção de obter lucro". O termo "copista" pode significar que tal cópia deve ser escrita à mão, o conceito de passagens curtas pode variar muito dependendo do ponto de vista do detentor dos direitos autorais ou do ponto de vista do usuário. Escrever esta seção em combinação com o artigo quarto da lei, que define uma interpretação negativa do direito autoral, praticamente elimina qualquer possibilidade de cópia. De qualquer forma, é evidente o enfraquecimento dos direitos da sociedade LDA/98, o que repercute negativamente principalmente na educação e na cultura.

Expressar as preferências da sociedade, dos autores e da indústria cultural é uma tarefa difícil, mas fundamental para cumprir a real função social do direito autoral.

2.1 Os requisitos de proteção da obra autoral

Ainda que o autor seja titular de um direito de autor, moral, conexo ou patrimonial, o objeto de proteção deve ser observado, pois "um dos temas mais motivadores da propriedade intelectual é a definição de direito autoral, ou seja, a exigência de caracterizar o que chamamos de criação de espírito ou obra intelectual protegida" (CAMARGO; STEVANIM; SILVEIRA, 2017, p. 01).

Nesse sentido, a Lei de Direitos Autorais (LDA, Art. 7º I a XIII) estabelece uma lista de obras protegidas por direitos autorais, a saber:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial. (BRASIL, 1998).

Note-se que na última parte do caput do artigo citado, o termo “tal como” significa que o legislador escolheu uma lista de amostra, pelo que as obras não se limitam a esta lista, mas devem seguir esta linha de interpretação; por outro lado, a lei não esclarece suficientemente os requisitos para o que faz uma obra protetiva. (CAMARGO; STEVANI; SILVEIRA, 2017). Se, por um lado, o legislador fez uma lista de obras protegidas por direitos autorais, então no próximo artigo, o artigo 8 da LDA, o legislador fez uma lista de obras que não gozam de direitos autorais. Assim, o artigo 8º do LDA define:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras. (BRASIL, 1998).

Diferentemente do artigo anterior, o artigo 8º da LDA é uma lista exaustiva, o legislador decidiu encerrar e estabelecer quais obras não são protegidas por direitos autorais (RAPOSO, 2017). É extremamente importante impor tais restrições, pois "reivindicar o monopólio de um método ou sistema através da exclusividade da versão literária ou científica relevante significaria transformar o direito autoral em um substituto para preencher lacunas ou obstáculos na chamada propriedade industrial" (DUVAL apud BIBLIOTECA NACIONAL, 2021, 01), ou seja, esta lista inclui obras pertencentes a outros ramos da propriedade intelectual, que, protegidas por direitos autorais, confundiriam os requisitos da propriedade industrial, inibindo a propriedade científica de desenvolvimento.

As criações e obras intelectuais são pertencentes a uma autoria, e a legislação de direitos autorais, no seu artigo 11º, traz a seguinte definição: "Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica" (BRASIL, 1998). No mesmo sentido, entende-se que autor:

É a pessoa física criadora de obra intelectual (literária, artística ou científica). O autor é definido por sua contribuição intelectual e/ou artística na composição de uma obra, os demais envolvidos são compreendidos como colaboradores. É, também, titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público. (UNASUS, 2014, p. 6).

Ou seja, aquele de que alguma forma cria e expande de forma artística ou intelectual, uma criação. É certo que os direitos morais do autor não podem ser transferidos, mas os direitos patrimoniais das obras são comumente transferidos:

[...]embora a LDA proíba a negociação dos direitos morais de autor, permite que a titularidade dos direitos patrimoniais, sobretudo voltados para a exploração econômica da obra intelectual, seja alienada enquanto bem móvel para qualquer terceiro, desde que observadas as suas disposições normativas. (BABINSKI; PARAHYBA, 2015, p. 8).

Desta forma os direitos patrimoniais podem ser dispostos pelo autor para serem explorados economicamente por terceiros interessados, porém respeitando os direitos morais do autor. A LDA (art. 15 e §§ 1º e 2º) também traz a figura do coautor:

Art. 15. A coautoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

§ 1º Não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a,

atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

§ 2º Ao coautor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum. (BRASIL, 1998).

O coautor tem participação direta na obra, participando juntamente com o autor na criação da obra, pois “a obra em coautoria é aquela criada em conjunto, por dois ou mais autores, numa parceria intelectual (literária, artística ou científica). Nesse caso, o crédito da obra deve ser atribuído a cada um dos autores e todos eles deverão autorizar o seu uso[...]” (RAPOSO, 2017, p.7), porém há de se destacar que a coautoria é o desenvolvimento intelectual em conjunto, e não apenas um auxílio, como traz o parágrafo 1º de citado artigo, como dita a Universidade Aberta do SUS (2015, p.7):

[...] O mero auxílio em tarefas que não sejam direta e essencialmente criadoras não constitui um papel de 'criação' intelectual, mas apenas uma colaboração. Não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio. Assim sendo, um colaborador não é um coautor, não cabendo a ele atribuição de direitos autorais.

Sendo assim, o autor é aquele que cria a obra, e o coautor é aquele que cria em conjunto, e não apenas a pessoa que auxilia o autor. Assim, a Lei de Direitos Autorais (art. 12) estabelece algumas hipóteses para que o autor se identifique na obra: “Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional” (BRASIL, 1998), ou seja, o autor poderá colocar sua própria identificação na obra ou criação para fazer prova de autoria, como dita o artigo seguinte: “Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização”. (BRASIL, 1998).

Dessa forma o autor terá recurso para comprovar a autoria, caso não haja prova em contrário. Uma forma eficaz de comprovar a autoria é o registro, que é trazida pela Lei 5.988/1973, parcialmente substituída pela Lei 9.610/1998, porém seu artigo 17º ainda vigora e diz o seguinte:

Art. 17. Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. (BRASIL, 1973).

Ou seja, para garantir a segurança da autoria da obra, o autor poderá realizar o registro em instituição correspondente. Vale ressaltar que mesmo sem o devido registro a obra é defendida pelos direitos autorais, isso é colocado na própria LDA no seu artigo 18º, onde diz que “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro” (BRASIL, 1998).

O registro das obras intelectuais não cria direitos do autor, mas apenas meios de comprovação de autoria:

Embora não constitua nenhum direito, pois vimos que a proteção jurídica nasce com a criação da obra intelectual, o registro pode se constituir em importante meio de prova de anterioridade da obra, em caso de alguma disputa judicial ou não, pois confere publicidade à sua criação e proteção. No entanto, caso se comprove que a obra fora criada antes por outra pessoa que não a registrou, de nada valerá o registro (RAPOSO, 2017, p. 11).

Entende-se então que caso seja feita o registro posterior de uma obra já registrada, a tentativa posterior não valerá, e em uma situação de disputa judicial, haverá o registro para comprovar a autoria em instituição correspondente, sem a necessidade de criação de meio de prova.

2.2 Das Limitações

Além de proteger criadores, coautores e detentores de direitos autorais, os direitos autorais cumprem a função social de difundir a cultura em benefício da comunidade e do meio social. (SANTOS, 2009, p. 87)

Esses direitos são restringidos para que possam devolver à sociedade o uso e gozo dos privilégios concedidos a um autor que dele tenha retirado elementos para criar sua obra na seção de direitos. O acesso ao conhecimento visa construir um espírito crítico quer através de uma variedade de obras quer através do acesso obrigatório a estas fontes de conhecimento. A isenção, em algumas situações, da autorização prévia de autores e proprietários de obras intelectuais para seu uso, atende e afasta o interesse público e é classificada como restrição de direitos privados. (ABRÃO, 2014, p. 338)

Convenções internacionais nesse sentido contêm disposições sobre a função social desses direitos, que visam abrir exceções ao acesso de terceiros às obras. Na Convenção de Berna, por um lado, preconiza a proteção desses direitos de forma efetiva e uniforme, por outro, deixa a cada Estado-membro a possibilidade de reprodução de obras em casos especiais de dano. O Acordo TRIPS não reconhece direitos morais, mas menciona uma exceção à proteção de ideias e medidas para evitar o uso indevido de direitos de propriedade intelectual por seus titulares e práticas que restringem indevidamente o comércio e a transferência de tecnologia. (ABRÃO, 2014, p. 339)

O artigo 5º de nossa lei introdutória estabelece que, ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos objetivos públicos a que se dirige e às exigências do bem comum. E o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil afirma que nenhuma convenção terá precedência se contrariar os requisitos de ordem pública, por exemplo, estabelecidos no código para garantir a função social. Assim, a ordem pública é conceituada como um conjunto de normas que ampliam os interesses do coletivo em detrimento do individual, e essas regras transitam entre o controle sobre a constitucionalidade das leis, protegendo o interesse público para coibir o abuso da privacidade. Seu conceito também está associado a bons costumes, regras não legais de interação social baseadas na boa-fé e honestidade. (ABRÃO, 2014, p. 340)

No ordenamento jurídico brasileiro, essas restrições estão contidas no artigo 46 da LDA, e sua interpretação tem um papel abrangente. Este artigo abrange algumas exceções, como o uso da imprensa, retratos, pessoas com deficiência visual, citações, uso de professores, benefícios de marketing e muito mais. Mas uma parte interessante, é o inciso II, que trata da reprodução de pequenas partes da cópia para uso do copista, conforme falado em tópicos anteriores. (BRANCO, 2007, p. 68)

Conforme artigo:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

O artigo 666, IV do Código Civil/16 previa a cópia manuscrita de um exemplar se não se destinasse à venda, e na legislação anterior, enquanto a Lei 5.988/73 previa a possibilidade de reprodução da obra na íntegra, desde que não fosse para lucro. Isso foi permitido porque ficou então entendido que o autor não era prejudicado por nenhum interessado no material, pois a tecnologia de cópia não era tão avançada. Os métodos de cópia mudaram ao longo do tempo, e percebeu-se que essa prática está se tornando prejudicial aos autores, por isso o legislador LDA/98 decidiu fazer essa alteração no texto. (BRANCO, 2007, p.77)

Assim, após a entrada em vigor da LDA, a cópia de uma obra inteira para uso privado, como a reprodução de livro ou a reprodução integral de um CD, torna-se ilegal, mesmo sem a intenção de um lucro. Às vezes, torna-se quase impossível rastrear essa prática, mas mesmo assim, grandes indústrias têm sido propícias ao apoio à defesa. Esse argumento é essencialmente consistente, por exemplo, se várias pessoas no país começaram a fazer cópias de uma publicação recente para fins particulares. Para o autor, isso seria uma grande perda de receita, dada a possibilidade de venda de obras. Assim, o trabalho privado está previsto em convenções internacionais e no artigo de pedra da Constituição brasileira, uma cópia completa é civilmente ilegal, mas não caracteriza crime. (ABRÃO, 2014, p. 347)

Como se vê, os argumentos são bem fundamentados, mas a decisão do legislador e a forma como o texto legal está disposto, levam a sérios problemas de interpretação. A própria complexidade da fiscalização já é um grande problema, pois muitas pessoas cometem essas ações ilícitas sem sequer saber sua atitude. A lei também não indica obras recém-publicadas ou obras raras ou pouco disponíveis, nem especifica um número igual a "pequenas passagens", deixando um espaço para ser interpretado. (BRANCO, 2007, p. 79)

A Convenção de Berna prevê a instituição da lei anglo-saxônica, o "fair use", ou seja: o uso justo de uma obra, independentemente de permissão prévia de direitos autorais, e, em suas disposições, permite que cada estado permita e identifique casos especiais. No ordenamento jurídico brasileiro, para atender a esse entendimento, adota a chamada "regra dos três passos". Qualquer uso livre de uma obra deve atender às seguintes condições: a) a reprodução em si não pode ser o objetivo principal da nova obra, ou seja, a reprodução parcial ou completa deve servir apenas como referência ou exemplo e não como material novo; b) a reprodução em si não deve prejudicar o funcionamento normal da obra reproduzida, ou seja, se alguém quiser comprar uma obra de determinado autor, não deve deixar de comprar este livro em favor de outro que exponha fragmentos da obra para crítica, causando distração; c) não causar danos injustificados à nova obra aos autores, como a posição do autor, que vive sob pequena licença de obras, se for necessário confirmá-la com auxílio da lei. (ABRÃO, 2014, p. 354)

Como dito, se um artista vive da renda das licenças, qualquer atitude contrária pode gerar prejuízos, mas deve ser injustificada, conforme a lei. Uma lei que proíba danos injustificados também pode justificar danos de tal forma que entre barrar o acesso a todos em benefício da cultura e do conhecimento e entre reconhecer a exclusividade individual, o advogado entenda a prevalência da coletividade. Devido à incerteza das interpretações, resta aguardar um entendimento pacífico da lei e a definição de seus limites, e entretanto, resolvendo o conflito será a interpretação de cada caso utilizando os princípios acima. (ABRÃO, 2014, p. 355)

Resumindo o posicionamento anteriormente estabelecido de acordo com os artigos da LDA e do Código Penal e com base nas explicações de Eliane Abrão (2014) e Sérgio Branco (2007), a efetuação de cópias de CDs, DVDs, copiar arquivos ou baixar para um computador não é crime se o uso for para uso privado e sem fins lucrativos. Vender ou distribuir sem a devida autorização, como um vendedor ambulante vendendo comida na rua, é crime. No contexto da Internet, embora seja um mundo virtual, ainda é regida por regras LDA e com a promoção da disponibilidade de arquivos, principalmente por meio de um sistema *peer-to-peer* que consiste em compartilhamento de usuários, entende-se que o *downloader* ou seja, disponibilizar os materiais a outros usuários, incorreria em infração civil e criminal.

Aqui está um exemplo de ação movida pela 21ª Vara da Capital de São Paulo, mencionada na obra de Sérgio Branco (2007, p. 101), em que o dono do site publicou cerca de 40% do livro sobre perícia judicial e o autor do livro se sentiram ofendidos e o processaram por danos morais e materiais. A sentença não indenizou danos morais, mas causou danos materiais no valor de R\$ 42.300,00. O cálculo desse valor foi baseado no custo das páginas publicadas, 14,11 reais contra 35,00 reais do livro inteiro, e multiplicado pelo número de pessoas que visitaram o site. A decisão referia-se ao inciso II do artigo 46, que o autor considerou errôneo, pois deveria ter entrado no inciso III do mesmo artigo, pois era para fins de estudo ou crítica.

Dada a atividade dos indivíduos no mundo digital, a decisão de buscar reparação por via judicial é sempre uma via extrema, tendo em conta os custos envolvidos e a demora na decisão. É fácil concluir que as medidas extrajudiciais são a melhor forma de compensar essas perdas perceptíveis. (BRANCO, 2007, p. 101)

Segundo Eliane Abrão (2014), além da falta de interpretação da norma LDA para cópia de obras, afirma que o principal problema que prejudica autores e indústrias é a incapacidade de monitorar todas essas distribuições, que somente a severidade da lei não atinge o objetivo de evitar essas falhas. Em um sistema *peer-to-peer*, identificar os usuários é demorado e difícil, pois fontes podem vir de todo o mundo e ir à justiça para recuperar os danos dos proprietários, dependendo do valor do material conjunto e das condições do infrator. Analisando o funcionamento e o comportamento atual dos internautas, podemos ver que a maioria deles já baixou um arquivo de uma fonte ilegal, e mais ainda, por exemplo, o sistema discorrido acima, provavelmente compartilhou esse arquivo sem conhecimento, porque os programas geralmente são baixados automaticamente, o que requer intervenção do usuário para evitar que isso aconteça.

Pesquisando jurisprudências em tribunais pátrios, a maioria segue as mesmas formas, sendo os infratores vendedores não autorizados de mídias físicas e que hora são condenados, hora são absolvidos por estado de necessidade, como se infere:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 184, § 2º, DO CP. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. PIRATARIA. CDS E DVDS. ESTADO DE NECESSIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE SE IMPÕE NA VIA ESTREITA DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA PRETENSÃO MINISTERIAL. SÚMULA 7/STJ. 1. No que diz respeito à prática criminosa descrita no art. 184, § 2º do Código Penal, o tribunal de origem, soberano na análise dos fatos da causa, entendeu a inviabilidade de diversas condutas e concluiu que a exclusão do ilícito relacionava-se ao estado de necessidade. 2. É duvidoso que a análise do recurso implique em intromissão na prova, medida de proteção no âmbito de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. A reclamação regimental não deve ser satisfeita, porque as razões colhidas na insurreição não são capazes de anular o entendimento baseado na decisão impugnada. 4. Queixa regimental imprópria. (STJ - AgRg no REsp: 1407834 SP 2013/0331276-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2014)

Podendo destacar como julgado de condenação:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVOS. ALEGADA FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE, PORQUE O TERMO DE APREENSÃO NÃO ESTÁ ASSINADO POR 2 (DUAS) TESTEMUNHAS. NÃO ACOLHIMENTO. DESCRIÇÃO QUANTITATIVA DOS OBJETOS APREENDIDOS, COM A RESPECTIVA ASSINATURA DA AUTORIDADE POLICIAL, DO ESCRIVÃO DE POLÍCIA DO AGENTE APREENSOR. ATOS DAQUELES QUE LANÇARAM SUAS ASSINATURAS NO DOCUMENTOS DOTADOS DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. LAUDO ELABORADO PELO PERITO CRIMINAL QUE RELATOU PORMENORIZADAMENTE OS MATERIAIS ENCAMINHADOS PARA EXAME CUJA CONCLUSÃO ATESTOU CLARAMENTE A "PIRATARIA" DOS PRODUTOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MERA IRREGULARIDADE. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS. INVIABILIDADE. DEPOIMENTOS COLHIDOS QUE

COMPROVAM A DESTINAÇÃO COMERCIAL DOS BENS APREENDIDOS. CONDENAÇÕES MANTIDAS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.(TJ-SC - APR: 20130638799 SC 2013.063879-9 (Acórdão), Relator: Volnei Celso Tomazini, Data de Julgamento: 28/07/2014, Segunda Câmara Criminal Julgado)

É possível ainda encontrar casos de processos sobre sites que publicaram conteúdo sem autorização e foram condenados:

DIREITO DE AUTOR – Associação de proteção de direitos autorais - Site www.baixandolegal.org, que disponibiliza links que permitem baixar programas, livros e filmes sem pagar pelos direitos autorais. Embora o requerente não atuasse como provedor de compartilhamento de arquivos, era uma forma de vincular hipertexto, permitindo downloads não autorizados de obras protegidas, e mais, apontou obras que poderiam ser baixadas, o que incentiva e promove a violação de direitos autorais - Não é apenas uma informação de "guia" porque escolheu o conteúdo a ser baixado e não pôde ignorar a violação porque direcionou os usuários para hiperlinks ou mecanismos de busca que violavam o material protegido e que geralmente admitiam ter problemas legais, sem limitação - Prática que trouxe economia benefícios sob a forma de publicidade - Obrigação de reembolso - Recurso não fornecido. (TJ-SP - APL: 01213018520128260100 SP 0121301-85.2012.8.26.0100, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 09/08/2016, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/08/2016)

Analisando-se os acórdãos apresentados, o que se observa é o alcance da justiça apenas para o comércio ilegal de mídias física e sites que facilitem sua identificação. Ainda não há julgamento sobre o carregamento de conteúdo com um sistema *peer-to-peer*, sistema que pode aumentar o tráfego para conteúdo distribuído ilegalmente, conforme identificado anteriormente. O mais próximo do que aconteceu foi a condenação desses sites, que disponibilizavam links para acesso. Recentemente, em 2016, a Polícia Federal lançou uma operação chamada "Barba Negra" para fechar sites que disponibilizavam links para filmes e séries de TV e prender seus proprietários, cuja renda era gerada por meio de publicidade gerada por usuários.

Como já explicado, devido à grande dificuldade de rastreamento dos infratores no ambiente digital, o sistema de justiça repressivo é ineficaz, sugerindo que a saída para reduzir essas práticas não é a punição pós-evento, mas sim a ação para que não ocorra.

3 CONCLUSÃO

Conforme explorado aqui, parece que desde seu início, a Internet trouxe consigo um alto grau de instabilidade e insegurança de direitos autorais. Diante desse novo contexto, Fragoso observa que para alguns a Internet representa mais do que uma simples expansão do campo da expressão artística, científica e literária; representa um verdadeiro novo direito ao desenvolvimento. Para outros, a Lei de Direitos Autorais existente cobre integralmente todas as novas situações trazidas por este novo e complexo ambiente digital.

A evolução tecnológica, que inicialmente levou a uma crise no mercado da música, acabou por se tornar um fomentador da indústria e do mercado fonográfico em geral, provocando uma resposta de sobrevivência por parte dos consumidores e fornecedores, alterando assim as formas de consumo.

Hoje, a música é consumida não apenas por meio de mídia física, que antes limitava o acesso a um dispositivo capaz de ler mídias já recebidas. A música agora pode ser escutada sem restrições, com o usuário tendo acesso a todos os conteúdos disponibilizados pelos serviços, em qualquer lugar e a qualquer hora, o que significa que toda a experiência dos consumidores de música mudou e melhorou.

Do ponto de vista jurídico, essa crise acarretou inicialmente no aumento das ações criminais relacionadas ao direito autoral, dadas as tentativas desesperadas de coibir a pirataria, causando uma necessidade crescente de mudanças no aspecto civil, fato que culminou com a promulgação da Lei 9.610 /98 e posteriores alterações pela Lei 12.853/13.

Com o advento da Lei 9.610/98, os direitos morais e patrimoniais foram mais bem definidos, regulamentando os direitos autorais e conexos à luz das garantias previstas na Constituição de 1988.

No entanto, a velocidade com que as novas tecnologias estão se desenvolvendo é ainda maior do que no período crise eclodiu pela primeira vez, fato que exige constante atualização e manutenção da legislação para que possa atender às novas necessidades e solicitações de autores e titulares de direitos conexos.

Um exemplo disso é o recente debate sobre a aplicação do Estado. A LDA, ao estabelecer seu conceito, previa execuções em locais de atendimento coletivo, mas o conceito de atendimento coletivo não é mais suficiente para determinar se, por exemplo, mídias digitais são contempladas, uma vez que a interatividade, como no caso do

streaming, pode mudar todo o cenário em mídia digital. Embora não existam medidas legislativas eficazes, os conceitos têm sido delineados na jurisprudência caso a caso.

Há uma necessidade constante de respostas legislativas e legais para definir e flexibilizar as regras de direitos autorais, fato que acaba por provocar iniciativas alternativas, como a criação de licenças baseadas em *Creative Commons*, conforme explicado acima.

Além disso, tais mudanças provocaram uma revolução na celebração de contratos relacionados aos titulares de direitos autorais e conexos no mercado fonográfico. Os instrumentos legais devem ser adaptados a esta nova realidade digital, fato que tem tornado os contratos cada vez mais abrangentes, para definir de forma clara e clara a transmissão e licenças dos direitos concedidos, bem como os meios e meios autorizados em cada um desses contratos.

Tendo em vista a premissa do copyright de interpretação textual mais restritiva, foi necessário reorganizar os projetos de tratados para que o texto das disposições relativas à transferência e licenciamento de direitos pudesse abranger com precisão os meios digitais e meios que muitas vezes ainda não foram inventados e/ ou consolidada no mundo. Assim, os contratos terão a oportunidade de permanecer válidos e eficazes mesmo nas condições de desenvolvimento acelerado de novas tecnologias relacionadas ao mercado digital.

O desafio para a indústria da música e os proprietários de direitos autorais nesse contexto é apoiar e preservar efetivamente seus trabalhos e conteúdo.

O direito autoral ainda tem um longo caminho a percorrer antes que possa se adaptar verdadeiramente às novas tecnologias. Enquanto esperamos, o bom senso e a aplicação das regras existentes por analogia parecem ser a melhor forma de resolver os conflitos que enfrentaremos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane. Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Migalhas, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito intelectual em metamorfose**. Revista de direito autoral, Ano II. n. IV, fev., 2008.

BRANCO, Sérgio. **A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação**. Sur, Rev. Int. direitos human. [online]. 2007, v.4, n.6, p.120-141. ISSN 1806-6445

BRASIL. FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL. **O que não é protegido como direitos autorais?** 2021. Disponível em: <https://www.bn.gov.br/pergunta-resposta/que-nao-protegidocomo-direitos-autorais>. Acesso em: 25 de maio de 2023.

CAMARGO, Isadora; ESTEVANIM, Mayanna; SILVEIRA, Stefanie C.da. **Cultura Participativa e Convergente: O Cenário que Favorece o Nascimento dos Influenciadores Digitais.** Artigo publicado na Revista Comunicare. Vol.17 - Edição especial de 70 anos da Faculdade Casper Líbero, 2017.

RAPOSO, João Francisco; SAAD, Elizabeth. **Prosumers: colaboradores, cocriadores e influenciadores.** Artigo publicado na Revista Comunicare. Vol.17 - Edição especial de 70 anos da Faculdade Casper Líbero, 2017.

SARRULE, Oscar apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Parte Geral.** 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

UNASUS (Brasil). **Perguntas & Respostas sobre Direito Autoral.** 2015. Disponível em: https://www.unasus.gov.br/uploads/pagina/ACESSO_ABERTO/perguntas_e_respostas_sobre_direitos_autorais.pdf. Acesso em: 17 de maio de 2023.

VIEIRA, Alexandre Pires. **Direito Autoral na Sociedade Digital.** 2ª ed. São Paulo, SP: Montecristo Editora, 2018.

O TRATAMENTO DA CIBERCRIMINALIDADE NO BRASIL: LACUNAS POSSÍVEIS DE SEREM PREENCHIDAS COM O EXEMPLO INTERNACIONAL.

ALICIA ALVES LEAL:
Bacharelanda em
Direito pelo Centro
Universitário UNA⁶⁵

VIRGÍLIO QUEIROZ DE PAULA
(orientador)

RESUMO: Com o aumento da tecnologia, os cibercrimes andam crescendo, entretanto, é notório no código penal brasileiro o enfoque nos crimes cometidos no "mundo real", um exemplo disso é que a transformação do crime de "hackeamento", Artº 154-A, só ficou mais grave em 2021, após a introdução de alguns artigos mais específicos, apesar de ser um crime que já vem dando prejuízos aos usuários há anos, é visível a necessidade de uma aprimoração das leis do país nessa área, como é um tema internacional, alguns países acabam tendo leis ou praticas mais elaboradas sobre as tratativas a ser dadas, algo que o Brasil pode se espelhar em sua legislação, visto isso, logo abaixo será trazido por meio de pesquisas e análises atuais, um contexto evolutivo dos crimes virtuais, tendências do mundo digital, meios de investigação e um vislumbre de como esses mesmos crimes são tratados em outros países com o sistema jurídico civil law, levantando boas práticas e ideias que poderiam ser adotadas pela legislação penal do Brasil, como a cooperação internacional mais abrangente, leis amplas e preventivas, disponibilidade de informações para a população com meios de proteção e uma melhor comunicação entre os setores público e privado.

Palavras chaves: Crimes digitais. Cibercrimes. Código Penal. Invasões virtuais. Cibersegurança.

ABSTRACT: With the increase in technology, cybercrimes are growing, however, the focus on crimes committed in the "real world" is notorious in the Brazilian penal code, an example of which is that the transformation of the crime of "hacking", Artº 154-A, only became more serious in 2021, after the introduction of some more specific articles, despite being a crime that has already been causing damage to users for years, the need for improvement of the country's laws in this area is visible, as it is a topic internationally, some countries end up having more elaborate laws or practices on the dealings to be given, something that Brazil can mirror in its legislation, since that, just below, an evolutionary

65 E-mail: allyleal2015@gmail.com;

context of virtual crimes will be brought through current research and analysis , trends in the digital world, means of investigation and a glimpse of how these same crimes are treated in other countries with the civil law legal system, raising good practices and ideas that could be adopted by criminal legislation in Brazil, such as broader international cooperation , broad and preventive laws, availability of information to the population with means of protection and better communication between the public and private sectors.

Keywords: Digital crimes. Cybercrimes. criminal code. Virtual invasions. Cybersecurity

1 INTRODUÇÃO

A automatização dos processos da vida humana é um bem que vem sendo sonhado há muito tempo e que hoje está se tornando realidade, entretanto, a internet cobra o seu preço pelas facilidades inseridas no dia a dia, o sistema jurídico brasileiro precisa continuar preparado para enfrentar e regulamentar todos os âmbitos das ações online que possam interferir em seus bens jurídicos, a pergunta complicada é: como acompanhar as atualizações da tecnologia na nossa legislação em tempo hábil? Por mais eficaz que o poder legislativo seja, sempre ficam lacunas que demandam decisões via jurisprudência e doutrina, o intuito desse artigo é expor pontos fragilizados na dinâmica de atualização do nosso sistema jurídico se tratando da temática dos cibercrimes e mostrar como outros países vem dando essas tratativas, tornando a nossa legislação mais preventiva e eficaz.

Na cibercriminologia, apesar de termos vários projetos em andamento no Senado Federal e termos recepcionado tratados internacionais de cooperação, ainda temos algumas lacunas importantes que precisam de atenção especial, pois segundo o site **security report**⁶⁶ o Brasil foi o 5º país que mais sofreu crimes cibernéticos no ano de 2021, em plena pandemia mundial, com 9,1 milhões de ocorrências, somente nos três primeiros meses do ano – mais que o ano inteiro de 2020, sem contar que está sendo levantado em conta várias pesquisas que indicam que o índice de crimes que acabam ficando impunes é bem alto, visto que muitas vezes a vítima não consegue nem identificar o acusado para oferecer a queixa-crime, em casos de crime de honra, por exemplo, como comenta o jurista Daniel Burg:

A legislação brasileira não está adequada e, muitas vezes, o crime prescreve sem que haja um avanço significativo nas investigações. Nos crimes contra a honra, por exemplo, há uma enorme dificuldade para se identificar o autor de ofensas realizadas na internet, e sem a identificação sequer é possível oferecer queixa-crime.(BURG, 2017)

⁶⁶ Disponível em (site), acesso em 06 de maio de 2023.

Uma das características principais dos ataques crackers é a anonimidade, o que faz com que identificar a origem das invasões seja um desafio gigante, os criminosos usam de meios como **VPN “Virtual Private Network”**, que é um sistema que permite que o endereço ip do dispositivo seja mascarado, ao utilizar a vpn, é como se a pessoa se conecta-se primeiro ao servidor de vpn e ele redireciona-se o acesso ao dispositivo alvo de forma criptografada, sendo assim, tanto a identificação do atacante quanto da origem geográfica, dificultando a descoberta do invasor, partindo desse ponto, a cooperação de uma país com o outro se torna imprescindível, tanto para negociar a rede responsável pelo servidor de VPN e descobrir a origem quanto para a responsabilização penal propriamente dita.

Para retratar de forma mais detalhada todo esse contexto que estamos enfrentando, nos capítulos abaixo desse artigo iremos levantar como todas essas situações vêm sendo tratadas nos sistemas jurídicos de outros países que possuem o sistema **civil law** e o comparativo de melhores práticas que tenham viabilidade de serem inseridas no nosso ordenamento jurídico, visando o ganho e agilidade nas resoluções dos crimes cibernéticos cometidos no país e como preveni-los.

2 LEGISLAÇÕES SOBRE CRIMES VIRTUAIS

2.1 Contexto

Desde que houve o surgimento da internet e das conexões de rede, houveram também o surgimento do que hoje chamamos de crackers, pessoas que eram extremamente habilidosas em decodificar sistemas e softwares para ganhos próprios ou apenas para os famosos “15 minutos de fama”, já que naquela época não era considerado crime e as pessoas usavam essas invasões para conseguir empregos em grandes empresas do ramo digital que estavam surgindo, era praticamente considerado um cartão de visita conseguir tal feito, tudo isso, no contexto histórico da década de 1970.

Entre 1970 até 1989, não havia tido nenhuma discussão oficial acerca da regulamentação dos crimes realizados por meios digitais/tecnológicos, além do fato de que a segurança da informação era algo muito pouco lembrado, até então a identificação de senhas era algo considerado “fácil”, usava-se da adivinhação por tentativa e erro, após a descoberta, a informação era repassada para os outros interessados, o que gerava um meio perfeito para que fraudes fossem cometidas.

No final da década de 1990, após a reunião do subgrupo das nações do G8 (grupo composto pelos sete países mais ricos do mundo, mais a Rússia, por sua importância histórica e militar), mais precisamente em Lyon, na França, houve uma breve discussão sobre o tema de crimes virtuais, algo até então inexplorado, devido a esse encontro, passou

a surgir o termo “Cibercrime”, para designar crimes cometidos no meio digital, durante anos esses cibercrimes eram caracterizados por ataques individuais em busca de lucro próprio, porém, conforme o mercado digital foi ganhando força, a lucratividade das inovações tomou outra proporção, o que gerou a criação dos chamados “**Botnets**”, que eram redes alugadas especialmente para essa finalidade de invasões e obtenção de dados, gerando um mercado criminoso na indústria.

Por volta dos anos 2000, os ataques ficaram caracterizados por uma ambição mais específica, não eram mais apenas invasões pelo fim monetário do invasor, havia, com mais ímpeto, o interesse governamental de vários países na obtenção de segredos de estado e na espionagem de membros chaves de países visados, havia também empresas de grande porte que buscavam atalhos no aperfeiçoamento de seus produtos furtando fórmulas e técnicas de seus concorrentes, essa época foi chamada de guerra cibernéticas entre nações, além deste ponto, com o ataque às torres gêmeas ocorrido nos EUA, no ano de 2001, foi-se percebido que a segurança da informação era um tópico que precisava ser debatido urgentemente, já que várias empresas que se encontravam nos prédios destruídos entraram em falência devido a falta de backup dos dados da empresa em um lugar seguro, o que ocorria muito era fazerem o armazenamento das informações da empresa no prédio vizinho, de forma física, em vez de um ambiente próprio de segurança, uma nuvem no sistema ou algum servidor propício, e com o ataque as duas torres, o que estava armazenados fisicamente lá foi embora.

A partir de 2014, foi instaurado a era do **ransomware**, sendo caracterizada por grandes ataques a corporações na indústria, visando sequestro de dados imprescindíveis para o funcionamento da empresa, diferente dos ataques anteriores, essa era teve o privilégio de um maior arsenal tecnológico para dar vazão às invasões, o que tornava a recuperação dos dados quase impossível, levando a enormes prejuízos, levando se em consideração que a segurança digital já era algo debatido e monitorado, mesmo que de forma não tão eficiente, os crimes cometidos nessa época já necessitavam de um grau de habilidade maior do cracker, as invasões contavam com engenharias sociais e meios alternativos de obtenção de dados, foi uma época também do surgimento de muitos vírus potentes feitos com esse intuito de quebrar barreiras de segurança das redes, sobre esse tema, SAISSE (2016) diz:

O **ransomware** é propagado das mais variadas formas, seja por intermédio de acesso aos sites suspeitos que liberam o código malicioso apenas com a visita do usuário ou por arquivos disfarçados (músicas, imagens etc.), normalmente divulgados em redes sociais ou enviados por e-mail aparentando algo comum, de interesse público, cobranças, causas sociais etc. Ainda podem ser liberados via instalação de aplicativos vulneráveis em dispositivos móveis ou computadores.

Com todo esse contexto de furtos e estelionatos digitais, as empresas começaram a investir ainda mais em cibersegurança e projetos de prevenção, mesmo não impedindo totalmente a ação de meliantes de modo geral, já restringem o campo de atuação, hoje ainda há muita discussão ainda sobre a conscientização de todos para o cerceamento desses meios de proteção de dados, pois já é de conhecimento público que os ataques são feitos a partir de vulnerabilidades sistêmicas e quando mais o indivíduo conhece sobre esse mundo, maior a segurança que ele terá em suas redes, minimizando a ação dos criminosos.

2.1 Inteligência artificial e tendências tecnológicas

Atualmente é muito comum as pessoas usarem a inteligência artificial (IA) como meio de busca rápida para a maior parte de suas tarefas do dia a dia, com a facilidade em se ter informações e pesquisas, há o questionamento de qual seria o limite para o que podemos automatizar como seres humanos, e até que ponto a ética poderia incidir sobre os meios de conquista desses dados, há de se falar em plágio? Ou qual será o formato de responsabilização sobre o que está sendo propagado? Esses são questionamentos muitos complicados e que os doutrinadores ainda estão receosos de chegar a um veredito sobre como exatamente será no futuro.

Diante dos últimos acontecimentos, estamos vendo cada vez mais as pessoas reféns de Inteligências como o chat GPT, que são aplicativos de inteligência artificial responsáveis por retornar em forma de texto imagem ou vídeo qualquer comando dado pelo usuário, para que possam seguir adiante e publicar obras, posts de engajamento nas redes sociais e até mesmo fazer pesquisas para artigos científicos, ao mesmo tempo em que é ótimo que a informação esteja com um acesso tão fácil, gera preocupação, pois isso torna as pessoas menos questionadoras, o que levaria a uma facilidade na manipulação em massa, e com o tópico fake News em alta, é complicado identificar o criminoso por trás da tela do dispositivo sem o auxílio correto, ou seja, todo o processo investigatório desse tipo de crime precisaria de investimentos para se tornar mais ágil e eficaz para que a responsabilização penal e civil ocorra a tempo de evitar prejuízos tanto públicos quanto privados.

Uma das principais preocupações no momento está relacionada à utilização da Inteligência artificial em ataques cibernéticos sofisticados. Os crackers podem utilizar os recursos da IA para criar malwares inteligentes, capazes de evadir sistemas de defesa tradicionais ou máquinas sem proteção, além disso, é possível que ela seja empregada para robotizar ataques, identificar vulnerabilidades em redes e sistemas, e até mesmo desenvolver estratégias de engenharia social mais convincentes das que já são utilizadas atualmente.

Outra preocupação é o uso da IA para gerar **deep fakes**, que são vídeos, áudios e imagens falsas de forma realista, o que pode ser utilizado para difamar pessoas, manipular opiniões públicas e até mesmo para fins de extorsão, já há casos em que vítimas caem em golpes de vídeos assim, um exemplo disso é o caso famoso em que o criminoso se passa por uma pessoa em que a vítima se sente segura, utilizando aplicativos de modificação de imagem e voz, faz com que a vítima envie fotos ou vídeos íntimos e depois se utiliza de chantagem para extorquir a pessoa com esses arquivos.

Já no contexto da segurança pública, a IA também pode ser utilizada em ataques direcionados, como o hackeamento de sistemas de infraestrutura crítica, como redes elétricas, sistemas de transporte e serviços de emergência, semelhante ao que já era feito desde os primórdios dos crimes virtuais, porém hoje de forma robotizada e automática, além disso, um outro caso que ocorre muito hoje é a invasão de dispositivos se utilizando do wifi público, principalmente em grandes espaços, como shoppings e praças públicas, a partir do momento em que a vítima se conectar nessa rede e o dispositivo não possui proteção ou as portas de conexão fechadas, utilizando firewalls para bloqueio de ips não autorizados pelo usuário, o criminoso se infiltra e capta todas as informações que achar conveniente da pessoa para utilizar em vários possíveis crimes diferentes.

Para lidar com esses desafios, a comunidade internacional tem buscado desenvolver estratégias e mecanismos de regulação. Organizações governamentais e não governamentais estão promovendo o diálogo e a cooperação para criar normas e diretrizes éticas para o uso da Inteligência artificial, a ideia é cercar um pouco melhor todas as possíveis funcionalidades e achar um jeito de dar segurança, buscando publicidade na identificação dos usuários operadores e regras que possam garantir que não irá haver nenhum abuso, pois só assim será coibido o uso malicioso da IA para fins criminosos.

A colaboração internacional desempenha um papel fundamental no enfrentamento dos desafios da IA no âmbito criminal. A troca de informações, melhores práticas e cooperação entre os países são essenciais para identificar ameaças em tempo real, rastrear atividades criminosas e responsabilizar os infratores, em resumo, é fundamental aprimorar a legislação, investir em tecnologias de segurança cibernética e promover a colaboração entre os países para enfrentar de forma eficaz os crimes virtuais.

2.2 Tratados e acordos internacionais recepcionados pelo Brasil

Durante a evolução da internet no país, o Brasil passou por muitas fases, e visando acompanhar a atualização internacional buscando cooperação e segurança cibernética, adotou vários tratados internacionais com esse intuito, segue abaixo alguns exemplos:

Convenção sobre Crime Cibernético do Conselho da Europa (Convenção de Budapeste): O Brasil recebeu a Convenção de Budapeste, em 2001, por meio do Decreto

Legislativo nº 80/2010, essa convenção tem como objetivo principal combater crimes cibernéticos, incluindo fraudes eletrônicas, ataques de hackers, pornografia infantil online e violações de direitos autorais na internet. O Brasil se comprometeu a adotar medidas para criminalizar e investigar esses crimes de acordo com os princípios estabelecidos no tratado.

Acordo de Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos: O Brasil e os Estados Unidos assinaram um acordo de assistência judiciária mútua em matéria penal, em 2001. Esse acordo permite a cooperação entre os dois países no combate a crimes cibernéticos, incluindo o compartilhamento de informações e a realização de investigações conjuntas.

Acordo de Cooperação entre Brasil e Portugal: Em 2011, Brasil e Portugal assinaram um acordo de cooperação em matéria de segurança cibernética, esse acordo tem como objetivo promover a cooperação entre os dois países no combate a crimes cibernéticos, compartilhamento de informações e boas práticas, além de promover a capacitação de profissionais na área de segurança digital.

Tratado de Cooperação em Matéria de Crimes Cibernéticos da União das Nações Sul-Americanas (UNASUL): O Brasil participa do Tratado de Cooperação em Matéria de Crimes Cibernéticos da UNASUL, que foi assinado em 2014, esse tratado tem como objetivo promover a cooperação entre os países da América do Sul no combate a crimes cibernéticos, compartilhamento de informações e o desenvolvimento de capacidades técnicas.

Acordo de Budapeste 2.0: O Acordo de Budapeste 2.0, oficialmente denominado "Segundo Protocolo Adicional à Convenção sobre Crime Cibernético do Conselho da Europa", o Decreto nº 11.491, que trouxe a adoção do tratado, foi publicado no Diário Oficial da União (DOU), no dia 12 de abril de 2023, ele busca fortalecer a luta contra a cibercriminalidade, ampliando as disposições da Convenção de Budapeste original e abordando novas formas de crimes cibernéticos, como ataques a dispositivos da Internet das Coisas (IoT) e crimes relacionados à inteligência artificial.

2.3 Tempo tecnológico x tempo processual

Um dos desafios enfrentados na área de crimes virtuais é a rapidez com que as tecnologias e os métodos criminosos evoluem, em contraste com a morosidade do processo legislativo para a promulgação de novas leis, o desenvolvimento de uma nova legislação requer tempo para a elaboração, discussão, aprovação e implementação, enquanto isso, novas ameaças e formas de crimes virtuais surgem todos os dias, exigindo respostas rápidas e eficazes, foi se percebido que em média, se leva dois anos para que

haja uma resolução de algum projeto de lei, enquanto que há updates diários de novas tecnologias, se não houver um preparo preventivo, tudo isso pode gerar uma insegurança na população.

Essa defasagem entre a evolução tecnológica e a legislação existente pode resultar em lacunas legais que dificultam a aplicação da lei e a punição dos infratores. Além disso, pode haver situações em que as práticas criminosas são realizadas em uma jurisdição específica, enquanto os servidores e infraestrutura estão localizados em outro país, o que complica ainda mais a investigação e a cooperação internacional.

Para lidar com esse problema, uma abordagem que tem sido adotada em alguns países é a criação de leis amplas e flexíveis, que abrangem princípios gerais que podem ser aplicados a diferentes tipos de crimes virtuais, permitindo uma interpretação mais abrangente e atualizada, além disso, é importante promover a colaboração entre os setores público e privado, estimulando a troca de informações e a cooperação na prevenção e combate aos crimes virtuais.

Outra medida relevante é a constante atualização e aprimoramento da legislação existente por meio de emendas, ajustes e incorporação de convenções e tratados internacionais relacionados à cibercriminalidade, essa atualização deve considerar as tendências e os desafios emergentes, como a proteção de dados, o combate ao cyberbullying, o enfrentamento de fraudes financeiras e a proteção de infraestruturas críticas, em suma, o problema da divergências nos tempos de atualização demandam uma abordagem ágil e colaborativa, envolvendo legisladores, especialistas, profissionais do direito e órgãos de aplicação da lei.

2.4 Forma processual de atuação dos países com *cível law*

O processo penal em países com o sistema **civil law** é bastante similar ao nosso em vários aspectos, porém, quando se olha pela óptica dos crimes virtuais, a situação acaba se complicando um pouco devido à complexidade das análises e da alta demanda da cooperação internacional, afinal, não há fronteiras na rede de computadores, e boa parte dos crimes utilizam vpns com servidores pré-fixados em outros países, demandando um apoio para a obtenção desses dados, logo abaixo, é citado alguns exemplos dos métodos processuais usados nos outros países com o sistema jurídico **civil law**:

Tribunais Especializados: Alguns países estabelecem tribunais especializados para lidar especificamente com crimes virtuais, por exemplo, o Japão possui o Cybercrime Tribunal e a Coreia do Sul tem tribunais especiais de crimes cibernéticos, esses tribunais são compostos por juízes e promotores com conhecimentos específicos em crimes virtuais, facilitando a análise e o julgamento desses casos.

Cooperação Internacional: Dado o caráter transnacional dos crimes virtuais, a cooperação internacional é fundamental, muitos países da **civil law** possuem tratados e acordos de cooperação mútua em matéria penal para facilitar a obtenção de provas e informações de outros países, exemplos incluem a Convenção de Budapeste sobre Crimes Cibernéticos, que é adotada por diversos países europeus, incluindo o Brasil, e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que aborda a cooperação em crimes transnacionais em geral.

3 LEGISLAÇÃO PREVENTIVA

3.1 Tendências em métodos investigativos

Com o aumento massivo de informações disponíveis na internet e a complexidade dos ataques virtuais, torna-se essencial utilizar ferramentas que possam analisar grandes volumes de dados de forma eficiente e identificar padrões suspeitos, aplicações de algoritmos de aprendizado e técnicas de mineração de dados podem ajudar a detectar e prever atividades criminosas, além de auxiliar na identificação de suspeitos e na coleta de evidências digitais. É esperado um aumento na cooperação entre setores público e privado no combate ao cibercrime, a colaboração entre especialistas em segurança da informação, empresas de tecnologia e autoridades judiciais é crucial para desenvolver estratégias eficazes de prevenção, detecção e resposta a esses crimes.

No que diz respeito aos meios investigativos do futuro, a tecnologia blockchain tem o potencial de desempenhar um papel importante na autenticação e na rastreabilidade de evidências digitais, por ser um sistema descentralizado e imutável, o **blockchain** pode fornecer uma camada adicional de integridade e confiabilidade às provas coletadas em investigações cibernéticas.

A realidade virtual e a realidade aumentada também podem ser utilizadas como ferramentas investigativas, permitindo a simulação de cenas de crimes virtuais e a visualização imersiva de dados e evidências digitais, no entanto, é importante ressaltar que a evolução dos meios investigativos deve ser acompanhada por um arcabouço legal adequado, que garanta a proteção dos direitos individuais, à privacidade e a conformidade com os princípios legais vigentes, a adaptação das leis e dos procedimentos jurídicos para o ambiente digital é fundamental para garantir a eficácia das investigações e a justiça no combate aos crimes cibernéticos.

3.2 Segurança da informação

Existem diversos meios para obter segurança digital e mitigar riscos cibernéticos, um dos pontos mais importantes é a implementação de medidas de criptografia, ela

envolve a codificação de dados, tornando-os ininteligíveis para aqueles sem a chave, ao criptografar informações sensíveis durante o armazenamento e a transmissão, é possível garantir a confidencialidade e a integridade dos dados, mesmo em caso de acesso não autorizado.

Outro meio crucial para garantir a segurança digital é a autenticação de usuários e dispositivos, a autenticação de dois fatores (2FA) é uma técnica que requer que os usuários forneçam duas formas de comprovação de identidade para acessar sistemas ou dados sensíveis, além do tradicional nome de usuário e senha, uma segunda forma de autenticação, como um código enviado por mensagem de texto ou um token gerado por aplicativo, essa autenticação de dois fatores ajuda a reduzir o risco de ataques baseados em credenciais comprometidas.

Um aspecto crítico da segurança digital é a conscientização e o treinamento dos usuários, é essencial que indivíduos e organizações estejam cientes das melhores práticas de segurança, como a criação de senhas fortes e únicas, a proteção contra **phishing** e a identificação de possíveis ameaças, treinamentos regulares de conscientização podem ajudar a promover uma cultura de segurança nas organizações e a minimizar os riscos de ataques cibernéticos.

Manter os sistemas e softwares atualizados também é fundamental para garantir a segurança digital, os fornecedores de software lançam regularmente atualizações de segurança para corrigir vulnerabilidades conhecidas, é imprescindível que empresas e usuários apliquem essas atualizações de maneira oportuna, a fim de evitar ataques explorando falhas conhecidas, além disso, a implementação de firewalls, sistemas de detecção e prevenção de intrusões (IDS/IPS) e antivírus são medidas importantes para proteger as redes contra invasões e ameaças em tempo real, essas ferramentas ajudam a identificar atividades suspeitas, bloquear tráfego malicioso e fornecer alertas sobre possíveis violações de segurança.

As tendências futuras apontam para o uso crescente de inteligência artificial (IA) e aprendizado de máquina (ML), eles podem ser aplicados para análise avançada de dados e detecção de ameaças em tempo real, algoritmos de IA podem identificar comportamentos anormais e padrões de ataque, permitindo respostas rápidas e eficientes.

No contexto europeu, uma legislação fundamental na segurança digital é o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), implementado pela União Europeia em 2018, o GDPR estabelece um conjunto abrangente de regras para a proteção de dados pessoais dos cidadãos europeus, independentemente de onde esses dados sejam processados, o regulamento impõe obrigações às organizações, como a necessidade de obter consentimento explícito para coletar dados pessoais, a obrigação de notificar sobre

violações de dados e a exigência de implementar medidas técnicas e organizacionais adequadas para garantir a segurança dos dados.

No Brasil, destaca-se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) Lei nº 13.709/2018, A LGPD estabelece um conjunto de princípios, direitos e deveres relacionados à proteção de dados pessoais, ela impõe às empresas e organizações a necessidade de obter consentimento para o tratamento de dados pessoais, a adoção de medidas de segurança adequadas e a obrigação de notificar sobre incidentes de segurança que possam comprometer a privacidade dos dados.

Outra legislação relevante é a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, essa lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, ela trata de questões como neutralidade da rede, privacidade, responsabilidade dos provedores de serviços de internet e colaboração entre diferentes entidades para a segurança cibernética.

Além das leis específicas, também existem convenções internacionais e tratados que abordam a segurança digital, um exemplo disso é a Convenção sobre Crime Cibernético do Conselho da Europa, que estabelece uma estrutura jurídica para combater crimes cibernéticos e promover a cooperação internacional na investigação e repressão desses delitos.

No âmbito das regulamentações, as autoridades governamentais têm adotado medidas para promover a segurança digital, agências reguladoras e órgãos responsáveis pela aplicação da lei desenvolvem diretrizes e padrões para garantir a conformidade das empresas e usuários com as melhores práticas de segurança cibernética.

4 CONCLUSÃO

No contexto atual de rápida evolução tecnológica, a cibercriminalidade representa um desafio significativo para o sistema jurídico em todo o mundo, incluindo o Brasil, embora o país tenha avançado no desenvolvimento de uma legislação específica para combater os crimes virtuais, ainda existem algumas lacunas que podem ser preenchidas por meio de exemplos internacionais bem-sucedidos.

Em primeiro lugar, a cooperação internacional desempenha um papel crucial no combate à cibercriminalidade, os crimes virtuais são frequentemente transnacionais, com criminosos aproveitando-se da natureza globalizada da Internet para cometer delitos à distância, o Brasil pode se beneficiar ao observar e aprender com exemplos de tratados e acordos internacionais estabelecidos entre países, como a Convenção de Budapeste sobre

Crimes Cibernéticos, a fim de aprimorar a cooperação entre as autoridades nacionais e estrangeiras na investigação e no combate aos crimes virtuais.

Além disso, a capacitação das autoridades encarregadas de lidar com a cibercriminalidade é essencial. Isso envolve o desenvolvimento de equipes especializadas em crimes digitais, compostas por profissionais altamente treinados em técnicas de investigação digital, análise forense e jurisprudência específica. O Brasil pode buscar exemplos internacionais de países que já estabeleceram unidades especializadas em crimes cibernéticos dentro de suas forças policiais e sistemas judiciais, garantindo uma resposta mais eficiente e eficaz aos crimes virtuais.

Outra área de atenção é a proteção dos dados pessoais e a privacidade dos usuários, a crescente quantidade de informações compartilhadas online aumenta os riscos de violações de dados e invasões de privacidade, nesse sentido, o Brasil pode aprender com exemplos internacionais, como a União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados (GDPR), para aprimorar sua própria legislação de proteção de dados e promover um ambiente digital seguro e confiável.

Por fim, é importante destacar a necessidade de conscientização e educação pública sobre a cibercriminalidade, o aumento da conscientização sobre os riscos e consequências dos crimes virtuais pode ajudar a prevenir essas ocorrências, além de facilitar a denúncia e a colaboração das vítimas, o Brasil pode se inspirar em campanhas educativas e programas de conscientização desenvolvidos em outros países para promover a cultura da segurança digital e a responsabilidade cibernética.

Em resumo, embora o Brasil tenha feito avanços no combate à cibercriminalidade, ainda existem lacunas que podem ser preenchidas com exemplos internacionais bem-sucedidos, a cooperação internacional, o fortalecimento das capacidades investigativas, a proteção dos dados pessoais e a conscientização pública são áreas-chave em que o Brasil pode se beneficiar da experiência de outros países no enfrentamento efetivo dos crimes virtuais, essas medidas podem contribuir para um ambiente digital mais seguro e promissor.

REFERÊNCIAS:

TRACTO - Number of internet users worldwide from 2005 to 2018 (in millions). Disponível em: URL: < <https://www.tracto.com.br/quantas-pessoas-tem-acesso-a-internet-nomundo> >. Acesso em: 23 novembro de 2022

FARIA, José Eduardo apud MINHOTO, Antonio Celso Baeta – Globalização e Direito: o Impacto da Ordem Mundial Global sobre o Direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. ISBN 85-7453-460-9, p. 15.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: URL: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2022.

SENADO FEDERAL – atividade, disponível em: URL: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade>>. Acesso em: 22 de novembro de 2022

SECURITY REPORT - Brasil foi o 5º país com mais ataques cibernéticos em 2021 Disponível em: URL: <<https://www.securityreport.com.br/overview/brasil-foi-o-5o-pais-com-mais-ataques-ciberneticos-em-2021/#.Y3ONJXbMLIU>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2023

CANALTECH - História da segurança virtual: a origem do cibercrime – Canaltech Disponível em: URL < <https://canaltech.com.br/seguranca/historia-da-seguranca-virtual-a-origem-do-cibercrime-203073/>> Acesso em: 28 de março de 2023

MELO MOREIRA ADVOGADOS - O que é Cibercrime – O que é Cibercrime e quais os principais cibercrimes praticados, Disponível em: URL: <<https://melomoreiraadvogados.com.br/cibercrimes-saiba-mais-sobre-os-principais-crimes-praticados-na-internet/>> Acesso em: 27 de março de 2023

GDPR (General Data Protection Regulation): , Disponível em: URL: <<https://gdpr-info.eu/>> Acesso em: 27 de abril de 2023

União Europeia. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Jornal Oficial da União Europeia, L 119, de 4 de maio de 2016., Disponível em: URL: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>> Acesso em: 27 de abril de 2023

LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados): Brasil. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: URL: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em: 25 de novembro de 2022

Marco Civil da Internet: Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: URL: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> 27 de abril de 2023

BAHIA, John Hélder Oliveira. Responsabilidade Civil na Internet. Seara Jurídica Revista Eletrônica de Direito.v.2. n. 12, p. 30-55. 2014. Disponível em: URL: <

https://web.unijorge.edu.br/sites/searajuridica/pdf/anteriores/2014/2/searajuridica_2014_2_pag30.pdf>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

Convenção de Budapeste é promulgada no Brasil — Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: URL: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/convencao-de-budapeste-e-promulgada-no-brasil>> 07 de fevereiro de 2022

SAÍSSE, Renan Cabral. Ransomware: “sequestro” de dados e extorsão digital. Disponível em: URL: <[http://direitoeti.com.br/artigos/ransomware-sequestro-de-dados-e\[1\]extorsao-digital/#_edn4](http://direitoeti.com.br/artigos/ransomware-sequestro-de-dados-e[1]extorsao-digital/#_edn4)>. Acesso 11 janeiro de 2023

CRIMES VIRTUAIS E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA (educacao.ws) Disponível em: URL: <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/viewFile/269/pdf>> Acesso em 25 maio de 2023.

Agência Senado, Senado analisa projeto que regulamenta a inteligência artificial Disponível em: URL <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/05/12/senado-analisa-projeto-que-regulamenta-a-inteligencia-artificial#:~:text=O%20PL%202.338%2F2023%20estabelece,idade%20ou%20defici%C3%Aancia%2C%20para%20induzir>> Acesso em 03 de junho de 2023

BURG, Daniel. Violência Virtual. Disponível em: URL < <http://www.conjur.com.br/2017-fev-05/entrevista-daniel-burg-especialista-crimes-virtuais>>. Acesso em 04 de março de 2023.

A TRANSMUDAÇÃO DA NATUREZA CREDITÓRIA NA CESSÃO DE CRÉDITO REALIZADA POR SECURITIZADORAS DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS: *UMA ANÁLISE A PARTIR DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.570.452/RJ*

VÍTOR IMBROISI MARTINS:

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-Graduando pela FESMPDFT. Foi colaborador em Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal e voluntário no Projeto Ajuda Legal⁶⁷.

TOMÁS IMBROISI MARTINS⁶⁸

(coautor)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade da transmutação da natureza creditória na cessão de crédito realizada por securitizadora de créditos imobiliários. Para tanto, analisou-se o instrumento da cessão de crédito, a transmutação propriamente dita, a securitização de recebíveis e a aplicação daquele instrumento de transferência obrigacional a esta, bem como a análise, principalmente, do julgado no Recurso Especial nº 1.570.452/RJ a respeito do tema. Como recursos metodológicos, foi revisitado o estado da arte da doutrina, assim como a jurisprudência corrente, para o desenvolvimento do artigo. Concluiu-se, por fim, que não há a possibilidade de transmutação ante as características particulares desse tipo de crédito e o interesse público envolvido, assim como em virtude da inexistência de vedação legal explícita.

Palavras-chaves: Transmutação; natureza creditória; recebíveis imobiliários.

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibility of transmutating the credit nature by credit assignment when carried out by a real estate credit securitization company. For this purpose, the instrument of credit assignment, the transmutation itself, the securitization of receivables and the application of that instrument of credit transfer to it were analyzed, as well as the analysis, mainly, of the judgment in Special Appeal nº. 1.570.452/ RJ about the topic. As methodological resources, the state of the art of the

⁶⁷ E-mail: vitorimbroisi@gmail.com

⁶⁸ Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Servidor Público do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pós-graduado em Ciências Jurídicas com ênfase em Atividades da Magistratura. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

doctrine was revisited, as well as the current jurisprudence, for the development of the article. Finally, it was concluded that there is no possibility of transmutation given the unusual characteristics of this type of credit and the public interest involved, as well as due to the lack of explicit legal prohibition.

Keywords: Transmutation; credit nature; real estate receivables.

1. INTRODUÇÃO

Em 2016, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.526.092/SP, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tratou sobre a definição da natureza do crédito na hipótese de cessão de créditos, que é modalidade de negócio jurídico na qual uma das partes (a cedente) transfere a sua posição em uma relação obrigacional a um terceiro estranho a essa (cessionário), sem alteração na relação jurídico-negocial, nos termos dos artigos 286 e 287 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2016).

No referido julgado, debateu-se acerca da transmutação da natureza creditória e seus privilégios legalmente instituídos, quando, em falências, há cessão de créditos trabalhistas a cessionário que não ostenta a condição de empregado. O entendimento do órgão julgador, nesse momento, foi pela não transmissão dos direitos acessórios exclusivos do cedente, ressalvada a hipótese de o cessionário ostentar a mesma condição pessoal do cedente.

Nesse cenário, necessário pontuar que tal entendimento pode ser danoso ao próprio cedente trabalhador, tendo em vista que, caso haja a perda das qualidades que lhe são próprias, o mercado perde o interesse na aquisição dos créditos ou, no mínimo, diminui o valor por ele ofertado, aumentando o deságio imposto ao cedente (BRASIL, 2016).

Sobre essa mesma discussão, de manutenção ou não da natureza do crédito cedido, em 2020, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.537/RS – Tema 361, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou a tese de que “A cessão de crédito alimentício não implica na alteração de sua natureza”. Nesse recurso, analisou-se a possibilidade de transmutação da natureza creditória em cessão de precatórios alimentícios. A Corte concluiu que isso não seria possível, pois não há determinação legal para tanto e, caso ocorresse, seria ao arrepio do credor-cedente, o que termina por prejudicar uma parte legalmente protegida e privilegiada dentro do sistema de pagamentos da Fazenda Pública.

Tendo como base o entendimento exarado pelo STF, o STJ adequou o seu posicionamento, de forma a barrar a transmutação da natureza creditória na transmissão de obrigações, como é o caso do Recurso Especial nº 1.570.452/RJ, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Nesse recurso, discutiu-se a possibilidade da mudança da natureza creditória na cessão de crédito condominial a um fundo de direito creditórios, tendo a terceira turma do STJ concluído pela sua impossibilidade, confirmando a adoção da tese firmada pelo Tema 361 no STF. Destrincharam-se, além disso, alguns requisitos para que não seja verificada a transformação da natureza do crédito, quais sejam: (i) prerrogativas ao titular do crédito conferidas por lei; (ii) situação especial do credor-cedente, e (iii) necessidade de proteção desse credor em razão do interesse público.

Delineadas as discussões acima apontadas, ocorridas no âmbito das Cortes Superiores, é de suma importância analisar a transmutação da natureza dos créditos gerada pela cessão de obrigações no âmbito da securitização de recebíveis imobiliários.

A securitização de créditos, no âmbito imobiliário, é angular para o sistema financeiro imobiliário, o qual regula a participação de instituições nas operações de financiamento de imóveis. Exemplo disso é a securitização de créditos oriundos de contratos *built to suit* ou de incorporações imobiliárias, os quais permitem a alavancagem de capital pelos cedentes. Para tanto, é fundamental que haja a manutenção das qualidades inerentes ao crédito cedido, tendo em vista que elas valorizam o direito creditório, dando-lhe qualidade e aumentando o valor eventualmente ofertado para a sua aquisição (FARIA, 2011).

Assim sendo, para realizar a averiguação da possibilidade ou impossibilidade da transmutação da natureza creditória de recebíveis imobiliários, é preciso observar esse fenômeno por meio de algumas etapas, para melhor entender os diferentes institutos envolvidos no cerne da questão, quais sejam: (i) o crédito propriamente dito; (ii) o crédito imobiliário; (iii) a cessão de crédito; (iv) a transmutação da natureza de créditos; (v) a securitização de recebíveis; (vi) o instituto da cessão de créditos na securitização; e (vii) a impossibilidade da transmutação da natureza de créditos, conforme o REsp nº 1.570.452/RJ.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A definição de cessão de crédito

2.1.1 O crédito

Antes de se adentrar no instrumento da cessão de crédito, é imperioso entender, antes, o que é o crédito. O crédito está inserido no campo do direito das obrigações, qual seja, o ramo jurídico do Direito Civil responsável por regular a relação jurídica de dívida de prestação ou dever geral de conduta em um negócio entre pessoas determinadas ou

determináveis (LÔBO, 2021). Esse ramo do direito está previsto no Código Civil de 2002 na Parte Especial, Livro I, estendendo-se do art. 233 ao 420.

A obrigação propriamente dita é um dever jurídico, mais especificamente, um dever de prestação. Assim o sendo, a obrigação comporta três elementos essenciais: o elemento subjetivo, o elemento objetivo e o vínculo jurídico (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021).

O primeiro elemento refere-se aos sujeitos da relação obrigacional, que são os titulares dos centros de interesse credor e devedor (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021). Dentro do polo credor, tem-se o sujeito ativo, que é o beneficiário da obrigação, é aquele o qual detém o direito de exigir o cumprimento da prestação. Por sua vez, dentro do polo devedor, tem-se o sujeito passivo, que é quem assume um dever de cumprir a prestação e que se sujeita ao direito do credor de exigir o cumprimento da obrigação (TARTUCE, 2021). Frisa-se que a expressão "sujeito", em ambos os casos, deve ser entendida de forma ampla, e não apenas como pessoas físicas ou jurídicas, visto que ambos os polos de interesses podem ser integrados por entes despersonalizados, como a massa falida, sociedades de fato e o espólio (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021).

O segundo elemento refere-se ao objeto da relação obrigacional, qual seja, a prestação. Essa pode consistir em uma omissão ou, mais comumente, a uma ação que se pode exigir do devedor pelo credor. Normalmente, a doutrina divide essas ações – ou ausência de ações – em três categorias primordiais: dar, fazer e não-fazer (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021). Nesse diapasão, a prestação, que é o comportamento assumido pelo devedor, constitui o objeto da obrigação. Por sua vez, o bem da vida, o qual é o principal interesse na relação jurídica obrigacional em última instância, é o objeto da prestação (LÔBO, 2021).

O terceiro e último elemento é o vínculo jurídico, o qual se define como sendo a ligação imaterial que sujeita o devedor a determinada prestação dirigida ao credor, bem como a deveres jurídicos anexos (TARTUCE, 2021).

Dentro dessa ligação, conforme a teoria dualista da obrigação alemã, existe o débito (*Schuld*), o qual consiste no dever que o sujeito passivo tem de efetuar a prestação, e a responsabilidade (*Haftung*), a qual é entendida como a exigibilidade da prestação, ou seja, a faculdade do credor em exigir o cumprimento da prestação, podendo utilizar a máquina estatal e sua força para tanto (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021). É nesse contexto em que surge o crédito.

Se de um lado existe o débito e o dever que o sujeito passivo tem de efetuar a prestação, o crédito figura no lado credor, sujeito ativo da relação obrigacional, de forma que é entendido como o direito de exigir (pretensão) um comportamento (prestação) de outra pessoa em razão de um vínculo jurídico válido, o qual é amparado pela tutela

jurisdicional. Destarte, pelo fato ser dirigido à obtenção de uma prestação, o qual normalmente tem um bem da vida ou comportamento economicamente quantificável como próprio objeto, o crédito possui um valor patrimonial.

Ademais, é no próprio conceito de crédito que nasce o conceito de lide de Carnelutti, o qual a define como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Nessa toada, o direito de exigir o crédito e sua resistência ao cumprimento do acordado é que dão origem a boa parte dos conflitos de interesses judicializados (LÔBO, 2021).

2.1.2 O Crédito Imobiliário

Especificamente quanto ao crédito imobiliário, a legislação restou silente no tocante a sua definição específica. Exemplo disso é a Lei nº 9.514/1997, a qual cria os certificados de recebíveis imobiliários e determina que sejam lastreados em créditos imobiliários, sem definir o que estes são (BRASIL, 1997). Logo, coube à doutrina e à Comissão de Valores Mobiliários – CVM a sua definição.

Quanto à CVM, destaca-se a análise de seus julgados no tocante à possibilidade de emissão de certificados de recebíveis imobiliários lastreados em direitos creditórios. Mais especificamente, serão citados os processos administrativos mais recentes da Comissão de Valores Mobiliários sobre o tema. Quanto à doutrina, destacam-se os entendimentos dos professores Gladston Mamede e Melhim Namem Chalhub, conforme abaixo.

Chalhub define o crédito imobiliário como sendo o crédito com um vínculo jurídico real, ou seja, como um crédito cuja sua satisfação esteja garantida pelo conteúdo econômico de um imóvel por ocasião da exigência de cumprimento da prestação pelo credor (CHALHUB, 2012). Mamede, no entanto, admite uma interpretação mais restrita, afirmando que os créditos imobiliários são todos aqueles que tem origem em contratos de financiamento de bens imóveis (MAMEDE, 2005).

Outrossim, a CVM tem adotado uma definição de créditos imobiliários ainda mais ampla que a dos autores citados, conforme decisões do seu Colegiado em casos emblemáticos como o da Rede D'or, de 2017 (Processo CVM nº 19957.010578/2017-50) ("Caso Rede D'or"), e o da Barigui (*home equity*), de 2018 (Processo CVM nº 19957.008927/2017-73) ("Caso Home Equity").

A partir da análise das decisões desses julgados, observa-se que a Autarquia autoriza a emissão de certificados de recebíveis imobiliários lastreados em créditos: (i) oriundos da exploração ou financiamento de imóvel; (ii) destinados a financiar imóveis; ou (iii) derivados da utilização do proveito econômico de imóvel. Em todos, deve existir

obrigatoriamente uma vinculação entre a garantia real sobre coisa imóvel do crédito e a sua satisfação. Ou seja, atualmente, para a Comissão de Valores Móveis, o crédito imobiliário é todo aquele, para fins de securitização, sobre o qual é autorizado o lastro de certificados de recebíveis imobiliários, observando-se que todos devem ser acompanhados de um direito real de garantia sobre coisa imóvel (BRASIL, 2019) (MAMEDE, 2019).

2.1.3 A Cessão de Crédito

Assim, no que toca aos objetivos deste artigo, definidos os conceitos de crédito e crédito imobiliário, passamos ao entendimento do que é cessão de crédito. Cessão de crédito nada mais é que uma forma de transmissão de direitos originados de uma obrigação, de forma que a relação jurídica permanece inalterada, alterando-se, somente, um de seus sujeitos, isto é, o polo ativo, credor.

Assim, diz-se que ocorre a cessão de crédito, regradada pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 286 a 298 (BRASIL, 2002), quando há a troca do sujeito ativo – caso houvesse a troca do sujeito passivo, estar-se-ia diante da figura de assunção da dívida (LÔBO, 2021).

De mais a mais, é um negócio jurídico bilateral de transmissão do crédito a um terceiro, sendo o transmissor do crédito denominado cedente e o terceiro receptor, cessionário. Há, portanto, a cessão de crédito quando o credor (cedente) transfere a terceiro (cessionário) o seu direito de exigir do devedor a prestação advinda da relação obrigacional, independentemente de anuência deste (TARTUCE, 2021).

Observe-se que há uma sutil, porém, importante diferença em relação à sub-rogação. Essa possui natureza jurídica mista, visto que configura meio de pagamento e de transmissão da situação jurídica ativa, de sorte a gozar tanto de eficácia extintiva, quanto de eficácia translativa, enquanto a cessão de crédito antecede o momento de adimplemento da obrigação, sem a extinguir (DIDIER; BOMFIM, 2020).

Por essa razão, é um instrumento extremamente valioso à securitização de direitos creditórios, visto que é possível imprimir um valor nessa cessão – normalmente, por meio de um deságio imposto ao valor monetário da obrigação a ser adimplida – com base no crédito que está sendo cedido, seus atributos, natureza, garantias e demais qualidades. Nesse sentido, Tepedino e Schreiber (2021) consignam que “a cessão de crédito tem geralmente um propósito especulativo dirigido exclusivamente ao interesse do credor” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021, p. 172).

2.2 A transmutação da natureza de créditos

No direito brasileiro, a cessão de um crédito ocorre consoante o disposto no art. 286 e 287 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios” (BRASIL, 2002) (negrito aditado).

Dessa maneira, em regra geral, aplica-se o princípio da gravitação jurídica à cessão creditória, segundo o qual o acessório segue o principal (TARTUCE, 2021). No entanto, além da hipótese de convenção entre as partes, conforme o artigo supracitado, aqueles acessórios inseparáveis do credor originário e cedente não são transferidos.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no momento do julgamento do Recurso Especial nº 1.526.092/SP e Recurso Especial nº 1.266.388/SC. Nos julgados citados, os ministros acordaram que as qualidades acessórias aos créditos não o acompanham, ocorrendo a perda de eventuais benefícios legalmente constituídos. Quanto ao primeiro, foi considerado intransmissível ao cessionário o privilégio do crédito trabalhista na falência e, quanto ao segundo, as prerrogativas processuais do consumidor hipossuficiente (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021).

Dentro dos elementos acessórios, cumpre ressaltar as garantias, como as que acompanham o crédito imobiliário, as quais consistem em uma afetação de um determinado bem do patrimônio do devedor – ou até mesmo todo o patrimônio – como forma de assegurar o adimplemento da obrigação. Nessa toada, a garantia confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida por meio da alienação ou retenção do bem aplicado a sua satisfação, garantindo o recebimento do que é devido por meio da vinculação de determinado bem ao adimplemento da obrigação (GONÇALVES, 2021).

No caso dos créditos em análise, está-se diante de uma garantia real de coisa imóvel, ou seja, a garantia real sobre o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, nos termos do art. 79 do Código Civil (BRASIL, 2002). Dentro da lógica dualista da obrigação, quando há o surgimento da responsabilidade do devedor, é possível se valer da tutela jurisdicional para o cumprimento da prestação, inclusive por meio da execução judicial da garantia dada pelo devedor, *in casu*, executar o próprio bem imóvel dado em garantia pelo devedor (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021).

Percebe-se, nesse aspecto, a importância da transferência das qualidades acessórias ao crédito, em especial as garantias, para a securitização de recebíveis: ela que é

responsável, em última instância, pela “força do crédito”, por fazer valer o direito creditório em face do devedor, garantindo o seu efetivo valor patrimonial, mesmo quando o sujeito passivo da obrigação não cumpre o pactuado espontaneamente.

Nesse tocante, dentre os créditos imobiliários, destacam-se os créditos originários de contratos *built to suit*, os quais, em função de serem acompanhados por uma garantia de direito real – o próprio imóvel que será alugado.

De maneira simples, contrato *built to suit*, regulamentado pela Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2002, refere-se exclusivamente a contratos em que imóveis sujeitos a interesse de locação por uma parte são adquiridos, construídos ou reformados por um terceiro (locador), em conformidade com as especificações da parte interessada, visando a atender suas atividades específicas. Em contrapartida, a parte interessada (locatária) compromete-se a um longo período de aluguel do imóvel, por vezes com a própria alienação do imóvel em seu favor ao final, pagando um preço mais elevado do que seria usualmente pago por um imóvel semelhante (FRANCIOZI; PORTO, 2013)⁶⁹.

Dessa maneira, o contrato entre o locador e locatário *built to suit* gera um direito de crédito imobiliário, conforme análise pela Comissão de Valores Mobiliários citada anteriormente, o qual pode ser explorado no mercado por meio da securitização desses recebíveis futuros justamente em função da confiança depositada pelo mercado em investir em algo avalizado por um direito real. Há, portanto, a angariação de fundos para o cedente e com a consequente emissão de certificados de recebíveis imobiliários pelo cessionário.

Nesse caso, a cessão do crédito pelo locador é primordial para o cessionário poder gozar de suas garantias como locador, a exemplo da cláusula de renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis, garantia legalmente instituída pela Lei mencionada anteriormente.

⁶⁹ O contrato *built to suit* é muito utilizado por Fundos de Investimento Imobiliários que constroem imóveis para grandes empresas inquilinas sob encomenda. Um contrato *built to suit* conhecido, por exemplo, é do prédio da Cervejaria AMBEV, construído pelo GGRC11, um fundo de investimento imobiliário. O último contrato celebrado entre esses foi de uma promessa de compra e venda de imóvel, em 13 de maio de 2021, cujo objeto foi a aquisição de imóvel, em Guarulhos/SP, pelo valor total de cento e doze milhões de reais. Nesse contrato, a vendedora, Gaiolli Empreendimento Imobiliários SPE LTDA, foi responsável pela construção e posterior locação do imóvel à AMBEV, pelo prazo de quinze anos a partir de 19.07.2012, pelo valor de aluguel mensal de R\$ 384.444,99, corrigidos anualmente de acordo com o IPCA. Estando o imóvel já construído, o fundo assumiu o restante do contrato *built to suit* pelo prazo restante da referida locação até 19.07.2027, recebendo mensalmente o aluguel de R\$ 644.647,00. Para mais informações, ver <https://ggrc11.com.br/wp-content/uploads/2021/05/GGR-COVEPI-Renda-FII-Fato-Relevante-Aquisição-de-Imóvel-AMBEV-GRU.pdf>.

2.3 A securitização de recebíveis

Recebíveis, de forma geral, são direitos creditórios ainda não exigíveis, tratando-se, portanto, de um fluxo de caixa futuro (TARTUCE, 2021). Desse modo, os recebíveis constituem uma possibilidade de alavancagem de capital pelo credor, por meio da securitização, por exemplo (TROVO, 2013).

Securitização de recebíveis é uma oportunidade de captação de recursos junto ao público, pois se utiliza de créditos futuros para lastrear valores mobiliários no mercado, os quais são alienados aos investidores, que pagam o preço de forma imediata. Assim, o objetivo da securitização é a conversão dos recebíveis em ativos líquidos presentes e passíveis de aplicação. Ocorre, dessa maneira, uma desmobilização do patrimônio por meio da antecipação de recebíveis (ALCAIRE, 2013).

Toda essa operação de securitização envolve três agentes principais: a originadora, a securitizadora e o investidor. A primeira é a detentora de um direito creditório futuro e interessada na captação imediata de recursos. Assim sendo, essa transfere ao segundo agente, uma sociedade de propósito específico securitizadora, o seu direito creditório futuro por meio de algum instrumento de cessão de obrigações – mais comumente, é utilizada a cessão de créditos (CHAVES, 2006).

Essa securitizadora utiliza os créditos adquiridos como lastro para a emissão de títulos e valores mobiliários, os quais serão oferecidos ao público em geral, que são os investidores. Com a captação desses recursos, a sociedade de propósito específico paga o preço referente aos recebíveis, com um deságio por ter adiantado o recebimento do valor monetário correspondente aos direitos creditórios pelo originador (CHAVES, 2006). Ainda, no caso de direitos creditórios de natureza imobiliária, os títulos emitidos pela securitizadora são denominados Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRIs (TOMAZETTE, 2019).

Os direitos creditórios, ainda, tendo ocorrido a sua transmissão, são de propriedade da própria securitizadora e, indiretamente, dos próprios investidores. Pelo fato de ser uma sociedade de propósito específico, a qual se destina unicamente à atividade de securitização, evita-se a contaminação do lastro quanto a riscos decorrentes de outras atividades, o que caracteriza em uma efetiva segregação dos riscos dos créditos recebidos do originador, que não é adstrito a uma única atividade e está sujeito a diferentes passivos. Em função disso, a qualidade do valor mobiliário decorrente da securitização está intimamente ligada à qualidade do crédito originador (LANZ *et al*, 2015).

Quanto à segregação de riscos, menciona-se a possibilidade de se instituir um regime de fidúcia no tocante aos recebíveis de propriedade da securitizadora. Outrossim,

é possível uma afetação desses créditos, que são lastros de determinados valores mobiliários, para que somente sejam utilizados na liquidação de seus respectivos títulos, custos de administração e obrigações fiscais, protegendo o investidor até mesmo da securitizadora (JÚNIOR, 2019).

Quanto a esse aspecto, não podem os valores mobiliários serem conceituados à parte do direito creditório que os assegura, mas tão somente pela função econômica a que estão vinculados (COELHO, 1999).

Nessa questão, salta aos olhos a securitização de créditos imobiliários. Conquanto já tenha sido segregado o risco inerente ao originador do crédito pela operação de securitização, ainda há o risco de inadimplemento do devedor da relação obrigacional originária.

No entanto, conforme exposto anteriormente, os créditos imobiliários caracterizam-se pela sua garantia real sobre coisa imóvel. Dessa maneira, em caso de inadimplemento, são possíveis a tutela judicial e a execução do próprio imóvel como formas de recebimento do conteúdo monetário da prestação devida (JÚNIOR, 2019).

Apenas a título exemplificativo, prevista no art. 8º da Lei nº 9.514/1997, a securitização de recebíveis imobiliários tem três principais origens de seus créditos que lastreiam a emissão dos CRIs, quais sejam: (i) contrato de compra e venda de imóvel a prazo; (ii) contratos oriundos de locação, arrendamento de imóvel, concessão de direito de superfície ou *built to suit*; e (iii) contratos de financiamento para a aquisição, incorporação ou reforma de imóveis (JÚNIOR, 2019).

2.4 O instituto da cessão de créditos na securitização

Como forma de transmissão do direito creditório na securitização, dentre as diversas possibilidades encontra-se a cessão de crédito, instrumento esse de transmissão de obrigações. É utilizado na operação de securitização, pois permite a separação dos créditos vencidos do patrimônio do originador/cedente, garantindo segurança à operação em caso de insolvência desse agente (FARIA, 2011). Ainda, pode conter cláusula de recompra à vista dos créditos em caso de falência do devedor, o que confere um adicional de proteção aos investidores (COELHO, 1999).

Nesse diapasão, Tomazette (2019) consigna que:

“A segurança dos investidores é reforçada pela impossibilidade de declaração de ineficácia da cessão, no caso de falência do cedente. O art. 136, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 diz expressamente que, ‘na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou

revogado o ato de cessão em prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador'. Assim sendo, a segregação dos riscos fica bem clara, uma vez que não há risco de prejuízo dos investidores em razão da falência da originadora". (TOMAZETTE, 2019, p. 456).

A cessão de crédito é etapa anterior à securitização, sendo comumente utilizado nos contratos de aquisição de recebíveis pelas securitizadoras/cessionárias (LANZ *et al.*, 2015). Além disso, com base na classificação de Simões (2011), a cessão referente à securitização é a cessão de créditos futuros, por meio de uma aquisição derivada, tratando-se de uma modificação no elemento subjetivo da relação obrigacional.

2.5 A impossibilidade da transmutação da natureza de créditos, conforme o REsp nº 1.570.452/RJ

Inicialmente, quando a questão da transmutação da natureza creditória chegou à Corte Cidadã, entendeu-se que as qualidades acessórias do crédito de natureza personalíssima não seriam transmitidas ao cessionário, caso esse não ostentasse as mesmas qualidades pessoais do cedente. Isso porque se entendeu que os privilégios legais estariam ligados à qualidade do credor e não ao crédito em si, nos termos do acórdão do Recurso Especial 1.526.092/SP (BRASIL, 2016).

Entretanto, após o julgamento do Recurso Extraordinário 631.537/RS pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento modificou-se. Nesse caso, tratava-se de transmutação da natureza alimentícia de um precatório quando de sua cessão a terceiro. Consignou-se que, sendo permitida a cessão do precatório, incluindo de seus acessórios, nos termos do 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias *c/c* art. 287 do Código Civil de 2002, o crédito permanece com a mesma natureza antes da ocorrência da cessão (BRASIL, 2020).

Assim não o fosse, caso houvesse a perda da qualidade do crédito pela cessão, perder-se-ia o interesse em sua aquisição ou a diminuição de seu valor, aumentando ainda mais o deságio, o que, em última instância, prejudicaria o próprio cedente, o qual foi privilegiado legalmente e deve ter suas proteções garantidas. (BRASIL, 2020).

Nessa senda, quando a matéria retornou ao STJ para discussão, agora sobre a forma de transmutação de créditos condominiais, a terceira turma aplicou a mesma *ratio decidendi* da Suprema Corte à cessão de créditos de origem condominial, visto que:

"Semelhante situação ocorre na hipótese dos autos, haja vista que a transmutação da natureza do crédito cedido viria em prejuízo dos próprios condomínios, que se valem da cessão

de seus créditos como meio de obtenção de recursos financeiros necessários ao custeio das despesas de conservação da coisa, desonerando, assim, os demais condôminos que mantêm as suas obrigações em dia. Ainda que as prerrogativas concedidas ao detentor de crédito alimentar contra a Fazenda Pública sejam inerentes à natureza da dívida, visam elas proteger, em última análise, a pessoa do credor, à semelhança das preferências legais conferidas aos detentores de crédito trabalhista ou condominial, a justificar, desse modo, a aplicação da mesma tese jurídica" (REsp nº 1.570.452/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 22.09.2020).

Para tanto, o Ministro Relator identificou que não há vedação legal à transmissão das qualidades acessórias do crédito condominial na cessão de crédito, consignando que são justamente essas qualidades que tornam o crédito atrativo. Nesse diapasão, o Ministro Relator ratificou que o cessionário no caso era uma Fundo de Investimento em Direitos Creditórios, que opera normalmente por meio da securitização de recebíveis, conforme elucidado anteriormente.

Dessa forma, é a qualidade do crédito cedido que o torna atrativo para a securitizadora, tornando-o objeto de uma operação de securitização e privilegiando o cedente detentor dos privilégios legais (BRASIL, 2020).

Por fim, o relator afirmou em seu voto que ainda há a possibilidade de transmutação da natureza creditória no ordenamento jurídico, visto que o é permitido pelo Código Civil, e que o legislador o faz de forma expressa quando assim pretende, a exemplo dos créditos trabalhistas, em razão de falência, cedidos a terceiros, que passam a ser quirografários (BRASIL, 2020).

3. CONCLUSÃO

Embora até o momento não tenha o Poder Judiciário pronunciado-se acerca da transmutação da natureza creditória de recebíveis imobiliários, é de se esperar que o entendimento inaugurado pela Suprema Corte, no caso dos créditos alimentícios, seja seguido, assim como a *ratio decidendi* adotada pela Corte Cidadão no julgamento do Recurso Especial nº 1.570.452/RJ, o qual tratou especificamente dos créditos condominiais securitizados por Fundo Creditório.

Isso, porque os créditos imobiliários reúnem as características identificáveis em ambos os julgados para fazer prevalecer a sua natureza, quais sejam: (i) prerrogativas ao titular do crédito conferidas por lei; (ii) situação especial do credor-cedente, à semelhança

do condomínio no REsp em comento, definida como necessidade de obtenção de recursos financeiros para desempenho de suas atividades como incorporador, empresa responsável por contratos *built to suit*, gestão de alugueres ou financiamento imobiliário do tipo *home equity*, etc; e (iii) necessidade de proteção desse credor em razão do interesse público (BRASIL, 2020).

Outrossim, tendo em vista que a securitização de recebíveis é parte integrante do sistema financeiro e utilizada para financiamento de projetos *built to suit*, habitacionais e incorporações, acredita-se que há necessidade de proteção da natureza dos créditos do Sistema Financeiro Imobiliário (HIRATA; TARTAGLIA, 2018). Além disso, não há nenhuma vedação legal à transmissão dos acessórios na cessão, como ocorreu no exemplo consignado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva em seu voto.

Por fim, as garantias reais que acompanham o crédito imobiliário são o que diferenciam a sua securitização das demais, visto que são elas o que garantem a confiança do investidor em as adquirir, indiretamente, por meio dos Certificados de Recebíveis Imobiliários.

Ademais, como relatado, em função da impossibilidade de os valores mobiliários serem conceituados a parte do direito creditório que os assegura, mas tão somente pela função econômica a que estão vinculados, eventual transmutação abalaria a segurança jurídica nesses investimentos. Consequentemente, todo o Sistema Financeiro Imobiliário seria afetado, visto que a securitização compõe grande parte dos recursos deste, o que poderia acarretar na perda de seu propósito de promoção do financiamento imobiliário.

Assim, acredita-se que, quando a questão da transmutação ou não da natureza creditória de recebíveis imobiliários cedidos a securitizadoras de direitos creditórios vier a debate no Superior Tribunal de Justiça – ou até mesmo no Supremo Tribunal Federal –, será mantido o atual entendimento, qual seja, o da não ocorrência da mudança na natureza do crédito, à semelhança do decidido quanto aos créditos condominiais e alimentares.

Referências Bibliográficas

ALCAIRE, Mariana Rosa de Azevedo Basso. **Securitização de recebíveis**. Monografia apresentada a Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103852>. Acesso em: abril de 2023.

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários**. Registro de Oferta Pública de Distribuição De CRI de Emissão da RB Capital Companhia De Securitização – Processo Sei nº 19957.010578/2017-50. Disponível em:

http://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2017/20171212_R1/20171212_D0869.html. Acesso em: abril de 2023.

_____. **Comissão de Valores Mobiliários**. Recurso contra Decisão da SRE - Registro de Oferta Pública de Distribuição De Certificados De Recebíveis Imobiliários - CM Capital Markets DTVM Ltda. E Outro – Processo Sei nº 19957.008927/2017-73. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2018/20180116_R1/20180116_D0894.html. Acesso em: abril de 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: abril de 2023.

_____. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. **Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: abril de 2023.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: abril de 2023.

_____. Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012. **Altera o art. 4º e acrescenta art. 54-A à Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que “dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes”, para dispor sobre a locação nos contratos de construção ajustada**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12744.htm. Acesso em: abril de 2023.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.266.388 / SC. Recorrente: RECORRENTE:PAULO VOLNI BROERING FILHO. Recorrido: TELEFÔNICA BRASIL S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101744251&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: abril de 2023.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.526.092 / SP. Recorrente: BRASON INDÚSTRIA DE PAPEL E ONDULADOS LTDA. Recorrido: IPAR – REICLADORA DE PAPEL ARARENSE S/A – MASSA FALIDA. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.526.092&aplicacao=processos.ea>

&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO. Acesso em: abril de 2023.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.570.452 / RJ. Recorrente: G5 PRECATORIOS FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITORIOS NÃO-PADRONIZADO. Recorrido: RITA MELLO JANTARE – ESPOLIO. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502326121. Acesso em: abril de 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 631.537 / RS. Recorrente: Wsul Gestão Tributária Ltda e outro (a/s). Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425825/false>. Acesso em: abril de 2023.

CHALHUB, Melhum Namem. **Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais: Estudos e Pareceres**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

CHAVES, Maria Cristina. **Direito empresarial: securitização de créditos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Versão física.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2. Versão física.

DIDIER Jr., Fredie; Bomfim, Daniela Santos. A sub-rogação prevista no art. 786 do Código Civil e a convenção de arbitragem celebrada pelo segurado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 24. Ano 7. p. 100. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2020.

FARIA, Amarildo Pereira de. **Securitização imobiliária: uma opção de funding para o financiamento habitacional**. 2011. Dissertação (Mestrado em Economia Aplicada) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-19092011-101319/pt-br.php#>. Acesso em: abril de 2023.

FRANCIOZI, Luís Henrique da Silveira; PORTO, Paola Torneri. **Operações Built to Suit antes e depois da Lei nº 12.744/12 – O Estudo de Caso do Hospital Infantil Sabará**. In: 12ª Conferência Internacional da Lares. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://lares.architecturez.net/doc/oai-lares-id-lares-2013-917-1134-1-sp>. Acesso em: abril de 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – volume 5: direito das coisas**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590531/>. Acesso em: abril de 2023.

HIRATA, Alessandro; TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso. **Built to suit: dos aspectos contratuais ao direito de superfície**. In: Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Salvador, v. 4, n.1, p. 145-165, jan/jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/4134>. Acesso em: abril de 2023.

LANZ, Luciano Quinto; *et al.* **Sistema de garantias para cadeias produtivas: modelo de securitização para FIDCs**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 44, p. [311]-348, dez. 2015. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7103>. Acesso em: abril de 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito civil - volume 2: obrigações**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593464/>. Acesso em: abril de 2023.

MAMEDE, Gladston. **Letra de Crédito Imobiliário e Cédula de Crédito Imobiliário Segundo a Lei 10.931, de 02 de Agosto de 2004**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, no 01, p. 47-63, fev/mar, 2005.

_____. **Títulos de Crédito**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020267/>. Acesso em: abril de 2023.

SIMÕES, Marcel Edvar. **Transmissões em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03092012-094639/pt-br.php>. Acesso em: abril de 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993757/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!/4/2/4%400:100>. Acesso em: abril de 2023.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992392/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright%5D!/4/4/2%400:0>. Acesso em: abril de 2023.

TOMAZETTE, Marlon. **Coleção Curso de direito empresarial – Vol. 2**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616695/pageid/3>. Acesso em: abril de 2023.

TROVO, Beatriz Villas Boas Pimentel. **Captação de recursos por empresas em recuperação judicial e Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC)**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22082014-095725/pt-br.php>. Acesso em: abril de 2023.

DEMANDA JUDICIAL: A ÓTICA TELEOLÓGICA SOBRE O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

GABRIEL DE SOUZA LOZANO:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul,
UNIFUNEC⁷⁰

EDUARDO CURY
(orientador)

RESUMO: A exegese pretendida por este trabalho é alcançar nova conscientização sobre a natureza jurídica do benefício de prestação continuada e seus enlaces com o atual cenário econômico brasileiro. Desta feita, intuir-se-á a importância da leitura teleológica na aplicação do benefício assistencial pelos Tribunais Pátrios e quais são as implicações decorrentes da elasticidade cognitiva do julgador no momento da prolação do decreto meritoso. Nesse sentido, o artigo pautou-se em pesquisas exploratórias dedutivas, pesquisa bibliográfica, entre doutrina, jurisprudência e artigo científico por meio de método hipotético-dedutivo com o fim de estatuir o real espírito forjado pelo legislador na criação do beneplácito assistencial e quais são os equívocos perpetrados pelos operadores do direito na análise de sua aplicação. Portanto, a construção do sentido esboçado por este trabalho de pesquisa ruma para a conclusão de que a subsunção da realidade aos requisitos elencados pela Lei Orgânica da Assistência Social é salutar para a perpetuidade e manutenção do benefício assistencial sob o ponto de vista atuarial, de modo que não cabe aos Tribunais a tarefa de ampliar ou restringir condições de elegibilidade ao beneplácito, sob pena de afronta ao postulado da prévia fonte de custeio e separação entre os poderes.

Palavras-chaves: Benefício de Prestação Continuada. Tribunais Pátrios. Lei Orgânica da Assistência Social. Prévia Fonte de Custeio. Separação entre os Poderes.

LEGAL DEMAND: THE TELEOLOGICAL OPTIC ABOUT THE BENEFIT OF CONTINUED SERVICE

ABSTRACT: The exegesis intended by this work is to achieve new awareness about the legal nature of the benefit of continued provision and its links with the current Brazilian economic scenario. In this way, the importance of teleological reading in the application of the assistance benefit by the National Courts will be intuited and what are the implications arising from the cognitive elasticity of the judge at the time of the delivery of the meritorious decree. In this sense, the article was based on exploratory deductive research,

⁷⁰ gabriellozano027@gmail.com

bibliographic research, between doctrine, jurisprudence and scientific article through a hypothetical-deductive method in order to establish the real spirit forged by the legislator in the creation of assistance and what are the mistakes made by the operators of the law in the analysis of its application. Therefore, the construction of the meaning outlined by this research work leads to the conclusion that the subsumption of reality to the requirements listed by the Organic Law of Social Assistance is healthy for the perpetuity and maintenance of the assistance benefit from the actuarial point of view, in a way that that it is not up to the Courts the task of expanding or restricting eligibility conditions for approval, under penalty of affronting the postulate of the previous source of funding and separation between powers.

Keywords: Continuing Payment Benefit. National Courts. Organic Law of Social Assistance. Previous Source of Costing. Separation of Powers.

1 INTRODUÇÃO

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) traduz-se como instrumento assistencial estatal primado pela consecução dos ideais da fraternidade e do primado do bem-estar comum de direito consubstanciado pela seguridade social fincada pelo art. 203, V, da Carta da República. Nessa perspectiva, infere-se que a principal característica da natureza jurídica do benefício suscitado é a implementação de política de seguridade social sem a necessidade de contribuição ao sistema de custeio previdenciário.

Com efeito, tem-se que o beneplácito cotado no valor de 1 (um) salário mínimo será devido as pessoas portadoras de deficiência incapacitante e aos idosos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos que não gozem de outro benefício da cesta de seguridade social, com exceção da assistência médica e pensão especial de natureza indenizatória, e que possuam a renda per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, conforme a instrumentalização dos artigos 20 e 21 da Lei Orgânica da Assistência Social que regulamentou o mandamento constitucional atinente à política assistencial brasileira.

Dada a premissa legal, a busca pela exegese da regulamentação realizada pela LOAS se restringirá a análise pormenorizada do que se entende por deficiência incapacitante e capacidade econômica e qual sentido está sendo aplicado pelos Tribunais Pátrios.

O esmiuçamento do conceito de deficiência para a concessão do benefício assistencial constitui importante ferramenta de distinção pragmática, tendo tal diferenciação poder de conferir o beneplácito a quem dele realmente necessita e possua direito, isso porque não há conformidade cognitiva da jurisprudência acerca do assunto, e sendo assim, perceptível é, por análise simplesmente empírica, a concessão do beneplácito a determinado reclamante com características dissonantes ao que a lei prevê.

De igual modo, a suscitação de dúvidas aqui apresentada desaguará no campo da fragmentação subjetiva do que se entende por capacidade econômica e, na realidade, qual seria os efeitos práticos do reconhecimento da nulidade do dispositivo do artigo 34 do Estatuto do Idoso pelo Supremo Tribunal Federal referente a limitação de 1/4 da renda familiar per capita, e como tal tipificação influi no ateste da miserabilidade do reclamante.

As mudanças perpetradas na aferição do critério econômico pela pandemia do coronavírus também reclama melhor análise com o fito de realçar os imbróglis da leitura teleológica pelo julgador singular quanto ao reconhecimento dos requisitos fundantes para a concessão do benefício assistencial.

Contudo, importa frisar que o artigo não se pautará pela afronta ao sistema da persuasão racional do juiz, de modo algum, até mesmo porque a crítica não é ao subjetivismo do julgador que é destinatário final das provas, mas, sim, procura-se realçar pontos controvertidos para melhor compreensão social e pedagógica do instituto, afinal a garantia da perpetuidade do benefício assistencial cumpre anseio constitucional.

2 A ASCENSÃO DO BPC COMO GARANTIA ASSISTENCIAL E SUA RELEVÂNCIA PARA O ATUAL CENÁRIO SOCIOECONOMICO BRASILEIRO

O texto constitucional, ao lapidar o macroorganismo da Ordem Social, trouxe ao sistema jurídico pátrio o primado do bem-estar social por meio da consecução da justiça social, isto é, o legislador constituinte procurou maximizar na Carta da República as garantias inerentes à fraternidade e seus tentáculos para abarcar e suportar o custeio de política pública, sendo apta a garantir ao povo uma cesta de direitos concernentes nas necessidades elementares do indivíduo. Nesse sentido, nas lições do venerando professor Alexandre de Moraes (2021, p. 947):

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Determinou a Constituição que a seguridade será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais

Diante da roupagem assistencial conferida pela Carta Política, o benefício assistencial sagrou-se pelo modelo de seguridade social não contributiva, isto é, o segurado, se preenchido os requisitos legais, ficaria dispensado de verter contribuições ao sistema previdenciário. Daí, a importância de se examinar minuciosamente as condições do demandante quando do petítório pela concessão do benefício.

Com efeito, ante o caráter não contributivo do benefício, importa esclarecer que a fonte de custeio do BPC está calcada na propulsão do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) e não dos fundos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) como alguns fazem crer, muito embora a contribuição previdenciária seja utilizada como complemento para o financiamento do custeio. O FNAS fora estatuído pela Lei nº 8.742/93 (LOAS) e a ele compete a distribuição em âmbito nacional dos recursos para os demais fundos dos Entes Federados.

Para melhor elucidação, trago à baila o entendimento sistemático do beneplácito professado pelo magistério de Gustavo Garcia (2022, p. 154):

O benefício de prestação continuada tem natureza jurídica assistencial, pois integra a *proteção social básica* no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), instituído pelo Ministério da Cidadania, em consonância com o estabelecido pela Política Nacional de Assistência Social (PNAS). O benefício de prestação continuada é constitutivo da Política Nacional de Assistência Social (PNAS) e integrado às demais políticas setoriais, e visa ao *enfrentamento da pobreza, à garantia da proteção social, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais*, nos moldes definidos no art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.742/1993. A plena atenção à pessoa com deficiência e ao idoso beneficiário do benefício de prestação continuada exige que os gestores da Assistência Social mantenham ação integrada às demais ações das políticas setoriais nacional, estaduais, municipais e do Distrito Federal, principalmente no campo da saúde, segurança alimentar, habitação e educação.

Intui-se, outrossim, que a vista de políticas assistenciais, certo é que o país comunga dos efeitos inerentes ao estado social de Direito, em que pese a criticidade neoclássica que constantemente atenta contra os valores impostos pela Constituição Federal de 1988, ao revés do que pretende seus críticos, a consecução de políticas de distribuição de renda é dever do Estado por força constitucional, ou seja, apesar de louváveis as política governamentais de transferência de recursos, certo é que essas ações cumprem nada mais além do que o mandamento positivado pelo Texto Maior.

Há de se destacar que, com a fulminação do coronavírus e sua classificação pandêmica, a sociedade em geral viu ruir os prognósticos referentes ao desenvolvimento socioeconômico, dado que as restrições advindas para a não propagação do vírus obstou

a perpetuidade de várias empresas e, concomitantemente, extinguiu inúmeros postos de trabalhos, levando a maioria dos trabalhadores brasileiros a informalidade.

A informalidade, per si, não significa tão somente a atividade laboral à revelia dos direitos trabalhistas como: FGTS, seguro desemprego, abono salarial, férias etc, mas, sim, revela que a população trabalhadora informal deixará de contribuir com o sistema previdenciário e, geralmente, sem contribuição durante determinado período, tal população ficará à míngua da proteção da seguridade social com a perda da qualidade de segurado.

A perda da qualidade de segurado traduz-se na impossibilidade do usuário do sistema previdenciário em gozar dos direitos inerentes à cesta previdenciária, de modo que se o segurado deixar de contribuir para o custeio do regime previdenciário, certo é que perderá os direitos aos benefícios alocados na cesta social.

Malgrado haja o chamado período de graça que compreende a cobertura previdenciária ao usuário sem que haja contribuição durante determinado período, tem-se que a informalidade do mercado de labor levou inúmeros usuários a assumirem a contribuição facultativa, isto é, recolhimento de integral responsabilidade do usuário e que possui menor período de graça, qual seja, 6 (seis) meses, podendo esse período ser prorrogado a depender da contribuição, consoante art. 15 da Lei de Benefícios.

Muito embora o país tenha sofrido economicamente com a ascensão da pandemia, certo é que o grau de informalidade no mercado laboral brasileiro há muito vem se destacando exponencialmente, conforme explicita Relatório Técnico do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) do Governo Federal elaborado em 2019:

Os dados mais recentes mostram que, após ensaiar uma recuperação mais acentuada ao longo do primeiro semestre de 2018, o mercado de trabalho brasileiro voltou a apresentar um cenário de baixo dinamismo, caracterizado pela estabilidade da taxa de desemprego em patamar elevado e pela leve expansão da ocupação e da renda. Estes resultados pouco satisfatórios, entretanto, não chegam a surpreender, tendo em vista que são compatíveis com a lenta trajetória de retomada da economia brasileira. (BRASIL, p. 8)

O relatório aponta, portanto, a timidez do cenário da tomada do crescimento do emprego formal anterior a pandemia. Desta feita, importante frisar que a eclosão da informalidade laboral no mercado de trabalho brasileiro se deu em meados de 2013 e de lá para cá, indubitavelmente, houve um avanço na escalada do desemprego.

Não obstante, o quadro de desaceleração econômica estar acompanhado de superficiais melhoras, o fato é que a população brasileira deixou de contribuir ativamente para o sistema de custeio da seguridade social, sendo essa condição agravada com a precariedade do estado laboral a que está submetida a maior parte dos desempregados brasileiros que, notadamente, não possuem instrução educacional suficiente e acabam sendo recolhidos ao trabalho braçal e penoso.

Deste modo, com a ausência de segurança a saúde do trabalhador, é forçoso intuir que milhares de brasileiros, atualmente, estão sem qualquer cobertura previdenciária e, sendo assim, quando acometidos de alguma patologia incapacitante, não vislumbram outro caminho a não ser se socorrer do assistencialismo estatal.

3 A ADEQUAÇÃO JUDICIAL DO REQUISITO DEFICIÊNCIA E MISERABILIDADE PARA A CONCESSÃO DO BPC

No bojo da situação de precariedade laboral oriunda dos quadros de informalidade empregatícia, quando o trabalhador é surpreendido com o acometimento de alguma moléstia de ordem incapacitante, este, sem titubear, ruma a agência do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) no afã de alcançar algum benefício da cesta previdenciária, como, por exemplo, o auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Contudo, diante da recessão econômica, e pelo que demonstram os indicadores sociais, esse trabalhador acaba por não conseguir, diretamente, verter contribuição à previdência social, sendo eventual pedido de aposentação ou auxílio-previdenciário negado por ausência de contribuição ao sistema previdenciário. Nessa senda, o não segurado tenta procurar solução judicial para imbróglio.

A partir deste momento é que nasce a controvérsia realçada por este artigo, pois o operador do direito tende, não raras vezes, adentrar com petição atinente ao benefício de prestação continuada não se atentando aos ditames do art. 20 da Lei Assistencial, até mesmo porque há precedentes jurisprudencial acerca da flexibilização do que se entende por deficiência incapacitante, considerando, em alguns casos, não o que dispõe a lei, mas as circunstâncias do caso concreto.

Para melhor compreensão, colaciono trecho de julgado análogo ao suscitado da lavra da eminente Desembargadora Federal Diva Prestes Marcondes Malerbi (2019, p.2):

Embora o laudo pericial produzido em juízo conclua pela incapacidade parcial há que ser considerado a idade, o grau de escolaridade e a gravidade de seus problemas de saúde, de modo que deve ser reconhecida sua incapacidade total e permanente para

qualquer atividade, amoldando-se ao conceito de pessoa deficiente, nos termos do artigo 20, § 2º, da Lei n.º 8.742/93, com redação dada pela Lei n.º 12.435/2011.

Com a máxima vênia ao entendimento perpetrado pela veneranda julgadora, urge salientar que o sentimento posto pelo legislador é de que o benefício de prestação continuada deve ser restrito às situações de extrema vulnerabilidade social, tanto é que o legislador alçou no dispositivo a necessidade de cumprimento cumulativo dos requisitos, isto é, ter o reclamante deficiência incapacitante ou ser maior de 65 (sessenta e cinco) anos, desde que tenha renda mínima abaixo do fracionamento legal.

Na esteira da premissa realçada, cumpre destacar que a justiça, em linhas gerais, traduz-se na aplicação de regras abstratas criadas pela coletividade para saciar as relações interpessoais com vista ao bem social comum, consoante lição do eminente jurista Miguel Reale (2012, p.94):

A constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com o da coletividade

Não se trata, portanto, de leitura *contra misero*, haja vista que deve o julgador, na aplicação da lei, atender os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, conforme exortação da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB).

Não por acaso, o legislador deu vida ao art. 20-B do LOAS por meio da redação dada pela Lei nº 14.176/2021, consignando que a deficiência deve ser constatada ao rigor do que dispõe a lei nº 13.146/2015, com atenção a especificidade do grau de deficiência e se há necessidade de desempenho de terceiro no auxílio de afazeres básicos do suplicante.

A inclusão do suscitado artigo reforça o caráter exclusivista do benefício assistencial para situações de excepcional quadro de vulnerabilidade socioeconômica, ou seja, o suplicante tem de estar inserido na redoma da incapacitação laboral e da miserabilidade familiar, de modo que a miserabilidade seja caracterizada pela ineficácia da aplicação dos direitos de alimentos por relação consanguínea.

Com efeito, o julgador deverá refletir sobre a possibilidade de o demandante estar inserido em núcleo familiar saudável e que, por vezes, tantos os descendentes ou ascendentes, se o caso, possuem condições de arcar com as despesas e custos de vida do solicitante e, nesse caso, não se restringindo a análise de renda per capita sobre os residentes no mesmo teto, tendo em vista a aplicação do postulado da solidariedade familiar.

No mesmo sentido, a literalidade do art. 230 da Carta da República assegura que família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, reforçando que a responsabilidade é compartilhada entre família, sociedade e o Estado, não sendo, portanto, ônus tão somente do Ente Estatal.

No mesmo ângulo, o fator econômico para aplicação do benefício assistencial inaugurou grandes debates sobre sua constitucionalidade, isto é, em apertada síntese, a controvérsia encontrou respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana em explicitar que não se poderia aferir a miserabilidade tão somente com base no quesito econômico de 1/4 do salário mínimo nacional vigente.

A suscitação de dúvida sobre o teor constitucional do parágrafo 3º do art. 20 chegou ao Supremo Tribunal Federal e, em 2013, por meio dos Recurso Extraordinários 580.963 e 567.895, culminando em recurso com repercussão geral (Tema 312), o Plenário do Excelso Pretório decidiu pela constitucionalidade de tal parâmetro. Não obstante, a Corte entendeu pela decretação de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, sem, contudo, haver oposição de nulidade.

O Tribunal Constitucional entendeu pela não proclamação de nulidade, pois caberia ao legislador resolver as inconsistências normativas do que se entende por comprovação de miserabilidade tendo em vista os parâmetros dissonantes havidos em leis posteriores a LOAS, como o próprio Estatuto do Idoso e o Bolsa Família que fixavam objetivamente normas mais flexíveis ao ateste da miserabilidade, depreendendo clara afronta ao postulado da Isonomia.

Nessa toada, importante frisar que, após o aresto do STF, a Lei Assistencial por meio do parágrafo 11, do art. 20, possibilitou a análise do quesito da condição de miserabilidade por outros elementos probatórios a não ser o parâmetro de 1/4 de salário mínimo, entretanto, a Lei 14.176/2021 consignou que o material probatório a ser examinado poderá ser ampliado até 1/2 do salário mínimo por meio de decreto a ser feito pelo Poder Executivo.

A elasticidade da comprovação de penúria se deve, principalmente, as mudanças fáticas que ocorreram com o irromper da pandemia do Coronavírus, conforme tratado anteriormente, mas, de todo modo, o novo atalho cumpre importante função social em abarcar muitas outras situações que pelo texto anterior não seria possível.

O esmiuçamento das condições de miserabilidade e deficiência revela certa preocupação do legislador em fincar o benefício assistencial para aqueles que realmente

necessitam da atenção estatal, porquanto não possuem outros meios de subsistência, afinal a palavra de ordem para o alcance do beneplácito é subsistência.

Pelo contexto teleológico, a subsistência deve ser entendida como instrumento social para acesso ao mínimo existencial com vista a garantia da dignidade da pessoa humana, volvendo a lembrar que o Texto Maior, em toda sua magnitude, assentou o BPC como instrumento de distribuição de renda e não de acúmulo de recursos, por isso deve o reclamante pleiteá-lo como insumo para vida e não como fonte de renda para acrescer pretensões patrimoniais.

4 A VALORAÇÃO PROBATÓRIA E O CASO CONCRETO

De início, cumpre informar que o petitório atinente ao benefício de prestação continuada que revelaria a pretensão e o corpo material do caso concreto somente encontrará salvaguarda no Poder Judiciário se houver prévio requerimento administrativo ao Instituto Nacional do Seguro Social, sob pena de configuração de ausência de interesse de agir, fulminando, *in limine*, a demanda judicial, conforme jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 631.240, da lavra do eminente Ministro Roberto Barroso .

A partir deste ponto, o demandante passará pelo crivo da autarquia para que haja decisão administrativa sobre o mérito da súplica, isso não quer dizer que o pretenso segurado precise esgotar a via administrativa, pois o que se pretende é atestar o interesse de agir concernente na disposição da autarquia em conceder o beneplácito sem provocação judicial ou comprovar a resistência do órgão em aplicar o direito, nascendo, no último caso, os elementos indiciários de efetiva lesão ao direito perseguido.

Ademais, instaurada a ação judicial, com a explicitação das principais controvérsias sobre o tema, há de se rememorar o douto voto do Ministro Gilmar Mendes quando da fixação da exegese do Tema 312, o julgador, naquele momento, pontuou que, muito embora o legislador tenha fincado requisitos objetivos para aplicação do beneplácito, certo é que o magistrado de primeiro grau é o filtro necessário para distinguir as reais condições socioeconômicas a que está submetida o suplicante.

Ademais, é cediço que o julgador singular não detém carta branca para bem dirimir o texto legal, ao revés, sob a ótica das alegações preambulares, o juiz utilizará ferramentas processuais eficazes na subsunção da norma a realidade vivenciada pelo solicitante, mormente porquanto a causa versa sobre matéria factual.

Nesse sentido, a prova pericial é, indubitavelmente, necessária para que o magistrado avalie o grau das condições de miserabilidade e, se o caso, analise também as especificidades da deficiência do suplicante.

Além disso, o Código de Processo Civil facultou ao julgador a realização de Inspeção Judicial que, no presente caso, se afigura medida relevante para o deslinde da demanda, uma vez que o juiz estará plenamente integrado dos pormenores das condições econômicas da parte autora, como, por exemplo, no caso de inspeções na residência da suplicante, onde constatará o modo de vida daquele núcleo familiar.

No entanto, a realidade é pragmática, malgrado a Inspeção Judicial seja bom atrativo probatório, o fato é que, com a sobrecarga de trabalho que assola os Tribunais Pátrios, a Inspeção Judicial tem se mostrado pouco utilizada pelos magistrados brasileiros.

Com isso, a prova pericial atinente aos estudos sociais realizados por Assistentes Sociais nomeados pelo juízo tem sido frequente na colheita comprobatória. Esse estudo social concernido na entrevista compreende: a biografia familiar do demandante, as fontes de renda do núcleo familiar e as condições de moradia auferidas pelo núcleo familiar.

Nessa linha, a socióloga Vânia Sierra (2018, p. 154) em seu *Poder Judiciário e Serviço Social* consignou a importância da entrevista como instrumento de aferição social para elaboração de parecer socioeconômico:

A realização de uma entrevista social faz com que o profissional entre em contato, muitas vezes, com a intimidade de seus usuários, suas condições de vida e as questões que mais afetam sua vida. O cuidado em preservar o sigilo das informações, e de fazer com que a coleta desses dados tenha um efeito real no atendimento aos sujeitos que são submetidos a esse processo é de fundamental importância. Também é importante assegurar que o arquivo que contém esses dados seja inviolável, de forma a garantir o compromisso ético do assistente social para com a população usuária. O sigilo é um direito do usuário e é dever do assistente social assegurá-lo. Um dos elementos mais delicados na entrevista é a identificação dos lugares ocupados, tanto pelo entrevistador como pelo entrevistado. A relação que se estabelece traz sempre a marca de uma relação de poder, ainda que o profissional se disponha ao acolhimento do usuário.

Por outro lado, nos casos de ateste de doença incapacitante, o laudo pericial é redigido por médico perito também nomeado pelo juízo e, sendo assim, o profissional realizará parecer sobre a capacidade laboral do demandante, isto é, se o autor possui condições físicas ou mentais para trabalhar.

De toda sorte, o magistrado é o destinatário final das provas, e se eventualmente entender pela desnecessidade de algum material probante poderá fazê-lo desde que fundamente pela sua prescindibilidade, sob pena de cerceamento de defesa. Tal previsão legal é fruto do postulado do livre convencimento motivado do juiz adotado pelo Estatuto Processual Civil.

Malgrado o julgador ordinário tenha o uso da discricionariedade na atribuição valorativa da prova, certo é que o magistrado, enquanto garante da aplicação da norma, deverá discursar acerca dos motivos que o convenceram a classificar os elementos probatórios para o alcance da verdade processual.

Daí o escopo da norma processual em não vincular a atuação do magistrado nas conclusões do laudo pericial. Assim, o julgador poderá obter o deslinde do feito por outras provas acostadas aos autos, salientando-se, por oportuno, que a prova deverá ser sopesada independentemente do sujeito que a tiver promovido.

Alexandre Câmara (2022) entende que a teoria da valoração probatória elencada pelo Código de Processo Civil garante maior coadunação com o Estado Democrático de Direito ao cabo de garantir a fundamentação da decisão judicial sob o prisma do devido processo legal com a oportunização do contraditório em sua plenitude.

É relevante mencionar, por fim, que a percepção do conjunto fático, inequivocamente, perpassa o cenário comunitário onde o requerente está inserido, ou seja, o destinatário da prova, com lastro no empirismo, deverá também cotejar os fatores culturais daquela localidade para alcançar o máximo de expressão da realidade do requerente, uma vez que a prova exigida está estritamente enlaçada nas raízes sociais e econômicas do demandante.

Aliado a essa tônica, o feito poderá receber intervenção do Ministério Público, muito embora haja previsão expressa na Lei Assistencial em seu artigo 31 sobre o poder-dever do Ente Ministerial em atuar nos casos de solicitação do benefício, sob pena de nulidade, entretanto, certo é que a jurisprudência tem entendido que atuação da promotoria de justiça se revela necessária tão somente nos casos de requerentes incapazes.

Portanto, o procedimento exige dilação probatória e está circunscrito a avaliação do grau de deficiência e/ou miserabilidade do demandante com especial vista ao conjunto factual colacionado aos autos.

5 CONCLUSÃO

O cenário econômico brasileiro reflete abruptamente a ausência de crescimento de empregos formais no país e, com isso, muitos brasileiros vivem à margem da perda da qualidade de segurado ante a falta de contribuição ao sistema previdenciário.

Nesse sentido, os benefícios previdenciários ordinários não conseguem abarcar os milhares de casos de inconstância laboral a que a população está subordinada, e assim, a população recorre ao benefício de prestação continuada como salvaguarda disponível para sanar a ausência de vencimentos.

Contudo, o benefício assistencial é reservado aos casos em que há completa ausência de subsistência cumulada a velhice, em casos de idosos maiores de 65 anos, ou no caso de deficientes incapazes de laborar. Deste modo, é perceptível que o beneplácito não se trata de mera complementação de renda, mas, sim, de instrumento hábil a garantir a dignidade da pessoa humana e tornar possível o acesso aos insumos básicos de vida.

Repisa-se, considerando todos os pontos elencados, o juiz deverá averiguar precipuamente os requisitos objetivos para a concessão do benefício assistencial, ou seja, averiguar o correto enquadramento da pretensão autoral nas hipóteses conferidas em lei, sob pena de ativismo judicial.

Nessa senda, à luz do quanto discutido, resta imprimir a exegese do texto normativo positivado pelo art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”

A premissa exposta implica diretamente na impossibilidade do julgador em criar condições para o auferimento do beneplácito, uma vez que o papel de ampliar ou restringir as situações impostas na lei é tarefa fulcral do poder legislativo e, sendo assim, não compete ao juiz criar custos não previsto pelo orçamento, resguardando o princípio de prévia fonte de custeio.

Há de se entender que o não cabimento de determinada concessão do Benefício de Prestação Continuada não implica revelia estatal à miséria humana, dado que o poder público possui outros inúmeros programas sociais que podem ser auferidas pelo demandante.

A simbiose entre seguro e assistencialismo brasileiro não pode ser, *mutatis mutandis*, equacionada por simples manifestação judicial, uma vez que o imbróglio decorre de questões estruturais como o desenvolvimento educacional e econômico.

A partir desta perspectiva, tem-se que os valores fundamentais como a garantia da dignidade da pessoa humana dependem de fonte de custeio solidificada pela seguridade social e, por isso, a prévia análise pormenorizada do preenchimento dos requisitos elencados pelo artigo 20 da Lei Assistencial resulta na perpetuidade e estabilização do benefício para aqueles que o usufruem ou usufruirão em algum remoto tempo.

O presente artigo, outrossim, reconhece como louvável a sedimentação do benefício assistencial pelo legislador originário, haja vista a sensibilidade do constituinte perante parte do espectro social brasileiro totalmente flagelado pela fome e ausência de instrução educacional. Aliás, o que se pretende é justamente a defesa da perpetuidade e da garantia de acesso aos que realmente se enquadrem no auferimento do benefício.

Portanto, imperiosa é adequação cognitiva frente aos petítórios reclamando o benefício de prestação continuada visto que a cognição judicial alcança a irresignação dos cidadãos que tiveram seus pedidos negados e, assim, com entendimento teleológico esboçado por este artigo, tem-se que a prestação jurisdicional será efetivamente realizada.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ. 4 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Mercado de trabalho: conjuntura e análise. Relatório técnico apresentado em 2019 pela fundação pública com o escopo de revelar estatísticas e dados relacionados ao mercado de trabalho brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10274/1/bmt_66.pdf. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF. 7 dez. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 580963, Plenário. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social. Reclamado: Blandina Pereira Dias. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 nov. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur248328/false>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 631240, Plenário. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social. Reclamado: Marlene de Araújo Santos. Rel. Ministro Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 nov. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283852/false>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL, Tribunal Regional Federal, 3ª Região, 8ª Turma. Apelação Cível nº 5621702-52.2019.4.03.9999. Apelante: Severino Venancio, Instituto Nacional do Seguro Social.

Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social, Severino Venancio. Rel. Desembargadora Federal Diva Prestes Marcondes Malerbi. Diário de Justiça Eletrônico, São Paulo, 25 out. 2019. Disponível em:
<https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/99780888>. Acesso em: 03 jun. 2022.

CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772575/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

GARCIA, Gustavo Filipe B. **Curso de direito previdenciário: seguridade social**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Disponível em:
<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599633/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

REALE, Miguel. **Política e Direito**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Disponível em:
<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502137691/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SIERRA, Vânia M. **Coleção serviço social - Poder judiciário e serviço social**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Disponível em:
<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547232115/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MULTIPARENTALIDADE

GUILHERME FAVARO SANTANA DE MENEZES:

Discente da Universidade Brasil. Curso de graduação em Direito. Campus Fernandópolis. (2023).⁷¹

DÉBORA JAQUELINE GIMENEZ FERNANDES FORTUNATO

(orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo discutir, com base em fundamentos jurídicos, o reconhecimento da multiparentalidade e todos os efeitos decorrentes das relações parentais. Isso inclui a possibilidade de estabelecer múltiplos vínculos parentais em relação ao estado de filiação, seja ele presumido, biológico ou afetivo, à luz de princípios norteadores estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, e de demais disposições pertinentes ao assunto. O objetivo é demonstrar como a parentalidade socioafetiva é aceitável no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise das decisões tomadas pelo Judiciário.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Afetividade. Família. Parentesco.

ABSTRACT: This article aims to discuss, based on legal principles, the recognition of multiparentality and all the effects resulting from parental relationships. This includes the possibility of establishing multiple parental bonds in relation to the status of filiation, whether it is presumed, biological, or affective, in light of guiding principles established by the Federal Constitution of 1988 and other relevant provisions. The objective is to demonstrate how socio-affective parenthood is acceptable within the Brazilian legal framework through an analysis of decisions made by the Judiciary.

Keywords: Multiparentality. Affection. Family. Kinship.

1 INTRODUÇÃO

A busca pela felicidade, um dos maiores anseios da humanidade, engloba a aspiração por laços afetivos nutridos no contexto do cotidiano, permeados por carinho, amor e generosidade entre progenitores e descendentes. A instituição familiar, por sua vez, passa por transformações sociais que afetam suas ações, comunicações e expressões, à medida que assimila novos valores e formas, reconfigurando sua estrutura.

71 E-mail: loginpvp@hotmail.com

Diante do rompimento dos vínculos familiares, emerge a necessidade de uma nova configuração familiar, na qual novos indivíduos se inserem como pais e filhos, originando laços com pessoas que, anteriormente, não compartilhavam do mesmo círculo familiar. Vínculos esses estabelecidos por questões afetivas.

O direito tem como objetivo acompanhar a realidade daqueles que são tutelados por suas normas. A evolução legislativa, portanto, exige uma postura ativa para garantir a proteção dos direitos relacionados às novas configurações familiares. O papel do afeto na formação das novas famílias e os efeitos e repercussões decorrentes do reconhecimento de laços afetivos são aspectos fundamentais a serem abordados por essa pesquisa.

2 MULTIPARENTALIDADE

Ao longo dos anos, observamos transformações estruturais significativas no âmbito das relações familiares, o que resultou no surgimento de novos arranjos familiares. Essas mudanças inevitáveis demandaram a revisão e reconstrução dos conceitos preexistentes sobre o tema. O Direito de Família, por sua vez, não permaneceu imune a essa mutação.

Nesse contexto, a multiparentalidade emerge com o propósito de se adaptar às novas formas de família que atualmente existem. Tal fenômeno se justifica pelo fato de que menores não apenas enxergam a figura parental em seus genitores, mas também em terceiros, responsáveis por sua criação e educação, com base exclusivamente na relação de afeto, amor e respeito que se desenvolveu ao longo do tempo, podendo e devendo ser reconhecida a filiação socioafetiva.

A multiparentalidade representa, de fato, o reconhecimento do afeto e do amor construídos entre as partes envolvidas, sem que isso implique na substituição do vínculo biológico. Assim sendo, todos os princípios inerentes à dignidade da pessoa humana devem ser invocados para proteger e resguardar os direitos da criança.

2.1 O SURGIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Alguns autores conceituam a multiparentalidade como sendo o fenômeno em que uma pessoa simultaneamente mantém dois vínculos de filiação no grau ascendente de primeiro grau, seja no âmbito materno ou paterno. Nesse contexto, abarcar-se-ia a hipótese de adoção homoafetiva, por meio da qual o adotado passa a contar com dois pais ou duas mães.

O reconhecimento da igualdade, como ponto de partida para a transformação em nosso país, teve sua origem na Constituição de 1988, por meio do princípio da família e do princípio da igualdade entre os cônjuges e seus direitos em relação aos filhos. Com eles, o

casamento deixou de ser o único elemento central na definição legítima da paternidade no Brasil, e, assim, a Constituição determinou o fim das discrepâncias entre os filhos, independentemente de sua origem biológica.

Também, a partir do notável progresso jurídico propiciado pela Constituição de 1988, uma era científica foi inaugurada, permitindo a utilização do exame de DNA para determinar a ascendência biológica e, assim, desencadeando avanços significativos no campo da medicina genética.

Pode-se afirmar que a concepção de paternidade/maternidade compreende três elementos fundamentais: o aspecto presumido, o biológico e o afetivo. Além disso, compreende-se a possibilidade de registrar mais de dois genitores para uma criança, dando origem à multiparentalidade, que harmoniza com o imperativo do princípio da igualdade, uma vez que todos são equiparados perante a lei, valorizando-se, desse modo, o afeto estabelecido entre os envolvidos.

2.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÕES

O tema da multiparentalidade em questão busca o reconhecimento das múltiplas formas de filiação, abrangendo a filiação socioafetiva, biológica ou natural e registral. É crucial mencionar, ainda, os três tipos de Direito de Família, os quais direcionam o indivíduo de maneira simultânea.

Em última análise, compreende-se que não existem impedimentos dentro do ordenamento jurídico para a formação da família multiparental, uma vez que tanto o pai quanto o filho possuem o direito de escolher sua origem. Dessa forma, diversos conflitos entre pais biológicos e pais afetivos são solucionados, visando o respeito aos direitos de todos os envolvidos.

Além disso, em 2009, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu um modelo para a elaboração das certidões de nascimento, permitindo que não haja restrições quanto ao número ou às pessoas que devem constar no campo da filiação. Essa medida proporciona e simplifica a inclusão de mais uma figura parental no registro.

2.2.1 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva, caracterizada pelo elo emocional de afeto, carinho e cuidado, transcende o vínculo biológico. Ser reconhecido como filho implica ser tratado, tanto perante a sociedade quanto diante da própria família, de maneira indistinta, sendo um ato de vontade, respeito e afeição que se desenvolve ao longo do tempo, desvinculado de uma definição meramente filial.

A filiação socioafetiva deriva da cláusula geral que ampara a tutela da personalidade humana, considerando a filiação como um elemento fundamental para a construção da identidade e personalidade.

O Código Civil ampliou o conceito de parentesco civil, abarcando todos aqueles que integram a unidade familiar, independentemente de laços consanguíneos. Uma lacuna foi aberta pelo artigo 1.593, que faz menção ao parentesco com outra origem, enquanto o artigo 1.596 estabelece que não há distinções entre os filhos, consolidando a plena igualdade:

Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem. [...] Art. 1596. Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2022)

As menções preconizam o artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

O princípio da afetividade encontra-se intrinsecamente ligado ao princípio da igualdade entre os filhos, salvaguardados como direitos fundamentais. Conforme enfatizado por Jorge Fujita:

Filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente o liame de ordem sanguínea entre eles. (FUJITA, 2010, p, 475)

O autor, na mesma senda, equipara o afeto a um "elemento aglutinador", como uma argamassa sólida que os une em suas relações, tanto pessoais quanto patrimoniais. É impossível exercer a paternidade socioafetiva e biológica sem a presença de afeto, segurança, carinho e igualdade.

Na empreitada de estabelecer critérios distintivos para o reconhecimento da filiação socioafetiva, a doutrina direciona sua atenção a três elementos fundamentais: a)

tratamento dispendido ao filho de forma a ser reconhecido como tal, educado, criado e apresentado como membro legítimo da família (*tractatus*); b) o uso do sobrenome familiar e a autoidentificação com tal (*nominatio*); c) e o reconhecimento público perante a sociedade como integrante efetivo da família de seus pais (*reputatio*).

Tal abordagem sempre observa a importância de reconhecer a paternidade baseada no afeto, garantindo que seus efeitos sejam reconhecidos tanto nos aspectos pessoais quanto patrimoniais, sempre levando em conta o princípio da dignidade humana e o melhor interesse da criança ou adolescente.

2.2.2 FILIAÇÃO BIOLÓGICA OU NATURAL

A filiação biológica decorre da relação de parentesco consanguíneo, baseada na comprovação genética. No tocante a esse assunto, Clovis Beviláqua destaca:

O parentesco criado pela natureza é sempre a cognação ou consanguinidade, porque é a união produzida pelo mesmo sangue. O vínculo do parentesco estabelece-se por linhas. Linha é a série de pessoas provindas por filiação de um antepassado. É a irradiação das relações consanguíneas. (BEVILÁQUA, 1975, p. 769)

Diante desse contexto, duas consequências emergiram:

Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto assim que se estabeleceu a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje possível é identificá-las em pessoas distintas. (DIAS, 2009, p. 331)

Em suma, compreende-se que a filiação biológica/natural figura como uma das manifestações cotidianas e evolutivas que, até os dias atuais, se beneficia amplamente do progresso tecnológico, notadamente no que concerne aos exames de DNA, os quais têm desempenhado um papel crucial, mas que pode-se valer que a paternidade socioafetiva tem um valor maior do que o simples reconhecimento biológico, seguindo a ideia de que um verdadeiro pai é aquele que cria e ama, indo além de apenas gerar e trazer uma criança ao mundo.

2.2.3 FILIAÇÃO CIVIL

A filiação civil/registral é aquela que deriva do ato de registro de nascimento, estabelecendo-se por meio da parentalidade registral, na qual se presume a veracidade

dos fatos registrados. O registro de nascimento representa uma das modalidades de reconhecimento da filiação, juntamente com a escritura pública, escritura particular, testamento e declaração.

Além disso, o parentesco civil também pode ser estabelecido por meio da adoção. Desse modo, percebe-se que nem toda filiação biológica se converte em filiação civil, da mesma forma que nem toda filiação civil possui natureza biológica.

3 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

A efetivação da multiparentalidade requer a observância de diversos princípios fundamentais que orientam e viabilizam sua concretização, sendo notáveis, a título exemplificativo, os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso social e da afetividade.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esse referido princípio revela-se de maneira intrínseca e simbiótica em relação aos anseios mais primordiais inerentes a todo ser humano, ou seja, o sentimento de "paternidade" e "maternidade" e o sentimento de "filiação", conforme estabelecido nos artigos 1º, III e 226, § 7º da Constituição de 1988:

Art. 1º [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] Art. 226 [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, Maria Berenice Dias ressalta que

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, uma coleção de princípios éticos [...] O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares (DIAS, 2013, p. 65).

À luz do exposto, é possível constatar que, para além dos diversos conceitos e abordagens, esse princípio representa o cerne da própria sociedade e da instituição familiar, não se limitando apenas a restringir a atuação do Estado, mas também orientando sua atuação.

3.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Este referido princípio exerce uma influência primordial no âmbito da abordagem dos direitos familiares, uma vez que se constitui como um fundamento intransponível que impede o retrocesso diante das obrigações que não são legalmente reconhecidas, preservando o patamar alcançado pelo reconhecimento dessas obrigações. Nesse contexto, a importância desse princípio é indubitável, uma vez que o ordenamento jurídico nacional busca abranger e proteger as famílias que adotam novas configurações, como a multiparentalidade.

Ao longo de sua formação, a sociedade brasileira foi moldada por diversas culturas, o que se revela como um dos fundamentos para o surgimento de formas e estruturas familiares modernas. É essencial que se extraiam das riquezas desse multiculturalismo as perspectivas necessárias para elucidar a imperiosidade de o Estado brasileiro conferir uma proteção essencial a essas novas configurações familiares.

Embora esse direito seja, em larga medida, subjetivo, ele constitui uma garantia protegida de forma constitucional, escapando à competência da legislação infraconstitucional para limitar tal proteção. Dessa forma, a legislação nacional não pode pretender retroceder ao estado anterior ao da promulgação da Constituição de 1988.

Esse princípio exprime a proibição do retrocesso social em relação aos direitos fundamentais, conferindo-lhes uma posição de destaque em relação aos direitos sociais, e exigindo que sejam mantidos de forma estável. O progresso alcançado pela Constituição de 1988 não pode ser aniquilado. Portanto, é vedado ao Estado modificar tais direitos, seja por mera liberalidade ou como pretexto para sua efetivação.

3.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A supremacia da afetividade sobre todos os demais vínculos emergiu da própria dinâmica das relações sociais, uma vez que se reconheceu que a afetividade é intrínseca ao sentimento humano, não podendo ser dissociada do âmbito familiar. Essa relação pode se estabelecer por meio da convivência e constituição da família. Diante disso, impôs-se ao Estado o dever de conferir o devido reconhecimento normativo e legitimar a multiparentalidade, incumbindo-lhe adotar meios legais para resolver e implementar os efeitos decorrentes por meio dos princípios presentes na Constituição, introduzidos pelo legislador constituinte.

Nesta mesma linha de raciocínio Tartuce e Simão explicam que:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do texto maior como sendo um direito fundamental,

pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana. (TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 47)

Assim, os tribunais brasileiros devem reconhecer que o afeto transcendeu a mera função agregadora da família, tornando-se um valor jurídico capaz de fundamentar as decisões judiciais.

4 DAS FORMAS DE FAMÍLIA

Ao longo dos anos, verificou-se uma significativa adaptação dos conceitos preexistentes acerca das configurações familiares, as quais foram completamente reformuladas e ajustadas às circunstâncias atuais que permeiam o mundo contemporâneo.

4.1 FAMÍLIA NATURAL

A família natural é aquela que deriva da consanguinidade, sendo privilegiada em relação às demais formas de família e, geralmente, é considerada a forma tradicional de família, composta por pai, mãe, filhos e filhas. Tal definição encontra respaldo no artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que estabelece:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. (BRASIL, 1990)

Sobre tal conceito de família, é importante ressaltar a obsolescência da ideia de "pátrio poder", na qual o pai era considerado o chefe da família, detentor de todas as decisões que afetavam o núcleo familiar, enquanto a mulher tinha apenas a incumbência de cuidar dos filhos, da casa e do marido.

4.2 FAMÍLIA EXTENSA

Tal modelo familiar também encontra respaldo no artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu parágrafo único:

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 1990)

Consoante à doutrina, a família extensa é configurada pela relação entre um indivíduo e seus familiares próximos, desde que haja uma convivência ininterrupta e uma

afinidade notória. No que tange aos menores, privilegia-se a colocação em família extensa em detrimento da inserção em uma família substituta.

4.3 FAMÍLIA SUBSTITUTA

A inserção de uma criança em uma família substituta retrata a viabilidade de um menor que foi abandonado e/ou rejeitado encontrar amparo psicológico, econômico, cultural e social, além de estabelecer uma base estrutural para si, bem como exercer o seu direito familiar, consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A colocação em família substituta pode ocorrer mediante três modalidades distintas, a saber: guarda, tutela e adoção, em consonância com o disposto no Artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei: § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. § 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990)

5 OS EFEITOS DA MULTIPARENTALIDADE

Os desdobramentos decorrentes da multiparentalidade derivam do reflexo do parentesco, uma vez que abrangem efeitos patrimoniais e deveres até o quarto grau em

linha reta colateral, envolvendo tanto a família do pai biológico como a família afetiva, com base nas disposições legais que regulam o instituto familiar.

No contexto do parentesco na mesma linha reta colateral, o parentesco socioafetivo produz os mesmos efeitos, incluindo o registro no nome da família e as restrições estabelecidas no ordenamento jurídico, resultando em obrigações alimentares, sucessórias, previdenciárias e até mesmo eleitorais.

Em conformidade com o princípio da igualdade, consagrado no artigo 227, §6º da Constituição Federal, fica evidente que todos os filhos gozam dos mesmos direitos, independentemente de serem biológicos ou não.

Art. 227 [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

Uma vez que a Multiparentalidade é reconhecida, os direitos sucessórios recairão sobre ela, uma vez que a divisão da herança não pode ser desigual. O filho multiparental se tornará herdeiro de cada pai e mãe que estiverem registrados.

Dessa forma, o filho multiparental possui direitos e deveres em relação aos pais, independentemente de serem biológicos ou afetivos. Conforme evidenciado no artigo 1.835 do Código Civil:

Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau. (BRASIL, 2002)

Maico Pinheiro da Silva, Nelton Torcani Pellizzoni e Lucas Maldonado Diz Latini lecionam:

Com efeito, um indivíduo que possua, por exemplo, dois pais, não podem ser privados de seus direitos de herdar bens de ambos, uma vez que, aos olhos do próprio ordenamento jurídico, a filiação é absolutamente legítima. Ademais, limitar o direito sucessório deste indivíduo seria ferir a própria lei, caracterizando uma espécie de discriminação absolutamente infundada. Contudo, devemos ressaltar que, ao indivíduo que possua múltiplos genitores ou genitoras, é ressalvado o direito de renúncia, ou seja, ele possui plenamente o direito de herdar de todos os pais e mães, porém também possui o

direito de renunciar a essa herança. (SILVA; PELLIZZONI; LATINI, 2017, p. 2)

Conforme já explanado anteriormente, a negação da paternidade socioafetiva não isenta os herdeiros do falecido dos efeitos financeiros da sucessão. Caso o pai registral não tenha contestado sua paternidade em vida, não terá meios para desfazer o vínculo sucessório.

Cabe ressaltar que a renúncia à herança é uma questão distinta de uma possível proibição legal, uma vez que o ordenamento jurídico não impede que um indivíduo herde bens de mais de dois pais. No entanto, é garantido a esse indivíduo o direito de renunciar a tal sucessão.

No que diz respeito aos alimentos, é necessário considerar o propósito essencial de prover a sobrevivência da pessoa, não permitindo que aquele que recebe os alimentos enriqueça injustamente. O filho tem o direito de requerer alimentos de um ou ambos os pais, de modo que cada um contribua de acordo com suas possibilidades e proporções, a fim de colaborar para o seu desenvolvimento.

Assim como um pai tem o dever de prover alimentos a seus filhos por meio da multiparentalidade, independentemente de sua quantidade, os filhos também devem fornecer alimentos aos pais caso estes necessitem. Nessa mesma linha de pensamento, ressalta que os pais têm direito a receber alimentos de seus filhos.

No artigo 1.696 do Código Civil, estabelece-se que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e também se estende aos demais ascendentes, conforme o grau de parentesco. De forma semelhante, o artigo 1.697 do mesmo Código prevê que na ausência de ascendentes, sejam eles parentes biológicos, civis ou socioafetivos, a obrigação de prover alimentos será transferida aos descendentes que mantenham o mesmo tipo de parentesco dos ascendentes mencionados no artigo 1.696.

No caso do falecimento do pai, é conferido ao filho afetivo o direito de receber, de forma acumulativa, no mínimo três pensões por morte, independentemente do regime previdenciário ao qual os pais estejam vinculados. A legislação, embora omissa em relação à cumulação de benefícios em caso de óbito, não impede tal acumulação.

O reconhecimento da multiparentalidade acarreta grandes repercussões, não apenas no âmbito jurídico, mas também na esfera social, o que se reflete de modo geral no direito público, inclusive no campo do direito eleitoral, por meio da aplicação da inelegibilidade aos filhos socioafetivos.

5.1 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE O TEMA

O Supremo Tribunal Federal, em tempos recentes, proferiu sua sentença a respeito de uma tese de suma importância no âmbito do direito familiar. A partir de seus julgamentos e deliberações, o tema abordado concentra-se na abrangência da multiparentalidade:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016. (STF, 2016)

A mencionada decisão consolida, com base na esfera jurídica, a possibilidade de haver dois pais e duas mães devidamente registrados nos documentos oficiais, estabelecendo, assim, um progresso significativo no sistema legal. Essa determinação viabiliza o reconhecimento jurídico tanto dos laços afetivos como dos biológicos, abraçando, desse modo, a noção de família multiparental.

No plenário, um acalorado debate ocorreu e, por uma maioria expressiva de votos, a tese jurídica da multiparentalidade foi aprovada. O voto proferido pelo Ministro Luiz Fux enfatizou a importância de reconhecer a pluriparentalidade, asseverando que:

Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estarse-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário. (STF, 2016)

O Ministro compreende que o Princípio da paternidade engloba tanto o vínculo afetivo como o vínculo biológico, sem haver qualquer impedimento em relação a ambas as formas de paternidade, sendo o interesse do filho o fator determinante.

A decisão leva em conta não apenas o afeto em si, mas também um sentimento intrínseco e pessoal que se manifesta no contexto social, rompendo com a hierarquia tradicionalmente associada à paternidade. Esses avanços progressivos gradualmente estão

adquirindo forma por meio de doutrinas jurídicas e precedentes jurisprudenciais, que estão sendo refinados e aprimorados.

Diante da repercussão geral, estão sendo avaliadas novas decisões que buscam um entendimento mais sólido, a fim de evitar possíveis adversidades na hora de reconhecer essas relações complexas.

5.2 CONSEQUÊNCIAS DA MULTIPARENTALIDADE

Claramente surgirão desafios diante das situações de partilha dos alimentos, da guarda compartilhada e dos poderes compartilhados entre os pais. No que tange aos conflitos de decisões relacionados à educação do filho, não se vislumbra uma solução clara, exceto pela aplicação do princípio do melhor interesse.

Com o reconhecimento da multiparentalidade, o filho socioafetivo torna-se um herdeiro necessário, desfrutando de duplo direito à herança, o que representa uma vantagem em relação ao irmão socioafetivo em comparação ao irmão biológico.

Essa incerteza nas decisões judiciais decorre do temor de que possam surgir demandas motivadas por interesses mercenários relacionados aos bens patrimoniais. Assim, cabe ao juiz resolver os problemas oriundos das relações socioafetivas que se tornam questões complexas no âmbito do poder judiciário, buscando a justiça diante das dificuldades de entendimento na divisão dos bens.

Além disso, existem grandes desafios a serem enfrentados, demandando dos profissionais do direito um esforço considerável para encontrar soluções que visem sempre ao melhor interesse do filho e à boa-fé, analisando cuidadosamente a melhor abordagem para cada caso específico.

5.3 SOLUÇÃO DA MULTIPARENTALIDADE

A terminologia de filiação, seja ela biológica ou socioafetiva, emana do conceito de parentalidade, o qual transcende a noção de gênero, atribuindo aos pais, sejam eles pai ou mãe, a responsabilidade pelos seus filhos.

A parentalidade pode assumir tanto uma forma biológica quanto socioafetiva. No entanto, o desafio emerge quando diferentes formas de vínculos parentais se entrelaçam, como os laços consanguíneos, os registros civis e as relações advindas da socioafetividade.

No âmbito do sistema judiciário, tornam-se cada vez mais recorrentes os casos que envolvem complexas configurações de relações parentais reunidas em um único indivíduo.

As doutrinas e jurisprudências atuais, ao abordarem a questão da parentalidade biológica e socioafetiva, tendem a escolher apenas uma delas, não admitindo a possibilidade de se estabelecer critérios múltiplos que possam influenciar tanto no âmbito pessoal quanto no patrimonial.

Diante da constatação de um vínculo parental, o reconhecimento desse laço se insere na obrigação constitucional do Estado de salvaguardar os direitos fundamentais de todas as partes envolvidas, especialmente a dignidade da pessoa humana. Caso haja uma decisão que se oponha ao reconhecimento da multiparentalidade, tal situação acarretará insegurança jurídica e uma miríade de incertezas quanto aos possíveis direitos e deveres no âmbito das relações familiares.

Os efeitos benéficos e práticos da multiparentalidade são equivalentes aos exercidos pela parentalidade biológica tradicional, que já admite a presença de mais de um pai e mais de uma mãe. Assim, a eficácia do parentesco se estende tanto no âmbito pessoal quanto no patrimonial.

Conforme estabelecido, a filiação no contexto do poder familiar abarca a convivência diária com os genitores, incumbindo-lhes os deveres de educar, orientar, prover sustento, nutrir com amor e suprir todas as necessidades do filho que esteja sob sua guarda. O artigo 1.634 do Código Civil, ao retratar os encargos advindos da parentalidade, desvela as possibilidades de exercício dessas funções por parte de múltiplos pais e mães simultaneamente, o que propicia uma convivência harmoniosa entre filhos e seus genitores, mesmo diante de eventuais conflitos familiares.

Dessa forma, a fim de produzir efeitos benéficos, a multiparentalidade deve ser reconhecida nos termos dispostos no artigo 1.609 do Código Civil ou por meio de decisões judiciais. É relevante ressaltar que tal reconhecimento, seja ele de natureza biológica, socioafetiva ou registral, é irrevogável, salvo se comprovado algum vício, uma vez que possui caráter declaratório, com efeitos retroativos (*ex-tunc*) e abrangência a todos (eficácia *erga omnes*).

6 DA JURISPRUDÊNCIA

A seguir, apresentam-se alguns casos juridicamente favoráveis ao assunto mencionado acima:

APELAÇÃO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MULTIPARENTALIDADE. Sentença que reconheceu a paternidade biológica, porém determinou a exclusão do pai registral do registro de nascimento do menor. Inconformismo dos requerentes.

Acolhimento. Observância do Tema 622 do STF. Prova técnica que constatou a existência de socioafetividade entre o pai registral e o menor. Observância do princípio do melhor interesse da criança. Boa convivência entre as partes. Reconhecimento da multiparentalidade. Recurso provido. (TJSP. Apelação Cível 1002375-67.2018.8.26.0020. Relatora Hertha Helena de Oliveira; 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó - 2ª Vara da Família e Sucessões; Julgamento 03/08/2021; Publicação 04/08/2021)

Cita-se uma outra ementa de igual teor:

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE PARENTESCO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MULTIPARENTALIDADE. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE DOIS VÍNCULOS PATERNOS, CARACTERIZADA ESTÁ A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. TEMA Nº 622 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF. EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (TJRS. Apelação Cível, Nº 70073977670. Sétima Câmara Cível, Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado 12/12/2017, Publicação 14/12/2017)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que o reconhecimento exclusivo do vínculo biológico como fundamento da instituição familiar vem gradativamente cedendo espaço, sendo eclipsado pela importância cada vez maior conferida ao elemento afetivo, que tem adquirido uma posição de primazia na formação das famílias. Atualmente, o afeto é enaltecido e acolhe diversas formas de relacionamento pautadas nesse sentimento.

Com o surgimento da família multiparental, são admitidos e equiparados tanto os direitos afetivos quanto os biológicos, em consonância com os demais direitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Essa concepção reafirma a não hierarquização entre os vínculos parentais, representando um notável avanço conquistado sob o manto do princípio da dignidade humana, fundamentado na Constituição Federal de 1988.

A multiparentalidade, enquanto modalidade de filiação que pressupõe a demonstração de afeto e vontade das partes envolvidas, requer um cuidado adicional, a fim de evitar possíveis complicações futuras. Nesse sentido, torna-se imperativo agir com prudência a fim de prevenir eventuais impasses.

Além disso, é de suma importância atentar-se à questão do enriquecimento ilícito, que desponta como um dos principais desafios nas relações multiparentais, haja vista a ampla gama de direitos que incidem sobre as famílias multiparentais, abrangendo aspectos alimentícios, sucessórios, previdenciários, bem como uma série de outros direitos inerentes a esse tipo de estrutura familiar.

Portanto, qualquer posicionamento desfavorável à multiparentalidade seria injusto, tendo em vista que tanto a relação biológica quanto a socioafetiva são responsáveis pelo cuidado, afeto, e educação, conferindo ao indivíduo o direito fundamental de ter uma família estruturada, feliz e capaz de proporcionar o amparo necessário para sua segurança e desenvolvimento emocional.

Em resumo, é indubitável que o direito à família é consagrado explicitamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, não estabelecendo qualquer tipo de discriminação em relação a sua conceituação, deixando essa definição para ser abordada à luz do ordenamento jurídico interno. Nesse sentido, por meio de uma interpretação sistemática das disposições da Constituição Federal, torna-se evidente que a família, juntamente com os laços que dela decorrem, independentemente de sua natureza sanguínea ou não, constitui um direito fundamental, sendo a base da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões de. **Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento**. 2015. Disponível em: <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>. Acesso em: 04/05/2023.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04/05/2023.

BRITEZ, Bruna. **Multiparentalidade**. 2017. Disponível em: <https://drabritez.jusbrasil.com.br/artigos/423836650/multiparentalidade>. Acesso em: 04/05/2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito de Família**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIA, Wendell. **Filiação socioafetiva e o possível reconhecimento da Multiparentalidade no ordenamento jurídico**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50678/filiacao-socioafetiva-e-o-possivel-reconhecimento-da-multiparentalidade-no-ordenamento-juridico/3>. Acesso em: 04/05/2023.

LOBO, Paulo. **Parentalidade Socioafetiva e Multiparentalidade**. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/05/09/parentalidade-socioafetividade-e-multiparentalidade/>. Acesso em: 04/05/2023.

MONTEIRO, Matheus. **Filiação biológica e socioafetiva**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49625/filiacao-biologica-e-socioafetiva>. Acesso em: 04/05/2023.

SILVA, Maico Pinheiro da; PELLIZZONI, Nelton Torcani; LATINI, Lucas Maldonado Diz. **Multiparentalidade e seus efeitos no direito sucessório**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57418/multiparentalidade-e-seus-efeitos-no-direito-sucessorio/2>. Acesso em: 04/05/2023.

SOBRINHO, Elias Serafim de Oliveira. **Multiparentalidade e seus aspectos polêmicos**. 2014. Disponível em: <https://eliasserafhin.jusbrasil.com.br/artigos/142918370/multiparentalidade-e-seus-aspectos-polemicos>. Acesso em: 04/05/2023.

STF. **RE 898060**. Relator Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgamento 21/09/2016, Publicação 24/08/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1343191>. Acesso em: 04/05/2023.

STF. **Tema 622**. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 04/05/2023.

TARTUCE, Flávio. **Artigo Novos Princípios do Direito de Família**. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>. Acesso em: 04/05/2023..

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 5.ed. São Paulo: Método, 2010.

TJRS. **Apelação Cível, Nº 70073977670**. Sétima Câmara Cível, Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado 12/12/2017, Publicação 14/12/2017.

TJSP. **Apelação Cível 1002375-67.2018.8.26.0020**. Relatora Hertha Helena de Oliveira; 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó - 2ª Vara da Família e Sucessões; Julgamento 03/08/2021; Publicação 04/08/2021.

A UTILIZAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE FUNCIONALIDADE (CIF) E SUPERAÇÃO DA TABELA SUSEP NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA NECESSIDADE

MARIANA SERVILHA PASSOS DE SOUZA:

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana, pós-graduada (*Lato Sensu*) em Direito e Processo do Trabalho – Verbo Jurídico, técnica-judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região desde 2010.

RESUMO: O presente artigo busca abordar a importância de uma avaliação multifatorial do indivíduo nos casos de incapacidade laboral, destacando a relevância da utilização da Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF) em detrimento da Tabela da SUSEP para a verificação do grau de incapacidade e quantificação da respectiva indenização.

1. Introdução

A avaliação das incapacidades permanentes ou temporárias, totais ou parciais, para o labor são temáticas recorrentes nos processos trabalhistas ante o alto índice de acidentalidade no trabalho no Brasil. A incapacidade parcial permanente é uma das que suscitam maiores controvérsias judiciais quando da quantificação da indenização para adequado pensionamento. A incapacidade parcial permanente ocorre quando, após a convalescença, ou seja, quando consolidadas as lesões, conclui-se que a vítima sofreu redução parcial definitiva da capacidade para o labor que habitualmente exercia. Sendo a redução parcial, a vítima poderá ser reabilitada para exercer a mesma função ou readaptada em outra função compatível, havendo, por consequência, menor rendimento e maior esforço. Com efeito, é justamente a partir da mensuração da redução da capacidade numa perspectiva multidimensional que se pode chegar ao arbitramento adequado do valor de uma indenização.

2.A incapacidade e a sua mensuração:

A incapacidade, sob o aspecto da responsabilidade civil, inicialmente deve ser avaliada tendo por referência a profissão da vítima, levando-se em conta ainda, que a redução da capacidade, de modo geral, implica o afastamento do indivíduo vitimado do mundo do trabalho, sobretudo, diante de uma eventual dificuldade em obter novo emprego.

Nesse particular, o art. 950 do Código Civil de 2002 dispõe que o valor da indenização incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu, conforme se verifica:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Em razão disso, quando houver perda parcial da capacidade, a pensão mensal deverá ter valor proporcional à redução da capacidade laborativa, de modo que tal mensuração se dará a partir de prova pericial determinada pelo juízo, conforme art. 156 do CPC/2015, que assim dispõe:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

A controvérsia, neste particular, reside muitas vezes na discordância das partes em relação ao percentual de redução de capacidade para o labor reconhecida pelo perito em seu laudo. Ressalte-se que o julgador não está adstrito à conclusão do laudo pericial, podendo, de forma fundamentada a partir da consideração integral do acervo probatório, julgar contrariamente à conclusão pericial, nos termos do art. 479 do CPC/15:

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

Um ponto a ser destacado é que há situações em que o laudo pericial não apresenta o percentual da perda da capacidade ou o grau da perda laborativa sofrido pelo trabalhador ou trabalhadora. Isso demonstra a importância de o juiz realizar quesitos próprios (quesitos do juízo) antes da realização da pericial para que o perito responda de forma clara eventuais questões sobre a incapacidade parcial do(a) trabalhador(a). Para isso, pode o(a) magistrado(a) determinar que o perito observe os parâmetros traçados pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) ferramenta concebida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para adequada investigação e atendimento das necessidades das pessoas acometidas por limitações temporárias ou permanentes e que em interação com barreiras sociais e econômicas podem experimentar prejuízos e restrições em diferentes escalas a sua plena participação na vida em sociedade. Trata-se, pois, de um Modelo Integrativo Biopsicossocial que leva em consideração não apenas estruturas do corpo e funções corporais, mas também avalia a condição de saúde, fatores pessoais e ambientais, a execução de ações ou tarefas individuais (atividade) e o envolvimento da pessoa sob análise em situações da vida real em sociedade (participação).

Nesse sentido, mostra-se insuficiente e inadequada a utilização da tabela elaborada pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) para fins de parametrização dos prejuízos sofridos pelo indivíduo em razão do acidente do trabalho. Entretanto, ainda tem sido mais comum nos laudos periciais a referência a esta última numa espécie de tabelamento do dano. Nesse ponto, é importante salientar que a tabela da SUSEP além de não ser adequada, não pode ser utilizada como critério exclusivo para aferição do prejuízo sofrido pelo(a) trabalhador(a) em sua incapacidade, devendo ser ponderada com outros fatores do caso concreto, pois a aludida tabela apenas enquadra a invalidez de modo genérico, avaliando a incapacidade para o trabalho em sentido amplo, sem considerar a inabilitação para a profissão exercida pela vítima, que é o objeto da indenização prevista no art. 950 do CC/02, eis que concebida e destinada exclusivamente para a padronização e fixação das indenizações devidas por Seguradoras a pessoas acidentadas, em percentual vinculado à importância segurada e ao grau de comprometimento econômico pré-fixado da parte do corpo atingida.

Sendo assim, em que pese sua insuficiência e desiderato diverso, se utilizada, a tabela da SUSEP deve ser cotejada com a profissão do trabalhador e seu grau de incapacidade para o exercício da função, seu contexto social e econômico, de modo que a sentença deve se pautar na prova técnica produzida nos autos aliada às singularidades que envolvem o infortúnio e o empregado vitimado e o contexto sócio-econômico (barreiras e acessibilidade) experimentado pela vítima, evitando-se um olhar estanque sobre os elementos dos autos, mormente quando a prova pericial não se debruçar de forma ampla a partir de um modelo biopsicossocial como o proposto pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). Assim, constatando-se que a lesão, além da incapacidade, gerou outros prejuízos pessoais, como dificuldade de obter emprego em qualquer outra função remunerada ou mesmo a progressão da doença no tempo, o valor indenizatório deverá ser majorado com o fim de obter acesso à justiça material sob a perspectiva da justiça social e dignidade humana (art. 1º, III e IV, art. 170 e art. 193 da CRFB/88).

Atente-se que mesmo nos casos em que o acidentado volta a desempenhar o mesmo ofício, mas com maior sacrifício em razão de sequelas permanentes, deverá ser compensado pelo pagamento de indenização proporcional, conforme jurisprudência predominante do C. STJ:

CIVIL E PROCESSUAL. ACIDENTE DE TRABALHO. SEQÜELA LIMITADORA DA CAPACIDADE. PENSIONAMENTO. NATUREZA. MANUTENÇÃO DO EMPREGADO ACIDENTADO NO TRABALHO. DESLIGAMENTO APÓS ALGUM TEMPO. DIES A QUO DA PRESTAÇÃO MENSAL. CC, ART. 1.539. EXEGESE.

I. Diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensejar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho.

II. Destarte, ainda que mantido o empregado nas suas funções anteriores, o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das seqüelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 324.149/SP, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 14/5/2002, DJ de 12/8/2002, p. 216.). Destacado.

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), por realizar uma análise a partir da funcionalidade, sendo esta uma interação dinâmica entre a condição de saúde de uma pessoa, os fatores ambientais e os fatores pessoais, apresenta melhores condições de aferir eventual perda de capacidade laboral do empregado de acordo com meio-ambiente de trabalho, profissão exercida, escolaridade, entre outros fatores profissionais e pessoais, de modo que a existência ou não da incapacidade passa pela verificação da interação de todos esses fatores existentes na vida do periciado. Há uma integração dos principais modelos de incapacidade - o modelo médico e o modelo social - como uma "síntese biopsicossocial", reconhecendo o papel dos fatores ambientais na criação e agravamento da incapacidade, além do papel das condições de saúde isoladamente.

Por isso, a utilização da CIF nas periciais médicas permite uma conclusão mais particularizada, de acordo com a situação específica de cada trabalhador no seu ambiente de trabalho, evitando-se o aspecto generalizante presente na tabela da SUSEP, sendo, portanto, um modelo multidimensional. Nesse ponto, Sebastião Geraldo de Oliveira (2021, p. 482) pontua que:

"Tende a ganhar maior aceitação no Brasil, pelo amplo detalhamento e pela análise das diversas variáveis, a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, aprovada por 191 países

durante a 54ª Assembleia Mundial da Organização Mundial de Saúde, realizada em maio de 2001. Essa classificação substituiu documento anterior de 1976 que fazia a divisão das situações resultantes das doenças ou acidentes em deficiência, incapacidade e desvantagem. Inspirado na referida Classificação Internacional de Funcionalidade e no Guia Baremo de Avaliação das Lesões Físicas e Psíquicas adotado pela União Europeia, foi promulgado em Portugal o Decreto-Lei n. 352/2007, que aprovou duas tabelas para apuração das incapacidades: 1. Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais; 2. Tabela Nacional para Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil”.

Com efeito, para a adoção da CIF em perícias judiciais, para se evitar que o perito a ser nomeado alegue desconhecimento da aludida classificação, é importante a referência à Tabela ESC nos quesitos do juízo. Esta tabela foi desenvolvida para auxiliar a aplicação prática da CIF por peritos judiciais.

Do ponto de vista de fundamentação legal, a Resolução CNS nº 452/2012 adota a CIF para o SUS, incluindo a Saúde Suplementar, adicionando que a CIF deve ser usada como ferramenta de planejamento de sistemas de seguridade social, de sistemas de compensação e de desenvolvimento de políticas, o que denota sua importância também para saúde e vigilância sanitária em saúde do trabalhador e da trabalhadora (art. 6, I e §3º da Lei nº 8.080/90 c/c art. 200, II e VIII da CRFB/88)

Paralelamente, a Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão) cita os termos da CIF em seu artigo 2º, §1º, estabelecendo que a avaliação seja pautada no modelo biopsicossocial, de cunho multiprofissional e interdisciplinar, conforme já salientado anteriormente, nos seguintes termos:

“Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência) (Vide Decreto nº 11.063, de 2022)

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação" (destacado).

Por todo o exposto, a Tabela ESC congrega os conceitos acadêmicos e legais para subsidiar o processo técnico de quantificação, qualificação e codificação da incapacidade laboral, considerando a presença ou ausência de relação entre a incapacidade e as atividades profissionais, permitindo um julgamento técnico para determinar se o indivíduo periciado é capaz de voltar a exercer a sua atividade laboral, se não é capaz ou se é capaz com restrições e se necessita de algum instrumento de acessibilidade, tecnologia assistiva ou outra adaptação razoável. A Tabela ESC ainda traz a consideração sobre o tipo denexo, que pode ser causal ou concausal, sendo que este último pode ser dividido em preexistente, concorrente e superveniente, sendo que cada um desses ainda é subdividido em até três graus, além de levar em conta o cumprimento de Normas Regulamentadoras e aspectos ergonômicos no ambiente de trabalho do periciando.

3. Conclusão:

Como se vê, a CIF se mostra mais adequada para a delimitação de eventual incapacidade laboral que acometa o(a) trabalhador(a), porém, infelizmente, a tabela da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) ainda é utilizada para fins de percentual para pagamentos de indenizações nas relações trabalhistas, mesmo sem ter sido criada para esta finalidade, sendo desconhecida a sua origem, seus métodos e suas bases científicas. Diante disso, surge a importância de os quesitos do juízo e das partes provocarem os peritos judiciais para a utilização da Tabela ESC prevista na Classificação Internacional de Funcionalidades, a qual pode oferecer subsídio importante para o enquadramento da incapacidade parcial em busca da reparação integral do prejuízo sofrido.

Por fim, vale o alerta já deixado pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) em seu portal de Boas Práticas, que a linguagem e metodologia Biopsicossocial da CIF precisa ser adequadamente implementada pelos profissionais envolvidos na avaliação dos indivíduos, uma vez que trata-se de modelo não linear e que não se resume ao aspectos relacionados à estrutura e função do corpo, devendo ser igualmente considerados os outros componentes do modelo, quais sejam fatores pessoais (aqui inclusa a condição de saúde), fatores ambientais, atividades e participação, sendo este último elemento tomado como central. Em suma, não se trata da mera substituição de uma tabela por outra, mas sim uma mudança de metodologia na avaliação das incapacidades laborais, considerado como novo marco Teórico da Reabilitação.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 23 abr 2023.

BRASIL. 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 abr 2023.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em 22 abr 2023.

BRASIL. LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm . Acesso em 23 abr 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100551936&dt_publicacao=12/08/2002 . Acesso em 22 abr 2023.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 452, DE 10 DE MAIO DE 2012 DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2012/res0452_10_05_2012.html . Acesso em 22 abr 2023.

BUCHALLA CM. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Acta Fisiátr. [Internet]. 9 de abril de 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/102426> . Acesso em 22 abr 2023.

FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-crianca/classificacao-internacional-de-funcionalidade-incapacidade-e-saude-cif/> . Acesso em 23 abr 2023.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 12. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FALECIMENTO DA PESSOA FÍSICA E A APLICABILIDADE DO DIREITO DAS SUCESSÕES NO BRASIL

EUMAR EVANGELISTA DE MENEZES JÚNIOR:

Doutor. Mestre. Especialista. Professor do Curso de Direito Universidade Evangélica de Goiás - UniEVANGÉLICA.

EMIRENE APARECIDA BASTOS⁷²

MATEUS ELIAS SILVA COSTA

(coautores)

Resumo: O presente estudo apresenta, a partir da Legislação Cível Brasileira vigente, o conjunto de regras aplicadas para haver a regularização do fato morte da pessoa física. Mapeando e entregando a aplicabilidade da legislação são inseridos figuras ilustrativas e posicionamentos doutrinários que perpassam a literatura especializada cível/família, que está convergida à regulação do Direito das Sucessões em campo socio-jurídico brasileiro. Para lograr êxito foi aplicado método interpretativo-legislativo, que somou abordagem dedutiva e procedimento bibliográfico, o que permitiu entregar uma pesquisa explicativa quando da aplicabilidade do Direito das Sucessões após o falecimento da pessoa física.

Palavras-chaves: Brasil. Falecimento. Saisine. Regularização.

DEATH OF AN INDIVIDUAL AND THE APPLICABILITY OF PROBATION LAW IN BRAZIL

Abstract: This study presents, based on the current Brazilian Civil Legislation, the set of rules applied to regularize the death of an individual. Mapping and delivering the applicability of the legislation, illustrative figures and doctrinal positions are inserted that permeate the specialized civil/family literature, which is converged to the regulation of Succession Law in the Brazilian socio-legal field. In order to achieve success, an interpretative-legislative method was applied, which added a deductive approach and bibliographic procedure, which allowed to deliver an explanatory research regarding the applicability of Succession Law after the death of the individual.

Keywords: Brazil. Death. Saisine. Regularization.

1. Introdução

⁷² Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa da UniEVANGÉLICA: Direito e Políticas. Bacharelada em Direito pela Universidade Evangélica de Goiás (UniEVANGÉLICA). Servidora comissionada da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás (SEFAZ/GO). Anápolis/Goiás. E-mail: bastosemirene@hotmail.com

O Estado de Direito brasileiro, no plano material por meio da Lei Federal nº 10.406/2002 e no plano processual por meio da Lei Federal nº 13.105/2015 aplica regramento jurídico, específico, à regularização do fato morte da pessoa física.

As legislações, material e processual, ditam que após o falecimento da pessoa física aplica-se o princípio *saisine*, sendo dele gravado a transmissão desde logo a morte à herança aos sucessores legítimos e/ou testamentários.

A sucessão é instrumentalizada e poderá ser realizada a partir de pedido endereçado ao Poder Judiciário ou se cumpridos critérios específicos pode ser dirigida por meio de petição simples ao Tabelião, titular de Serventia Extrajudicial de Notas, dentre as atribuições gravadas pelas Leis Federais nºs 11.441/2007, 6.015/1973 e 8.935/1994.

Nessa corrente, o presente estudo apresenta o conjunto de regras, materiais e processuais, aplicadas para haver a regularização do fato morte da pessoa física. As entrelinhas, gravando as normas sucessórias, são preenchidas de figuras ilustrativas e posicionamentos doutrinários que perpassam a literatura especializada cível/família, que está convergida à regulação do Direito das Sucessões em campo socio-jurídico brasileiro.

Para lograr êxito foi aplicado método interpretativo-legislativo, que somou abordagem dedutiva e procedimento bibliográfico, o que permitiu entregar uma pesquisa explicativa quando da aplicabilidade do Direito das Sucessões após o falecimento da pessoa física.

Morte da pessoa física

Tratar a morte, ou seja, o falecimento da pessoa física, faz necessário perpassar pelo nascimento, quando da concepção natural - gestação materna. A pessoa natural concebida, após uma média de 08 (oito) a 09 (nove) meses de gestação, nascendo de parto natural ou de parto artificial é dada como nascido com vida ou natimorto, nascido sem vida.

O nascituro nascendo com vida é inserido no rol de pessoas naturais nascidas com todos os sinais vitais, respiratórios e outros. Confirmado o nascimento, é anotado pelo Médico responsável pelo parto, na Declaração de Nascimento, documento expedido pelo Ministério da Saúde, ele - nascimento com vida ou sem vida (DINIZ, 2022).

A Figura 01 a seguir exposta traz as principais características da Declaração de Nascimento.

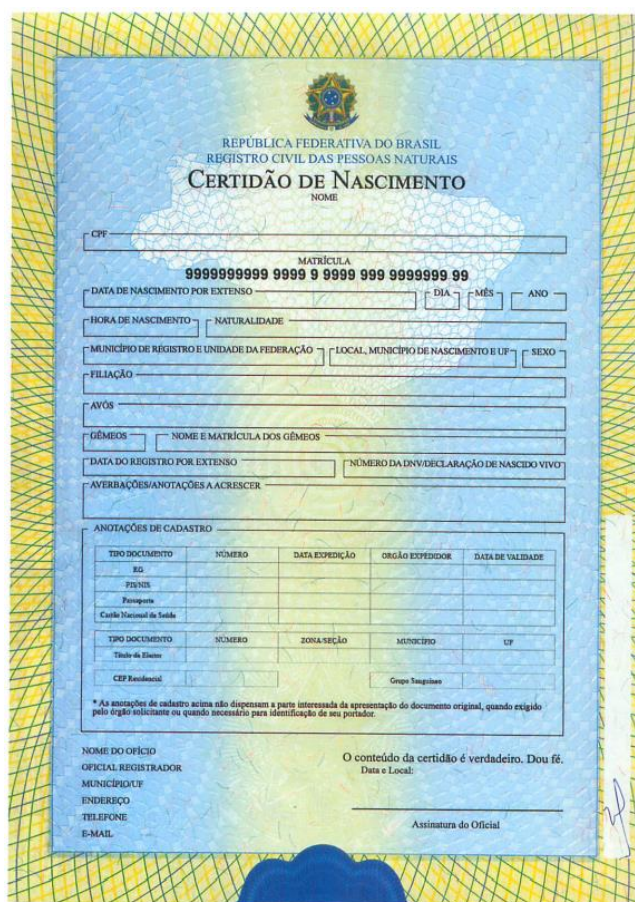
Identificação do Recém-nascido	1 Nome do Recém-nascido (RN)		Número do Cartão Nacional de Saúde do RN	
	2 Data		3 Sexo	
	4 Peso ao nascer		5 Índice de Apgar - 1º e 5º minutos	
	6 Detectada alguma anomalia congênita?		7 Comprimento	
	8 Raça / cor do Recém-nascido		9 Perímetro cefálico	
	10 em gramas		11 Em cm 1 casa decimal	

FIGURA 01. Declaração de Nascimento (MINISTÉRIO DA SAÚDE (a), 2001).

Sobre a forma como declaração os documentos, deste de nascimento, do óbito e outros que serão inseridos nesse trabalho, o Conselho Nacional de Justiça instituiu regras gerais para padronizar os mesmos. Para o Conselho, os Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais em todo o país (Brasil) devem seguir os modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

O nascimento com vida garante juridicamente ao nascituro a personalidade civil. Para registro o presente estudo não aprofundará conhecimento sobre os direitos que são postos salvos ao nascituro no tempo de gestação (TARTUCE, 2022).

A Declaração de Nascimento com Vida deve ser inscrita no Livro A, que em efeito grava notas à Certidão de Nascimento. A Figura 02 a seguir exposta traz a forma padrão de Certidão de Nascimento, definida aos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais, no Brasil [...]



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
 REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS
CERTIDÃO DE NASCIMENTO
 NOME: _____

CPF: _____
 MATRÍCULA: **999999999 9999 9 9999 999 9999999 99**

DATA DE NASCIMENTO POR EXTENSO: _____ DIA _____ MÊS _____ ANO _____
 HORA DE NASCIMENTO: _____ NATURALIDADE: _____
 MUNICÍPIO DE REGISTRO E UNIDADE DA FEDERAÇÃO: _____ LOCAL, MUNICÍPIO DE NASCIMENTO E UF: _____ SEXO: _____
 FILIAÇÃO: _____
 AVÓS: _____
 GÊMEOS: _____ NOME E MATRÍCULA DOS GÊMEOS: _____
 DATA DO REGISTRO POR EXTENSO: _____ NÚMERO DA DNV/DECLARAÇÃO DE NASCIDO VIVO: _____
 AVERBAÇÕES/ANOTAÇÕES A ACRESCER: _____

ANOTAÇÕES DE CADASTRO

TIPO DOCUMENTO	NÚMERO	DATA EXPEDIÇÃO	ÓRGÃO EXPEDIDOR	DATA DE VALIDADE
RG				
Passaporte				
Cartão Nacional de Saúde				

TIPO DOCUMENTO	NÚMERO	ZONA/SEÇÃO	MUNICÍPIO	UF
Título de Eleitor				
CPF Residência				
			Grupo Turquesas	

* As anotações de cadastro acima não dispensam a parte interessada da apresentação do documento original, quando exigido pelo órgão solicitante ou quando necessário para identificação de seu portador.

NOME DO OFÍCIO: _____
 OFICIAL REGISTRADOR: _____
 MUNICÍPIO/UF: _____
 ENDEREÇO: _____
 TELEFONE: _____
 E-MAIL: _____

O conteúdo da certidão é verdadeiro. Dou fé.
 Data e Local: _____
 Assinatura do Oficial: _____

FIGURA 02. Declaração de Nascimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Concentrando esforços para com a personalidade civil, essa é confirmada de fato com o nascimento com vida. Quando do nascimento, preenchida a Declaração de Nascimento, documento expedido pelo Ministério da Saúde, ela é entregue ao genitor ou a quem de direito que esteja de fato e de direito acompanhando a genitora, para tão logo ser levada a registro, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

É competente para assentar o óbito o Cartório da cidade onde aconteceu o falecimento. O Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, nos termos do artigo 77 da Lei Federal nº 6.015/1973 (BRASIL (b), 1973).

Aplicando a legislação citada, o Registrado Civil escritura notas no Livro A. Neste livro, são transcritos os nascimentos. O nascimento com vida, anotado no Livro A, abre portas ao Registro Geral (RG) (Carteira de Identidade) e ao Cadastro de Pessoa Física (CPF), que já a um tempo veio em sobreposição ao CIC (Cartão de Identificação do Contribuinte) (BRASIL (b), 1973).

Como descrito, a pessoa física, como tal é reconhecida pelo Estado Brasileiro, nos termos da Lei Federal nº 10.406/2002, aplicando o artigo 2º é a pessoa dotada de [...] personalidade civil [...] que começa do nascimento com vida [...] (BRASIL (c), 2002).

Essa pessoa natural, nascida com vida, chegará a morte, ou seja, ao falecimento, cessando assim os sinais vitais, atividades cerebral, respiratória e cardíaca. Cessado os sinais é declarado o óbito, o falecimento, e conforme listado pela Lei Federal nº 10.406/2002, aplicando o artigo 6º tem-se que a existência da pessoa natural termina com a morte [...] (BRASIL (c), 2002).

A morte da pessoa natural, lhe retira a personalidade civil que foi alcançada quando do nascimento. Cessado a vida da pessoa física, é anotado seu óbito na Declaração de Óbito, documento expedido pelo Ministério da Saúde, com ordem cronológica. A declaração é assinada por médico devidamente inscrito no CRM - Conselho Regional de Medicina (DINIZ, 2022; TARTUCE, 2022).

Para maior familiaridade com esse documento é apresentado a Figura 03, que traz consigo espelhado a declaração

Identificação	1 Tipo de óbito		2 Data do óbito		Hora		3 Cartão SUS		4 Naturalidade		
	<input type="checkbox"/> Fetal <input type="checkbox"/> Não Fetal								Município / UF (se estrangeiro informar País)		
	5 Nome do Falecido										
	6 Nome do Pai						7 Nome da Mãe				
8 Data de nascimento			9 Idade			10 Sexo		11 Raça/Cor		12 Situação conjugal	
			Anos completos Menores de 1 ano			<input type="checkbox"/> M - Masc. <input type="checkbox"/> F - Fem. <input type="checkbox"/> I - Ignorado		<input type="checkbox"/> Branca <input type="checkbox"/> Parda <input type="checkbox"/> Preta <input type="checkbox"/> Indígena <input type="checkbox"/> Amarela		<input type="checkbox"/> Solteiro <input type="checkbox"/> Separado judicialmente/divorçado <input type="checkbox"/> Casado <input type="checkbox"/> União estável <input type="checkbox"/> Viúvo <input type="checkbox"/> Ignorada	
13 Escolaridade (última série concluída)											
Nível											
<input type="checkbox"/> Sem escolaridade <input type="checkbox"/> Fundamental I (1ª a 4ª Série) <input type="checkbox"/> Fundamental II (5ª a 8ª Série)			<input type="checkbox"/> Médio (antigo 2º grau) <input type="checkbox"/> Superior incompleto <input type="checkbox"/> Superior completo			Série		14 Ocupação habitual		Código CBO 2002	
								(Informar anterior, se aposentado / desempregado)			

FIGURA 03. Declaração de Óbito (MINISTÉRIO DA SAÚDE (b), 2022).

A declaração que confirma o óbito, abre caminho ao assento de óbito que é realizado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, como será demonstrado no próximo item deste capítulo.

2. Certificação do óbito

A pessoa física, como descrito no item 1 deste capítulo, falecendo tem seu óbito transcrito em dados para a Declaração de Óbito, documento expedido pelo Ministério da Saúde. O óbito é declarado e levado ao Cartório de Registro de Pessoas Naturais da cidade onde ocorreu o falecimento para as providências legais.

A declaração é entregue a quem acompanha o falecido no hospital e/noutro lugar, como por exemplo Instituto Médico Legal, ou a quem de direito, que assume o compromisso de levar a assento, isso no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, da localidade, ou seja, da cidade onde ocorreu o falecimento (ALVIM NETO, 2022).

Entregue a declaração no Cartório, nos termos do artigo 77 da Lei Federal nº 6.015/1973 inicia o processo de assento do óbito que partirá dos dados transcritos para na declaração (BRASIL (b), 1973).

A declaração deve ser levada ao Cartório para se entregue autorização para haver o sepultamento. Para a lavratura da nota, ou seja, para a confecção da Certidão de Óbito é exigido que nela contenha: a hora, se possível, dia, mês e ano do falecimento; o lugar do falecimento, com indicação precisa; o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto; se era casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mesmo quando desquitado; se viúvo, o do cônjuge pré-defunto; e o cartório de casamento em ambos os casos; os nomes, prenomes, profissão, naturalidade e residência dos pais; se faleceu com testamento conhecido; se deixou filhos, nome e idade de cada um; se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, com o nome dos atestantes; lugar do sepultamento; se deixou bens e herdeiros menores ou interditos; se era eleitor (BRASIL (b), 1973).

Conforme norma inscrita pela Lei Federal nº 6.015/1973 a Certidão de Óbito assentada, será levado a nota, escriturado no Livro C, livro esse específico dos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais (BRASIL (b), 1973).

A Figura 04 a seguir exposta traz a forma padrão de Certidão de Óbito, definida aos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais, no Brasil [...]



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
 REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS
CERTIDÃO DE ÓBITO
 NOME: _____

CPF: _____

MATRÍCULA
9999999999 9999 9 9999 999 99999999 99

SEXO: M F COR: _____ ESTADO CIVIL E IDADE: _____

NATURALIDADE: _____ DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO: _____ ELEITOR: _____

FILIAÇÃO E RESIDÊNCIA: _____

DATA E HORA DE FALECIMENTO: _____ DIA: _____ MÊS: _____ ANO: _____

LOCAL DE FALECIMENTO: _____

CAUSA DA MORTE: _____

SEPULTAMENTO/CREMAÇÃO (município e cemitério, se conhecido) _____ DECLARANTE: _____

NOME E NÚMERO DO DOCUMENTO DO MÉDICO QUE ATESTOU O ÓBITO: _____

AVERBAÇÕES/ANOTAÇÕES A ACRESCEER: _____

ANOTAÇÕES DE CADASTRO

TIPO DOCUMENTO	NÚMERO	DATA EXPIRAÇÃO	ÓRGÃO EMISSOR	DATA DE VALIDADE
RG				
Passaporte				
Cartão Nacional de Saúde				
Título de Eleitor				
CPF Residência				
			Grupo Imigrante	

* As anotações de cadastro acima não dispensam a apresentação do documento original, quando exigida pelo órgão solicitante.

NOME DO OFÍCIO: _____ O conteúdo da certidão é verdadeiro. Dou fé.
 OFICIAL REGISTRADOR: _____ Data e Local: _____
 MUNICÍPIO/UF: _____ Assinatura do Oficial: _____
 ENDEREÇO: _____
 TELEFONE: _____
 E-MAIL: _____

FIGURA 04. Certidão de Óbito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Com o assento no Livro C descrito, o Oficial de Registro ou o responsável legal pelo cartório deverá averbar o óbito no Livro A (Nascimento) e, se necessário averbar no Livro B (Casamento, Divórcio), caso o falecido ou falecida fosse casado no tempo de vida. As averbações são obrigatórias, a fim de que sejam mantidos os princípios da continuidade e da segurança jurídica dos atos notariais (ALVIM NETO, 2022).

O assento do óbito traz consigo o nome dos genitores do falecido, o nome do cônjuge, ou do companheiro (unido estavelmente), o nome dos filhos (bilaterais, unilaterais), a informação se o falecido (a) era eleitor ou não, se deixou testamento conhecido ou não, testamento (público, cerrado, particular) (BRASIL (b), 1973).

Para um registro especial, antes de finalizar o item, citado é a necessidade de ser Certificar o Óbito em até 15 (quinze) dias, após o fato morte. Lembrando, como já foi descrito neste trabalho, que falecendo, entregue a Declaração de Óbito, essa tem que ser levado ao cartório competente para ser autorizado o sepultamento. O registro se faz especial, uma vez que, não sendo buscado o cartório para a feitura do assento do óbito (Certidão de Óbito), no prazo legal de 15 (quinze) dias, ele só poderá ser realizado de forma

tardia, isso após processo judicial, como determina o Artigo 77 e seguintes da Lei Federal nº 6.015/1973 (BRASIL (b), 1973).

A partir dos documentos, ora exigidos em Lei (Lei Federal nº 6.015/1973), transcritos os dados para o assento do óbito, na Certidão de Óbito, são apresentados, salvo erros e/ou vícios o esposo (a), que é dado com meeira (o), os filhos, dados como herdeiros (as), sucessores do falecido, ou seja, os atores interligados com o falecido (a). Sobre, o item a seguir do presente capítulo traz informações técnico-jurídicas e científicas.

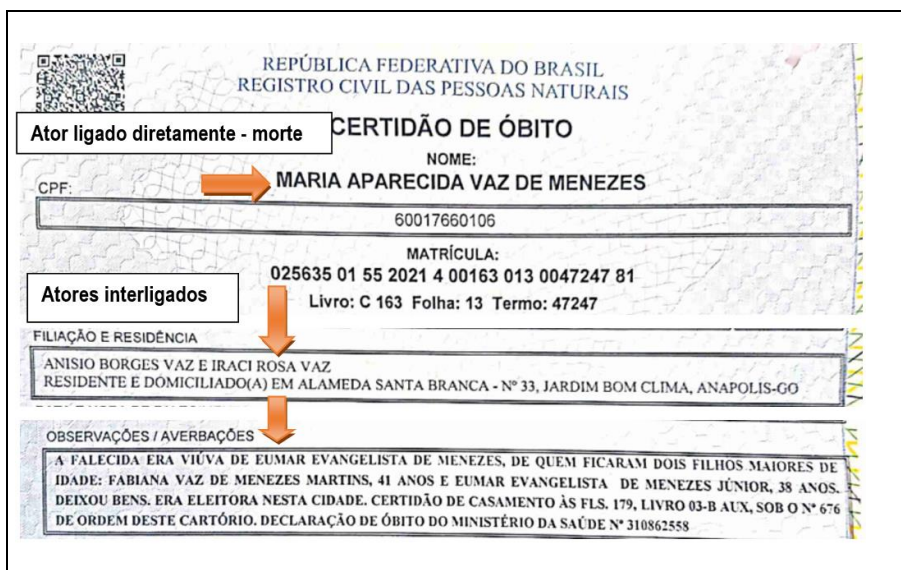
3 Atores interligados

Como apontado nos itens anteriores deste capítulo, cessado os sinais vitais, cerebrais, cardíacos e respiratórios, declarada a morte (falecimento, óbito) da pessoa física, essa perde a personalidade civil e é arrolada em notas do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, que realiza o assento e faz a entrega da Certidão de Óbito à família e a quem bem requerer que seja expedido segundo via.

Como descrito no final do item 1.2 do presente capítulo, na Certidão de Óbito são transcritos os dados da meeira (o), dos herdeiros (as), atores estes, assim chamados neste trabalho, como atores interligados com o falecido (a), ao fato morte em si.

Para melhor compreensão, se o presente trabalho pauta por escrever os atores interligados, cita-se que o ato ligado diretamente ao falecimento é a própria pessoa em óbito, que tem seu nome transcrito para o foco do assento que por direito gera a prestação do serviço público de certificação do óbito, pela morte.

Ilustrando, a Figura 05 a seguir traz espelhado uma Certidão de Óbito, onde pelos destaques feitos podem ser observados, tantos os atores interligados como o ator ligado diretamente como fato morte. Segue a Figura



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

Ator ligado diretamente - morte CERTIDÃO DE ÓBITO

NOME:
MARIAPARECIDA VAZ DE MENEZES

CPF: 60017660106

MATRÍCULA:
025635 01 55 2021 4 00163 013 0047247 81
Livro: C 163 Folha: 13 Termo: 47247

Atores interligados

FILIAÇÃO E RESIDÊNCIA
ANISIO BORGES VAZ E IRACI ROSA VAZ
RESIDENTE E DOMICILIADO(A) EM ALAMEDA SANTA BRANCA - Nº 33, JARDIM BOM CLIMA, ANAPOLIS-GO

OBSERVAÇÕES / AVERBAÇÕES
A FALECIDA ERA VIÚVA DE EUMAR EVANGELISTA DE MENEZES, DE QUEM FICARAM DOIS FILHOS MAIORES DE IDADE: FABIANA VAZ DE MENEZES MARTINS, 41 ANOS E EUMAR EVANGELISTA DE MENEZES JÚNIOR, 38 ANOS. DEIXOU BENS. ERA ELEITORA NESTA CIDADE. CERTIDÃO DE CASAMENTO ÀS FLS. 179, LIVRO 03-B AUX. SOB O Nº 676 DE ORDEM DESTES CARTÓRIOS. DECLARAÇÃO DE ÓBITO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE Nº 310862558

FIGURA 05. Certidão de Óbito (Arquivo Pessoal, 2021).

Os atores interligados, estão diretamente ligados ao falecido ou falecida. O meeiro ou meeira, como fora expressado anteriormente é assim declarado, caso seja confirmado em vida a certificação de casamento, este civil transcrito nas notas do Livro B (livro de arquivo do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais que registram as notas do casamento, separação (corpos, judicial), e/ou divórcio) (ALVIM NETO, 2022).

O meeiro (a), dado como esposo (a) do falecido, se existente pelo casamento civil, é dado neste trabalho como o principal ator interligado ao falecido. Nota-se que o falecido, ao tempo de vida, se casado foi, sem que houvesse separação (corpos, judicial), deixa como seu meeiro ou meeira, aquele que esteve casado e que esteve com ele no tempo de vida, acumulando bens ou dívidas, se for o caso (DINIZ, 2022).

O Oficial de Registro, cumprido a ordem já descrita neste trabalho, conforme determinado pela Lei Federal nº 6.015/1973, deve exigir a apresentação da Certidão de Nascimento do falecido (a), isso atualizada - expedida a menos de 30 (trinta) dias. A exigência, legal é meio para que o Oficial certifique a existência ou não, a princípio da realização de casamento civil (ALVIM NETO, 2022).

Em nota, na Certidão de Nascimento, se foi realizado casamento civil envolvendo o falecido, deve ter sido lançada - averbada as margens de suas notas, a realização do casamento civil que foi transcrito no Livro. Em registro, para ganho de conhecimento, mesmo que seja as notas de cartórios diferentes, os documentos devem ser exigidos para a manutenção da segurança jurídica (ALVIM NETO, 2022).

O casamento civil, devidamente registrado no Livro B e averbado no Livro A, é meio de confirmação ao Oficial de Registro que o falecido (a) deixou ou não esposo (a). No caso, quando da regularização do fato morte, a Certidão de Óbito, acompanhada de todos os documentos que confirmam as declarações, será instrução ao processo de Sucessão Legítima (inventário, arrolamento, adjudicação) e/ou Sucessão Testamentária, nos moldes instrumentais/processuais gravados pela Lei Federal nº 13.105/2015. O processo de regularização será descrito e apresentado mais a frente no trabalho (BRASIL (d), 2015).

Superado essa informação, casamento/casado que entrega o esposo (a) do falecido (a), tendo o ator interligado principal, o presente estudo apresenta os filhos, herdeiros (as), deixados pelo falecido (a).

Quando o assunto são os filhos (as), não importa se menores (impúberes, púberes), maiores (capazes, incapazes), legítimos ou legitimados, todos os filhos (as) devem ser inscritos na Certidão de Óbito. A Figura 06 traz em exemplificação o campo onde são descritos os filhos.

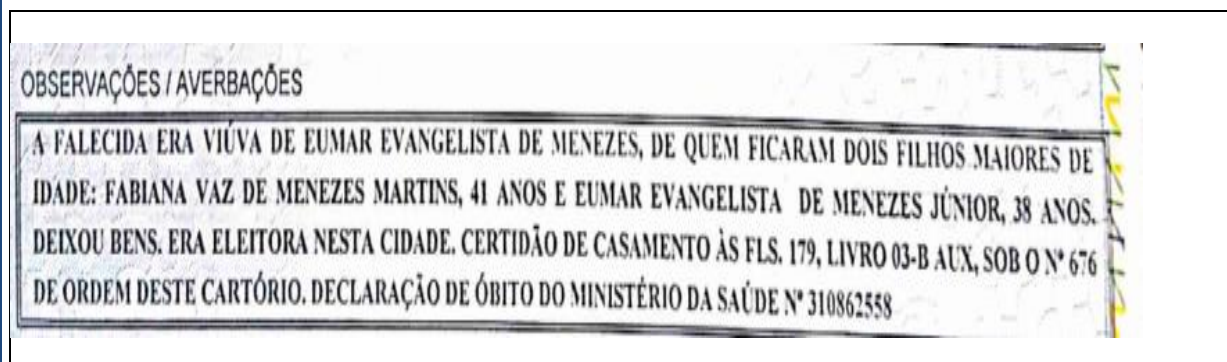


FIGURA 06. Certidão de Óbito - campo filhos (Arquivo Pessoal, 2021).

Os filhos (as), por direito são os herdeiros do falecido (a), eles que participarão da sucessão, legítima ou testamentária, nos moldes da Lei Federal nº 13.105/2015 (BRASIL (d), 2015).

Não desmerecido de atenção, ainda consta na Certidão de Óbito, dois atores interligados à pessoa falecida, os seus genitores, dados em filiação, pai e mãe. A Figura 07, traz em exemplificação o campo onde são descritos os genitores.

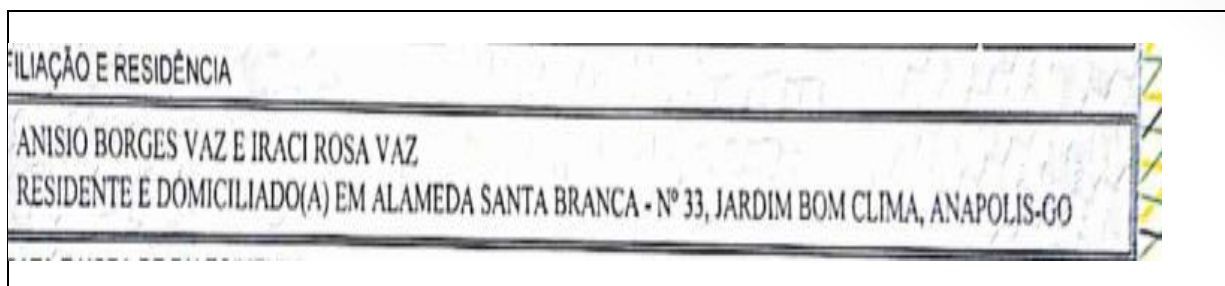


FIGURA 07. Certidão de Óbito - campo genitores/filiação (Arquivo Pessoal, 2021).

Os genitores do falecido (a) são atores importantes quando do óbito, uma vez que dada é sua importância pois poderão, por ordem de chamada de vocação hereditária, não havendo filhos (as), serem chamados a concorrerem a herança deixada pelo falecido (*de cuius*) (BRASIL (c), 2002).

Ainda o presente estudo faz uma chamada de modo especial, para casos específicos, quando não há mais genitores com vida do falecido, somado a inexistência de esposa (o), filhos (as), que dirigem o assento do óbito com o ator interligado que aqui chamados de irmãos (ãs) do falecido (a). Para a Lei Federal nº 10.406/2002, são dados como herdeiros colaterais, que são chamados a concorrerem a herança, não havendo genitores, esposo (a), filhos, nos termos do artigo 1.829 (BRASIL (c), 2002).

A Certidão de Óbito, assentada no Livro C, devidamente lavrada, traz consigo os atores interligados ao falecido (a) e contribui para a manutenção da segurança jurídica em contribuição ao Devido Processo Legal, já em fase de instrumentalização do processo, seja ele judicial ou extrajudicial, esse em determinados casos permitidos legalmente. O processo e sua instrumentalização é colocado em descrição no próximo item.

4. Instrumentalização para com a regularização do fato morte

Nos itens anteriores do presente trabalho, ficou demonstrado a partir da legislação vigente, brasileira, e pela literatura especializada (doutrinas) que para pensar na morte da pessoa física, essa precisa ter nascido com vida, numa relação de dependência, legalmente firmada, para que tão logo seja possível pensar a morte, sua declaração, seu assento, a sua certificação no Cartório de Registro de Pessoas Naturais.

Com a certificação do óbito, iniciar-se-á o processo de regularização do falecimento, como declara inicialmente, em modo material a Lei Federal nº 10.406/2002 e, em modo processual a Lei Federal nº 13.105/2015. A seguir são transcritos trechos das legislações citadas, que atestam as informações [...]

Artigo 1.784 (Lei Federal nº 10.406/2002) Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (BRASIL, 2002).

Artigo 610 (Lei Federal nº 13.105/2015) Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (BRASIL (d), 2015).

As regras listadas, confirmam que havendo o falecimento, será aberta a sucessão, que significa juridicamente falando, transmissão da herança aos sucessores (genitores, cônjuge sobrevivente, filhos, colaterais). Sobre, como preceitua a Carta Constitucional de 1988, aos sucessores do falecido, respeitado a vocação hereditária, é garantido o direito à herança (BRASIL (a), 1988).

Tratar a Lei Federal nº 10.406/2002, no processo de regularização é garantir o cumprimento do princípio saisine (transmite-se desde logo a herança aos sucessores), como evidenciado no artigo 1.784, já citado (BRASIL (c), 2002).

A Lei Federal nº 10.406/2002, se faz materialmente importante ainda, no tocante ao seu artigo 1.829 que traz a ordem de vocação hereditária. A seguir é transcrito:

[...] A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL (c), 2002).

Sem querer esgotar a Lei Federal nº 10.406/2002, que não é objetivo do presente trabalho e trabalhando de forma específica o capítulo da legislação brasileira, que aqui chamamos de Código de Processo Civil, este que foi instituído pela Lei Federal nº 13.105/2015, tem-se a instrumentalização do processo que regulariza o fato morte da pessoa física (BRASIL (c), 2002; BRASIL (d), 2015).

O processo, pode ser instrumentalização em meio judicial ou em meio extrajudicial. Este, somente é permitido quando: não há filhos menores; se existentes filhos maiores, devem ser capazes; não haver testamento; e quando há o consenso entre os sucessores. O processo judicial ocorre, tendo uma dessas situação não confirmada (MENEZES JÚNIOR, 2017).

O processo judicial é realizado em competência pelo Juiz de Direito da Vara de Sucessões da Comarca onde ocorreu o falecimento do de cujus, como pontua o artigo 48 da Lei Federal nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015). O processo extrajudicial é realizado em Tabelionato de Notas, onde é

lavrada Escritura Pública de Inventário para ser regularizado o fato morte. É livre a escolha do Tabelionato de Notas para a lavratura da respectiva Escritura (LOURENÇO, 2022).

Ao meeiro (a) e/ou herdeiros (as), de qualquer grau, legitimados (as) a sucederem a herança deixada pelo falecido (a), não importando se judicial ou extrajudicial o processo de regularização, é exigido para a regularização da morte a contratação de advogado (a) regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (LOURENÇO, 2022).

O advogado (a) constituído elaborará petição inicial e apresentará ao Oficial de Notas, responsável pela Serventia Extrajudicial (Tabelionato de Notas), ou protocolará no Fórum da Comarca (por meio do Processo Digital Judicial PJD), acompanhando-a de todos os documentos que declaram/confirma a morte e mais os documentos pessoais de todos os atores ligados e interligados, sendo o mais importante e indispensável, a Certidão de Óbito. O fato atesta o porque de ter sido ela tamanhamente trabalhada/estudada e descrita no início deste capítulo (DINIZ, 2022; TARTUCE, 2022; LOURENÇO, 2022).

Aberta a sucessão, judicial ou extrajudicial, a instrumentalização coloca o Magistrado ou o Tabelião (Oficial de Notas), na responsabilidade de sanear e cumprir com o exame de todas as formalidades legais, a fim de que sejam conhecidos os sucessores (as) do falecido (a), a herança (*mont mor*), universidade de direito, preenchida dos bens, créditos e/ou dívidas deixadas pelo falecido (a) (BRASIL (d), 2015).

Realizado o exame informado, a instrumentalização caminha para o coletor, ora chamado de Secretaria da Fazenda do Estado (SEFAZ), onde são encaminhados os documentos que guarnecem o pedido de regularização do fato morte, para que seja processado de forma administrativa o recolhimento do Imposto da Causa da Morte, mais conhecido como ITCMD. Este imposto, de natureza estadual, deve ser processado, colocado em demonstrativo, gerado DARE (Documento de Arrecadação) no SEFAZ inscrito no Estado onde está localizado os bens deixados pelo falecido. Sobre essa fase instrumental o Capítulo II do presente trabalho apresentará estudo e descrição necessária para com o seu conhecimento (LOURENÇO, 2022).

Vencido o pagamento do ITCMD, caminha a instrumentalização para ser finalizado o processo de regularização, sendo que a partir desse ponto é confirmada a universalidade de direito, ou seja, a herança, e sua partilha, sendo direcionado o formal de partilha a cada um dos sucessores, dentro da ordem de vocação hereditária gravada pela Lei Federal nº 10.406/2002, como já citado no presente trabalho (BRASIL (c), 2002).

Finalizada a partilha, dirigida os formais aos sucessores, e no caso de processo extrajudicial, a Escritura servirá aos sucessores de formais, eles ou ela, devem ser encaminhados para os devidos e competentes órgãos de registro, a fim de que seja registrado o processo aberto e encerrado de regularização do fato morte para que assim haja a transferência da herança, dentre a partilha, aos

sucessores, ou seja, saindo do CPF (Cadastro de Pessoa Física) do falecido e se dirigindo ao CPF dos sucessores (ALVIM NETO, 2022; TARTUCE, 2022).

Encerrando o presente capítulo, ressalta-se que ele não teve como objetivo esgotar o tema dado a cada um dos seus itens, sendo seu foco maior apresentar o falecimento da pessoa física e a aplicabilidade do Direito das Ducessões no Brasil, abrindo portas ao segundo capítulo que cuidará especialmente do ITCMD, imposto incidente quando da morte da pessoa física.

5. Considerações finais

Com o presente estudo restou demonstrado que o Estado de Direito brasileiro, no plano material por meio da Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro) e no plano processual por meio da Lei Federal nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) aplica regramento jurídico, específico, à regularização do fato morte da pessoa física.

Aplicando o conjunto de regras, é aberta a sucessão. Essa é instrumentalizada e poderá ser realizada a partir de pedido endereçado ao Poder Judiciário ou se cumpridos critérios específicos pode ser dirigida por meio de petição simples ao Tabelião, titular de Serventia Extrajudicial de Notas, dentre as atribuições gravadas pelas Leis Federais nºs 11.441/2007, 6.015/1973 e 8.935/1994.

Em conclusão, o presente estudo demonstra aos atores sociais, sucessores e interessados e, à academia, juristas e cientistas, que são aplicadas para haver a regularização do fato morte da pessoa física, um conjunto de regras, materiais e processuais. O conjunto é garantido por normas sucessórias, que convergem à formação do ramo - Direito das Sucessões em campo socio-jurídico brasileiro.

6. Referências

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. **Lei de Registro Públicos Comentada**: lei 6.015/1973. 5ª edição. São Paulo: Grupo Gen, 2022.

BRASIL (a). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Brasília/DF.

BRASIL (b). **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Brasília/DF.

BRASIL (c). **Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil Brasileiro. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Brasília/DF.

BRASIL (d). **Lei 13105 de 16 de março de 2015**. Instituiu o Código de Processo Civil Brasileiro. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Assuntos Jurídicos. Brasília/DF.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da

paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 10 set. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: direito das sucessões. Volume 6. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo Civil Sistematizado**. 7ª edição. São Paulo: Grupo Gen, 2022.

MENEZES JÚNIOR, Eumar Evangelista de. Sucessão entre descendentes e o cônjuge: estudo das correntes doutrinárias à afirmação da luta pelo direito de herança. **Revista Conteúdo Jurídico**. Ano 2017 – 02 de maio. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.588987>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (a). Brasil. Secretária de Vigilância Sanitária em Saúde. Departamento de Análise em Saúde e Vigilância de Doenças não transmissíveis. **Declaração de Nascido Vivo. Manual de Instruções para preenchimento**. 4ª edição. 2001. Disponível em: [manual-instrucoes-preenchimento-declaracao-obito.pdf](http://saude.gov.br/manual-instrucoes-preenchimento-declaracao-obito.pdf) (saude.gov.br). Acesso em: 10 set. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (b). Brasil. Secretária de Vigilância Sanitária em Saúde. Departamento de Análise em Saúde e Vigilância de Doenças não transmissíveis. **Declaração de Óbito. Manual de Instruções para preenchimento**. 2022. Disponível em: [declaracao-de-nascido-vivo-manual-de-instrucoes-para-preenchimento](http://www.gov.br/declaracao-de-nascido-vivo-manual-de-instrucoes-para-preenchimento) (www.gov.br). Acesso em: 10 set. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. Volume 6. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2022.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SAMARA JACQUIMINOUTH TAVARES:
Bacharel em Direito- Advogada⁷³

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo os princípios da Administração Pública. No direito atual, a temática de princípios é de extrema importância, isso porque eles condicionam e também orientam a compreensão do ordenamento jurídico. Desta feita, para que a Administração Pública funcione de forma adequada, com decisões justas, é necessária a observância de todos os princípios que a norteia, principalmente os princípios previstos na Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O objetivo do presente estudo é analisar o que dispõe cada princípio constitucional da administração, traçando suas principais características, de forma a evidenciar a sua importância, e compreender como são aplicados sobre a Administração Pública. A problemática consiste em compreender de que forma os princípios são aplicados na Administração Pública, ressaltando sua importância. A justificativa para a escolha do tema em questão reside na importância de aprimorar os conhecimentos sobre o assunto, por meio de pesquisa e exposição de ideias, tendo em vista a importância dos princípios para o funcionamento da Administração Pública. O artigo seguirá a metodologia bibliográfica.

Palavras-chave: Administração Pública. Constituição. Importância. Princípios.

ABSTRACT: The object of this article is to study the principles of Public Administration. In current law, the theme of principles is extremely important, because they condition and also guide the understanding of the legal system. This time, for the Public Administration to function properly, with fair decisions, it is necessary to observe all the principles that guide it, especially the principles set forth in the Federal Constitution, namely: legality, impersonality, morality, publicity and efficiency. The objective of this study is to analyze what each constitutional principle of administration provides, outlining its main characteristics, in order to highlight its importance, and to understand how they are applied to Public Administration. The problem consists of understanding how the principles are applied in Public Administration, emphasizing their importance. The justification for choosing the topic in question lies in the importance of improving knowledge on the subject, through research and exposition of ideas, in view of the importance of the principles for the functioning of Public Administration. The article will follow the bibliographic methodology.

Keywords: Public Administration. Constitution. Importance. Principles.

⁷³ E-mail: samarajacquimouth.sj@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objeto de estudo os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. No artigo 37 encontra-se disposto cinco princípios, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A principal ideia extraída da nomenclatura princípio, é a de início, começo, ponto de partida de algo. Assim, tais princípios funcionam como base, verdadeiro alicerce para o funcionamento da Administração Pública, ou seja, são pilares para a conduta das pessoas que trabalham com a Administração direta e indireta.

Estabelecida essa ideia inicial, vê-se a necessidade de realizar um breve estudo a respeito dos princípios da Administração, conforme já ressaltado, os princípios expressos. Assim, a pesquisa se pauta e se justifica na importância do conhecimento da base principiológica do Direito Administrativo e de da Administração como um todo.

Nesse vértice, a questão norteadora do trabalho é justamente identificar as características de cada princípio, e o que ele representa para o funcionamento adequado da Administração. A problemática é a seguinte: como os princípios constitucionais são aplicados na Administração Pública, e qual a importância deles para a mesma?

O presente trabalho utilizou-se do método dedutivo, o tipo de pesquisa utilizado foi a bibliográfica, assim, buscou-se fundamentar o trabalho com doutrinas e artigos, bem como com o texto de lei.

1 DOS PRINCÍPIOS

Os princípios são o alicerce da norma jurídica, é a base sobre o qual se constrói o direito positivado. É neles que a norma encontra sustentação e fundamentação. A definição de princípio foi elaborada por Esser em 1956. Para ele os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem (ESSER, 1961).

Ainda, "princípios" são definidos tradicionalmente pela doutrina como "mandamentos nucleares" ou "disposições fundamentais" de um sistema, ou ainda como "núcleos de condensações". Ou seja, enquanto a norma, de forma geral, contém ordem, o princípio contém apenas a justificação da ordem jurídica.

Segundo dispõe Alexy (2008, p. 87), princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização.

Assim, importante evidenciar em que consiste os princípios:

Os princípios gerais de Direito são normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém, às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito. (FIGUEIREDO, 2004, p. 38)

Ainda, dentro do entendimento geral a respeito do conceito de princípios, interessante citar a preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que traz o seguinte conceito:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele [...]. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes de um todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (MELLO, 2014, p. 747)

Ainda, conforme as lições de Martins Júnior, os princípios de direito são positivos, e independente de serem explícitos ou implícitos em um texto legal, não deixam de ser a base estrutural de um ordenamento jurídico. De acordo com o autor “o princípio age, reage e interage, inclusive com suas normas, pela perfeita compreensão de seus alicerces fundamentais (os Princípios jurídicos)” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 23).

2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Considerando o direito brasileiro, os princípios podem ser gerais e constitucionais. Os princípios constitucionais são compreendidos como valores fundamentais de validade de todo sistema jurídico. Logo, esses princípios possuem especial valor. Nesse momento serão compreendidos os princípios constitucionais da Administração Pública.

O primeiro princípio a ser compreendido é o da legalidade. O princípio da legalidade é avaliado pela doutrina como sendo um princípio genérico, pelo fato de que os demais princípios constitucionais e infraconstitucionais derivam do princípio da legalidade. Tal princípio surge como um mecanismo de limite para o administrador público quando do exercício da função administrativa, ou seja, deve o administrador respeitar as leis.

Ele nasceu juntamente com a criação do Estado de Direito, onde é a lei que determina como a Administração deverá pautar a sua atuação. É o Estado quem cria as leis, e em contrapartida, deve o mesmo respeitá-las.

Di Pietro (2012) consolida seu entendimento da mesma forma, a autora afirma que o princípio da legalidade faz com que o gestor atue de maneira diligente, conforme anteriormente previsto na legislação. Não fosse essa ideia, cada qual poderia agir de acordo com o seu próprio gosto, o que ocasionaria grande fragilidade no sistema governamental da democracia representativa, porquanto isso seria o mesmo que ver o Estado sofrendo uma crise de ingerência.

O princípio da legalidade tem como objetivo primordial evitar a atuação do arbítrio dos governantes, ou seja, de sua vontade própria e independente nas decisões e ações da vida pública, prevenindo uma ação exorbitante por parte do Poder público sobre a sociedade. (COELHO, 2009, p. 52)

Logo, todo ato da Administração Pública deve estar fundamentado em lei, e esta por sua vez, fundamentada na Constituição Federal. Além disso, a segurança de legalidade na ação do poder público encontra-se fortemente ligada aos atributos das leis que precisam ser obrigatoriamente dispostos em obediência as normas técnicas legislativas amplamente aplicadas pelo Direito.

No mais, fica claro que a legalidade é um dos requisitos necessários na Administração Pública, e como já dito, um princípio que gera segurança jurídica aos cidadãos e limita o poder dos agentes da Administração Pública.

O segundo princípio a ser estudado é o da impessoalidade. No texto do artigo 1º, *caput da* CF/88 (Brasil, 1988), é possível constatar que a República Federativa do Brasil, é um Estado Democrático de Direito que tem como caráter Fundamental, o princípio da impessoalidade, e no seu inciso III, traz como fundamento da república a dignidade da pessoa humana, e o artigo 5º, *caput*, diz que todas as pessoas são iguais perante a lei, devendo ser tratados igualmente, sem privilégios de uns em detrimentos de outros.

Conforme dispõe Filho:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração se voltar completamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. (FILHO, 2011, p. 19)

Medauar (2009) assinala que o princípio da impessoalidade possui como objetivo essencial impedir fatores pessoais, subjetivos, posto que a Constituição visa, com esse princípio, obstar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos. Ou seja, exige realmente um tratamento impessoal.

Por conseguinte, conjugando em palavras diretas, o princípio da impessoalidade evita a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas, como ainda proíbe o tratamento distinto entre quaisquer administrados, como emanção da igualdade.

O terceiro princípio é o da moralidade. De acordo com o que dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 25), o princípio da moralidade administrativa encontra-se ligado à conformidade da atuação da Administração Pública e de seus agentes com os princípios éticos vigentes.

Vale evidenciar o seguinte entendimento:

O agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto." (PIRES, 2006, p. 24)

Esse princípio opera de modo a fazer com que o agente público não só respeite os preceitos legais, mas também não os use como favorecimento próprio, mas sempre com o fim do interesse público.

O correto é que o administrador público, em suas atitudes, se pautar da maior honestidade e transparência possível, com a finalidade de que o seu ato se emoldure conforme a lei, a moral, os bons costumes, as regras da boa administração e a honestidade, extinguindo todo ato que tenha algum cunho de desonestidade/imoralidade. Entretanto, o princípio da moralidade não deve ser observado apenas pelo agente público, mas, também, pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

O quarto princípio é o da publicidade. O conteúdo jurídico do princípio da publicidade pode ser entendido pelo binômio composto pelo direito constitucional do cidadão à informação pública e o dever de transparência da Administração Pública, que decorre do princípio republicano. É o que se constata da análise de expoentes da doutrina administrativista brasileira.

Medauar (2009) ensina que o princípio da publicidade é consagrado no dever do administrador em manter cristalinos seus procedimentos e comportamentos. Isso porque em um Estado Democrático de Direito, onde o poder pertence ao povo, não se pode ocultar os assuntos que interessam a coletividade.

Assim, esse princípio se relaciona com a exigência de que os atos praticados pela Administração Pública sejam devidamente publicados, ou seja, sejam dotados de publicidade, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. (DI PIETRO, 2012, p. 75)

Moraes assim o define:

Entende-se princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade. (MORAES, 2001, p. 58)

Por fim, conforme entendimento de José Afonso da Silva (2017), a publicidade sempre foi um princípio administrativo, e esse fato decorre da dever do Poder Público de agir com a maior transparência possível, para que os administrados tenham, a todo momento, conhecimento a respeito do que está sendo feito.

O quinto princípio é o da eficiência. O princípio da eficiência não foi previsto de forma original na Constituição. Tal princípio foi inserido no rol dos princípios da Administração Pública na reforma administrativa que ocorreu no ano de 1998, através da EC n° 19/98.

A inclusão desse princípio na Constituição Federal, tem como escopo a melhor prestação dos serviços à sociedade, tornando mais racional a utilização da máquina pública.

Observa-se, portanto, que todas as leis, decretos, portarias, provimentos, editais, licitação dentre outros, devem ser publicados, pois a Administração Pública tem o dever de agir transparentemente, prestando conta de todos os seus atos.

Alexandre de Moraes, em sua obra Reforma Administrativa, denomina o princípio da eficiência como aquele:

Que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa,

eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. (MORAES, 2001, p. 32)

Sendo assim, o princípio da eficiência “é inerente à prestação do serviço público, daí a sua incidência não está limitada apenas aos entes integrantes da administração pública direta ou indireta”. (MENEZES, 2005 p. 60)

Por fim, Gasparini (2004, p. 89) entende que “o princípio da eficiência requer atividade administrativa realizada com presteza, perfeição e rendimento profissional”.

3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é responsável por gerir os interesses da coletividade por meio de serviços públicos, direta e indiretamente, sob regime jurídico predominante público, compreendendo atividades para a sociedade que foram assumidas pelo Estado.

Os princípios constitucionais do direito administrativo procuram conferir credibilidade aos atos administrativos exercidos pelo gestor público, por meio do cumprimento da lei, satisfazendo à publicidade e moralidade, sempre buscando a eficiência do bom serviço público, e praticando-o sempre de forma impessoal, buscando tão somente realizar o serviço público em prol dos administrados.

Desta feita, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios constitucionais que encontram-se previsto no artigo 37 do texto constitucional. O artigo 37 da Constituição Federal traz em seu texto a seguinte disposição: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)” (BRASIL, 1988)

Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 646) os princípios da Administração Pública se destinam, de um lado, “a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos, e, de outro lado, a garantir a boa administração, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos”.

Necessário esclarecer, entretanto, que há outros princípios diversos dos que se encontram dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, os quais, se encontram previstos em legislações infraconstitucionais, de forma implícita ou explícita, e frisa-se que também se encontram dispostos em outros dispositivos da Constituição Federal, tendo como

exemplo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação, finalidade e supremacia do interesse público.

Tais princípios possuem ligação, isso se deve ao fato de um exercer influência sobre o outro. Desta feita, ao avaliar o princípio da legalidade, é possível admitir a existência da moralidade. Ao passo que, ao considerar o princípio da publicidade pode-se considerar juntamente com ele a existência da legalidade. Ainda, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade se observadas poderão conduzir à eficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios do direito administrativo desempenham várias funções benéficas para o ordenamento jurídico. Eles atuam de forma a possibilitar a atuação correta da Administração Pública, pautada em preceitos éticos. Além disso os princípios também atuam de forma a salvaguardar o povo, fazendo com que o interesse público seja alcançado.

Os princípios destacados no estudo (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) são aplicados tanto na Administração Pública Direta, quanto na Administração Pública Indireta, tendo em vista que eles fazem parte da organização de cada parte da Administração.

Esses princípios se exteriorizam de diversas formas, a legalidade só permite a atuação do servidor, quando exista previsão legal. A impessoalidade veda a promoção pessoal. A moralidade, de forma parecida com a impessoalidade, exige que a atuação dos agentes públicos seja pautada na ética. A publicidade exige os atos praticados sejam públicos. E a eficiência diz respeito a forma como o agente deve desempenhar o seu trabalho.

Todas essas maneiras de se colocar os princípios em prática, fazem com que a Administração funcione da maneira correta. Daí se extrai a importância da existência desses princípios.

Os demais princípios da Administração também possuem sua importância. Na verdade, todos os princípios do direito são importantes para o ordenamento jurídico como um todo. É sobre deles que o direito é construído.

O presente trabalho não visou o esgotamento da discussão, ou estabelecer uma verdade absoluta. O estudo objetivou conferir maior conhecimento a respeito do funcionamento da Administração Pública, conforme sua base principiológica. E, ainda, fomentar a iniciativa de estudos mais profundos sobre a temática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. São Paulo, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 mar. 2023.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O público e o provado na gestão pública**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC: Capes: UAB, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAFRA, Francisco. **O desafio da aplicação dos princípios constitucionais-administrativos na administração pública brasileira**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8450. Acesso em: 10 mar. 2023.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 13. Edição, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo, Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. **Reforma Administrativa. Emenda Constitucional nº 19/98**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. Série fundamentos jurídicos.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira. **Direito Administrativo**. São Paulo: DPJ, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 16. ed., 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIREITO COLETIVO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

JOSÉ MARCELO DE ALBUQUERQUE MONTEIRO FILHO

RESUMO: O presente artigo trata sobre o direito coletivo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, abordando os temas que foram pauta de julgamentos nos últimos anos pelos tribunais superiores. O trabalho é pautado no que foi definido pelo STJ e STF acerca da competência, legitimidade ativa, objeto, formação de título executivo, sentença e efeitos da coisa julgada, dano moral coletivo, execução, prescrição honorários advocatícios e custas e taxas processuais.

1. Notas introdutórias

O processo é considerado coletivo quando a relação jurídica litigiosa é coletiva.

As ações coletivas iniciaram sua história no ordenamento jurídico nacional com a promulgação da Lei de Ação Popular – Lei nº 4.717/1965, sendo este considerado o primeiro instrumento que teve como objetivo a tutela em juízo de interesses coletivos.

A Lei nº 4.717/1965 apresentou duas modificações no sistema processual e que ganharam grande destaque, a saber, a legitimação ativa e a coisa julgada.

Pertinente à legitimação ativa, o art. 1º, *caput*, da Lei de Ação Popular consagrou a possibilidade de o cidadão defender, em nome próprio, interesses de toda a população, tratando-se de verdadeira hipótese de substituição processual.

Sublinhe-se que a substituição processual se dá quando alguém, autorizado por lei, age em nome próprio na defesa de direito e interesse alheio. É diferente de sucessão processual, na qual há a efetiva substituição da parte do processo, o que ocorre por força da modificação da titularidade do direito material afirmado em juízo. Já.

Logo, o art. 1º, *caput*, da Lei de Ação Popular consagrou a legitimidade de um cidadão buscar tutela jurisdicional de bem pertencente a toda população.

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta

por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

A segunda alteração relevante correspondeu à formação da coisa julgada, isto porque o art. 18 da Lei nº 4.717/1965 ampliou a abrangência da coisa julgada formada no curso do processo, passando a atribuir efeitos *erga omnes* à decisão judicial. Em dito artigo, foi ainda previsto que em caso de improcedência por insuficiência de provas, a demanda poderia ser novamente proposta, desde que com base em nova prova.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

As evoluções das ações coletivas podem ser categorizadas em três momentos, conforme expõem os professores Zaneti Jr., Hermes, e Leonardo Garcia (Direitos Difusos e Coletivos. Salvador: JusPodivm, 2022).

O primeiro momento é denominado de fase da absoluta predominância individualista da tutela jurídica. Nessa fase, iniciada com o Código Civil de 1916, houve a retirada das ações populares do cenário das ações coletivas no Brasil. Isto porque o aludido código civilista atribuiu legitimidade para promover ação judicial apenas àqueles que demonstrassem interesse próprio ou de sua família no direito que se pretendia tutelar. O direito da coletividade seria então objeto de proteção do direito penal e do direito administrativo.

Já no segundo momento consagrou-se a fase da proteção taxativa dos direitos massificados. Nesse momento, passaram a ser tutelados apenas alguns direitos coletivos, prevalecendo ainda a dimensão individualista dos direitos, de sua tutela e do processo civil.

Finalmente, o terceiro momento ficou conhecida como da tutela jurídica holística. Tal fase teve início com a Constituição Federal de 1988, que reconheceu expressamente os direitos e deveres coletivos como direitos fundamentais, garantindo o acesso à justiça e a inafastabilidade da tutela coletiva, e o devido processo legal também aos direitos coletivos. Houve uma ampliação da tutela jurídica para outros direitos coletivos, superando a taxatividade material dos direitos que poderiam ser tutelados coletivamente.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de instrumentos importantes para tutela coletiva, tais como o reconhecimento da Ação Civil Pública, a legitimação do

Ministério Público, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, representação processual para entidades associativas e a substituição processual para os sindicatos, a legitimação processual dos índios, entre outros.

Houve também grande avanço na tutela do direito material coletivo, grande parte deles previsto no capítulo que trata sobre os direitos fundamentais, dentre eles a proteção ao consumidor – que mais tarde daria origem a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Contudo, pode-se concluir que foi com o advento da Lei nº 7.347/1985 – Lei de Ação Civil Pública - que a tutela dos direitos coletivos passou a ser disseminada e ter sua importância reconhecida.

Através da Lei Ação Civil Pública foi incorporado ao processo civil brasileiro institutos importantes para tutela coletiva, tais como (i) a legitimidade ativa de órgãos, pessoas, entidade e associações; e a (ii) possibilidade de instauração do inquérito civil pelo Ministério Público, destinado à colheita de elementos para propositura da demanda coletiva.

Por fim, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990, foram introduzidas regras específicas e vanguardistas acerca da tramitação dos processos coletivos, apontando ainda conceito de direitos difuso, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, o que ainda não havia sido feito pelo legislador ordinário.

2.Competência

Ao analisarmos a questão da competência, devemos destacar que esta é a capacidade de dizer o direito, definitivamente, no caso concreto.

A competência não é genérica. A competência é divisão administrativa da atividade jurisdicional feita para facilitar a organização da Justiça.

Assim, a rigor, todos os juízes têm jurisdição, mas a competência vai ser atribuída a um juiz no caso concreto. Diz-se então que a competência é a medida da jurisdição.

Há regras de competência na Constituição Federal, nas constituições estaduais, leis federais, leis de organização judiciária dos estados e da União e tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Para fixação da competência, prevista em regras abstratas e pré-determinadas, podem ser utilizados alguns critérios.

Como apontam os professores Fernando Gajardoni e Camilo Zufelato, o critério hierárquico é eleito a partir da análise da hierarquia das partes do processo ou a partir da verificação de qual é o papel que o juiz exerce no processo.

Já o critério material (*ratione materiae*) somente se verifica se da análise do caso não se puder aplicar o critério funcional/hierárquico. Tal critério serve para definir qual é o órgão da justiça com competência para cada caso. Assim, a justiça brasileira é dividida por ramos, conforme a matéria.

A análise do critério material é feita na seguinte ordem: Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, Justiça Federal e Justiça Estadual. A análise da competência interna é feita por exclusão, nesses termos toca à Justiça Estadual a competência residual.

Por sua vez, o critério territorial define-se o local do ajuizamento da ação. Para que se defina o local, há um amplo regramento estabelecido nos arts. 46 a 53 do CPC.

No que tange às ações civis públicas cujo objeto seja de âmbito apenas local, deve-se aplicar o art. 2º da Lei nº 7.347/85 - foro do local onde ocorrer o dano.

Em sede de repercussão geral (tema 1075), o STF entendeu que em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei nº 8.078/90 (CDC).

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

(...)

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Entendeu ainda suprema corte que se ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas (art. 55, § 3º e art. 286 do CPC, além do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85).

3. Legitimidade Ativa

A legitimidade pode ser dividida em dois grupos, a saber legitimidade ordinária e a legitimidade extraordinária.

Sustentam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti que a legitimidade ordinária é a regra geral do sistema processual brasileiro. A legitimação ordinária estabelece uma identidade entre a parte material e a parte processual, ou seja, a parte defende direito próprio em nome próprio.

A ideia de legitimidade ordinária é extraída da necessidade de que haja uma relação entre quem demanda, o que se demanda e contra quem se demanda. Essa relação somente pode ser verificada mediante a análise do direito material.

Já a legitimidade extraordinária ou substituição processual somente ocorre quando alguém, autorizado por lei, age em nome própria para defesa de direito alheio. Ocorre quando o substituído não puder defender seu interesse ou não parte integrante da lide. É a exceção no sistema processual, nos termos do art. 18 do Código de Processo Civil.

Na legitimidade extraordinária há uma dissociação entre a parte material e a parte processual, ou seja, uma pessoa pode defender em nome próprio o direito alheio. Por tal razão, a legitimação extraordinária reclama autorização do ordenamento jurídico

CPC, art. 18: Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Há quem sustenta que a legitimação extraordinária é diferente da substituição processual. Para quem vislumbra a diferença entre os institutos, a substituição processual é uma espécie de legitimação extraordinária, que, por sua vez, é gênero, e só ocorreria quando o substituído não pudesse defender seu interesse ou não fosse co-parte. Ou seja, a legitimação processual é gênero do qual a substituição processual é espécie.

Cumpra destacar ainda que Legitimação extraordinária é diferente de representação processual (art. 71, CPC).

Na legitimação extraordinária, há uma pessoa agindo em nome próprio para defender direito alheio. E na representação processual há a defesa de direito alheio em nome alheio. Ou seja, a parte processual não tem capacidade civil para ingressar em juízo por si, daí porque deve ser representada por terceiro.

Frise-se também que, como dito alhures, substituição processual (legitimidade extraordinária) é diferente de sucessão processual.

Na substituição processual, a pessoa, em nome próprio, defende direito alheio. Assim, a parte processual fica no processo, defendendo direito alheio. Na sucessão processual, a parte processual sai para que a parte material ingresse no processo.

No âmbito d microsistema de defesa dos interesses coletivos o que se destaca é o aproveitamento do processo coletivo, possibilitando a sucessão da parte autora pelo Ministério Público ou por algum outro colegitimado (ex: associação), com fulcro na importância dos interesses envolvidos em demandas coletivas (art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Civil Pública e também no art. 9º da Lei da Ação Popular - Lei nº 4.717/65).

3.1 Ministério Público

A jurisprudência do STJ é assente no sentido de que o Ministério Público está sempre legitimado a defender qualquer direito difuso ou coletivo (Ministério Público sempre possui representatividade adequada).

Relativamente aos direitos individuais homogêneo, (i) se forem indisponíveis, o Ministério Público estará sempre legitimado a defender qualquer direito; (ii) se forem disponíveis, possui o Ministério Público legitimidade apenas quando há relevância social objetiva do bem jurídico tutelado ou diante da massificação do conflito em si considerado.

Súmula 601-STJ: O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público.

A jurisprudência do STJ "vem sedimentando-se em favor da legitimidade do MP para promover Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando há relevância social objetiva do bem jurídico tutelado (a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação, para citar alguns exemplos) OU diante da massificação do conflito em si considerado" (STJ, AgInt no REsp 1.701.853/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/03/2021).

Logo, conclui-se que o Ministério Público detém legitimidade ativa para a propositura de ações civis públicas, visando à tutela de direitos individuais homogêneos, mesmo que disponíveis e divisíveis, quando socialmente relevante o bem jurídico cuja proteção é intentada.

Exemplos de direitos individuais homogêneos dotados de relevância social (Ministério Público pode propor Ação Civil Pública):

(a) Ministério Público pode questionar edital de concurso público para diversas categorias profissionais de determinada Prefeitura, em que se previa que a pontuação adotada privilegiaria candidatos que já integrariam o quadro da Administração Pública municipal (STF RE 216443);

(b) Na defesa de mutuários do Sistema Financeiro de Habitação (STF AI 637853 AgR);

(c) em caso de loteamentos irregulares ou clandestinos, inclusive para que haja pagamento de indenização aos adquirentes (REsp 743678);

(d) o Ministério Público tem legitimidade para figurar no polo ativo de ACP destinada à defesa de direitos de natureza previdenciária (STF AgRg no AI 516.419/PR);

(e) o Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial - TARE firmado entre o Distrito Federal e empresas beneficiárias de redução fiscal. O referido acordo, ao beneficiar uma empresa privada e garantir-lhe o regime especial de apuração do ICMS, poderia, em tese, implicar lesão ao patrimônio público, fato que legitima a atuação do parquet na defesa do erário e da higidez da arrecadação tributária (STF RE 576155/DF);

(f) o Ministério Público tem legitimação para, por meio de Ação Civil Pública, pretender que o Poder Público forneça medicação de uso contínuo, de alto custo, não disponibilizada pelo SUS, mas indispensável e comprovadamente necessária e eficiente para a sobrevivência de um único cidadão desprovido de recursos financeiros;

(g) defesa do direito dos consumidores de não serem incluídos indevidamente nos cadastros de inadimplentes (REsp 1.148.179-MG).

Exemplos de direitos individuais homogêneos destituídos de relevância social (Ministério Público não pode propor Ação Civil Pública nesses casos):

(a) o Ministério Público não pode ajuizar Ação Civil Pública para veicular pretensões que envolvam tributos (impostos, taxas etc.), contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (art. 1º, parágrafo único, da Lei de Ação Civil Pública);

(b) O Ministério Público não tem legitimidade ativa para propor ação civil pública na qual busca a suposta defesa de um pequeno grupo de pessoas - no caso, dos associados de um clube, numa óptica predominantemente individual. (STJ, REsp 1109335/SE);

(c) o Ministério Público não pode buscar a defesa de condôminos de edifício de apartamentos contra o síndico, objetivando o ressarcimento de parcelas de financiamento pagas para reformas afinal não efetivadas.

Contudo, em que pese a legitimidade ativa ora estudada, decidiu o Supremo Tribunal Federal que não cabe ao Ministério Público promover a liquidação da sentença coletiva para satisfazer, um a um, os interesses individuais disponíveis das vítimas ou seus sucessores, por se tratar de pretensão não amparada no Código de Defesa do Consumidor, e que foge às atribuições institucionais do *Parquet*. Ressalve-se, contudo, a hipótese do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor (reparação fluída), que será adiante explicada.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos se desdobra em duas fases.

A primeira, tem como regra a legitimidade extraordinária dos autores coletivos, substitutos processuais, na medida em que ocorre um juízo de conhecimento sobre as questões fáticas e jurídicas indivisíveis, como a existência da obrigação, a natureza da prestação e o sujeito passivo.

Já na segunda fase, predomina a legitimidade ordinária dos titulares do direito material efetivamente lesados, uma vez que é quando serão definidos os demais elementos indispensáveis, como a titularidade do direito e o *quantum debeatur*. A propósito (STF, RE 631.111, Tribunal Pleno, DJe 30/10/2014).

Destaque-se também que o Ministério Público ostenta legitimidade ativa para a propositura de Ação Civil Pública objetivando resguardar direitos individuais homogêneos dos consumidores, uma vez que referida tutela possui relevância social que emana da própria Constituição Federal (arts. 5º, XXXII, e 170, V).

Súmula 601-STJ: O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público.

Ademais, a formação de litisconsórcio ativo facultativo entre o Ministério Público Estadual e o Federal depende da demonstração de alguma razão específica que justifique a presença de ambos na lide.

3.2 - Associação

Como regra, para que uma associação possa propor Ação Civil Pública, ela deverá estar constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos do art. 5º, V, "a", da Lei nº 7.347/1985.

Este requisito, contudo, não é absoluto, isto porque o lapso temporal de pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (§ 4º do art. 5º da Lei nº 7.347/85).

Neste caso, a Ação Civil Pública, mesmo tendo sido proposta por uma associação com menos de 1 (um) ano, poderá ser conhecida e julgada.

Importante questão diz respeito a pertinência temática. A pertinência temática é o nexos que deve existir entre a finalidade institucional da autora da Ação Civil Pública e aquilo que se pretende na ação.

Essa análise, contudo, não pode ser extremamente restritiva. Ao contrário, já decidiu o STJ que o juízo de verificação da pertinência temática deverá observar certa flexibilidade, de forma a ampliar seu âmbito de aplicação, em atenção ao princípio do acesso à justiça. Nesse sentido:

O juízo de verificação da pertinência temática para a proposição de ações civis públicas há de ser responsabilmente flexível e amplo, em contemplação ao princípio constitucional do acesso à justiça, mormente a considerar-se a máxima efetividade dos direitos fundamentais. STJ. 4ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1788290-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24/05/2022 (Info 738).

Relativamente à atuação, as associações em processos coletivos podem agir de duas maneiras.

Podem as associações atuarem por meio da ação coletiva ordinária, hipótese de representação processual, com base no permissivo contido no art. 5º, inciso XXI, da CF/88.

E podem também agirem por meio de ação civil pública, atuando a associação nos moldes da substituição processual prevista no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública (inciso V do art. 5º da Lei nº 7.347/85).

A associação, na hipótese em que ajuíza ação na defesa dos interesses de seus associados, estará atuando como representante processual e, por tal razão, é obrigatória a autorização individual ou assemblear dos associados.

Contudo, existem duas hipóteses em que a associação não necessitará da autorização expressa para propor ação em favor de seus associados na ação coletiva ordinária.

A primeira hipótese diz respeito ao mandado de segurança coletivo. Por expressa previsão constitucional (art. 5º, LXX, “b”, da CF), no caso de manejo de mandado de segurança coletivo, a associação não precisa de autorização específica dos filiados.

Art. 5º, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Tal entendimento foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal através da súmula 629, que leciona que o mandado de segurança coletivo manejado por entidade de classe de associados independe de autorização.

Súmula 629-STF: A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

A segunda hipótese de dispensa de autorização é a do mandado de injunção coletivo. No caso de manejo de mandado de injunção coletivo, a associação também não precisa de autorização específica dos filiados, é o que prevê o art. 12, III, da Lei nº 13.300/2016, abaixo transcrito.

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

Veja-se então que a associação quando ajuíza ação na defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, atua como substituta processual e não precisa dessa autorização de seus associados.

Cumpra registrar que a associação privada autora de uma ação civil pública pode fazer transação com o réu e pedir a extinção do processo, nos termos do art. 487, III, “b”, do CPC.

3.3 - Administração Pública Direita

Quando se fala em administração pública direta são entes federativos e seus órgãos. Compõe-se da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como seus respectivos órgãos.

Entende-se que os entes federativos ou políticos, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum, possuem grande interesse na defesa dos interesses metaindividuais, considerando que o Estado tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território.

Conforme já decidido pelo STJ, no o Município, por exemplo, tem legitimidade *ad causam* para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos consumeristas questionando a cobrança de tarifas bancárias.

Assim, na defesa do bem comum do povo, é possível que os órgãos públicos promovam a tutela dos interesses da população. Em verdade, tem-se que tal possibilidade é verdadeiro dever-poder, de sorte que para entes políticos é imperioso o dever de agir na defesa de interesses metaindividuais.

Ademais, é de se destacar que a legitimação dos entes políticos para a defesa de interesses metaindividuais possui fundamento na também qualidade de sua estrutura, que possibilita uma maior probabilidade de sucesso na implementação da tutela coletiva.

Cumprir mencionar ainda que no caso de ação civil pública proposta por ente político, a pertinência temática ou representatividade adequada são presumidas. Há então um senso comum que os entes políticos possuem, dentre suas finalidades institucionais, a defesa coletiva dos consumidores. É o que prevê a Constituição Federal, art. 5º, XXXII.

Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

3.4 - Administração pública indireta

Na administração pública indireta encontramos as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais, além de seus respectivos órgãos.

Em uma análise literal do art. 5º da Lei nº 7.347/85, verifica-se que apenas se exige expressamente da associação a comprovação de pertinência temática para propositura de ação civil pública.

Assim, com base na interpretação literal do supracitado artigo de lei, as autarquias, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista não precisariam comprovar a pertinência temática para ajuizarem ações coletivas.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça não adota essa interpretação literal. Para o Superior Tribunal de Justiça as autarquias, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista possuem competências legais e estatutárias, as quais delimitam o seu campo de atuação.

E por haver delimitação do campo de atuação, o Superior Tribunal de Justiça encampou a tese de que as entidades da administração pública indireta somente poderão ingressar com Ação Civil Pública se demonstrarem a pertinência temática.

4. Objeto

Relativamente ao objeto das ações coletivas, sobretudo da ação civil pública, tem-se que engloba a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer interesse difuso ou coletivo, a infração da ordem econômica e urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social (art. 1º, *caput*, da Lei de Ação Civil).

Há expressa vedação no parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública para demandas coletivas que versem acerca de pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Interessante hipótese que merece destaque diz respeito a ação civil pública direcionada contra a administração pública, com objetivo de implementação de políticas públicas. Entende o STJ que é lícito ao Poder Judiciário determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes.

Em se tratando de ação civil pública direcionada contra a Administração Pública, objetivando a implementação de políticas públicas, é lícito ao Poder Judiciário "determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes" (AI 739.151 AgR, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe 11/06/2014). STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1496383/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 09/05/2022.

Também mostra-se relevante o recente julgado em que o STJ reconheceu que a segurança pública caracteriza-se como direito difuso e coletivo, atraindo a legitimidade do Ministério Público para propositura da ação civil pública.

A pretensão ministerial (segurança pública) caracteriza-se como direito difuso e coletivo, evidenciando a legitimidade do *Parquet* para a propositura da ação civil pública, destinada à imposição às instituições bancárias da obrigação de fornecer os dados cadastrais dos seus clientes, independentemente de autorização judicial, quando requisitados pelo MPF ou pela Polícia Federal. STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1519507/SP, Rel. Min. Gurgel De Faria, julgado em 25/04/2022.

Já decidiu também o STJ que a alienação de terrenos a consumidores de baixa renda em loteamento irregular, tendo sido veiculada publicidade enganosa sobre a existência de autorização do órgão público e de registro no cartório de imóveis, configura lesão ao direito da coletividade e dá ensejo à indenização por dano moral coletivo.

Ainda é importante destacar que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir, e não de pedido.

De acordo com a jurisprudência desta Corte, "a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido", como no caso em análise, pois, nessa hipótese, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental (REsp 1.569.401/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016). Hipótese em que a alegação de inconstitucionalidade da Lei n. 19.452/2016, deduzida pelo MP/GO, confunde-se com o pedido principal da causa, inviabilizando o manejo da presente ação civil pública. STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 1736396/GO, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 25/04/2022.

O STJ também já se manifestou no sentido de que "*o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública contra a cobrança abusiva de honorários advocatícios em demandas previdenciárias envolvendo pessoa idosa*". STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp n. 1.860.919/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/4/2022.

O Ministério Público não possui legitimidade ativa *ad causam para*, em ação civil pública, deduzir em juízo pretensão de natureza tributária em defesa dos contribuintes, que vise questionar a constitucionalidade/legalidade de tributo (ARE 694294 RG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/04/2013. Repercussão Geral – Tema 645).

O Ministério Público não tem legitimidade para promover ACP pedindo que os proprietários de imóveis sejam desobrigados a pagar taxa em favor de associação de moradores.

5. Dano Moral Coletivo

O dano moral transindividual - conhecido como "*dano moral coletivo*" -, caracteriza-se pela prática de conduta antijurídica que, de forma absolutamente injusta e intolerável, viola valores éticos essenciais da sociedade, implicando, em razão disso, um dever de reparação.

O dano moral coletivo tem três objetivos: (i) prevenir novas condutas antissociais (função dissuasória); (ii) punir o comportamento ilícito (função sancionatório-pedagógica); e (iii) reverter, em favor da comunidade, o eventual proveito patrimonial obtido pelo ofensor (função compensatória indireta).

Essa categoria de dano moral é aferível *in re ipsa*, ou seja, basta que se verifique se, no caso concreto, houve a prática de uma conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole valor ético-jurídico fundamental da sociedade. É desnecessária a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

Os danos morais coletivos se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa.

O dano moral coletivo está presente não apenas com base no CDC, mas também com fundamento na Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos.

6. Processo e Procedimento. Nulidades.

Admite-se emenda à inicial de ação civil pública, em face da existência de pedido genérico, ainda que já tenha sido apresentada a contestação (art. 321 do CPC). Isso em atenção ao princípio da efetividade, que está intimamente ligado ao valor social e deve ser utilizado pelo juiz da causa para abrandar os rigores da inteligência vinculada exclusivamente ao Código de Processo Civil - desconsiderando as especificidades do microsistema regente das ações civis -, dado seu escopo de servir à solução de litígios de caráter individual.

O autor da ação civil pública dá causa à nulidade processual quando deixa de indicar no polo passivo as pessoas beneficiadas pelo procedimento e pelos atos administrativos

inquinados, deixando de formar o litisconsórcio na hipótese em que homologado o resultado final do concurso, com as consequentes nomeação e posse dos aprovados.

7. Sentença e efeitos da coisa julgada.

A eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas não deve ficar limitada ao território da competência do órgão jurisdicional que prolatou a decisão.

Do contrário, seria patente o desrespeito aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional.

A competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "*limites da lide e das questões decididas*" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC).

Relativamente à remessa necessária, é importante destacar que não se admite o cabimento, tal como prevista no art. 19 da Lei nº 4.717/65, nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos.

Quando a sentença da ação popular for procedente, não haverá reexame necessário. Perceba, portanto, que o art. 19 inverte a lógica da remessa necessária do CPC. Pelo CPC, se a Fazenda "*perde*", haverá reexame. Na ação popular, o reexame necessário ocorre se o cidadão perde.

Em virtude disso, podemos dizer que esse art. 19 traz uma hipótese de duplo grau de jurisdição invertido, ou seja, um duplo grau que ocorre em favor do cidadão (e não necessariamente da Fazenda Pública).

O STJ entende que é possível aplicar, por analogia, a primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65 para as sentenças de improcedência de ação civil pública, exceto nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos. Isso porque os direitos individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos, não sendo transindividuais nem atingindo a coletividade como um todo.

Os autores de ações individuais em cujos autos não foi dada ciência do ajuizamento de ação coletiva e que não requereram a suspensão das demandas individuais podem se beneficiar dos efeitos da coisa julgada formada na ação coletiva.

Segundo o STJ, ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. É importante ressaltar, contudo, que as ações coletivas não induzem (provocam) litispendência para as ações individuais (art. 104 do CDC).

Os autores das ações individuais deverão ser avisados que foi proposta uma ação coletiva com o mesmo pedido.

Depois de serem avisados, os autores individuais terão que fazer uma opção no prazo de 30 dias: (i) poderão escolher continuar com a ação individual: neste caso, não poderão ser beneficiados com eventual decisão favorável no processo coletivo; ou (ii) Poderão pedir a suspensão da ação individual: neste caso, os efeitos da coisa julgada produzida na ação coletiva beneficiarão os autores das ações individuais.

Essa regra está prevista no art. 104 do CDC, que é aplicado a todos os processos coletivos mesmo que não envolvam direito do consumidor.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes ou ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

O ônus de fazer essa comunicação aos autores individuais de que foi ajuizada uma ação coletiva com o mesmo pedido cabe ao demandado das ações. Constitui ônus do demandado dar ciência inequívoca da propositura da ação coletiva àqueles que propuseram ações individuais, a fim de que possam fazer a opção pela continuidade do processo individual, ou requerer a sua suspensão para se beneficiar da sentença coletiva.

Se o réu não fizer essa comunicação o processo individual continua a correr normalmente, mas, se for proferida uma decisão favorável no processo coletivo, o autor individual poderá se beneficiar dela.

Desse modo, se a ação coletiva for julgada procedente e transitar em julgado, o autor individual que não foi comunicado formalmente pelo réu de que havia sido ajuizada uma ação coletiva, poderá requerer a desistência da ação individual e pedir a sua habilitação para promover a execução da sentença coletiva.

Após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente ação coletiva proposta em defesa de direitos individuais homogêneos, independentemente do motivo que tenha fundamentado a rejeição do pedido, não é possível a propositura de nova demanda com o mesmo objeto por outro legitimado coletivo, ainda que em outro Estado da federação.

8. Formação do Título Executivo e Execução.

Como já dito, os direitos individuais homogêneos protegidos em uma sentença coletiva podem ser executados de três formas.

A primeira delas ocorre por meio de execução individual (art. 97 do CDC). Os direitos individuais homogêneos, em razão da sua natureza jurídica, comportam execução individual na fase de cumprimento de sentença.

CDC, Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

A segunda forma é a execução "*coletiva*" do art. 98 do CDC, promovida pelos legitimados.

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

A terceira forma é a execução residual (*fluid recovery*) prevista no art. 100 do CDC. Trata-se da execução coletivo propriamente dita.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

Em que pese o art. 98 do CDC mencionar a execução da sentença coletiva, é importante sublinhar que a fase executiva impede a atuação dos legitimados coletivos na forma de substituição processual. Isto porque o interesse social que fundamentava sua atuação está vinculado ao núcleo de homogeneidade do direito do qual carece este segundo momento.

Por esta razão é que o art. 100 do CDC consagrou a hipótese específica e acidental de tutela dos direitos individuais homogêneos pelos legitimados do rol do art. 82, que poderão figurar no polo ativo do cumprimento de sentença por meio da denominada recuperação fluída (*fluid recovery*).

O objetivo da recuperação fluída é "*preservar a vontade da Lei, qual seja, a de impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas*

de caráter público, lesando os consumidores' (REsp 1.156.021/RS, 4ª Turma, DJe 05/05/2014).

Conclui-se então que a legitimidade subsidiária da associação e dos demais sujeitos previstos no art. 82 do CDC em cumprimento de sentença coletiva fica condicionada, passado um ano do trânsito em julgado, a não haver habilitação por parte dos beneficiários ou haver em número desproporcional ao prejuízo, nos termos do art. 100 do CDC.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Destaque-se que nas ações coletivas é possível a limitação do número de substituídos em cada cumprimento de sentença, por aplicação extensiva do art. 113, § 1º, do Código de Processo Civil.

Não tendo havido expressa limitação subjetiva no julgado coletivo, todos os integrantes da categoria substituída pelo sindicato possuem legitimidade para executar o título judicial, independentemente de autorização ou relação nominal eventualmente juntada à inicial. STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1956312-RS, Rel. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF5), julgado em 29/11/22 (Info 759).

9. Ação Coletiva – Ação Civil Pública.

Em ação civil pública proposta por associação, na condição de substituta processual, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à associação promotora – STJ - Recurso Repetitivo – Tema 948.

Todos os substituídos numa ação civil pública que tem por objeto a tutela de um direito individual homogêneo possuem legitimidade para liquidação e execução da sentença, e que esses substituídos são todos aqueles interessados determináveis que se unem por uma mesma situação de fato.

Os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do CDC) são direitos subjetivos individuais tutelados coletivamente em razão de decorrerem de uma mesma origem, resultam "*não de uma contingência imposta pela natureza do direito tutelado, e sim de uma opção política legislativa, na busca de mecanismos que potencializem a eficácia da prestação jurisdicional*".

A coisa julgada formada nas ações coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos é estabelecida segundo o art. 103, III, do CDC.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Assim, proposta uma ação coletiva fundada em direitos individuais homogêneos, já se sabe que a sentença irá formar coisa julgada *pro et contra* em relação aos legitimados coletivos, enquanto terá efeitos *erga omnes* no caso de procedência do pedido (*secundum eventum litis*).

A coisa julgada *pro et contra* é aquela que se forma independentemente do resultado do processo, do teor da decisão judicial proferida.

Importante também ressaltar que a sentença de uma ação coletiva fundada em direitos individuais homogêneos será sempre genérica, fixando apenas a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do CDC).

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

O mandado de segurança coletivo configura hipótese de substituição processual, por meio da qual o impetrante, no caso a associação, atua em nome próprio defendendo direito alheio, pertencente aos associados ou parte deles, sendo desnecessária, para a impetração do *mandamus*, apresentação de autorização dos substituídos ou mesmo lista nominal.

Por tal razão, os efeitos da decisão proferida em mandado de segurança coletivo beneficiam todos os associados, ou parte deles cuja situação jurídica seja idêntica àquela tratada no decisum, sendo irrelevante se a filiação ocorreu após a impetração do *writ*.

A sentença proferida em ação coletiva, de rito ordinário, terá eficácia apenas para os associados que, no momento do ajuizamento da ação, tinham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator da decisão. Isso está previsto no *caput* do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97.

Dito de outra forma, para ser beneficiada pela sentença favorável da ação coletiva proposta por associação é necessário que a pessoa esteja filiada no momento da propositura e seja residente no âmbito da jurisdição do órgão julgador.

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento. STF. Plenário. RE 612043/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2017 (repercussão geral) (Info 864).

10. Prescrição

A Lei nº 7.347/85 não contém previsão de prazo prescricional para o ajuizamento da ação civil pública.

Para o STJ, em regra, o prazo para o ajuizamento da ação civil pública é de 5 anos, aplicando-se, por analogia, o prazo previsto na ação popular (art. 21 da Lei nº 4.717/65), considerando que as duas ações fazem parte do mesmo microsistema de tutela dos direitos difusos (REsp 1070896/SC).

Existem, contudo, exceções. A primeira delas é propositura de ação civil pública para exigir o ressarcimento ao erário e que possui como fundamento a prática de ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Neste caso, a ação é imprescritível (art. 37, § 5º, da CF/88).

A segunda exceção ocorrer quando a ação civil pública é manejada para fins de responsabilização por danos ambientais. Neste caso, o exercício do direito de ação também é imprescritível.

Veja-se então que a lacuna da Lei nº 7.347/85 é suprida com a aplicação de outra legislação também integrante do microsistema de proteção dos interesses transindividuais, como os coletivos e difusos, de forma que se deve afastar os prazos do Código Civil, mesmo na tutela de direitos individuais homogêneos.

Já foi assentado pelo STJ que "*no âmbito do Direito Privado, é de 5 anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública*". STJ. 2ª Seção. REsp 1.273.643-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27/2/2013 (Recurso Repetitivo – Tema 515) (Info 515).

Ainda segundo entendimento do STJ, o prazo prescricional para a execução individual tem início com o trânsito em julgado da sentença coletiva, carecendo de publicação de editais convocando eventuais beneficiários.

O prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo desnecessária a providência de que trata o art. 94 da Lei nº 8.078/90 (CDC), ou seja, a publicação de editais convocando eventuais beneficiários. STJ. 1ª Seção. REsp 1388000-PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Og Fernandes, julgado em 26/8/2015 (Recurso Repetitivo – Tema 877) (Info 580).

Por sua vez, para o STJ a pretensão executória de obrigações de fazer previstas em termo de ajustamento de conduta firmado para reparação de danos ambientais e que tenha viés apenas patrimonial sujeita-se à prescrição quinquenal.

A pretensão executória de obrigações de fazer previstas em Termo de ajustamento de conduta (TAC) firmado para reparação de danos ambientais decorrentes de empreendimento imobiliário, quando relacionadas a questões meramente patrimoniais, não visando a restauração de bens de natureza ambiental, sujeita-se à prescrição quinquenal. STJ. 1ª Turma. AREsp 1941907-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 09/08/2022 (Info 744).

Importante destacar que, segundo o STJ, "*a citação válida em ação coletiva por danos ambientais interrompe o prazo prescricional da ação indenizatória individual se coincidente a causa de pedir das demandas*" (STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 2.036.247-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 14/11/2022 (Info Especial 9)).

11. Honorários advocatícios

A regra no processo civil brasileiro é que a sentença contenha previsão de condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do vencedor da demanda (art. 85, *caput*, do CPC).

A regra muda quando estamos diante do art. 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 87 do Código de Defesa do Consumidor. A partir da leitura de tais artigos, é possível concluir que não há condenação em honorários advocatícios na ação civil pública, salvo em caso de comprovada má-fé.

Esse inclusive é o entendimento do STJ, para quem "*nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85 (Lei de ACP) e do art. 87 do CDC, não há condenação em honorários advocatícios na Ação Civil Pública, salvo em caso de comprovada má-fé.*" STJ. 2ª Seção. AR 4684-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 11/05/2022 (Info 738).

A parte que foi vencida em ação civil pública não tem o dever de pagar honorários advocatícios em favor do autor da ação. A justificativa para isso está no princípio da simetria.

Isso porque se o autor da ação civil pública perder a demanda, ele não irá pagar honorários advocatícios, salvo se estiver de má-fé (art. 18 da Lei nº 7.347/85). Logo, pelo princípio da simetria, se o autor vencer a ação, também não deve ter direito de receber honorários.

Contudo, há uma exceção. Se a ação tiver sido proposta por associações e fundações privadas e o pedido for julgado procedente, o requerido terá o dever de pagar honorários advocatícios.

Logo, o princípio da simetria na condenação do réu nas custas e nos honorários advocatícios se aplica se o autor da ação civil pública for pessoa jurídica de direito público ou o Ministério Público.

Contudo, tal princípio não se aplica quando houver condenação do réu ao pagamento das custas e nos honorários advocatícios em sede de ações civis públicas proposta por associações e fundações privadas.

12.Custas e taxas processuais

Prevê o art. 18 da Lei nº 7.347/1985 que "*não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais*".

O STJ possui entendimento firmado no sentido de que as regras de isenção do pagamento de custas e taxas processuais só se aplicam para as custas judiciais em ações civis públicas (qualquer que seja a matéria), ações coletivas que tenham por objeto relação de consumo; e na ação cautelar prevista no art. 4º da LACP (qualquer que seja a matéria).

Conclui ainda que não seria possível estender, por analogia ou interpretação extensiva, a isenção das custas e taxas processuais para outros tipos de ação ou para incidentes processuais, mesmo que tratem sobre direito do consumidor.

Assim, para o STJ, é devido o recolhimento inicial de custas judiciais no âmbito de liquidação de sentença coletiva genérica, proposta por associação, em nome de titulares de direito material específico e determinado.

O conteúdo do art. 18 da LACP e do art. 87 do CDC aplica-se à fase de conhecimento. Contudo, tais benefícios não se aplicam à liquidação individual e/ou cumprimento individual da sentença coletiva que forem instaurados, em legitimidade ordinária, pelos titulares do direito material em nome próprio, com a formação de novos processos.

Isto porque, nessa fase processual há nítida prevalência de interesses meramente privados de cada parte beneficiada pelo título judicial genérico.

Entende-se da mesma forma no caso de liquidação e/ou na execução da sentença coletiva promovidas por uma associação, na condição de representante processual dos titulares do direito material devida e previamente especificados e determinados na petição de liquidação de sentença e no interesse eminentemente privado de cada um deles, equiparando-se à liquidação e execução individuais da sentença coletiva.

Nas situações acima apontadas, prevalece a regra do processo civil tradicional, de que as despesas processuais, inclusive as custas judiciais, devem ser recolhidas antecipadamente.

Referências

Braga, Felipe Netto. *Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência*. Salvador: Juspodvm, 2021.

Gajardoni, Fernando da Fonseca, e Camilo Zufelato. *Processo Civil*. Salvador : Juspodivm, 2018.

<https://portal.stf.jus.br/>. s.d.

Jr., Fredie Didier Jr., e Hermes Zaneti. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2021.

Júnior, Humberto Teodoro. *Código de Processo Civil Anotado*. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional - GEN, 2019.

Júnior, Nelson Nery, e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Medina, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

Vitorelli, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

www.stj.jus.br. s.d.

Zaneti Jr., Hermes, e Leonardo Garcia. *Direitos Difusos e Coletivos*. Salvador: JusPodivm, 2022.

HOMICÍDIO NO TRÂNSITO POR EMBRIAGUEZ. DOLO OU CULPA?

WANESSA FERREIRA DE LIMA:

Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil, Campus
Fernandópolis-SP

ALEX APPOLONI

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo de analisar como é debatido o crime de homicídio no trânsito com o agente embriagado. Visto que se aborda de um assunto que afeta toda a coletividade é direito das pessoas entender sobre todos os processos desse tema, explicando de maneira clara e objetiva. Com o número elevado de acidentes com o condutor alcoolizado, o código de trânsito sofreu diversas alterações, com o propósito de tornar a norma mais rigorosa. Em face disso para proporcionar os fatos concebido, usou como método metodológico a revisão bibliográfica, ligados ao modo qualitativo e descritivo, há dificuldade de distinguir esses dois institutos (dolo eventual ou culpa consciente), em razão disso, o fator determinante para a aplicação do dolo eventual e a culpa consciente no que diz respeito aos acidentes de trânsito ocasionados por embriaguez é certamente a interpretação individualizada de cada caso, considerando as particularidades do condutor.

Palavras – chave: Homicídio; Embriagado; Trânsito; Condutor.

ABSTRACT: The present work aims to analyze how the crime of homicide in traffic with the intoxicated agent is debated. Since it deals with a subject that affects the entire community, it is the right of people to understand about all the processes of this subject, explaining it in a clear and objective way. With the high number of accidents with drunk drivers, the traffic code underwent several repairs, with the purpose of making the norm more rigorous. In view of this, in order to provide the facts conceived, the bibliographic review was used as a methodological method, linked to the qualitative and descriptive way, it is difficult to distinguish these two institutes (eventual fraud or conscious guilt), as a result, the determining factor for the application of the Occasional malice and conscious guilt regarding traffic accidents caused by drunkenness is certainly the individualized interpretation of each case, considering the driver's particularities.

Keywords: Homicide; Drunk; Traffic; Conductor

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar acerca do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de homicídio cometidos no trânsito causado pela embriaguez na condução do veículo. Em regra, a legislação brasileira tem considerado que os crimes de homicídio no trânsito são cometidos por agentes que agem com culpa. Contudo, os inúmeros acidentes de trânsito que ocorrem diariamente em todo o país têm nos mostrado que existem situações em que a presença de algumas condutas supervenientes provoque dúvidas a respeito do elemento subjetivo dos crimes de trânsito.

O Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei nº 9.503/97, foi alterada por outras, como pela Lei Seca nº 11.705 e, logo em seguida 2012, pela Lei nº 12.760. Sabe-se, no entanto, que o Código de Trânsito Brasileiro traz em seu dispositivo sobre os crimes de trânsito, no entanto, quanto ao homicídio e lesão corporal apenas regulamenta-os quando na modalidade culposa, deixando de legislar sobre o homicídio doloso. Condutas tais como, a embriaguez voluntária e preordenada e todas as suas consequências físicas e mentais perante o sujeito que assume a direção de um veículo que sabe não possuir condições mínimas para garantir a segurança própria e de outrem, assim como a condução do veículo em velocidade excessiva e de forma perigosa e irresponsável.

É exatamente o que demonstra o crime doloso eventual, neste o agente não desejou diretamente a concretização do tipo, mas também não descartou a possibilidade de ocorrência, assumindo assim o risco do resultado, ou seja, não almejou o resultado, porém não evitou a sua realização. O resultado é visto pelo sujeito ativo da conduta como sendo provável ou possível, porém ele não avalia as consequências, mas assume os riscos prováveis da sua conduta perigosa, consentindo previamente o resultado.

O tema abordado no presente artigo é de suma relevância para o mundo acadêmico bem como para a sociedade, pois as mortes no trânsito causadas por embriaguez ao volante crescem de forma demasiada a cada dia e ao mesmo tempo, tribunais e doutrinadores tem posicionamentos divergentes sobre a aplicação de culpa consciente ou do dolo eventual, não havendo até o momento posição judicial unânime sobre a aplicabilidade destes institutos nos crimes de acidentes de trânsito decorrentes de embriaguez ao volante.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Embriaguez no Trânsito

À medida que o número de veículos nas ruas aumentava, o número de acidentes também crescia. Devido ao grande número de infrações de trânsito e em respeito ao princípio da legalidade, em 23 de setembro de 1997, houve a necessidade da criação de um tipo penal especial, a Lei nº 9.503/1997. (GRECCO, 2011)

O descumprimento das normas contidas no Código de Trânsito Brasileiro, principalmente os crimes em espécie, geram problemas jurídicos que causam transtornos à população. A turbulência social em torno da atual cobertura da mídia acaba tornando a aplicação do direito penal relacionado ao trânsito cada vez mais complexa.

O aumento dos crimes de trânsito é inegável, e o objetivo das sanções impostas no Código é afastar criminosos culposos das estradas. Devido ao aumento significativo de crimes de trânsito, especialmente crimes relacionados à embriaguez, a Lei nº 9.503/1997 estava desatualizada, portanto a redação de seus artigos deveria ser alterada.

A primeira mudança significativa foi com a Lei nº 11.705/2008, a chamada lei seca que trouxe mudanças não somente no âmbito penal, mas também no administrativo. O artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, em sua redação original, determinava: "Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer outra substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" (BRASIL, 1997).

O percentual de seis decigramas por litro de sangue estabelecido para constatação da infração no artigo 165 do CTB foi excluído pela Lei nº 11.705/2008. Tal exclusão possuía a finalidade de punir o infrator com a pena prevista no artigo 165 do CTB, ou seja, suspensão do direito de dirigir por 12 meses, mais multa, se constatada qualquer quantidade de álcool ingerida pelo infrator, isso fez com que a Lei nº 11.705/2008 ficasse conhecida como Lei Seca (GRECO, 2011).

A imputabilidade penal é um dos componentes da culpa e pode ser definida como a capacidade de um agente entender a natureza ilícita de seus atos definindo de acordo com seu entendimento. A embriaguez é como uma intoxicação aguda e transitória causada por álcool ou substâncias similares, que priva o sujeito de estar na sua capacidade normal. A embriaguez definitivamente afeta o sistema nervoso central de uma pessoa, portanto, a intoxicação causada por bebidas alcoólicas, podem afetar física e/ou mentalmente uma pessoa e tem consequências relacionadas à culpabilidade. Porque um agente totalmente embriagado não consegue entender a natureza ilegal de seu comportamento e tomar decisões com base nesse entendimento.

A lei encontrou um obstáculo quando a quantidade de álcool por litro de sangue foi adicionada à classificação do delito de acordo com o § 306 do Código Penal. Porque para provar um crime, o criminoso deve receber uma competência que mede o teor de álcool por litro, e devido ao princípio da inocência, muitos motoristas se recusaram a fornecer provas contra si mesmos.

Com a Lei n. 12.760/2012, chamada Nova Lei Seca, houve a inclusão de outras formas de comprovação da embriaguez, além da pericial, para sanar o problema

mencionado, com a necessidade de tutela do bem jurídico da segurança viária. Assim, além do etilômetro (bafômetro) e do exame de sangue, constituem também meios de prova da embriaguez o exame clínico, a perícia, o vídeo, a prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos (CAPEZ, 2014).

Para qualificar um crime de embriaguez no trânsito, precisa agir com cautela, pois é preciso que o condutor esteja com a capacidade psicomotora alterada, ou seja, embriagado. E para que o motorista seja classificado como embriagado, é necessário que durante a condução do veículo automotor, ele esteja com uma quantidade de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, conforme dispõe a atual redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

No Brasil foi adotado o sistema do livre convencimento motivado para a apreciação das provas. Por meio dele, o órgão julgador é livre para valorar as provas, mas, deverá expor os motivos que o levaram a adotar aquelas provas. Isto devido ao artigo 93, IX da Constituição Federal que dispõe que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser motivadas.

2.2 Teoria do Crime

Conforme o Código Penal, ao se tratar do crime, não se tem uma definição concreta, de maneira que a definição do ilícito ficou incumbida pelos operadores do Direito. Segundo a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º, fala de uma maneira genérica o conceito de crime "Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa".

Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém-se uma definição formal; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e examinando-se as características ou aspectos do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal". (MIRABETE 2014, p. 79)

Assim, à luz do que já foi discutido, surge o conceito de crime material, que se refere ao conteúdo criminoso ilícito com o objetivo de analisar a atividade ilícita e suas consequências sociais, ou seja, crime é o comportamento humano que causa danos ou interesse legítimo, sob risco de dano, enquanto o conceito formal diga que crime é qualquer ato proibido por lei sob ameaça de punição. Por fim, há um conceito analítico que entende o crime como uma atividade típica, ilícita e culposa.

Para um operador do direito que atua na área criminal, a situação descrita levanta dúvidas sobre o quão típico seria tal ato, dirigir embriagado em alta velocidade, infringir

as leis de trânsito e tirar a vida de um estranho. A fraude acidental é caracterizada pelo fato de o cidadão prever o possível resultado de seu comportamento e ser indiferente a esse resultado. Portanto, para que o criminoso seja capaz de cometer esse tipo de fraude, é necessário analisar seu estado de espírito e subjetividade, no qual ele supostamente assumiu o risco de causar resultados danosos. Portanto, na maioria das vezes, é necessário tentar entender o que o sujeito estava pensando no momento do comportamento.

Quanto às espécies de culpa, essa pode ser consciente e inconsciente. A culpa consciente, por sua vez, o agente prevê o resultado, mas não o aceita. Assim, existe a previsibilidade do resultado pelo agente, mas ele a afasta de pronto, por entender que evitará com sua habilidade, impedindo o evento lesivo previsto., a culpa consciente, ou culpa com representação, culpa *exlascívia*, surge quando o sujeito é capaz de prever o resultado, o prevê, porém, crê piamente em sua não produção; ele confia em que sua ação conduzirá tão somente ao resultado que pretende, o que só não ocorre por erro no cálculo ou erro na execução. (JESUS, 2015)

A diferença entre dolo e culpa fica ainda mais clara quando se entende o que é culpa, porque um crime culposo não acontece simplesmente porque alguém não quis. A culpa decorre de três tipos diferentes de conduta: negligência, imprudência e má conduta. Negligência é descuido ou indiferença a um ato feito, onde o agente deixa de praticar determinado ato que o bom senso prescreve e pratica conduta que segundo o bom senso não deveria ser praticada.

Segundo o Código Penal, existe dolo não apenas quando o agente quer o resultado (conduz sua conduta designadamente para um certo resultado – dolo direto), mas também quando ele manifesta o risco de determinar um resultado previsto (dolo eventual). Em linhas gerais, há dolo (dolo eventual) quando o agente “assume o risco” de ocasionar o resultado delituoso. A expressão “assumir o risco” estabelecido pela lei, faz com o que o dolo eventual se aproxime da definição de culpa consciente, o que faz motivar, conseqüentemente, diversos problemas práticos na aplicação de tais institutos. Pois, o dolo eventual é a vontade do agente que não está sendo conduzida para a aquisição do resultado, mas sim para algo diferente; sendo que mesmo prevendo que “o evento possa ocorrer, o agente assume o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não detém o agente e ele pratica a conduta, consentindo no resultado” (BARROSO, 2016, p. 03).

2.3 Dolo Eventual ou Culpa Consciente?

O Código de Trânsito Brasileiro tipificou o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, diferenciando-o, portanto, do crime homônimo descrito no art. 121, § 3º, do Código Penal, que possui pena mais leve. O crime de homicídio culposo é um tipo penal aberto em que se faz a indicação pura e simples da modalidade culposa, sem fazer

menção à conduta típica. O Código Penal dessa forma não define a culpa, mas o seu art. 18, inciso II, traz as suas diversas modalidades, as quais foram vistas no capítulo anterior, tais como: a impudência, a negligência e a imperícia. (NETO, 2012)

Junto a esta disposição, também devem ser analisadas as formas de infrações de trânsito, assim, trata-se de homicídio culposo sempre que a morte for causada por falha do agente no exercício de um dever de cuidado devido a conduta negligente, negligente ou imprudente, cujas consequências previsíveis o agente não poderia prever, ou se houvesse, ele não arriscaria o resultado. A caracterização da culpa das infrações de trânsito advém inicialmente do descumprimento das normas disciplinares contidas na própria lei de trânsito, no entanto, estas não são as únicas hipóteses para a constituição de crime culposo, pois um agente pode, mesmo não respeitando as regras disciplinares da lei, agir de forma imprudente e assim responder pelo crime.

Imprudência é envolver-se em atividades perigosas, como excesso de velocidade, passar no sinal vermelho ou não ceder o direito de passagem. Negligência é a falha em tomar precauções, como a necessidade de manter os freios de um carro ou outros mecanismos de segurança, cuja falha resulta em um acidente fatal. Uma deficiência é a incapacidade de realizar um determinado movimento.

Ao se fazer uma análise da conduta do agente que dirige embriagado e da interpretação pelos tribunais é de suma importância que se destaque inicialmente o conceito de Trânsito, trazido pelo Código Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503 de 29 de Setembro de 1997, em no seu Artigo 1º, §1º, *in verbis*: "considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga, o legislador não restringiu o local da ocorrência. Pode ser, pois, em qualquer lugar. Por exemplo: homicídio culposo cometido no ato de tirar o veículo da garagem". Ademais, ocorrendo o acidente com resultado morte, o agente será punido de acordo com o artigo 121, parágrafo 3º do Código Penal Brasileiro. Entretanto, se o fato típico for ocasionado no trânsito, previstos na Lei 9.503/97, será este o diploma legal utilizado para penalizar o agente. (JESUS, 2015)

Um fator importante que influencia a prática do crime, é o fato de como as penas vem sendo aplicada aos infratores, os motoristas acreditam que não serão punidos pela prática deste crime e assim não se preocupam em consumir bebidas alcoólicas antes de dirigirem. Essa crença na impunidade torna a norma penal ineficaz.

Para constatar esse fato, basta verificar a uniformidade da população carcerária do país, vale ressaltar que o estereótipo criado é, na verdade, o critério de seleção mais importante. Dessa forma, a punição adquire um caráter puramente retaliatório, atuando como punição ou vingança ao inimigo, determinado por suas características físicas ou sociais.

O sistema prisional do país também é um problema que está caindo aos pedaços, as prisões estão superlotadas, o tratamento dos condenados é desumano, há por exemplo mortes, tráfico de pessoas e tumultos frequentes. Aplicando a pena, o Estado deve zelar pela dignidade humana do condenado, pois, se isso não acontecer a pena perde sua função ressocializadora. Na verdade, o que ocorre nesse cenário é que a punição perde sua função durante a sua implementação devido às situações mencionadas relacionadas à falta de organização e estrutura dos órgãos responsáveis por sua implementação.

A culpa é considerada elemento normativo, pois não faz parte da intenção do agente, e se verifica mediante um juízo de valor efetuado pelo aplicador da norma, que compara o ato do agente com o que deveria ser praticado por uma pessoa de mediana prudência e discernimento". Para o autor a culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado, porém, acredita erroneamente em sua capacidade de não o produzir e acaba agindo com imprudência, negligência ou imperícia. (ESTEFAM 2015, p.61)

Considerando o exposto, a principal característica que distingue a intenção potencial da culpa consciente é a disposição do motorista em assumir riscos, ou seja, no caso da culpa consciente, o agente acredita ter capacidade de controlar a situação e evitar as consequências sendo assim a previsibilidade do motorista no resultado possível, mas acontece que o agente percebe que é remoto ou que tem chance de não o produzir por agir de forma negligente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo proporcionou uma análise dos crimes de embriagues no trânsito, de como vem sendo aplicado os institutos do dolo eventual e da culpa consciente e a eficácia da norma penal. Atualmente o Brasil possui uma das legislações de trânsito mais rígidas do mundo. Apesar de ser uma norma rígida, problemas como falta de fiscalização, banalização do dolo eventual, seletividade do sistema punitivo, e falhas na execução da pena, tornam a norma penal ineficaz.

Dada a importância do assunto, torna-se necessário que o Estado trate a embriaguez no trânsito com a seriedade que merece, para que a sociedade faça o mesmo. Nesse sentido, percebe-se que falta investimento em operações de fiscalização de trânsito, para acabar com a crença na impunidade da população, responsabilidade dos magistrados para acabar com a insegurança jurídica e estrutura no sistema punitivo, para

que a pena não cumpra somente sua função retributiva, mas também a preventiva. A eficácia não se faz com uma norma rígida, mas sim com a crença da punição.

4.REFERÊNCIAS

AZEVEDO, M. A. de. SALIM, A. **Direito Penal: Parte Geral**. Coleção Sinopses para Concursos. 5ª edição : Juspodivm, 2015. 540 p

BARROSO, S. L. **Você sabe qual é a diferença entre dolo eventual e culpa consciente?** 2016. Disponível em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/454503127/voce-sabe-qual-e-a-diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>>. Acesso em 20 out. 2022.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte especial 2 dos crimes contra pessoa**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte1, parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.698: **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro**. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em 21 out. 2022.

ESTEFAM, A. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, G. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, L. F. **Álcool e Trânsito: Crime ou Infração Administrativa?** Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930858/alcool-etrannsito-crime-ou-infracao-administrativa>>. Acesso em 20 out. 2022.

GONÇALVES, V. E. R. **Legislação Penal Especial Esquematizado®** /VictorEduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior.– 3. ed. – São Paulo:Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado® /coordenador Pedro Lenza)

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, Vol. 2. 8ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, Volume 1, 15ª edição,Niterói, RJ: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio. **Direito penal – parte geral**, ed 36, Saraiva. 2015

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 30ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 79

MOLETA, P. **A Origem do Trânsito e do CTB**. Jusbrasil, ano 15. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://paulocwb.jusbrasil.com.br/artigos/206526711/a-origem1dotransito-e-do-ctb>>. Acesso em 18 out. 2022

NETO, F. S.. **Embriaguez ao volante e morte no trânsito**. CONJUR, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-11/embriaguez-volantemorte-transito-crime-culposo-ou-doloso>>. Acesso em 18 out. 2022

RAMOS, P. L., ANDRADE, P. H. G. **Homicídio no Trânsito por Embriaguez: Dolo Eventual ou Culpa Consciente?** Disponível em: <<https://recifaqui.faqi.edu.br/index.php/recifaqui/article/view/166/148>> Acesso em 23 out. 2022

SOUZA, Carlos Eduardo de. O art. 306 do Código de Trânsito brasileiro e as provas no processo penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3465, 26/12/2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23329>. Acesso em 22 out. 2022.

A RESTRIÇÃO DAS ARMAS DE FOGO E OS REFLEXOS NA SEGURANÇA PÚBLICA DO BRASIL

OTÁVIO EMANOEL ALMEIDA DOS SANTOS:
graduando em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis.

RAFAEL FEDICHIMA HIROSE

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade analisar as consequências geradas pela política de restrição ao acesso a armas de fogo no Brasil e como elas influenciam na segurança pública brasileira. Para isso, iremos discorrer acerca da Lei nº 10.826/2003, popularmente chamada de “Estatuto do Desarmamento”, analisando o contexto histórico anterior a sua vigência, bem como o posterior, uma vez que tinha como principal escopo à data de sua publicação, a diminuição da criminalidade armada. Objetivando assim, demonstrar por meio da análise de dados e de bibliografia, se tal estatuto obteve resultados minimamente aceitáveis, pois, parte-se da hipótese que ao retirar as armas da população “de bem”, ampliou exponencialmente a vulnerabilidade a que o brasileiro comum fica exposto no dia a dia, já que como será demonstrado, os indicies de mortes no país não apresentaram melhoras satisfatórias, pelo contrário, pioraram em muito após a entrada em vigor da referida legislação. Escancarando ainda mais a incapacidade do Estado de prover segurança aos cidadãos, pois além de lhes tirar a possibilidade de defesa individual e de sua família, ainda não oferece um serviço policial a altura das peculiaridades e necessidades da sociedade brasileira. De modo que assim, reste ou não comprovada a ineficácia de tal norma, a necessidade ou não da mudança legislativa sobre esse tema, e a essencial discussão acerca dos Direitos Fundamentais dos Brasileiros, qual seja: à liberdade de se armarem e de porventura, se assim a situação exigir, se defenderem da criminalidade que assola a nação por meio das armas de fogo.

Palavras-chave: Armas. Segurança. Direitos. Política. Lei.

ABSTRACT: This article aims to analyze the consequences generated by the policy of restricting access to firearms in Brazil and how they negatively influence Brazilian public safety. For this, we will discuss Law No. 10.826, commonly called the “Disarmament Statute”, analyzing the historical context prior to the law being in force, as well as the subsequent one, since its main objective at the date of its publication, was to decrease in armed crime. Thus, aiming to demonstrate, through data analysis and bibliography, that such statute did not obtain minimally acceptable results, because by removing the weapons from the “good” population, it exponentially increased the vulnerability to which the common

Brazilian is exposed in everyday life. , since, as will be demonstrated, the death rates in the country did not show a satisfactory improvement, on the contrary, they worsened a lot after the entry into force of the referred legislation. This further exposes the State's inability to provide security to its citizens, as in addition to depriving them of the possibility of individual and family defense, it still does not offer a police service that matches the peculiarities of Brazilian society. Thus, the ineffectiveness of such a rule remains proven, the necessary legislative change on this subject, and the essential discussion about the Fundamental Rights of Brazilians to the freedom to arm themselves and perhaps, if the situation so requires, to defend themselves against criminality that devastates the nation through firearms.

Keywords: Weapons. Security. Rights. Policy. Law.

INTRODUÇÃO

O “Estatuto do Desarmamento” surgiu como resposta à uma época de um profundo drama social, na qual todo o país era assolado pelos altos índices de mortalidade decorrentes da grande taxa de criminalidade. Em 2005, um estudo da Unesco revelou que entre 1993 e 2003, a taxa de mortes em decorrência do uso de armas de fogo no país era maior do que uma vasta gama de conflitos pelo mundo.

No Brasil, entre 1993 e 2003, houve em média 32 mil mortes anuais envolvidas diretamente o uso de armas de fogo, diz o relatório, que conclui destacando a importância do caráter preventivo das políticas de controle das armas de fogo no enfrentamento dos homicídios juvenis.

A mortalidade gerada pelas armas não era apenas elevada, mas também continuou crescendo com o passar dos anos. De acordo com o IPEA, no início da década de 80, a média de óbitos por armas de fogo era de 11,7 a cada 100 mil habitantes, enquanto na década de 2000, chegou a 46 casos a cada 100 mil habitantes.

Na tentativa de conter esse aumento e promover a diminuição desses números assombrosos, entrou em vigor no dia 22 de dezembro de 2003, a lei 10.826, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências, revogando a Lei 9.437 de 20 de fevereiro de 1997.

O foco principal do presente trabalho é apurar os efeitos e as consequências da entrada em vigor da citada norma, partindo da hipótese de que as consequências foram maléficas para a sociedade. Esse foco será alcançado por meio de análise da falta de mudanças significativas nos indicies após a sua promulgação, a falta de provisão de

segurança por parte do Estado e a verificação de eventuais violações de Direitos Fundamentais dos brasileiros.

O presente estudo envolve a temática da liberação do uso de armas de fogo no Brasil, principalmente após o referendo de 2005, com discussões intensas entre políticos, especialistas, organizações e a sociedade civil, no qual favoráveis e outros tantos, com posicionamentos contrários a flexibilização à posse de armas.

Inicialmente, vale destacar as palavras de Reis Júnior (2019), que explica que o direito à posse se refere a autorização para que seja mantida uma arma de fogo em residência ou local de trabalho, desde que o proprietário da arma seja o responsável legal pelo estabelecimento em questão.

Noutro norte, para transitar com a arma de fogo por vias diversas é necessário ter direito ao porte de arma cujas regras são bem mais rigorosas e não foram tratadas no dispositivo jurídico que é o foco deste estudo: O Decreto nº 9685 assinado em 15 de Janeiro de 2019, pelo então presidente da república, Jair Messias Bolsonaro.

Para o desenvolvimento do presente estudo, foi utilizada a consulta bibliográfica, utilizando como fonte as obras e trabalhos disponíveis na internet, a legislação vigente, a literatura em geral e especialmente as doutrinas existentes acerca do tema. Sempre buscando as abordagens voltadas à análise do Desarmamento no Brasil. Dessa forma, o presente artigo tem por finalidade oferecer subsídios para que a população em geral e especialmente os operadores do Direito reacendam o debate sobre este tema tão caro a todos.

1. HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO SOBRE USO DE ARMA DE FOGO NO BRASIL

Ao fazer uma análise de modo geral na linha do tempo, vê-se que a desde o descobrimento do Brasil (1500), houve a tomada de terras através de armas, em um sistema que visava apenas a colonização, ou seja, crescimento econômico através da intimidação.

As primeiras iniciativas em prol do desarmamento no Brasil começaram em 1997, foi neste período que o **controle de armas de fogo** entrou com mais vigor na pauta de discussão das autoridades públicas.

Havia uma preocupação geral com o controle sobre a aquisição, posse e porte de armas de fogo, sendo a posse de arma a permissão para adquirir uma arma de fogo, enquanto o porte é a autorização para andar ou utilizar o armamento, o que levou à edição da Lei 9.437/97 ("Lei das Armas de Fogo"). A lei 9.437/1997 já instituía o **Sistema Nacional**

de Armas (Sinam) e previa algumas formas de controle incipientes para a circulação lícita de armamento.

Em 1999 foi editado o Estatuto do Desarmamento, que viria a ser sancionado em 2003, durante o primeiro governo Lula. O estatuto **dificultou a compra e o porte de armas** no país e estabeleceu penas mais duras para o porte e a posse ilegal.

Para adquirir uma arma de fogo a pessoa precisaria, além de comprovar a necessidade, apresentar documentos pessoais, atestado de **antecedentes criminais** e provar estar apto psicologicamente, conforme expresso na Lei nº 9.437/1997.

Com o tempo, iniciou-se o processo de controle bélico no território brasileiro por parte do Estado, por meio de edições de várias legislações, algumas visaram o armamento em massa de todas as classes e outras foram favoráveis ao desarmamento. Exigindo com a evolução das armas, a reflexão sobre as medidas de segurança.

Quando se estuda a história das armas de fogo e a legislação nacional pertinente, Teixeira (2016) explica que o legislador sempre buscou impedir o uso das armas de fogo, constatando ao longo do tempo, sua função na coibição do efetivo uso, no porte e na mera posse de um instrumento dessa espécie.

O primeiro dispositivo jurídico relacionado a questão, recebeu o título de "Ordenações e leis do Reino de Portugal", reunindo as conhecidas "Ordenações Filipinas", vigorando nos anos de 1603 a 1830, regendo o ordenamento jurídico no Brasil, sendo o Livro V responsável pelo Direito Penal. No Título LXXX, considerou infrator aquele que fosse encontrado com arma de série de chumbo, de ferro ou de pedra feitiça sendo penalizado com um mês de prisão, multa em 4 mil réis e açoite público e, se, por nascimento, não coubesse açoite, este seria "exilado" para a África por dois anos (SHMOLLER, 2018).

Em 1831 entrou em vigor o Código Criminal do Império do Brasil que na Parte Quarta tratava "dos crimes policiais" e capítulo V., precisamente no art. 297, 298 e 299 tratavam do "uso das armas defesas", penalizando aquele que usasse armas ofensivas proibidas, permitindo somente aos oficiais de justiça e militares em diligencia além dos autorizados pelos juízes de paz. A sanção estabelecida era a pena de prisão de 15 a 60 dias, multa e perda das armas (SHMOLLER, 2018).

Já a reforma do regime penal brasileiro, em 1890, considerava como situação agravante o fato do crime ser praticado estando o delinquente em nível superior em armas. O Livro III do citado código, apresenta como temática, as contravenções em espécie, cujo Capítulo V sobre o "fabrico e uso de armas", em que os artigos 376 e 377, versavam sobre o estabelecimento de fábrica de armas ou pólvora sem a devida licença, bem como o uso de armas ofensivas sem a licença da autoridade policial. O primeiro penalizava com perda

dos objetos apreendidos e multa e o segundo com prisão de 15 a 60 dias (PUPIN; PAGLIUCA, 2018).

No que tange aos debates relacionados a necessidade de uma legislação nacional regulamentando a comercialização e posse de armas de fogo no Brasil, se iniciou nos anos 80, quando o governo se deparou com índices de criminalidade subindo vertiginosamente, entendendo a época a necessidade de uma política pública para imposição de limites para questão.

Outrossim, se deparou com parte da população defendendo uma sociedade armada, alegando a necessidade de proteção e trazendo embates que duram até os dias atuais (QUINTELA; BARBOSA, 2013).

A sistemática da Lei 10.826/2003, que ficou conhecida como Estatuto do Desarmamento, foi regulamentada pelo Decreto nº 5.123, de 2004, e em 2004 foi iniciada a **Campanha do Desarmamento**.

A Campanha do Desarmamento visava ao recolhimento massivo das armas de fogo que já estavam em circulação no país. Após o fim da campanha, entraram em vigor as punições previstas pelo Estatuto do Desarmamento.

O objetivo do Estatuto foi regulamentar o registro, a posse, o porte e a **comercialização de armas de fogo**, bem como regulamentar toda circulação de munição no território nacional.

A partir de sua promulgação, o Brasil passou a ter critérios mais rigorosos para o controle do acesso às **armas lícitas** por parte da população civil e das agências privadas de segurança.

O Estatuto do Desarmamento estipulou os **critérios de acesso civil** às armas de fogo, por meio de um sistema intrincado e rigoroso de registro e autorização. Exceto pelos casos descritos explicitamente como permitidos por esta legislação, passando a ser proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional (Art. 6º).

Na linha de evolução histórica, o aumento da criminalidade e a punição mais branda acabou por impulsionar o Governo Federal a reprimir com mais severidade o porte ilegal de arma de fogo e editou a Lei 9.437 de 1997 que posteriormente, praticamente extinguiu o direito do cidadão brasileiro de possuir arma de fogo por meio da implementação da Lei 10.826 de 2003 (SHMOLLER, 2018).

2.A IMPLEMENTAÇÃO DE NORMAS QUE RESTRINGEM O ACESSO A ARMAS DE FOGO PREJUDICA A SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA?

As restrições as armas de fogo no Brasil representam um problema para a segurança pública brasileira, uma vez que produz uma lacuna que atualmente é preenchido pela criminalidade. O que por si só já torna o principal expoente dessa restrição, o Estatuto do Desarmamento, uma norma inapta para aquilo que originalmente foi proposta.

Isso acontece devido ao fato de que o comércio ilegal de armas é o grande responsável pelo aumento das taxas, já que, a legislação que restringe o acesso a armas de fogo, ao que tudo indica, não tem efeito práticos sobre a criminalidade, uma vez que são os ditos criminosos justamente por não serem adpetos a se submeter as leis. Portanto, foram desarmados apenas aqueles cidadãos que cumprem a lei e visam somente defender-se da criminalidade, deixando aqueles que realmente deveriam ser combatidos com ainda mais poder.

Prosseguindo vale destacar as tabelas comparativas abaixo que refletem os períodos pré-estatuto e pós-estatuto.

TABELA 1 – NÚMERO DE MORTES DERIVADAS DE ARMAS DE FOGO ENTRE 1990 E 2003

ANO	NÚMERO DE MORTES
1990	16.588
1991	15.759
1992	14.785
1993	17.002
1994	18.889
1995	22.306
1996	22.976
1997	24.445
1998	25.674
1999	26.902
2000	30.865
2001	33.401
2002	34.160
2003	36.115

FONTE: IPEA (2017)

TABELA 2 – NÚMERO DE MORTES DERIVADAS DE ARMAS DE FOGO ENTRE 2004 E 2019

ANO	NÚMERO DE MORTES
2004	34.187
2005	33.419
2006	34.921
2007	34.147
2008	35.676

2009	36.624
2010	36.792
2011	36.737
2012	40.077
2013	40.369
2014	42.755
2015	41.817
2016	44.475
2017	45.510
2018	41.179
2019	30.206

FONTE: IPEA (2020)

4- COMPREENDENDO OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS AO DECRETO Nº 96865 DE 2019

Diferentes estudos têm se enveredado para discutir a opinião pública sobre o porte e a posse de armas, mesmo porque, como visto nas pesquisas jurídicas de Quintela e Barbosa (2013), Belvedere (2017), Oliveira (2019), Furtado (2019), Reis Junior (2019) dentre outros, mesmo com incontáveis campanhas contra as armas de fogo no Brasil, o debate mostra-se cada vez mais intenso, em que se observa que pessoas, com diferentes níveis de instrução e escolaridade, apresentando pontos de vista distintos para argumentos favoráveis e contrários a posse de armas de fogo.

Em síntese os argumentos contra e a favor foram resumidos no Quadro 1 e são discutidos em sua essência, adiante:

Quadro 1 – Pontos a favor e contra ao Decreto nº 9685 de 2019

OPINIÕES FAVORÁVEIS	OPINIÕES CONTRÁRIAS
O Decreto considera o critério objetivo que identifica locais com elevada violência	Aumentar a circulação de armas de fogo, aumenta também o número de homicídios
No referendo de 2005, a maior parte da população manifestou-se	O referendo de 2005 mencionou o comércio de armas e não a posse de arma

favorável ao direito de compra da arma de fogo	
O então presidente foi eleito pela população já defendendo amplamente as transformações no Estatuto do Desarmamento	Outras pesquisas revelam que a maior parte da população é contra a posse de arma
O Decreto reduz os entraves para compra e posse de armas de fogo	O Decreto considera estudo passados para posse e porte de armas, não considerando dados recentes e realidades distintas entre unidades federativas brasileiras
Há uma ruptura do vínculo da posse de arma com a subjetividade do Delegado de Polícia Federal que autoriza a compra de arma quando o cidadão solicitava tal direito com a alegação de necessidades pessoais	Estudos evidenciam que a maior parte das armas empregadas em ocorrências criminosas foram vendidas de forma lícita a cidadãos autorizados que tiveram suas armas desviadas ou subtraído
Diante da ampliação da validade do registro de posse depara-se com a facilidade de manter os armamentos legalizados	O Decreto fere a competência prevista para o poder executivo e não trabalha o assunto no congresso e na sociedade
A arma registrada deve ficar na residência do cidadão que a registrou	O poder público se omite, deixando o cidadão com sua proteção à deriva
Nos dias atuais somente as pessoas de bem estão desarmados	Não existe especificação para a existência ou não de fiscalização para as informações declaradas para posse de armas de fogo

Os criminosos se sentirão coibidos ao invadir casas para cometer assaltos considerando que as pessoas têm direito a ter armas de fogo para se defender	Aumenta casos de homicídios, suicídios, acidentes, tragédias de lesão e mortes com armas de fogo
A arma de fogo também oferece proteção pessoal com igual poder letal ao de uma faca	Estimula a violência
Países liberam armas de fogo representam a democracia e ainda conta com baixos índices de homicídios	Compromete a imagem do país trazendo reconhecimento de país violento

Fonte: Teixeira (2016); Quintela e Barbosa (2013); Belvedere (2017); Oliveira (2019); Furtado (2019); Reis Junior (2019).

Eduardo e Gonçalves (2015) lembram que apoiadores de uma revogação ou alteração do Estatuto do Desarmamento vem atribuindo à mídia a responsabilidade de influenciar parte da população e se posiciona de forma contrária a proibição do uso de arma de fogo, de modo a induzi-los com campanhas que envolvem atores, cantores e apresentadores com elevado poder de persuasão para convencer que o Estatuto oferece proteção as pessoas e também reduz a criminalidade.

Relacionam movimentos que buscam a liberação de armas aumentaram sensivelmente e que defendem a ideia de que deveriam ter o direito de escolha sobre querer ou não possuir uma arma de fogo, seja para se defender, seja para sua integridade física e de sua família ou numa possível situação de ameaça a sua vida, evidenciado como realidade conforme aumentam os casos de homicídio no Brasil.

Araújo (2019), Dallari (2019) e Oliveira (2019) esclarecem que, sem poder contar com a proteção do Estado e também estando proibido de se armar, de modo a igualar a sua força com aquele que o ameaça, para que possa se defender em iguais condições, o cidadão de bem passa a ser vítima de criminosos e acaba por optar por outros aparatos de segurança, dentre eles, muros mais esguios e elevados, sistemas de vigilância e segurança particular de modo que a sua residência passa a se assemelhar a uma prisão. Isto sem esquecer também das mudanças comportamentais, uma vez que este cidadão acaba por

deixar de frequentar um lugar com receio de se tornar vítima de crimes muitas vezes abdicando do direito de dirigir em detrimento aos riscos oferecidos pela criminalidade.

No entanto, aqueles que defendem o Estatuto do Desarmamento, bem como a proibição do uso das armas de fogo no Brasil, entende que a legislação foi uma grande evolução no tocante ao tema, reduzindo sobremaneira os homicídios, mesmo não considerando a redução em números absolutos, uma vez que os índices de violência continuaram a crescer depois da vigência da Lei 10826/2003, considerando uma redução exponencial do crescimento da violência e alegando que, se não houvesse a citada Lei, as estatísticas seriam ainda mais altas.

Partindo-se da premissa de que o ser humano tem direito a vida, o que significa que ele tem o direito de não ter a sua integridade física ameaçada ou violada, não resta dúvida que o crime, a crueldade e a maldade é uma realidade, e negar ao cidadão a posse de meios para que ele ao menos consiga se defender, pode ser entendido como violação ao direito a ela inserida, fazendo menção aos estudos do jurista britânico William Blackstone ao dizer que "o principal objetivo da sociedade é proteger os indivíduos no usufruto de seus direitos absolutos, que lhes foram investidos pelas leis imutáveis da natureza."

Entendendo estas possibilidades, Oliveira (2019) e Furtado (2019) reforçam que as duas posições destacam que o fato dos bandidos saberem que é possível encontrar resistência pode deste modo desestimular ou coibir os crimes, devendo ainda ser mencionado que, mesmo que os bandidos não tenham apenas a resistência armada de sua vítima, o fato de vizinhos ou qualquer outra pessoa portar uma arma de fogo, poderia interceder para defender a vítima.

5- FLEXIBILIZAÇÃO DA POSSE DE ARMA DE FOGO

Após o Decreto 9.865 de 2019 a posse de arma no Brasil ficou mais branda. Para conseguir o direito de possuir uma arma de fogo, o cidadão precisa informar que mora em um Estado considerado violento.

Ainda, o texto normativo também abrange o prazo de validade do registro de armas, 10 anos, abrangendo civis e militares, sendo possível também, que proprietários de estabelecimentos comerciais, colecionadores, atiradores e caçadores com registro no exército adquiriram as armas.

Nos casos de residências em que existam crianças, adolescentes e pessoas com deficiências mentais, o indivíduo precisa acrescentar na lista de exigências uma comprovação de que exista em seu poder, um cofre em local seguro com tranca para armazenamento. Cada pessoa que preencher os requisitos, pode comprar até 4 armas de fogo, sendo que o número pode ser ampliado, caso seja necessário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que determinadas providências precisam ser tomadas pelo Estado, porém, a questão da liberação do uso da arma de fogo fosse, talvez, o primeiro passo para reduzir uma criminalidade vertiginosa. Melhor ainda se ela for associada a outras ações que podem acompanhar o processo, tais como a melhoria da educação e outros conjuntos de leis que possam aumentar a sensação de que o crime será punido, bem como aqueles que utilizarem o acesso e o porte de arma como elemento criminoso, fazendo crer que o Estado terá uma atuação mais eficiente na sua função punitiva.

Dessa maneira, o estatuto se mostra ineficaz, vez que acaba desarmando àqueles que seguem suas normas, e tornando mais fácil aos criminosos a prática de delitos. Tendo em vista que os bandidos acabam por possuir mais oportunidades de ferir cidadãos desarmados e, conseqüentemente, impossibilitado de se defender do que um que possui uma arma em mãos.

Em suma, o direito de portar armas pode ser considerado o direito mais básico, pois é um instrumento de defesa da vida. Este direito permite que os indivíduos se oponham a regimes totalitários. Além disso, considerando a situação de segurança pública do Brasil, onde o governo não está sendo capaz minimamente de proteger a população, o direito efetivo dos brasileiros de possuir armas acaba sendo ainda mais importante.

Por isso, que a posse e o porte de armas acabam sendo essenciais para proteger a segurança pessoal e familiar do povo, conter o crime organizado e até mesmo manter a soberania nacional. Um governo monopolizado pela força concentrada representa risco ao Estado Democrático de Direito, porém, por outro lado, uma população armada é capaz de sustentá-lo, evidenciando que não houve melhoria ou diminuição no número de mortes em decorrência do uso de armas de fogo no Brasil, mesmo após a entrada em vigor da Lei 10.826/2003.

REFERÊNCIAS

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov.2022.

MÁRCIO SILVA DE ARAÚJO ESTATUTO DO DESARMAMENTO E SUA INEFICÁCIA. [s.l: s.n.]. Disponível em:

<<http://104.207.146.252:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/237/pronto>

[%20para%20impress%c3%a3o%20MARCIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://104.207.146.252:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/237/pronto%20para%20impress%c3%a3o%20MARCIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

. Acesso em: 15 nov. 2022.

MENDES, D.; FREITAS, D. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO ARTIGO CIENTÍFICO ESTATUTO DO DESARMAMENTO - POLÊMICAS A RESPEITO DE SUA EFICÁCIA FRENTE AOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE. [s.l: s.n.]. Disponível em:

<<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4067/1/DI%c3%8aGO%20-%20TCC%20atualizado%2021.06.2022%20%281%29.pdf>>.

Acesso em: 15 nov. 2022.

ALEIXO, Márcio Santos; BEHR, Guilherme Antônio. Desarmamento no Brasil: Lei 9.437/97 x Lei 10.826/032015. Revista Brasileira Criminalista Disponível em:http://rbc.org.br/ojs/index.php/rbc/article/view/78/pdf_14.

BRASIL, Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/decreto/D9847.htm#:~:text=

MACEDO, Aline. EM 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/emdestaque/em-200563-dos-brasileiros-votam-emreferendo-favor-do-comercio-dearmas-17786376>.

HORNBERGER, Jacob. O direito de portar armas é um direito humano essencial. 2011. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=954>.

PINHEIRO, Paulo. Estatuto do desarmamento: Flexibilidade da liberdade de autodefesa. 2016.

O CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL DURANTE O COVID-19

JOSE CARLOS DA SILVA JUNIOR:

graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

RAFAEL FEDICHIMA HIROSE

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apresentar a realidade das mulheres em situações de violências domésticas, que podem se manifestar sob diferentes formas e diversas circunstâncias, bem como trazer a importância das estratégias de prevenção para coibir o crime de violência doméstica contra mulheres. Será possível compreender a importância das políticas públicas para possibilitar dar maior eficiência à Lei 11.340/2006, pois a própria legislação frisa a necessidade de um trabalho em conjunto no âmbito Estadual, Municipal e Federal. A Lei 11.340/2006 trouxe um avanço à sociedade, não só por ter criado mecanismos para combater a violência, mas por todo o seu processo de elaboração. O acontecimento se expressa, sobretudo, através de violência sexual, física e psicológica, todavia não se inscreve somente no corpo, pois nem sempre deixa marcas visíveis, repercutindo na vida social da mulher. Cumpre ressaltar que a violência contra mulher não distingue classe social, racial, etnia, religião, orientação sexual, escolaridade ou idade, todos os dias a sociedade é surpreendida com uma nova notícia de morte por situações abordadas neste contexto. Por fim, será exposto o aumento significativo da violência doméstica no atual cenário da pandemia do SARS-COV-2-COVID19 no território brasileiro, mesmo que atemporal, é notório que após a pandemia, a situação se agravou e com isso, o número de mortes por feminicídio no Brasil teve um extravagante aumento. Nesta toada, é necessária a averiguação da necessidade de uma intervenção maior do Estado para socorrer essas mulheres que se sentem coagidas a denunciar. A análise da revisão bibliográfica foi realizada através de doutrinas, artigos e legislação vigente.

Palavras chave: Mulher. Violência. Lei Maria da Penha. Covid-19. Pandemia. Feminicídio.

ABSTRACT: The scope of this work is to present the reality of women in situations of domestic violence, which can manifest in different ways and different circumstances, as well as to bring out the importance of prevention strategies to curb the crime of domestic violence against women. It will be possible to understand the importance of public policies to make it possible to give greater efficiency to Law 11.340/2006, as the legislation itself emphasizes the need for joint work at the State, Municipal and Federal levels. Law 11.340/2006 brought progress to society, not only for having created mechanisms to combat violence, but for its entire elaboration process. The event is expressed, above all,

through sexual, physical and psychological violence, but it is not only inscribed in the body, as it does not always leave visible marks, with repercussions on the woman's social life. It should be noted that violence against women does not distinguish social class, race, ethnicity, religion, sexual orientation, education or age, every day society is surprised with new news of death due to situations addressed in this context. Finally, the significant increase in domestic violence will be exposed in the current scenario of the SARS-COV-2-COVID19 pandemic in the Brazilian territory, even if timeless, it is clear that after the pandemic, the situation worsened and with that, the number of deaths by femicide in Brazil has had an extravagant increase. In this vein, it is necessary to investigate the need for greater intervention by the State to help these women who feel coerced to denounce. The analysis of the bibliographic review was carried out through doctrines, articles and current legislation.

Keywords: Woman. Violence. Maria da Penha Law. Covid-19. Pandemic. Femicide.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo sobrevém da necessidade de apresentar a realidade das mulheres em situações de violências domésticas, que pode se manifestar sob diferentes formas e inúmeras circunstâncias. O acontecimento se expressa através de violência sexual, física e psicológica, contudo as marcas das agressões não ficam somente no corpo, pois nem sempre são visíveis, o que repercute em sua vida social.

A pandemia do SARS-COV-19 desencadeou vários problemas na população, dentre eles, a agravante na violência contra as mulheres. Isso aconteceu, porque as medidas adotadas pelos Governantes, que foi o isolamento com a justificativa de conter a disseminação do novo vírus, tornou o lar, o maior inimigo das vítimas, tendo em vista o contato contínuo e rotineiro com seus os seus próprios agressores.

É cediço que a violência no Brasil não é uma questão contemporânea e através desse estudo foi possível compreender a necessidade de buscar inovações a todo instante para garantir a efetividade da Lei Maria da Penha.

Existem inúmeras situações de violência das quais as mulheres são vítimas diariamente, outrossim, a que mais se destaca é a violência doméstica, se referindo a todas as formas de agressões e os comportamentos dominantes praticados no âmbito familiar. A violência contra a mulher tem sido estimada pela Organização Mundial da Saúde como responsável por 5 a 20% dos anos de vida saudáveis perdidos em mulheres de 15 a 44 anos (OMS, 2006).

De acordo com Adeodato *et al.* (2005), no mundo, a violência doméstica é responsável por um em cada cinco dias de absenteísmo no trabalho. Resultados de

pesquisas realizadas em serviços de saúde revelam aumentos significantes de violência contra mulher, tendo como autoras os próprios parceiros, por ano, oscilando entre 4 e 23% e aumentando para valores de 33 a 39%, quando considerada no período total de vida dessas mulheres. (Krug et al., 2003).

A este respeito, Shraiber LB, D'Oliveira AFPL França Junior I, Pinho AA, em seu livro "A Violência Contra Mulher" aponta que em um estudo realizado em uma unidade de atenção primária à saúde 44,4% das mulheres relataram pelo menos um episódio de violência física na vida adulta, sendo que em 34,1% o ato de violência partiu de companheiros ou familiares. Já os episódios de violência sexual, 11,5% das mulheres relataram um caso na vida adulta e em 7,1% desses casos, os autores eram companheiros ou familiares. Ao final o autor expõe que a violência física e sexual teve alta magnitude, sendo que os companheiros e familiares foram os principais perpetradores, e os casos são, em sua maioria, severos e repetitivos.

Em suma, a identificação de mulheres em situações de violência ou grave ameaça são de extrema importância para que as autoridades consigam intervir e sanar a problemática. Sendo assim, os serviços de saúde, por terem, em tese, uma cobertura e contato com as mulheres, são os principais canais para esta descoberta, podendo então, reconhecer e acolher o caso antes de incidentes mais graves.

Salienta-se que a violência doméstica, embora presente na maioria das sociedades, continua sendo um fenômeno invisível, visto muitas vezes, como algo "normal" e até mesmo, uma situação esperada ou de costume, principalmente por acontecer entre casais.

Destarte, entende-se que o referido estudo possui uma grande relevância social, acadêmica e jurídica, por evidenciar um tema atual e com um recorte temporal bem delimitado, sendo um assunto de extrema importância e até mesmo, polêmico tanto no campo jurídico, quanto na sociedade brasileira.

Assim sendo, a problemática que perfaz este estudo é a seguinte: **após a as medidas de restrição imposta por órgãos públicos frente a pandemia houve diminuição dos casos de violência doméstica?**

Considerando a problemática apresentada, o estudo tem como principal objetivo pesquisar o agravante aumento do crime de violência doméstica no período de pandemia do Covid-19 e as medidas propostas para o combate a violência contra mulher.

2.VISÃO HISTÓRICA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

A violência que faz a mulher refém no ambiente doméstico é atemporal, não exigindo classe social, cultural, racial, tampouco uma localidade.

Durante os séculos V e IV a.C, a sociedade era marcada pela desigualdade, sendo regida a autoridade "*pater família*", obedecendo a legislação portuguesa, na qual o homem tinha total poder sobre sua mulher e filhos. Tendo em vista a lei ser soberana, o patriarca tinha autoridade sobre a vida e morte daqueles que estavam sob seu domínio. Em casos de adultério era permitido que o conjuge ceifasse a vida de sua esposa, (DIAS, 2007, p. 21).

Em seguida, no ano de 1830, o primeiro Código Penal Brasileiro, suprimiu a permissão masculina de atentar contra a vida se seu conjuge, mas, a época, a mudança repentina não foi tão aceita, tendo em vista o longo costume já existente, pois ainda se acreditava que a infidelidade feminina feria os direitos de seu cônjuge, na qual sua honra manchada só se lavava com o sangue da adúltera (CUNHA, 2007, p. 82).

Vale enfatizar que os movimentos feministas tiveram grande peso nas campanhas contra a violência doméstica. Inclusive, nos anos 70, surgiu um grupo, o SOS Mulher, que registrou mais de 700 crimes de homens contra mulheres cometidos por motivo fútil, como o ciúmes. Após os dados coletados e o crime ocorrido em 1976, que abalou o país, o caso Ângela Diniz morta por seu companheiro, houve uma comoção nacional.

Em face da mobilização da ala feminista e da sociedade fez com que o agressor fosse condenado, se tornando um marco histórico da luta das mulheres, demonstrando que elas não mais estavam dispostas a aceitar passivas os desmandos de uma sociedade patriarcal, em que o homem se passava por dono de sua vida e dela pudesse se dispor (DIAS, 2007, p. 21).

Aos poucos, as mulheres foram ganhando espaço e visibilidade, quando, em 1988, a Constituição Federal igualou os direitos entre homens e mulheres retirando do nosso ordenamento os inúmeros dispositivos que tratavam de forma discriminatória a figura da mulher, outorgando responsabilidade ao Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (CF, art. 226, § 8º).

Com a falta de uma lei específica para punir os agressores e proteger as vítimas, até o ano de 1983 era utilizada a lei nº 9.099/95, que processava os crimes de menor potencial ofensivo, todavia, a pena era branda, caracterizada pelo pagamento de cesta básica ou serviços comunitários.

No mesmo ano de 1983, aconteceu o crime que não chocou apenas o país, mas também o mundo todo, a violência cometida contra uma mulher de nome Maria da Penha, situação esta, que deixou-a paraplégica após ter sido vítima de seu marido. Com a sua luta

e apoio de organizações de defesa dos Direitos Humanos, fez com que, não só, ocasionasse a condenação do agressor, mas também a mudança a legislação do país. (CUNHA, 2007, p.82).

Após esse triste marco histórico, surgiu a Lei 11.340/06, norma específica que passou abordar o tema da violência doméstica contra a mulher, em que a edição desse diploma legal se reveste de grande importância por tratar de tal crime sob vários aspectos: punitivos, preventivos, protetivos e que pauta pela integração e esforço em conjunto do Poder Público.

Não obstante, há de se enfatizar que a criação e aprovação deste texto normativo proveio de uma árdua batalha, sendo o sistema penal brasileiro á época negligente ao tema, apesar do Brasil ter assinado tratados de proteção contra a violência da mulher.

3. APÓS A AS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO IMPOSTA POR ORGÃOS PÚBLICOS FRENTE A PANDEMIA HOUE DIMINUIÇÃO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?

Antes da edição da Lei 11.340/2006, o crime de violência era clandestino e, por falta de legislação específica para esse tipo de delito, os agressores se comportavam de maneira irresponsável sem que fossem penalizados por tal ação, tendo em vista que não havia amparo severo para que fossem punidos por certos atos, de modo que a aprovação trouxe aspectos essenciais para proteger as vitimas contra abusos. (AMARA, 2011, p.639).

Assim após a vigência da citada norma, a violência contra a mulher deixa de ser tratada como um crime de menor potencial ofensivo, passa a abranger e a caracterizar outros tipos de violência: a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral. Portanto, a Lei Maria da Penha significa o reconhecimento da violência contra as mulheres como violação dos direitos humanos (MARTINS, CERQUEIRA E MATOS, 2015).

Para Martins, Cerqueira e Matos (2015), entretanto, mesmo após quatorze anos desde a criação da Lei n. 11.340/2006, as estatísticas sobre violência contra mulher demonstram que a vulnerabilidade delas ainda persiste em nossa sociedade.

4. A PANDEMIA DO COVID-19 E SUA RELAÇÃO COM A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O Coronavírus- Covid-19 faz parte de um grupo vírus que ficou conhecido por esse nome pelo fato de ter um aspecto semelhante a uma coroa, que, na origem latina, significa coroa. De acordo com os site do Butantan, o vírus surgiu na China, no final de dezembro de 2019, em uma cidade chamada Wuhan, em um mercado que vendia pescados e animais selvagens. Em fevereiro de 2020, o Brasil registrou o primeiro caso de Coronavírus, uma

doença, então, invisível e perigosa que ataca pelas vias respiratórias e vem causando uma grande devastação de infectados e mortes no mundo inteiro.

Em 2020, com o início da pandemia de Covid-19, houve a necessidade do isolamento social, que foi visto como o mecanismo mais eficaz para combater a propagação da doença, entretanto, essa medida acabou aumentando os conflitos familiares e, de modo geral, o aumento do confinamento domiciliar agravou a situação da mulher vítima de violência, já que passou a conviver por mais tempo com seu agressor no lar, dificultando as denúncias.(ABUDE, 2021).

Durante o isolamento, as mulheres ficaram sob uma vigia maior, muitas vezes impedidas de conversar com familiares e amigos, o que ampliou a margem de ação para a manipulação psicológica de seus companheiros. O controle das finanças domésticas também se tornou mais acirrado, com a presença mais próxima do homem em um ambiente que é mais comumente dominado pela mulher.

A perspectiva da perda de poder masculino feriu diretamente a figura do homem provedor, servindo de gatilho para comportamentos violentos, visto que em isolamento, muitos perderam seus empregos.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) relatou que o grupo mais afetado de denúncias devido ao isolamento se concentra em mulheres, somando mais de 105 mil casos de violência doméstica no ano de 2020.

De acordo com o Ministério de Segurança Pública, órgão responsável por sistematizar a operação de combate à violência contra a mulher no Brasil, apontou que entre presos em flagrante e mandados de prisão expedidos pela Justiça foram mais de 9,1 pessoas, foi fixadas cerca de 56 mil medidas protetivas e 168 mil vítimas receberam a assistência, além de 1.226 armas apreendidas e 70 mil visitas realizadas pela Polícia Civil e todas as denúncias foram realizadas pelo disque 180. (BRASIL, 2021).

Os serviços de saúde e policiais são geralmente os primeiros pontos de contato das vítimas de violência doméstica com a rede de apoio. Durante a pandemia, a redução na oferta de serviços é acompanhada pelo decréscimo na procura, pois as vítimas podem não buscar os serviços em função do medo do contágio.

Com isso, verifica-se que os casos diminuíram com a criação de leis e sanções, entretanto, se intensificaram durante o período de isolamento, já que o contato entre a vítima e o agressor era maior e as formas de combater as violências se tornaram escassas.

5.A INCLUSÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO CÓDIGO PENAL

Nos dias atuais, são reconhecidos cinco tipos de violência doméstica. Ao mencionar este assunto, sendo a primeira, ou a única, que nos remete, é a agressão física. Contudo, existem outras formas que também configuram violência e que constam em nosso ordenamento jurídico. (ALBUQUERQUE, 2019).

A Lei nº 14.188, de 29 de julho de 2021, incluiu no Código Penal o crime de violência psicológica contra mulher, trata-se do novo artigo 147-B. Tal modalidade de violência já era prevista na Lei Maria da Penha (LMP), mas ainda não havia sido detalhadamente tipificada.

É importante frisar também que das modalidades de violências previstas na Lei Maria da Penha contra a população feminina, não era descrito com clareza a modalidade violência psicológica.

As Varas de Violência Doméstica (VD) muitas vezes tentavam aplicar essa modalidade de “ataques psicológicos” nos casos das desavenças entre casais, mas nem sempre logravam êxito, por falta de um tipo penal que detalhasse com segurança a conduta do acusado. Assim, extremamente importante a providência de, finalmente, definir o crime, sem mais delongas.

A nova norma teve origem no Projeto de Lei nº 741/2021, sugerido pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e apresentado pela Deputada Margarete Coelho (PP-PI). No Senado, a relatora da matéria foi a Senadora Rose de Freitas (MDB-ES).

Além da tipificação detalhada da conduta, o texto também prevê o programa “Sinal Vermelho”, que consiste em um “X” pintado em vermelho na palma da mão da mulher ameaçada. Esse sinal é uma denúncia de que aquela pessoa está em perigo e precisa de socorro urgente.

A referida violência psicológica consiste em ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz e insultos. No entanto, na LMP, já havia previsão de cinco formas de violência contra a mulher, a saber: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

Sendo assim, abaixo ficará especificado o que de fato é, cada violência acima subscrita:

Violência Física: é qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Inclui uso da força, desde socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de

objetos, queimaduras até condutas caracterizadoras de crimes como o homicídio, aborto, lesão corporal, deixando ou não marcas aparentes (FARAH, 2004, p. 140).

Violência Psicológica: a violência psicológica pode ser entendida como qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação". Tão ou mais grave que a violência física, a psicológica se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima para se valer de um prazer em ver a mulher amedrontada, inferiorizada e diminuída (DIAS, 2007, p. 26). Camargo (2000, p. 36) afirma que: Um tipo comum de Agressão Emocional é a que se dá sob a autoria dos comportamentos histéricos cujo objetivo é mobilizar emocionalmente o outro para satisfazer a necessidade de atenção, carinho e de importância. A intenção do(a) agressor(a) histérico(a) é mobilizar outros membros da família, tendo como cuidado, compreensão e tolerância.

Violência Psicológica e Sexual: A violência psicológica e sexual pode ser entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (DIAS, 2007, p. 17).

Violência Patrimonial: no que tange à violência patrimonial, esta pode ser qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. Podem ser aqui enquadrados casos em que a mulher, por medo, coagida ou induzida a erro, transfere bens ao agressor. O exemplo do ocorrido com a própria Maria da Penha, foi caracterizado a premeditação do ato, pelo fato do seu agressor, dias antes da primeira tentativa de assassinato ter tentado convencê-la a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Sem falar, que, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade, a pedido do marido (CUNHA, 2007, p. 87).

Violência Moral: a violência moral, pode ser entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Ou seja, são as hipóteses de crimes contra a honra tipificada no Código Penal: calúnia (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso), difamação (imputar à vítima a prática de determinado fato desonroso) ou injúria (atribuir à vítima qualidades negativas). A Lei Maria da Penha veio

inovar quando enquadrado no rol das violências contra a mulher a violência moral e patrimonial. Nada mais justo da peculiaridade em que se encontra essa relação no que diz respeito à dependência financeira e econômica, além dos comuns insultos e maus tratos verbais a que é submetida à vítima, de forma íntima ou até, muitas vezes, pública.

Quanto melhor esclarecidas ficarem essas modalidades, mais eficaz será a atuação da Justiça e do Ministério Público na proteção aos direitos da mulher vítima.

São sete os verbos constantes do tipo penal, agora em vigor: 1- *ameaçar*, que consiste na promessa de causar mal injusto e grave; 2- *constranger*, que significa tentar impedir de realizar algo que a lei não proíbe; 3- *humilhar*, que significa depreciar, rebaixar; 4- *isolar*, que consiste em deixar a pessoa só, sem parentes ou amigas, sem apoio; 5- *manipular*, que é interferir na vontade de outrem, obrigando-a a fazer o que não gostaria; 6- *chantagear*, que consiste em proferir ameaças perturbadoras; 7- *ridicularizar*, que significa submeter à zombaria; e 8- *limitar o direito de ir e vir*, que significa impedir a livre locomoção ou encarcerar.

6. CONCLUSÕES

Inicialmente este artigo procurou abordar sobre a violência doméstica contra a mulher, partindo da premissa da participação dos movimentos feministas e das ações sociais sob diversos contextos da trajetória histórica na esfera nacional e internacional.

Através desse estudo, foi possível compreender a importância das políticas públicas para eficiência da Lei 11.340/2006 pois a própria legislação frisa a necessidade de um trabalho em conjunto no âmbito Estadual, Municipal e Federal.

Contudo essa nova medida, tornou-se um obstáculo para as mulheres que são vítimas de violência doméstica, por estarem de maneira contínua com os próprios agressores, diante desse contexto, verificamos a necessidade de inovar e buscar sempre o avanço para garantir a segurança da mulher sob qualquer perspectiva em qualquer situação.

O problema da violência não é uma questão atual, ocorre que devido a pandemia, foi possível notar que houve um aumento significativo no número de casos de agressão contra a mulher, em tempos de pandemia as dificuldades vivenciadas pelas vítimas vão além do medo do adoecimento, com o isolamento há possibilidade de aumento dos conflitos no lar, e esse fator agrava a violência.

O enfrentamento à violência contra a mulher no contexto da pandemia não pode se restringir ao acolhimento das denúncias. Esforços devem ser direcionados para o

aumento das equipes nas linhas diretas de prevenção e resposta à violência, bem como para a ampla divulgação dos serviços disponíveis, a capacitação dos trabalhadores da saúde para identificar situações de risco, de modo a não reafirmar orientação para o isolamento doméstico nessas situações, e a expansão e o fortalecimento das redes de apoio, incluindo a garantia do funcionamento e ampliação do número de vagas nos abrigos para mulheres sobreviventes.

Outrossim, evidenciamos a importância das políticas públicas no contexto da violência doméstica, e demais projetos que foram criados através das necessidades observadas de contribuir para a prevenção dos crimes, e oferecer o suporte adequados às mulheres prestando-lhe a devida acolhida. Por fim, diante de todo o exposto, podemos concluir que, para garantir a eficácia da Lei Maria da Penha, necessita-se de manutenção nas ações preventivas, de aumentar os investimentos em equipamentos de trabalho em rede, de manter a acessibilidade de informações através dos métodos tecnológicos e os meios de comunicação e garantir a manutenção dos direitos e garantias já existentes, ou seja, investir cada vez mais nas políticas públicas para gerar conscientização na sociedade e garantir a igualdade entre todos.

Com todas essas providências, se estivéssemos em outro país que não no Brasil, poderíamos até acreditar que tudo ou quase tudo estaria solucionado, mas sabemos que não será assim. Estamos, apenas, no início da luta, muito ainda falta realizar.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. FARAH, M. Gênero e políticas Públicas. RevEstudFem, Janeiro, 2004.

SOARES, Bárbara Masumeci. **Mulheres Invisíveis** – violência conjugal e novas políticas de segurança. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

<https://www.scielo.br/j/reeusp/a/5P6h8H7hJFz9nYhw6fFz6wh/?lang=pt>

<https://www.scielo.br/j/rsp/a/dfSmBBrVThftsH6xLY573v/abstract/?lang=pt>

<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/pandemia-dificulta-denuncia-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-em-sp>

<https://oglobo.globo.com/celina/constrangimento-medo-coacao-que-dizem-mulheres-que-denunciaram-violencia-domestica-na-pandemia-24907716>

"Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?". Rev. Bras. Epidemiol. vol. 23. Rio de Janeiro: Epub, 2020.

<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2022/02/4983030-violencia-contr-a-mulher-fez-mais-de-16-mil-vitimas-em-2021.html>

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-teve-uma-ligacao-de-denuncia-de-violencia-domestica-a-cada-minuto-em-2020/>

<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/05/central-de-atendimento-a-mulher-registrou-1-3-milhao-de-chamadas-em-2019>

<https://spbancarios.com.br/09/2019/em-2018-foram-registrados-1206-feminicidios-no-brasil>

jusbrasil.com.br/

FEMINICÍDIO E A INEFETIVIDADE DO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

ELIANE DA SILVA LOPES:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário UNA Betim.⁷⁴

SABRINA MARA OLIVEIRA DA SILVA

(coautora)

RESUMO: Uma das questões sociais que mais causam preocupações a sociedade e no que tange a família é a violência doméstica e o crime de feminicídio, ou seja, crimes que possuem como vítima a mulher dentro do ambiente familiar, e tendo como agressor o marido ou companheiro. Embora a legislação tenha sido um avanço real para tentar prevenir e combater a violência doméstica contra a mulher, não demonstra ser totalmente eficiente, considerando os inúmeros casos ainda existentes. Destarte, o problema que se apresenta é analisar as formas de proteção voltadas as mulheres em relação ao enfrentamento do feminicídio e ao combate à violência doméstica. O objetivo principal é expor as medidas positivas adotadas pelo Poder Público e judiciário para minimizar ou reduzir a violência doméstica e crimes de feminicídio no Brasil. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica considerando as contribuições de autores como Dias (2008), Cunha (2007) e Sanches (2015), entre outros, procurando enfatizar sobre o feminicídio e a inefetividade quanto ao combate à violência. Concluiu-se pela ineficiência do Estado em relação a violência doméstica, pois, a criação de leis nada adianta se ainda não existir uma estrutura para abarcar a verdadeira proteção em favor da mulher.

Palavras-chave: Feminicídio. Lei nº. 11.340/06. Mulher. Violência doméstica.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar o problema social e familiar que envolve o tema feminicídio, no que tange a seu aspecto preventivo e a análise da inefetividade ao combate à violência doméstica. Tem como pressuposto constatar os inúmeros casos que envolve a violência feminina no Brasil e as formas que o Poder Público e judiciário enfrentam o problema.

Torna-se importante destacar que a principal legislação que contempla a proteção a mulher é a Lei nº. 11.340/06, denominada de Lei Maria da Penha. Respectiva legislação foi criada em decorrência da recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

⁷⁴E-mail: my_nany@hotmail.com

que recebeu denúncia da vítima Maria da Penha, sendo que, na ocasião, o Estado brasileiro não adotou medidas para prevenir, julgar e punir potencialmente o agressor da violência doméstica.

A Lei nº. 11.340/06 trata-se de uma legislação criada visando à proteção das mulheres que sofrem violência física ou psicológica por homens no âmbito familiar. Portanto, trata-se de uma legislação especial, no que deve ser aplicada para este tipo de agressão.

E apesar de existir legislação para proteção da mulher, ainda é ineficiente os recursos de prevenção, no que emerge para o objetivo a ser analisado neste artigo: quais são as regras de proteção voltadas as mulheres em relação ao enfrentamento do feminicídio e ao combate à violência doméstica. Ao final, será visto que ainda falta muito a se fazer, devendo existir uma prioridade maior em relação a violência contra a mulher.

Também com o enfoque geral deste artigo, terá por objetivo analisar os aspectos jurídicos e sociológicos que apresenta a violência contra a mulher, principalmente no sentido de como prevenir e como buscar ajuda quando a violência já foi praticada.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa teórica, abordando conceitos desenvolvidos por teóricos e discussões gerais acerca do tema proposto, realizada a partir da análise de julgamentos judiciais.

DESENVOLVIMENTO

Quando se fala em violência doméstica, quer dizer que existem conflitos das mais diversas formas. Não significa apenas a prática de crimes, mas também, as práticas de assédios e ofensas morais.

No âmbito do Direito de Família, a violência ocorre no seio familiar, podendo existir das mais variadas formas possíveis. Dentre elas podem ser: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

Estes tipos de violência foram extraídos do artigo 7º, da Lei nº. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Com efeito, os tipos de violência existem, sendo que no âmbito do Direito de Família estão previstas na Lei Maria da Penha e que tem por objetivo criar mecanismos para coibir a violência domiciliar e familiar contra a mulher.

Sublinhe-se, neste passo, que a Lei Maria da Penha foi criada no ano de 2006 em razão da condenação do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A condenação foi respaldada pelo motivo da inércia do país em punir o caso de violência

doméstica que teve como vítima a pessoa de Maria da Penha Maia Fernandes. Por oportuno, transcreve-se a síntese seguir:

Maria da Penha é biofarmacêutica cearense, e foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros. Em 1983 ela sofreu a primeira tentativa de assassinato, quando levou um tiro nas costas enquanto dormia. Viveros foi encontrado na cozinha, gritando por socorro, alegando que tinham sido atacados por assaltantes. Desta primeira tentativa, Maria da Penha saiu paraplégica. A segunda tentativa de homicídio aconteceu meses depois, quando Viveros empurrou Maria da Penha da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro. Apesar da investigação ter começado em junho do mesmo ano, a denúncia só foi apresentada ao Ministério Público Estadual em setembro do ano seguinte e o primeiro julgamento só aconteceu 8 anos após os crimes. Em 1991, os advogados de Viveros conseguiram anular o julgamento. Já em 1996, Viveros foi julgado culpado e condenado há dez anos de reclusão mas conseguiu recorrer. Mesmo após 15 anos de luta e pressões internacionais, a justiça brasileira ainda não havia dado decisão ao caso, nem justificativa para a demora. Com a ajuda de ONGs, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Viveiro só foi preso em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão. (OBSERVATÓRIO *apud* MENDES, 2017).

Não obstante, a violência doméstica vem se mostrando um fator presente desde períodos remotos. Na história da humanidade, são recentes as lutas travadas pelos movimentos sociais em busca do respeito e contra a violência que massacra a mulher. (GARCIA, 2011).

Trata-se da vulnerabilidade da mulher, pois ela se torna hipossuficiente diante da força brutal do homem e que acaba por causar inúmeros tipos de violência no âmbito familiar. Sobre esta vulnerabilidade, Lucilene Garcia (2011) aponta: "Desde os tempos bíblicos que a mulher tem passado por gravíssimas violações em seus direitos mais elementares, como direito à vida, à liberdade e a disposição de seu corpo".

Maria Amélia de Almeida Teles e Mônica de Melo (*apud* GARCIA, 2011) apresentam outros exemplos a respeito do assunto:

[...] são inúmeros os exemplos da prática de atos de submissão e hostilidade sexuais que, frequentemente, foram levados aos extremos: venda e troca de mulheres, como se fossem mercadorias, mulheres escravizadas, violadas, vendidas à prostituição, assassinadas por ocasião de morte de seus senhores e maridos, ou ainda a mutilação genital feminina (amputação do clitóris)

Nas civilizações antigas também era comum a violência contra a mulher. Ilustrando o tema, Sandra Pereira Aparecida Dias (2010) discorre sobre a civilização Grega, na Idade Média e Idade Moderna:

Nas civilizações Gregas, a mulher era vista como uma criatura subumana, inferior ao homem. Era menosprezada moral e socialmente, e não tinha direito algum. Na Alexandria romanizada no séc. I d.C, Filón, filósofo helenista lançou as raízes ideológicas para a subordinação das mulheres no mundo ocidental. Ele uniu a filosofia de Platão, que apontava a mulher como tendo alma inferior e menos racionalidade, ao dogma teológico hebraico, que mostra a mulher como insensata e causadora de todo o mal, além de ter sido criada a partir do homem. Na Idade Média a mulher desempenhava o papel de mãe e esposa. Sua função precípua era de obedecer ao marido e gerar filhos. Nada lhe era permitido. Na Idade Moderna, ao lado da queima de sutiãs em praças públicas, simbolizando a tão sonhada liberdade feminina, vimos também as esposas serem queimadas nas piras funerárias juntas aos corpos dos maridos falecidos ou incentivadas, para salvar a honra da família, a cometerem suicídio, se houvessem sido vítimas de violência sexual, mesmo se a mesma tivesse sido impetrada por um membro da família, um pai ou irmão, que nem sequer era questionado sobre o ato.

Nesta perspectiva, a sociedade embora tenha evoluído no contexto familiar, sempre teve a visão de inferioridade em relação à mulher. Inclusive, no ordenamento jurídico brasileiro, a mulher, por muitas décadas, nunca teve qualquer proteção, e tanto é verdade que o homem no casamento era considerado o chefe da família, enquanto a mulher ficava em casa para cuidar da casa e dos filhos. (COMEL, 2007).

Com a mudança de pensamento acerca do seu valor na sociedade, a mulher foi criando sua independência financeira e muitos maridos e companheiros se incomodaram, acreditando que aquilo seria uma afronta aos costumes arraigados na sociedade. Por esta razão às agressões físicas, morais e patrimoniais começaram a ser exacerbadas. (DIAS, 2007).

Veja-se, por sua vez, alguns dados apontados por Maria Berenice Dias (2007, p. 21):

Nos anos 70, os movimentos feministas tinham uma força muito grande e eram muito atuantes, e um deles na época, o SOS Mulher catalogou 722 crimes impunes de homens contra mulheres cometidos

por ciúmes. Diante dos dados coletados e do crime ocorrido em 1976, que abalou a sociedade brasileira, o caso Ângela Diniz que foi morta pelo seu companheiro com quatro tiros, houve uma comoção nacional. Como resultado, a mobilização da ala feminista e da sociedade, o agressor foi condenado e se tornou um marco na história da luta das mulheres, demonstrando que elas não estavam mais dispostas a aceitar passivos os desmandos de uma sociedade patriarcal, em que o homem é dono de sua vida e dela pode dispor.

Assim, a história demonstra que a violência contra a mulher sempre ocorreu, sendo que muitas destas violências ficam acobertadas pelo segredo familiar, diante do medo de não denunciar. (DIAS, 2007). E para amparar e proteger a mulher, foi criada uma importante lei, a Lei Maria da Penha.

Em seu texto, a lei não contempla apenas os casos de agressão física, mas também situações de violência psicológica, destruição de objetos e documentos, difamação e calúnia. É o que dispõe o artigo 5º, *caput*, da legislação: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". (BRASIL, 2006).

Trata-se, pois, de uma legislação das melhores do mundo, no entanto, sua elaboração não foi um ato voluntário do Brasil. Conforme se observa pela narrativa a seguir:

Mesmo após 15 anos de luta e pressões internacionais, a justiça brasileira ainda não havia dado decisão ao caso, nem justificativa para a demora. Com a ajuda de ONGs, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Viveiro só foi preso em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão. O processo da OEA também condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Uma das punições foi a recomendações para que fosse criada uma legislação adequada a esse tipo de violência. E esta foi a sementinha para a criação da lei. Um conjunto de entidades então reuniu-se para definir um anti-projeto de lei definindo formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e estabelecendo mecanismos para prevenir e reduzir este tipo de violência, como também prestar assistência às vítimas. Em setembro de 2006 a lei 11.340/06 finalmente entra em vigor, fazendo com que a violência contra a mulher deixe de ser tratada com um

crime de menos potencial ofensivo. A lei também acaba com as penas pagas em cestas básicas ou multas, além de englobar, além da violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral. (OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA, 2012).

Observa-se que, para os casos que envolvem violência doméstica, passa a ser aplicada especialmente a Lei nº. 11.340/06, tanto que seu artigo 1º especifica sobre o objetivo da legislação, que é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Embora a aplicação da Lei nº. 11.340/06 tenha reduzido a violência doméstica em número significativo, a erradicação total desta conduta ainda é tímida. Pesquisas apontam que uma em cada três mulheres já sofreu algum tipo de violência, e só de agressões físicas, o número é alarmante: 503 brasileiras são vítimas a cada hora:

Uma em cada três mulheres sofreram algum tipo de violência no último ano. Só de agressões físicas, o número é alarmante: 503 mulheres brasileiras vítimas a cada hora. Esses números, que mostram o persistente problema da violência contra as mulheres no Brasil, fazem parte de uma pesquisa feita pelo Datafolha e encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança. Os dados, divulgados hoje, no Dia Internacional da Mulher, mostram que 22% das brasileiras sofreram ofensa verbal no ano passado, um total de 12 milhões de mulheres. Além disso, 10% das mulheres sofreram ameaça de violência física, 8% sofreram ofensa sexual, 4% receberam ameaça com faca ou arma de fogo. E ainda: 3% ou 1,4 milhões de mulheres sofreram espancamento ou tentativa de estrangulamento e 1% levou pelo menos um tiro. A pesquisa mostrou que, entre as mulheres que sofreram violência, 52% se calaram. Apenas 11% procuraram uma delegacia da mulher e 13% preferiram o auxílio da família. E o agressor, na maior parte das vezes, é um conhecido (61% dos casos). Em 19% das vezes, eram companheiros atuais das vítimas e em 16% eram ex-companheiros. As agressões mais graves ocorreram dentro da casa das vítimas, em 43% dos casos, ante 39% nas ruas. (SANTOS, 2017).

De acordo com a política criminal, cujo objetivo é reprimir infrações penais, necessária se faz a aplicação de instrumentos contínuos e articulados. Isto significa que o

Estado deve investir em grupos socioeducativos para homens autores de violência familiar, sendo eles assistidos por psicólogos, não ficando as represálias adstritas tão somente em penas restritivas de direitos ou privativas de liberdade, mas sim, demonstrando uma preocupação com a mente do homem agressor. (BERTHO, 2017).

Quanto ao objetivo da Lei Maria da Penha, é justamente criar mecanismos para proteger a mulher em sua vulnerabilidade, fazendo com que o abusador seja punido e não venha mais a cometer este tipo de crime. (SANCHES, 2015).

Entretanto, em que pese a legislação prever sobre a proteção da mulher, a realidade demonstra o grande aumento da violência, inclusive, o feminicídio. Quando se fala em feminicídio trata-se do crime de homicídio praticado contra a mulher pela simples razão de ser mulher. Nesta seara, ocorre dois problemas: a violência doméstica e que gera o feminicídio (homicídio contra a mulher).

Os casos estatísticos comprovam que o feminicídio no âmbito doméstico é alto:

Conforme dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2017, foram registrados mais de 60 mil casos de violência contra a mulher no País, mas como a taxa de subnotificação do crime é alta, esse número pode chegar até a 500 mil casos por ano. Em média, 530 mulheres acionaram a Lei Maria da Penha por dia. Ou seja, cerca de 20 pedidos de ajuda por hora. Em 2017, o Brasil concentrou 40% dos feminicídios da América Latina, segundo a Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL), vinculada a ONU. (CPERS, 2019).

Ademais: "A taxa de feminicídio no Brasil é a quinta maior do mundo. [...] Os crimes têm uma característica em comum: foram cometidos por companheiros ou ex-companheiros das vítimas". (CPERS, 2019).

Percebe-se assim, as altas taxas de feminicídio no Brasil, sendo umas das maiores da América Latina. Diante desta grave questão, criou-se no Brasil o crime de feminicídio, previsto na Lei nº. 13.104/15. Esta legislação inseriu no Código Penal o crime de feminicídio dentro do artigo 121 que trata do homicídio. Veja-se:

Art. 121. Matar alguém:

[...]

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

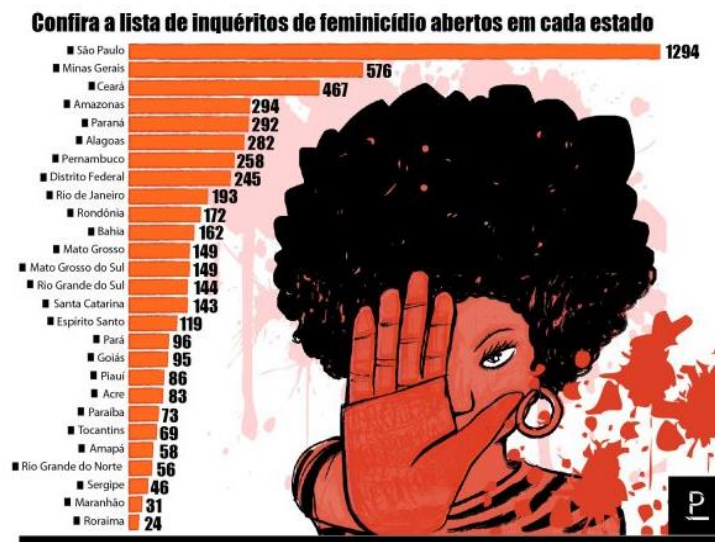
§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015). (BRASIL, 1940).

Observe-se que a legislação que contempla o feminicídio inseriu como prática a violência doméstica e familiar. Portanto, quando existir a violência doméstica e familiar, além de ser aplicada as regras previstas na Lei Maria da Penha, caso a mulher venha a falecer, fica caracterizado o feminicídio.

Entretanto, apesar da normativa legal e da punição ser de doze a trinta anos, ainda existe uma inefetividade em relação a sua aplicação. Para comprovar, basta verificar no gráfico a seguir os dados de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), entre março de 2015 e março de 2017, com números dos dois primeiros anos da Lei nº. 13.104/15, que tipifica o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio:



Fonte: (CPERS, 2019).

O gráfico demonstra que o Estado de Minas Gerais é o segundo estado em vítimas do feminicídio. Destarte, a inefetividade do sistema existe, principalmente pelo:

[...] não reconhecimento da gravidade dos abusos contra as mulheres e de suas raízes discriminatórias concorre não só para que as agressões aconteçam, mas também auxiliam a manter a situação de violência até o extremo do assassinato. Age também como um obstáculo para que muitas mulheres não busquem ajuda para sair da situação de violência e, ainda, para que, quando buscarem, não sejam devidamente acolhidas. (CPERS, 2019).

Ademais, em relação ao Estado de Minas Gerais, segundo consta no site da Câmara dos Deputados, muitas mulheres morrem em razão do combate à violência doméstica não ser uma prioridade, além da estrutura e os serviços do Estado serem precários.

Importante destacar:

Segundo dados do Núcleo de Estudos da Violência e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, uma mulher é assassinada a cada duas horas no Brasil. No último ano, o número de crimes contra a mulher aumentou 12%. [...] a subprocuradora-geral da República Ela Wiecko destacou que a luta contra o feminicídio é um dever do Estado. Para garantir à mulher a devida proteção, Ela Wiecko defendeu a implementação de leis e políticas públicas, além da eliminação de práticas que têm como base o estereótipo de gênero. "Há feminicídio quando o Estado não dá garantias para as mulheres e não cria condições de segurança para suas vidas na comunidade, em suas casas, nos espaços de trabalho e de lazer. Mais ainda quando as

autoridades não realizam com eficiência suas funções. Por isso, o feminicídio é um crime de Estado”, disse. (CPERS, 2019).

Portanto, a partir do momento em que o Estado falha em relação ao combate, prevenção e meios de se evitar o feminicídio e a violência doméstica, não adianta existir lei neste sentido, pois a própria estrutura precária, ineficiência dos serviços e por não ser uma prioridade, corrobora com a violência contra a mulher.

Assim, deve ser realizadas ações positivas em favor das mulheres, como, por exemplo, prestar assistência para aqueles que se encontram em situação de violência doméstica, evitando assim, o feminicídio. O papel da sociedade e do Ministério Público também são importantes.

Melhor explicando: caso a mulher esteja em eminente risco de violência ou já se encontra nesta prática, o primeiro atendimento a ser realizado é pela autoridade policial. Significa que a mulher deve ser atendida em delegacia especializada da mulher para que possa apresentar a denúncia de agressão.

Importante destacar sobre as delegacias de mulher que, no Estado de Minas Gerais, possui a denominação de DEAM – Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher, onde as denúncias recebidas são processadas de forma a prevenir ou cessar a agressão. Frisa-se que este tipo de delegacia se encontra amparada pelo artigo 12-A da Lei nº. 11.340/06.

Após ser recebida a denúncia da mulher, a autoridade policial da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher deverá proceder conforme o previsto no artigo 11, da Lei nº. 11.340/06. Deverá a autoridade policial também adotar as providências consoante contidas no artigo 12, da Lei nº. 11.340/06.

Observe-se assim, a importância dos primeiros procedimentos pela autoridade policial, porque será ele quem terá o primeiro contato com a vítima e fará com que os autos sejam encaminhados ao Poder Judiciário para fins de proceder com as medidas protetivas de urgência.

Sobre as medidas de urgência, pode ser a que obrigue o agressor a se afastar do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, conforme previsto no artigo 12-C da Lei nº. 11.340/06. Também podem ser utilizadas as medidas protetivas de urgência descritas no artigo 22, da Lei nº. 11.340/06, a depender do caso concreto. Já aquelas voltadas para a ofendida, se encontram no artigo 23, da Lei nº. 11.340/06. E no que tange a proteção dos bens patrimoniais da mulher, está previsto no respectivo artigo 24.

Cediço sobre a importância das medidas protetivas em favor da mulher, que tem

por objetivo prevenir ou afastar a violência e, para tanto, o juiz poderá aplicar uma ou mais medidas, a depender do caso concreto. Inclusive, poderá decretar a prisão preventiva do agressor, caso o mesmo continue a imputar agressões contra a vítima.

Neste contexto, destacam-se os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer a legalidade da prisão preventiva nos casos de descumprimento das medidas protetivas:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS.

1. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

2. A reiteração de condutas delituosas e o descumprimento das medidas protetivas denotam, de forma concreta, uma propensão do paciente em cometer crimes, razão pela qual a manutenção de sua prisão se mostra necessária para garantia da ordem pública e em estreita consonância com os arts. 312 e 313, III, do Código de Processo Penal.

3. As condições pessoais do acusado, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não são suficientes para afastar a necessidade da custódia cautelar, caso presentes os requisitos que a autorizam, como na hipótese. 4. Recurso ordinário desprovido. (STJ. RHC 56079 / MS. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2015/0018297-5. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Gurgel de Faria. Data de julgamento: 28 abr. 2015. Data de publicação: 13 mai. 2015). (BRASIL, 201).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. NEGATIVA DO RECURSO EM LIBERDADE. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS IMPOSTAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A

RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A custódia cautelar foi decretada e mantida para o resguardo da ordem pública, em razão do descumprimento das medidas protetivas de urgência impostas, o que demonstra, nas palavras do juiz sentenciante, o desrespeito do acusado para com o sistema de Justiça, sendo necessária a segregação para assegurar a integridade física e psíquica da vítima.

3. Habeas corpus não conhecido. (STJ. HC 277707 / SP. *Habeas Corpus* 2013/0317564-3. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 08 out. 2013. Data de publicação: 21 out. 2013). (BRASIL, 2013).

Importante salientar, se a mulher não conseguir oferecer denúncia junto à autoridade policial, poderá ainda fazê-lo através de petição diretamente ao juiz ou ao Ministério Público, requerendo sejam aplicadas as respectivas medidas protetivas contra o agressor.

Vale ressaltar ainda, a importante alteração legislativa na Lei nº. 11.340/06, ocorrida no de 2019, através da Lei nº. 13.827/19 e no ano de 2021 através da Lei nº. 14.188/21, que incluiu dois novos artigos na Lei nº. 11.340/06, os artigos 12-C e 38-A. Estas alterações ocorreram buscando dar uma maior efetividade às medidas protetivas, maior agilidade na tomada de decisão por Autoridades da Justiça e da Polícia.

O artigo 12-C trouxe uma maior celeridade no afastamento do agressor da vítima, pois, verificada a existência de risco, atual ou iminente à vida ou a integridade física da vítima, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a pessoa ofendida.

Inclusive, a medida de afastamento deixa de ser competência somente da

Autoridade Judicial, pois também caberá ao Delegado de Polícia, quando o município não for sede de Comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia bem como, ainda, poderá ser decretada pelo Policial, quando a cidade não for sede de Comarca e não houver Delegado disponível no momento da denúncia.

Contudo, apesar de o Delegado e até mesmo o Policial, poder decretar o afastamento do agressor, do lar, o juiz, no prazo de vinte e quatro horas, será comunicado dessa decisão e decidirá pela manutenção ou revogação do afastamento.

Por fim, o artigo 38-A, visando a efetividade e um supervisionamento das medidas, determina que o Juiz deverá realizar o registro da medida aplicada em banco de dados, no que decorre da efetividade da proteção e prevenção quanto a possíveis condutas do agressor.

Contudo, existe o papel da sociedade frente à violência contra a mulher, sendo de extrema importância, pois visa conscientizar e promover o bem social da coletividade, especialmente voltado à mulher. Inclusive, o artigo 8º da Lei nº. 11.340/06 deve ser interpretado como responsabilidade de todos, e não somente do Poder Público, por se tratar de medidas integradas de prevenção:

Desta forma é função e dever de todos praticar e adotar campanhas e medidas contra a violência doméstica, pois a dignidade de uma pessoa deve estar sempre a frente de qualquer obstáculo. Sobre o tema, pertinente destacar as palavras de Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2014):

Se a Lei Maria da Penha é uma política pública, devemos nos perguntar quem ganha com ela, por que ganha e qual diferença faz. Quem ganha ou, pelo menos, para quem foi elaborada a lei, são as mulheres que vivem no Brasil, hoje ultrapassando a metade da população brasileira. Mas não apenas as mulheres, ganham também os homens, na medida em que a violência contra as mulheres afeta a toda a sociedade. Os prejuízos causados à saúde física e mental das mulheres pela prática da violência doméstica e familiar afetam também o bem estar das famílias, em especial das crianças, bem como a produtividade no trabalho. A sociedade ganha porque um dos objetivos fundamentais da República brasileira é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV da Constituição).

Em relação ao papel do Ministério Público, é o órgão que deve proteger e fiscalizar os interesses fundamentais da coletividade. Respectivos interesses estão voltados

justamente para o amparo às pessoas hipossuficientes, no caso as mulheres.

Sendo assim, quando uma mulher sofre violência doméstica, é papel do Ministério Público adotar medidas para impor a ordem jurídica e, ainda, fazer com que o agressor cesse sua conduta e seja punido em conformidade à lei.

Sobre o tema, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2017) relata o papel do Ministério Público quanto à aplicação da Lei nº. 11.340/06:

A Lei Maria da Penha identifica o Ministério Público como uma das instituições do Estado brasileiro com a obrigação de atuar no escopo da Lei, tanto na esfera judicial como na extrajudicial. Tem a obrigação de intervir nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher; de requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social, entre outros; de fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, bem como de adotar as medidas cabíveis para sanar as irregularidades constatadas; cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Visualizando o texto da lei, existe um capítulo próprio sobre a atuação do Ministério Público nas causas da violência contra a mulher. Com efeito, transcrevem-se os artigos 25 e 26 da Lei nº. 11.340/06:

Art. 25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2006).

Art. 26. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário:

I - requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros;

II - fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar,

e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;

III - cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2006).

Percebe-se a importância do Ministério Público perante as causas que envolvem a violência doméstica. Em primeiro lugar, a legislação é clara no sentido de que o Ministério Público sempre intervirá neste tipo de ação.

Ademais, o próprio Ministério Público possui a prerrogativa de requerer ao juiz medidas para sanar, cessar ou coibir a violência doméstica, como, por exemplo: requisitando força policial, fiscalização em atendimentos à mulher, adoção de medidas administrativas e realizar cadastros sobre os casos de violência.

Consoante as palavras de Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2017):

[...] para incentivar o cumprimento dessas atribuições e uniformizar a atuação dos/as promotores/as de Justiça do país o Ministério Público Brasileiro, por meio do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), criado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, possui a Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Copevid). Essa Comissão elaborou roteiros de visitas técnicas à Casa Abrigo e ao Centro de Referência e Atendimento à Mulher, para servir de subsídio à propositura de medidas judiciais e extrajudiciais.

Sobre o cadastro dos casos de violência doméstica a ser procedido pelo Ministério Público, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2017) explica seu objetivo:

Quanto à obrigação de cadastramento dos casos em que ocorre atuação do Ministério Público, vem sendo implementada, a partir da normativa imposta pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de registro padronizado em sistema de toda atuação ministerial. Trata-se de ferramenta indispensável para gerar estatísticas e relatórios com vistas a orientar a política institucional nas diversas áreas de atuação. No tema específico da violência contra as mulheres pouco ainda se faz.

Trata-se, pois, de cadastramento que visa levar a determinados locais do país uma maior inteiração e prevenção da violência doméstica. Logo, quanto mais violência

doméstica determinada região tiver, mais deverão ser os investimentos para a prevenção, punição e ressocialização, evitando assim ensejar em agravamento dos casos.

Assim, o Ministério Público deve ser sempre atuante nos casos de combate a violência contra a mulher, podendo requisitar nos autos qualquer medida que interprete ser um meio de proteção à dignidade da mulher, ou melhor dizendo, qualquer medida que manifeste a proteção física, moral e psíquica da mulher.

CONCLUSÃO

A ineficiência do Estado em relação a violência doméstica ainda predomina: a criação de leis nada adianta, se ainda não existir uma estrutura para abarcar a verdadeira proteção em favor da mulher. É preciso compreender que a prioridade estatal deve ser contra a violência contra a mulher.

É notório que a legislação da Lei Maria da Penha e do feminicídio – Lei nº. 13.104/15 são importantes, mas, o fato de não ensejar em uma perfeita efetividade acarreta em uma injustiça maior, que é a inefetividade ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com efeito, apesar de existir várias regras de proteção voltadas as mulheres para o enfrentamento ao feminicídio e ao combate à violência doméstica, na prática, ainda falta muito para que o Brasil alcance a eficiência, considerando que a legislação, embora seja importante, não seja parte estrutural que o país precisa.

Ainda existem vários problemas relacionados ao atendimento, aos órgãos públicos de apoio, a campanhas publicitárias e educativas e uma linha de frente de profissionais, para verdadeiramente prevenir a violência doméstica e o conseqüente feminicídio.

Contudo, torna-se necessário uma campanha de conscientização, não apenas para tentar evitar o crime, mas também para que a vítima denuncie a violência, e o Estado possa adotar medidas contra o agressor. Inclusive, em questão de o Estado adotar medidas, verificou-se várias medidas protetivas que podem ser aplicadas no caso concreto.

Ademais, o Ministério Público e a sociedade também devem fazer sua parte, sempre para que a mulher possa ter mais proteção do Estado. E diante desta conjuntura de problemas e legislações apresentadas, deve haver debates e posicionamentos, pois, a mulher é a vítima e não pode esperar que burocracias do Estado ou falta de estrutura estatal causem maiores danos.

Deve existir a prioridade para enfrentar a situação, que envolve a garantia da dignidade da pessoa humana, da saúde e da vida.

REFERÊNCIAS

BERTHO, Helena. **Como reduzir a violência doméstica?** Tratando os agressores! Huffpost, 2017. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/10/como-reduzir-a-violencia-domestica-tratando-os-agressores_a_23024161/>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº. 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Palácio do Planalto, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº. 13.104**, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Palácio do Planalto, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 29 maio 2023..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 277707 / SP. Habeas Corpus 2013/0317564-3**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. STJ, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2013%2F0317564-3+ou+201303175643&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 56079 / MS**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 56079/MS 2015/0018297-5. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Gurgel de Faria. STJ, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2015%2F0018297-5+ou+201500182975&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 329 maio 2023.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **A Lei Maria da Penha e as Políticas Públicas**. Secretaria da Segurança Pública, 2014. Disponível em: <<http://www.ssp.rs.gov.br/a-lei-maria-da-penha-e-as-politicas-publicas>>. Acesso em: 29 maio 2023.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CPERS. **Violência Contra a Mulher**: cresce o número de feminicídios no Brasil. CPERS, 2019. Disponível em: <<https://cpers.com.br/violencia-contra-a-mulher-cresce-o-numero-de-femicidios-no-brasil/>>. Acesso em: 29 maio 2023.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Um breve histórico da violência contra a mulher**. Uma Mulher, 2010. Disponível em: <<https://araretamaumamulher.blogs.sapo.pt/16871.html>>. Acesso em: 29 maio 2023.

GARCIA, Lucilene. **Direito das mulheres e seu reconhecimentos como Direitos Humanos**. E-Gov, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-das-mulheres-e-seu-reconhecimentos-como-direitos-humanos>>. Acesso em: 29 maio 2023.

MENDES, João Paulo Ferreira. **A Lei Maria da Penha enquanto efetivadora de Direitos**. Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589156#_ftn1>. Acesso em: 29 maio 2023.

OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA. **Lei Maria da Penha**: histórico. UFBA, 2012. Disponível em: <http://www.observe.ufba.br/lei_mariadapenha>. Acesso em: 29 maio 2023.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal** – Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Bárbara Ferreira. **Os números da violência contra mulheres no Brasil**: Pesquisa do Datafolha divulgada hoje mostra que uma em cada três mulheres sofreram algum tipo de violência no Brasil no último ano. Exame, 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-da-violencia-contra-mulheres-no-brasil/>>. Acesso em: 29 maio 2023.

O MECANISMO DE DOSIMETRIA DAS MULTAS NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS E OS REFLEXOS DE INCIDÊNCIA PREVISTOS NA REDAÇÃO DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 22 DA LINDB

JOHN HEBERT BATISTA DA SILVA:

Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Amazonas.

LEONARDO VICTOR KATAKI FONSECA^[1]

(coautor)

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar em que medida o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas têm interpretado o parâmetro normativo expresso no art. 22, §2º da LINDB, acrescentado pela Lei nº 13.655 de 2018, que trouxe diretrizes de direito administrativo sancionatório para a Administração de Controle. Nesse sentido, adotou-se o método de abordagem dedutivo, com uso de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial do TCU e TCE/AM em seus sites oficiais. De início, apresenta-se a natureza jurídica, competências e atribuições dos Tribunais de Contas, seguido da explicação do sistema de multas aplicadas por estes. Depois, demonstra-se a o porquê o dever de motivação das multas aplicadas por estas Cortes de Contas engloba não apenas a sugestão de aplicação das mesmas (dos órgãos técnicos para Relatores), mas também a definição do *quantum* e os parâmetros utilizados para aplicação das sanções pecuniárias expressas no voto do Conselheiro-Relator. Por fim, explica-se porque a tese da *fundamentação per relationem*, em sede de aplicação de sanções pecuniárias, vem sendo utilizada de forma equivocada pela Corte de Contas Amazonense.

Palavras-chave: Tribunal de Contas do Estado do Amazonas; Dosimetria da Multa Administrativa; *Fundamentação Per Relationem*; Discricionariedade; Precedente na Administração de Controle; Direito Administrativo Sancionador.

THE FINE QUANTIFICATION MECHANISM IN THE "COURT OF AUDIT" OF THE STATE OF AMAZONAS AND THE CONSEQUENCES OF ITS APPLICATION AS FORESEEN IN PARAGRAPH 2 OF ARTICLE 22 OF THE LINDB (INTRODUCTION TO BRAZILIAN LEGAL NORMS LAW)

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze to what extent the Court of Auditors of the States of Amazonas has interpreted the normative parameter expressed in art. 22, §2 of the LINDB (Introduction to Brazilian Legal Norms Law), added by Law nº. 13.655 of 2018, which brought guidelines for sanctioning administrative law to the Control Administration. In this sense, the deductive method of approach was adopted, using

bibliographical, documental and jurisprudential research techniques of the TCU (Federal Court of Auditors) and TCE/AM (Court of Auditors of the States of Amazonas) on their official websites. Firstly, the legal nature, competences and attributions of the Courts of Auditors are presented, followed by an explanation of the system of fines applied by them. Then, it is demonstrated why the duty to provide reasoning for the fines applied by these Courts of Accounts encompasses not only the suggestion of their application (from technical bodies for Rapporteurs), but also the definition of the quantum and the parameters used to apply the sanctions pecuniary payments expressed in the vote of the Councilor- Reporting. Finally, it is explained why the thesis of reasoning by reference, in terms of the application of pecuniary sanctions, has been wrongly used by the Court of Auditors of Amazonas.

Keywords: Court of Auditors of the State of Amazonas; Dosimetry of the Administrative Fine; Rationale Per Relationem; Discretion; Precedent in Control Management; Sanctioning Administrative Law.

1. INTRODUÇÃO

O controle da Administração Pública é um tema de extrema relevância no contexto da gestão pública, visando assegurar a legalidade, a eficiência e a transparência na utilização dos recursos públicos. Nesse sentido, dentre as formas de controle, tem-se o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, que desempenham um papel fundamental na fiscalização das atividades administrativas.

Os Tribunais de Contas são órgãos independentes, responsáveis por verificar a regularidade das contas e a legalidade dos atos de gestão dos órgãos públicos. No exercício de suas funções, essas Cortes utilizam diversas ferramentas de controle, como auditorias, análise de documentos e informações, e a aplicação de multas em casos de ilegalidade de despesas ou irregularidades nas contas públicas.

Nesse sentido, a medida impositiva de multas administrativas, aplicadas por essas Cortes de Contas, surge como forma indireta de estimular os gestores de recursos públicos a obedecerem às normatizações contábeis, financeiras e orçamentárias. Isto é, a não observância da norma enseja aplicação das sanções administrativas cominadas. Esse fenômeno expõe a característica mais controversa do poder sancionador da Administração: o uso da discricionariedade administrativa, em sede de tomada decisória, isto é, na valoração das multas impostas como sanção pecuniária aos gestores de recursos públicos.

Visando contornar a fragilidade de atribuir a quantificação da sanção ao mero juízo discricionário, a experiência pública brasileira atual tem buscado no instituto da motivação dos atos administrativos o fundamento para adequar a margem apreciativa às normas do

ordenamento jurídico-administrativo. Contudo, a inovação trazida pela Lei de Introdução de Normas ao Direito Brasileiro, a LINDB, retira o conteúdo abstrato da motivação, colocando-a como um standard normativo que deve ser observado na concretude apreciativa do ato *sub judice*. Isto é evidenciado quando a norma tutela o dever de, na motivação, como elemento intrínseco do decisório, a necessidade e adequação da medida imposta pela administração de controle aos seus jurisdicionados.

Assim, vislumbra-se uma nova movimentação gradual dos parâmetros norteadores da aplicação das sanções na seara administrativa, que passa a adotar então critérios técnicos e científicos para embasar juízo de valor do agente julgador.

Essa transição encontrou em alguns Tribunais de Contas o pioneirismo necessário para ajustar a nova perspectiva da atividade técnica ao plano da efetividade, isto é, ao mundo fenomênico. Não obstante, a admissão da técnica administrativa encontra certa resistência doutrinária e prática por parte de alguns agentes da administração. É o caso do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, no qual insiste em determinar a valoração do *quantum* da multa aplicada como sanção pecuniária, aos seus jurisdicionados, tão somente em função de critérios subjetivos de cada relator, sem dar a devida atenção aos parâmetros normativos expressos no §2º do art. 22 da LINDB, acrescido pela Lei nº 13.655 de 2018, que trouxe diretrizes para à administração de controle.

Consoante se verá, a problemática perpassa a mera imposição de sanções administrativas, o que eventualmente pode enfraquecer a própria função coercitiva e pedagógica da multa.

O presente trabalho pretende demonstrar, a partir de uma ampla varredura da literatura jurídica sobre o tema, e de decisões exaradas pelo TCE/AM e TCU[2], o descompasso do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas com o parâmetro normativo do artigo 22, §2 da LINDB, acrescentado pela Lei nº 13.655/2018. Sobretudo no que diz respeito ao conteúdo normativo da discricionariedade e sua utilização na dosimetria das multas impostas pela Corte Estadual de Contas em tela, de modo a compreender tais preceitos dentro do macrossistema punitivista estatal, encampando o direito administrativo sancionador dentro da unidade normativa constitucional.

2.NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas possuem quase todo seu regime jurídico disciplinado nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal de 1988. A inteligência dos mencionados dispositivos remete à tese que informa possuir as Cortes de Contas natureza política e não administrativa, uma vez que sua razão de existir está centrada em atividades governamentais e não em atividades puramente administrativas. E ainda, têm-se que a natureza administrativa dessas Cortes surge em um segundo momento, em função da

regulamentação de algumas atribuições suas por leis infraconstitucionais, como ocorre com o inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal[3], que aliás, trata-se da única exceção consistente em delegação à lei infraconstitucional regulamentar atribuições dessas Cortes de Contas (BRITTO, 2018).

Nesse sentido, registra-se que estas Cortes de Contas não se enquadram, segundo Guerra (2019, p. 165), dentro dos Poderes clássicos do Estado propostos por Montesquieu, a saber: Poder legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário; porquanto são Cortes de Contas que possuem suas atribuições, competências e prerrogativas não confundíveis com as atribuições desses outros poderes citados. Ratifica isso a dicção do art. 44 da Carta Magna ao tutelar que o Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, o qual é composto pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal - não incluindo, dessa forma, os Tribunais de Contas na estrutura legislativa.

Da mesma forma, tem-se que as Cortes de Contas não integram o Poder executivo e tampouco o Poder Judiciário, nos termos dos art. 76 e art. 92[4] da Constituição Federal, ao informar, respectivamente, ser àquele exercido pelo Presidente da República com auxílio de sus ministros (que pela simetria federativa equivale a dizer pelos Governadores em âmbito Estadual e Prefeitos no âmbito Municipal, e seus respectivos secretários); e este pelos órgão discriminados nos incisos I a VII do art. 92 da mesma Carta Política.

Mediante o exposto, tem-se que os Tribunais de Contas são órgãos dotados de autonomia Constitucional, possuindo escopo de magistratura e se consubstanciado em um verdadeiro intermediário entre os Poderes, cercado de garantias contra quaisquer ameaças externas, nos termos da exposição de motivo do Decreto nº 966-A/90, de 07.11.1890, exarado pelo Ministro Ruy Barbosa, [5]que criou a instituição Tribunal de Contas, conforme exposto abaixo:

(...) corpo de magistratura intermediaria à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil

Ademais, a autonomia das Cortes de Contas compreende competências que, segundo Novelino (2021, p. 730), podem ser classificadas da seguinte forma: a) competência fiscalizadora; b) competência judicante; c) competência sancionatória; d) competência consultiva; e) competência informativa; e f) competência corretiva.

Interessa, para fins deste trabalho, a competência sancionatória que os Tribunais de Contas possuem, mais especificamente, a de aplicar multa proporcional aos débitos imputados aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidades de contas, nos termos do art. 71, inciso VIII da CF/88^[6].

3.O SISTEMA DE MULTA APLICADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A imposição de sanções administrativas pelos Tribunais de Contas tem previsão constitucional e visa preservar o interesse público contra eventuais abalos por atos ilícitos cometidos pelos gestores responsáveis por verbas públicas.

Tem-se que as atribuições das Cortes de Contas se encontram discriminadas nos incisos do art. 71 da Constituição Federal, a qual teve a preocupação em detalhar os instrumentos a serem usados no exercício do Controle Externo, isto é, para realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes políticos e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, nos termos do art.70, caput^[7].

Dentre as atribuições dos Tribunais de Contas positivadas nos incisos de I a XI do art. 71 da Constituição Federal, tem-se que a única atribuição que deixou à lei infraconstitucional regulamentar foi a aplicação aos responsáveis, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, de sanções que poderá ser, entre outras cominações, de multa proporcional ao dano causado ao erário.

Nesse sentido, subentende-se que a regulamentação dessa matéria ficou a cargo da Lei Orgânica dos Tribunais de Contas, sendo que no âmbito federal, a LO do Tribunal de Contas da União (TCU), Lei 8.443 de 1992, elenca na seção II do Capítulo V os atos que ensejam a aplicação de multas aos responsáveis pela administração de dinheiro, bens e valores públicos; dentre esses atos, encontra-se discriminado no inciso II do art. 58 da supracitada lei o ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, vejamos:

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

- contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

- ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
- ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;
- não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;
- obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;
- sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;
- reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

Nesse íterim, o TCU estabelece ainda os critérios balizadores do poder de atuação da Corte na atividade sancionadora: a dosimetria da pena. De forma didática, o Manual de Sanções do Tribunal coloca como dever da Administração “delimitar de forma motivada a extensão temporal da sanção, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tomando por pressuposto as especificidades de cada caso e a gravidade das condutas apuradas.” (2020, p. 16). Por fim, sugere a cartilha do órgão federal que sejam observados os preceitos da Norma Operacional DIRAD nº 02/2017, ao dispor que:

O normativo supramencionado detalha as hipóteses de incidência da penalidade e estabelece o tempo de sua extensão, em observância ao princípio da proporcionalidade. Estabelece, ainda, situações em que a pena será agravada, atenuada e afastada, bem como estabelece qual pena deverá ser aplicada quando uma mesma conduta punível se enquadrar em mais de uma hipótese legal de incidência. (Manual de Sanções Administrativas do TCU. 2020. P. 16)

Dessa forma, conclui-se que as situações ensejadoras de multas no âmbito do TCU servem de parâmetro para as Cortes de Contas Estaduais. Tal inferência é corroborada pelo dispositivo do artigo 75 da Carta Maior, ao postular que as normas relativas à fiscalização financeira, orçamentária e contábil se aplicam, no que couber, à atividade de fiscalização dos Tribunais de Contas Estaduais.

4.0 SISTEMA DE MULTA APLICADO PELO TCE/AM

No âmbito da Corte de Contas do Estado do Amazonas, verifica-se que a matéria se encontra regulamentada no art. 54 e incisos da Lei Orgânica do órgão, Lei nº 2.423, de 10.12.1996, que prevê, dentre as situações ensejadoras de multas, os atos praticados com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (inciso II), bem como o não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência ou a decisão do Tribunal (inciso IV)[8].

Tem-se que as gradações dessa multa a ser aplicada em função das situações ensejadoras elencadas nos incisos supracitados se encontram previstas no art. 53[9] do mesmo diploma normativo o qual informa: a) no caso de o responsável ser julgado em débito, poderá ser aplicada multa de até 100% do valor do dano causado ao erário; e b) no caso de julgamento regular com ressalvas, poderá ser aplicada multa de até 30% do valor previsto no art. 54 citado, em razão das impropriedades ou faltas identificadas.

Registra-se ainda que o Regimento Interno do TCE-AM, Resolução 04/2002, em seu artigo 307 e 308, regulamentou a gradação do valor previsto no art. 54 da LO/TCEAM, que poderá ser entre 5% e 100% do referido valor devidamente atualizado, observadas ainda as gradações previstas nos incisos seguintes, vejamos:

Art. 307. Quando ficar caracterizado dano ao erário, além da determinação do alcance, o Tribunal aplicará multa de até cem por cento deste valor, corrigido monetariamente, observando-se ainda as disposições do artigo 308, §§ 1º, 3º, 5º e 6º.

Art. 308. Independentemente do disposto no artigo 307, o Tribunal aplicará aos administradores e demais responsáveis, no âmbito estadual e municipal, multa entre 5% (R\$ 2.192,06) e 100% (R\$ 43.841,28) do valor previsto no artigo 54 da Lei estadual n.º 2.423/96, já devidamente atualizado, pelas irregularidades e atos, observada a gradação seguinte:

- de 5% (R\$ 2.192,06) a 10% (R\$ 4.384,12) do valor máximo, nos casos de (NR):

não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência ou Decisão do Tribunal (art. 54, inciso IV da Lei n. 2.423, de 10.12.1996);

sonegação de processo ou documento, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal (arts. 33 e 54, VI da Lei n. 2423, de 10.12.1996);

- de 2,5% (R\$ 1.096,03) do valor máximo por mês ou bimestre de competência nos casos de inobservância de prazos legais (art. 15, § 1º e 20, § 1º da LC nº 06/1991, com nova redação dada pela Lei Complementar nº 24/2000, § 1º do art.32 da Lei n. 2423/1996, artigo 1º da Resolução n. 06/2000, de 23.11.2000), para remessa ao Tribunal, por meio informatizado ou documental, de balancetes, demonstrações contábeis e documentos referentes a receitas e despesas, assim como, o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (§ 3º do art. 165 da CRFB/1998);
- de 5% (R\$ 2.192,06) a 50% (R\$ 21.902,64) do valor máximo, no caso de contas julgadas irregulares de que não resulte débito ao erário (art. 54, inciso I da Lei n. 2423, de 10.12.1996);
- de 10% (R\$ 4.384,12) a 20% (R\$ 8.768,25) do valor máximo, nos casos de: obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas (art. 54, inciso V da Lei n.2423, de 10.12.1996); reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal (art. 54, inciso VII da Lei n. 2423, de 10.12.1996);
- de 10% (R\$ 4.384,12) a 50% (R\$ 21.920,64) do valor máximo, em caso de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário (art. 54, inciso III da Lei n. 2423, de 10.12.1996);
- de 20% (R\$ 8.768,25) a 100% (R\$ 43.841,28) do valor máximo, nos casos de ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 54, inciso II da Lei n. 2423, de 10.12.1996 (NR).

Conforme se observa dos dispositivos supracitados, o TCE/AM em sede de regulamentação do inciso VIII do art. 71 da Constituição Brasileira previu valores máximos e mínimos de multas a serem aplicados aos jurisdicionados que incidirem no rol dos atos ensejadores das infrações correspondentes.

Todavia, percebe-se que esta Corte de Contas Estadual em tela não dispôs de uma dosimetria a ser aplicada quando da fixação do *quantum* da multa.

5.PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE DA MULTA PREVISTA NO ART. 71, INCISO VIII DA CF/88

Conforme se extrai do dispositivo da Constituição Federal (art. 71, inciso VIII) já citado nessa obra, tem-se que as multas aplicadas pelos Tribunais de Contas no exercício da sua competência sancionatória devem observar o princípio da proporcionalidade. Este princípio demanda uma reflexão entre meios e fins ao se aplicar a sanção aludida, bem como possui o escopo de racionalizar, o máximo possível, o espaço de discricionariedade que determinadas normas apresentam.

Para Novelino (2021, p. 468), os institutos da razoabilidade e proporcionalidade são sinônimos, sendo esse o posicionamento do STF através dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso, uma vez que, segundo esses ministros, o que diferencia os institutos referidos é a origem, pois o instituto da proporcionalidade advém da doutrina alemã, e o da razoabilidade, da tradição anglo-saxã (SARMENTO, 2014).

Dito isto, registra-se que o princípio da proporcionalidade ganhou destaque no contexto do pós-positivismo, isto é, no contexto de reaproximação do direito com a moral e valores (BARBA, 2018, p. 69). A necessidade de lapidação do instituto aludido nesse contexto se deu em face da colisão entre princípios jurídicos consagrados no ordenamento como garantidores de direitos fundamentais, porquanto a solução não poderia se dar com base na regra de sobreposição, uma vez que não há hierarquia nessa categoria de direitos.

Coube ao jusfilósofo alemão Robert Alexy (*apud* BARBA, *op. cit.*, p.84) lapidar o instituto da proporcionalidade de forma a racionalizar o espaço de discricionariedade que as decisões acerca dos institutos de conteúdo aberto e/ou indeterminado, ou acerca dos institutos que de mesma hierarquia implicam. Nessa missão, o referido autor propôs a aferição da proporcionalidade e/ou razoabilidade no caso concreto em função de 3 (três) submáximas que evidenciam o grau de eficiência, efetividade e imprescindibilidade de uma decisão, vejamos cada uma delas.

A primeira das submáximas é a adequação, que traduz a eficiência de Pareto, isto é, verifica-se se a decisão a ser tomada pelo judiciário é apta a alcançar o fim almejado. Logo, há nessa categoria uma relação de meios e fins, ou seja, juízo de relação entre a decisão do juiz e a tutela jurisdicional buscada por determinado indivíduo.

A segunda é a necessidade. Esta requer, dentre o rol das decisões possíveis para solucionar o caso concreto, que seja proferida a decisão que interfira menos intensamente em outros princípios/direitos. Dessa forma, há nessa categoria uma relação entre o produto da prestação jurisdicional e seu impacto no plano fático, ou seja, há que se levar em consideração na tomada de decisão o impacto que ela vai surtir em outros institutos de igual proteção por parte do ordenamento jurídico.

A terceira e última submáxima é a proporcionalidade em sentido estrito, ou lei do sopesamento, a qual demanda o seguinte: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio/direito, maior deverá ser a importância da satisfação do outro.

Mediante o exposto, tem-se que os Tribunais de Contas, ao exercerem suas funções sancionatórias previstas no art. 71, inciso VIII da Carta Magna, devem aferir se no caso sabujice a multa aplicada aos jurisdicionados, seja ela em decorrência de atos praticados com grave infração à norma, seja em função de descumprimento de determinações do Tribunal, está apta a alcançar de maneira razoável/proporcional o fim último da mesma, isto é, a condução do gestor a boa gestão da res pública, o que denota o caráter pedagógico da sanção em tela, e não punitivo propriamente dito (FERRAZ, 2002).

6.O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS MULTAS APLICADAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No exercício de suas competências sancionatórias, cabe às Cortes de Contas aplicar multa aos jurisdicionados. Ao fazê-lo, devem fundamentar não somente a aplicação das penalidades pecuniárias, mas também o *quantum* valorativo. Isto advém do próprio comando Constitucional exposto no art. 93, inciso X, ao informar que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública (...)”; está positivado também na Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da motivação, razoabilidade e proporcionalidade¹⁰¹.

O teor dos textos legais postos acima revela que o dever de motivação dos atos administrativos é elemento de validade e integram o próprio ato. Desse modo, o art. 20 da LINDB, ao informar que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” e que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta (...)”, não estipula nenhum fato novo ou promove alteração material do Direito Brasileiro.

Apesar disso, é profundo o impacto sociopolítico gerado pelos artigos inseridos na Lei Interpretativa das normas do ordenamento jurídico brasileiro. Nas provocações de Hülse (2022, p. 39), o autor narra que o processo legislativo de alteração da LINDB (Lei nº 13.655/2018) se deu diante de um contexto de incertezas, riscos e desconfiças ocasionadas pelas decisões da Administração Pública. Continua Hülse (*op. cit.*, p.44), ao colocar os Tribunais de Contas como uma dos impactados pela revisão legislativa, citando como exemplo “a aplicação de sanções com base em simples motivo jurídico e sem ter em conta as circunstâncias de fato que justificam o comportamento”. Eis o porquê:

A imposição de sanções aos administrados/gestores vinculados é uma prerrogativa da Administração Pública, utilizada como mecanismo para assegurar a higidez da ordem pública e a eficácia do funcionamento dos serviços a cargo da máquina estatal. Especificamente quanto aos Tribunais de Contas, conforme mencionado no tópico III, o âmago da aplicação das sanções administrativas está calcado na atividade fiscalizatória, como órgão de Controle Externo. Surge, então, para a doutrina, o instituto do Direito Administrativo Sancionador, ramo do direito administrativo que tutela o regime jurídico das sanções aplicadas pelo administrador público.

Embora reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência pátria, o campo investigativo do Direito Administrativo Sancionador é pouco explorado pela ciência jurídica. Isso porque o exercício do poder sancionador, na seara administrativa, compreende ainda a observância dos critérios discricionários que balizarão a decisão da Autoridade Administrativa. Ao confrontar o tema, Jean Dias (2022, p. 17) menciona que isso se dá, de certo modo, porque a independência das esferas administrativa e penal induzem nos juristas a falsa impressão de não convergência entre elas. Entretanto, a produção jurisprudencial recente vem evidenciando que o direito administrativo sancionador e o direito penal não são completamente independentes, vez que são peças do macrossistema punitivo brasileiro, e nesse sentido, possuem como fio condutor os preceitos e garantias Constitucionais.

A questão transpassa o mero punitivismo estatal, desaguando nas garantias individuais constitucionais de respeito à legalidade e segurança jurídica. Não por outra razão, o ordenamento jurídico deve ser interpretado em sua unidade, de modo que seria inadmissível ao direito administrativo se fechar aos demais ramos do direito. Isto é salientado na docência de Celso de Mello (2004, p. 743) ao dizer que não há que se cogitar em qualquer distinção ontológica entre as infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais, uma vez que o que as diferenciam é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção. Dessa forma, se as sanções penais contam com o dever de fundamentação e uma estrutura dosimétrica para sua aplicação, *mutatis mutandis*, devem as sanções administrativas impostas pelos Tribunais de Contas contar com o mesmo arcabouço.

Adentrando no âmbito administrativo sancionatório processual, cumpre destacar a garantia constitucional do devido processo legal como orientador da tomada de decisões da Autoridade Administrativa Julgadora (CFB: art. 5º, inc. LIV[11]). São os elementos coligidos nos autos do processo que devem ser considerados na tomada de decisão do agente sancionador, respeitadas a ampla defesa, o contraditório e o dever de fundamentação. A tomada de decisão, aqui mencionada de forma ampla, não pode deixar de observar os estritos parâmetros legais de aplicação, ainda que baseada na discricionariedade administrativa. Isso se dá por meio da imprescindível necessidade de

motivação dos atos administrativos, elemento que funciona como garantia de respeito e observâncias das normas do ordenamento jurídico.

Contudo, a despeito do que entende a doutrina majoritária, a discricionariedade referente à tomada de decisões não se confunde com a motivação administrativa; pelo contrário, apenas expõe a apreciatividade das motivações da Administração Pública (SADDY, 2018). Enquanto prerrogativa, possibilita à Administração a adoção de certa margem de liberdade para eleger a solução que mais se adeque às circunstâncias do cotidiano. Já enquanto dever, traduz a obrigação da Administração de perseguir solução que melhor atenda ao interesse público.

A ciência do direito se debruça sobre o tema desde os primórdios do Direito Administrativo, buscando a melhor definição e natureza jurídica da discricionariedade administrativa. Todavia, tem-se que discricionariedade não é um termo preciso da arte, com um significado estabelecido, nem é um conceito que, quando encontrado, leva a consequências fixas. O núcleo semântico de discricionariedade depende do contexto em que ocorre, e das atitudes dos agentes públicos envolvidos. Todos esses elementos constituem o significado de discricionariedade (GALLIGAN *apud* SADDY, 2016, p. 154).

Hans Kelsen lecionou ser a discricionariedade um fenômeno inerente ao próprio processo de concreção e aplicação do direito, uma vez que, para esse autor, existe discricionariedade porque a resolução que se adota não vem determinada pela norma e, portanto, só pode ser fruto de uma eleição conforme seus próprios critérios. Para Herbert Hart, discricionariedade é exercida por diferentes operadores jurídicos dentro da margem de incerteza oriunda da vagueza da linguagem, de forma que a discricionariedade apenas emergiria em *hard cases*, nos quais a norma não prescreve uma única solução. Por fim, Ronald Dworkin fez uma analogia entre a discricionariedade e o buraco de um *donut*, isto é, seria a discricionariedade uma área de liberdade, dentro de um marco de constrições de normas ou ordens ditadas por autoridades hierarquicamente superiores, deixada para que seu aplicador decida sobre algum aspecto (SADDY, 2016).

Para fins deste estudo, e considerando o que parte da doutrina aceita sobre o assunto e seu argumento *ab auctoritate*, entende-se a discricionariedade administrativa como sendo a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos [jh1] [jh2] (SADDY, *op. cit.*, p. 156).

Saddy (*op. cit.*, p. 159) entende que a discricionariedade administrativa, a qual denomina apreciatividade, é "inferida pela interpretação sistemática de um conjunto de normas". E ainda, continua, ao afirmar que "deduz-se, portanto, da destinação da

pretensão, isto é, da composição e do funcionamento dos órgãos competentes a determinar seu alcance". Nessa senda, o que se pode concluir a partir da conceituação de discricionariedade é que a Administração Pública não está alheia aos princípios e balizas norteadores do Direito, especialmente nas ocasiões em que o legislador amplia a margem sua de atuação, pois sua razão de ser se faz tão somente para contextualizar a aplicação da norma no plano da efetividade.

Segundo Mello (2004, p. 750), uma discricionariedade exacerbada concedida ao operador do direito ao aplicar sanções possui o condão de, na prática, fazer com que elas sejam determináveis pelo administrador, e não pela lei. Verifica-se, assim, que a discricionariedade administrativa, por mais que encontre na motivação o elemento delimitador de seu conteúdo, ainda carece de critérios técnicos e jurídicos específicos para fundamentar a imposição de sanções restritivas, visto que vai contra às garantias constitucionais e à segurança jurídica.

Não por outro motivo, há quem busque distinguir a discricionariedade e a atividade técnica efetuada pela Administração Pública para imposição de sanções aos administrados. A discricionariedade se baseia em buscar diretrizes para atuação do poder público - coordenadora e preventiva. Noutra banda, a atividade técnica é a aplicação de matérias e normas jurídicas utilizadas como pressuposto da ação administrativa. Contribui Saddy (2016, p.80) que "não se trata, portanto, de uma verdadeira discricionariedade, mas sim [...] de uma técnica para reduzir progressivamente a discricionariedade". Sob o prisma do direito administrativo sancionador, verifica-se incabível inferir que a discricionariedade pura toma lugar acima da técnica. A margem de apreciação cognitiva da Administração deve ter espaço tão somente na inferência da melhor aplicação da norma para o interesse público (efetividade), o que não é a principal característica das normas sancionadoras (MONCADA, *apud*. SADDY, 2016, p. 82). Noutras palavras, a constatação da infração e o estabelecimento das circunstâncias - nível de gravidade, agravantes, atenuantes, entre outros - estão no âmbito da discricionariedade administrativa pura; diferentemente do que ocorre com a valoração das sanções, no qual a administração deve expressar os fundamentos e motivações por meio de um juízo de conteúdo técnico, com base nos elementos aferidas na fase anterior - o *quantum* é definido com base na análise técnica das circunstâncias.

Portanto, tem-se que uma discricionariedade pura na definição do *quantum* da multa aplicada pelos Tribunais de Contas não se coaduna com as diretrizes impostas pela Carta Política de 1998, uma vez que a Administração Pública, estando incutidos aqui os órgãos de Controle como as Cortes de Contas, está adstrita ao princípio da legalidade e razoabilidade. Tampouco se coadunam com as regras de controle previstas em leis infraconstitucionais, como as trazidas pela Lei nº 13.655/2018 que acrescentou os artigos

de 20 a 30 na LINDB, os quais informam regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, conforme se demonstrará a seguir.

7.DOSIMETRIA NA APLICAÇÃO DE MULTA PELO TCE/AM EM FACE AO ART. 22, §2 E §3 DA LINDB

A dosimetria das sanções de multas aplicadas pelas Cortes de Contas e o dever de motivação de suas decisões estão intimamente relacionados. Porquanto a dosimetria na aplicação da multa nada mais se constitui do que uma fundamentação, isto é, o pormenor não só do porquê deva ser aplicada (a multa) ao jurisdicionado, mas também o do porquê da quantidade a ser aplicada ao responsável no caso concreto.

Conforme explicitado no tópico anterior, trata-se de dois momentos distintos que compõem o sistema do processo administrativo sancionador. Independentemente do juízo interpretativo do aplicador da norma, o agente público tem o dever de motivar suas decisões, e os jurisdicionado, o direito de saber os motivos do decisório em sua plenitude. Em se tratando da dosimetria das sanções administrativas aplicáveis aos administrados, tal necessidade demonstra-se ainda mais imprescindível.

O império do ordenamento constitucional, no Estado de Direito, não permite inferir outra conclusão senão a que a imposição de sanções, seja administrativa, penal ou civil, deve estar adequadamente justificada, *i.e.*, devidamente motivada.

Nesse sentido, a determinação do *quantum* da sanção imposta ao particular não é nem deve ser arbitrada com base em critérios genéricos e abstratos. A própria natureza punitiva das sanções administrativas, como já salientadas linhas acima, obriga o agente administrativo a observar critérios de dosimetria específicos para quantificar as multas, através do uso da técnica.

É nesse sentido que o artigo 22, §2 da LINDB, ao tratar sobre a gestão pública, informa que devem ser consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida pelo jurisdicionado quando da aplicação de sanção ao mesmo, bem como deve ser observado ainda as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão

consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Acontece que a Corte de Contas Amazonense não dispõe em sua Lei Orgânica, Lei nº 2.423; nem em seu Regimento Interno, Res. 04/2002, um sistema dosimétrico de definição do *quantum* da multa a ser aplicada ao jurisdicionado *sub judice*. Essa ausência é, infelizmente, compartilhada pelos demais Tribunais de Contas brasileiros. Praticamente todos estabelecem, em suas Leis de Regência, apenas valores máximos e mínimos das multas, ficando, dessa forma, à discricionariedade dos Conselheiros estabelecer o *quantum* da multa aplicada. O principal argumento para esse cenário cultural em nosso ordenamento jurídico, no âmbito dos Tribunais de Contas, é a tese que sustenta possuir, a discricionariedade de aplicação de multa aos seus jurisdicionados, a natureza jurídica de um ato discricionário forte.

Em síntese, a classificação que divide os atos discricionários em fortes ou fracos informa existir três sentidos de discricionariedade, um forte e dois fracos. A natureza jurídica do primeiro faz referência aos casos em que a autoridade ou a norma atribua ao aplicador da ordem uma margem de decisão sem estabelecer nenhum tipo de critério que guie sua conduta. A natureza jurídica do segundo, por sua vez, reconhece dois sentidos de discricionariedade fraca, quais sejam: a) o primeiro sentido faz referência a que os critérios que guiam a conduta do aplicador não sejam suscetíveis de uma aplicação mecânica, mas sim que exijam uma operação de discernimento; e b) o segundo sentido faz referência ao aplicador da ordem, o qual tem de tomar uma decisão definitiva em atinência a determinado assunto, de tal forma que essa decisão não possa ser revisada nem anulada, posteriormente, por outra.

Nesse sentido, a discricionariedade que o TCE/AM possui em aplicar multas, dentro de valores mínimos e máximos, estabelecidos em sua Lei Orgânica, em um primeiro momento, parece ser de natureza forte, mas isso não procede. Explica-se. Apesar de a Lei Orgânica da Corte de Contas citada não estabelecer, ao fixar valores máximos e mínimos das multas, critérios para sua gradação em sua aplicação efetivas aos jurisdicionados, o princípio da unicidade do ordenamento jurídico implica uma observância, pela

administração de controle, dos dispositivos normativos que informam balizas para o exercício do controle da Administração Pública (SARMENTO, 2014).

Nesse sentido, temos o §2 do art. 22 da LINDB, inserido pela Lei nº 13.655 de 2018, que estabelece que “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”. Esse dispositivo informa critérios de ordem práticas para que sanções pecuniárias sejam aplicadas de forma proporcional ao caso concreto^[jh3] o. Mais do que uma ênfase na análise de individualização da sanção administrativa, buscou-se uma tutela para imposição de medidas sancionatórias, reduzindo o excesso da Administração Pública ao avaliar circunstâncias de uma infração. Sendo assim, o que antes estava prescrito apenas como parâmetro principiológico do Direito agora está positivado na norma, devendo ser interpretado como regra jurídica (HULSE, 2022, p. 44-46).

Consequentemente, têm-se que esses critérios não são facultativos à administração de controle, de forma que o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, ao estabelecer o *quantum* da multa, deve, necessariamente, expor as razões que o levaram a aplicar naquele montante, bem como expor os critérios que o levaram a estabelecer o *quantum* dentro dos valores máximos e mínimos permitidos por sua LO.

Dessa forma, tem-se que discricionariedade em aplicar multas no âmbito do TCE/AM é uma discricionariedade fraca, pois está vinculada a critérios e diretrizes a serem observadas na aplicação do direito público, quais sejam, o §2 do art. 22 da LINDB.

Todavia, tem-se que mesmo após a vigência do art. 22, §2 da LINDB, trazido pela Lei nº 13.655/18, publicada em 26.04.2018, a Corte de Contas Estadual em tela não tem caminhado no sentido de fundamentar, e por consequência, estabelecer parâmetros objetivos para gradação das multas aplicadas aos jurisdicionados. Como se verá adiante, os votos-relatórios apenas fazem alusão aos dispositivos que informam os valores máximos e mínimos permitidos para as multas aplicadas, ficando a cada relator seus critérios subjetivos de gradação.

Isso é evidenciado através da **Decisão nº 75/2019 – TCE/AM – Tribunal Pleno**, da relatoria do Auditor Mário José de Moraes Costa Filho, que aplicou multa no valor de R\$ 13.654,39 (treze mil seiscentos e cinquenta e quatro reais e trinta e nove centavos) a gestor municipal do interior do Estado do Amazonas por deixar de pôr no portal da transparência do Município os instrumentos previstos no art. 48 da Lei Complementar nº 101/2000, sem se utilizar de qualquer critério dosimétrico que fundamentasse a quantidade do valor da multa aplicada, nem sequer relacionou a conduta tida com ilegal em face das balizas expressa no art. 22, §2 da LINDB, tais como a aferição da natureza, gravidade e danos da

conduta irregular, bem como a aferição das circunstâncias agravantes, atenuantes e dos antecedentes do jurisdicionado.

É verdade que a conduta do gestor aludido precisa ser alvo de reprimenda pelo ordenamento jurídico, e isso implica, dentre outras cominações, a aplicação de multa ao gestor sub judice por grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional, como o foi no decisório supracitado tendo fulcro no art. 54, inciso II da LO do TCE/AM.

Todavia, há que se salientar que no exercício da competência sancionatória dos Tribunais de Contas deve-se levar em consideração não apenas as Lei Orgânica e Regimentais das referidas Cortes de Contas, mas também outras normas infraconstitucionais que informam o exercício da administração de controle, e nesse sentido, imperioso faz-se que no exercício da competência aludida a Corte de Contas do Amazonas atente para as balizas dosimétricas trazidas pelo art. 22, §2 da LINDB com a aferição da natureza, gravidade e danos da conduta irregular, bem como a aferição das circunstâncias agravantes, atenuantes e dos antecedentes do jurisdicionado.

No mesmo sentido do decisório supracitado é a **Decisão Nº 406/2019 – TCE/AM – Tribunal Pleno**, da relatoria do Conselheiro ARI JORGE MOUTINHO DA COSTA JÚNIOR, que aplicou multa a jurisdicionado sem se debruçar acerca de qualquer critério dosimétrico que levasse em conta a aferição da natureza, gravidade e danos da conduta irregular, bem como a aferição das circunstâncias agravantes, atenuantes e dos antecedentes do jurisdicionado. Mesmo em sede de Recurso, quando os jurisdicionados citam o art. 22, §2º da LINDB, cobrando uma fundamentação mais densa da Corte de Contas no que diz respeito ao *quantum* da multa, as unidades técnicas e os voto-relatórios nada dizem a respeito, pois, como se verá adiante detalhadamente, os mesmos confundem a categoria *fundamentar a sugestão de aplicação de multa* (unidade técnica) com fundamentar o quantum da multa sugerida (voto-relatório). Nesse sentido, *vide* os processos: **11444/2022; 11582/2022; 15158/2022 e 15686/2022**.

Individualmente, ainda quando reconhecem o tema, os Conselheiros dedicam poucos esforços argumentativos para debater a questão. Fica evidente no Voto nº 553/2022, do Gabinete do Conselheiro JOSUÉ CLÁUDIO DE SOUZA NETO, ao negar provimento ao recurso de revisão interposto pela Câmara Municipal de Urucurituba/AM. Nas fundamentações, ao enfrentar as razões do recurso quando à necessidade de ponderação e motivação pela tutela da LINDB, o Conselheiro se limita informar que “Em se tratando do art. 22, da LINDB pela Lei nº 13.655/2018, que teve como objetivo abrandar a decisão de órgãos julgadores no sentido de que levassem em consideração as dificuldades práticas enfrentadas por administradores públicos, também não se entende pelo cabimento neste caso específico.” (**RELVOTO nº 553/2022-GCJOSUECLAUDIO. Processo 10735/2022**).

Dessa forma, mesmo após a vigência do art. 22, §2 do LINDB, a qual se deu em 26.04.2018, a Corte de Contas do Amazonas vem reiteradamente aplicando multa aos jurisdicionados, como as com fulcro no art. 54, II, isto é, por grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária e operacional, sem observar as balizas dosimétricas trazida pelo dispositivo supracitado.

Reconhece-se que uma das dificuldade na aplicação do referido dispositivo da LINDB reside no fato de elencar quais ações podem ser encaradas como circunstâncias agravantes, atenuantes e antecedentes do jurisdicionado, e nesse sentido, em sede do TCU, em 2019, no bojo do **Acórdão nº 1308/2019- TCU/Segunda Câmara**, foi exarado o entendimento de que “a dosimetria da pena tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento em casos análogos”. Dessa forma, “o Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecidos”.

Não obstante, essa ausência legal de um rol de agravantes e atenuantes não tem impedido o TCU de construir, jurisprudencialmente, desenhos contextuais que podem ser considerados atenuantes no caso concreto. Nesse sentido, tem-se o **Acórdão nº 2459/2019 - TCU/Plenário** informando que “a mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação”. No entanto, “a ausência de obtenção de vantagem pela empresa pode ser considerada como atenuante no juízo da dosimetria da pena a ser aplicada, em função das circunstâncias do caso concreto”

Portanto, tem-se que esses Acórdão do TCU supracitados dialogam com o art. 22 da LINDB na medida em que, segundo esse dispositivo, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”, bem como: a) serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente; e b) as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Mediante o exposto, conclui-se que o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas deve, em que pese não haja um rol legal em sua Lei Orgânica ou no Regimento Interno prevendo situações agravantes e atenuantes, seguir os parâmetros dosimétricos informados pelo art. 22, §2 e 3 da LINDB, tal como vem o TCU se esforçando para construir uma jurisprudência que se coadune com o disposto no artigo da LINDB supracitado. Ainda, há que se observar na aplicação da multa sancionatória os antecedentes do jurisdicionado,

de forma que uma sanção aplicada a um jurisdicionado seja levada em consideração na dosimetria das demais sanções de mesma natureza, de forma a consubstanciar a isonomia entre casos análogos.

8.FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*

Em sede de Recurso (*vide* **Acórdãos nº 438/2021, nº412/2021, nº503/2021, nº528/2021, nº 246/2021, nº1805/2022 e 1539/2022**), quando instado a se manifestar em face da ausência de fundamentação do *quantum* das multas aplicadas nos termos do art. 54 da LO c/c art. 308 do RI, a Corte de Contas do Amazonas tem expressado que a referida fundamentação se dá na modalidade *Per Relationem*, isto é, mediante a concordância do voto relatório com pareceres e peças técnicas que o antecederam, nos termos do RE/1279757 transcrito abaixo.

(...) A matéria debatida, em síntese, diz com a constitucionalidade da utilização da técnica da fundamentação per relationem, quando o julgador apenas reproduz os fundamentos do parecer do Ministério Público. (...) A fundamentação per relationem é admitida pelo Superior Tribunal Justiça bem como pelo Supremo Tribunal Federal, sendo imprescindível, no entanto, que o julgador agregue fundamentos próprios. 2. A mera transcrição do parecer do Ministério Público não é apta a suprir a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal.

(STF - RE: 1279757 RS 0347858-33.2019.3.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/08/2020, Data de Publicação: 10/08/2020)

Quanto a isso, cabem as seguintes considerações.

Salienta-se que fundamentar uma aplicação de multa por grave infração à norma legal, nos termos dos art. 54, inciso II da Lei nº 2.423/96 c/c art. 308, inciso VI da Res. nº 04/2002 já citados nesse trabalho, por exemplo, não se confunde com fundamentar o *quantum* da mesma. Explica-se.

O artigo 84[12] da Lei Orgânica do TCE/AM, Lei nº 2.423, de 10.12.1996, informa que a estrutura organizacional dessa Corte de Contas poderá contar com órgãos auxiliares internos, os quais exercerão atividades de apoio técnico e administrativo, necessários ao exercício da competência da referida Corte, na forma estabelecida em resoluções.

Esse tema também é tratado no art. 74[13] e inciso do Regimento Interno da Corte de Contas em tela o qual informa ser atribuição dos setores técnicos aludidos identificarem

as controversas *sub judice* em função da legalidade, legitimidade e economicidade da despesa, bem como identificar as irregularidades e os vícios formais. Nesse sentido, se restar comprovada nos autos a responsabilidade do jurisdicionado em face às normas financeira e/ou orçamentárias, as referidas unidades técnicas, respeitado o contraditório e ampla defesa, poderão desde logo elaborar laudo técnico conclusivo, o qual fundamenta e indica as sanções cabíveis ao jurisdicionado *sub judice*[14].

Dessa foram, tem-se que a Corte de Conta em tela está estrutura em órgãos internos que cuidam de matérias específicas, e nesse sentido, um exemplo é a DICARP (Diretoria de Controle de Aposentadorias, Reformas e Pensões) que aprecia os processos atinentes à concessão inicial de aposentadoria, nos termos do art. 71, inciso III segunda parte da Constituição Federal; outro exemplo é a DICAPE (Diretoria de Controle de Admissão de Pessoal) que aprecia os processos atinentes à admissão de pessoal para fins de registro, exceto as referente a cargos em comissão, nos termos do art. 71, inciso III primeira parte^[15].

Disso decorre que essas diretorias técnicas são responsáveis por elaborar laudos técnicos conclusivos que evidenciem ter o gestor de verbas públicas incididos ou não em umas das hipóteses ensejadoras de aplicação de multa (art. 54 da Lei nº 2.423/96 c/c art. 307 e 308 da Res. nº 04/2002), que no caso da DICAPE, se consubstanciaria na perquirição em demonstrar se determinada admissão de pessoal respeitou ou não os limites previstos na LRF para despesas dessa natureza; ou se respeitou as hipóteses de acúmulo de cargos previstas no art. 37, XVI da Constituição Federal.

Salienta-se que, nessa empreitada, as diretorias técnicas da Corte de Contas do Amazonas apenas fundamentam e sugerem ao Relator do processo a aplicação das penalidades cabíveis, que a exemplo da DICAPE, quando caracterizada afronta à LRF na admissão de pessoal por determinado gestor de verbas públicas, fundamenta e sugere ao relator a aplicação de multa ao jurisdicionado com fulcro no art. 54, inciso II da Lei nº 2.423/96, nada dizendo sobre o *quantum* da multa a ser aplicado no caso *sub judice*.

Registra-se ainda que as referidas unidades técnicas realizam um juízo técnico de subsunção de fatos a normas, sem qualquer juízo de valor; apenas constatam, mediante as provas apresentadas nos autos, se o jurisdicionado aos quais irregularidades são imputadas incorreu ou não no rol de incidência das normas que autorizam a aplicação de sanções. Dessa forma, repisa-se, é competência das diretorias técnicas da Corte de Contas do Estado do Amazonas demonstrarem e fundamentarem tão apenas as irregularidades cometidas pelos jurisdicionados. Essas que, uma vez comprovadas nos autos, estarão de forma vinculada sujeitas ao poder-dever de controle externo do Tribunal de Contas previsto no art. 71 da Constituição (BORGES, 2013, p. 1).

Portanto, é nesse sentido que as diretorias fundamentam e sugerem ao Relator a aplicação de multa aos jurisdicionados, isto é, quando ficam demonstradas nos autos as irregularidades, conforme salientado acima.

Noutra esteira, com relação à fundamentação do *quantum* da multa aplicada, que se consubstancia em um ato discricionário fraco, como ficou demonstrado no tópico VI, não é da competência das diretorias técnicas da Corte de Contas em tela o fazê-lo, porquanto trata-se de competência dos órgãos colegiados do Tribunal de Contas, conforme já salientado nesse trabalho (MATIAS, 2019, p. 3). Registra-se ainda que tal dosimetria poderia estar presente no voto-relatório do decisório, isto é, este indicaria não apenas as graduações previstas no art. 53 da Lei da Lei nº 2.423/96 c/c art. 307 da Res. nº 04/2002, mas também fundamentaria uma dosimetria delineada em função da natureza, gravidade e danos provenientes da infração cometida, bem como em função de agravantes, atenuantes e antecedentes do agente, nos termos do art. 22, §2 acrescentado pela Lei nº 13.655, de 2018, à LINDB.

Não obstante, por mais que tímidos, alguns passos importantes foram dados para evidenciar a interpretação do art. 22, §2º, da LINDB como parâmetro de aplicação das sanções administrativas. Resta claro para o Conselheiro JÚLIO ASSIS CORRÊA PINHEIRO que o escopo pedagógico deve se sobressair da função puramente punitiva da pena, justificando que “o objetivo da Administração Pública deve ser atender ao interesse público, mesmo que algumas formalidades não tenham sido cumpridas com atenção à sacralidade das formas” (RELVOTO nº 605/2022-GCJPINHEIRO. Processo 10973/2022).

Mediante o exposto, conclui-se a **fundamentação do *quantum* da multa aplicada não se encontra compreendida na fundamentação *per relationem***, uma vez que apesar de determinadas irregularidades cometidas por determinado gestor público ficarem comprovadas nos autos pelas diretorias técnicas do Tribunal de Contas do Amazonas (o que implica desde logo de forma vinculada a sujeição dos gestores ao poder-dever de controle externo, poder-dever que pode ensejar a aplicação de multas), **a cominação das multas sugeridas, isto é, o *quantum* a ser aplicado dentro do limite máximo e mínimo estabelecido no art. 308, VI da Lei Orgânica por exemplo, precisa ser devidamente motivada e fundamentada pelos órgãos colegiados da Corte de Contas, porquanto as diretorias técnica apenas fundamentam a sugestão da aplicação de multa[16], pois não o é de sua competência fundamentar o *quantum* da multa a ser aplicada.**

9.CONCLUSÃO

Conclui-se que a definição do *quantum* da multa se consubstancia em um direito de todos os jurisdicionados compreenderem os critérios que levaram a Corte de Contas do Amazonas a impor certa sanção ao gestor na medida determinada.

Nesse sentido, uma modificação na rotina sancionatória do Tribunal em tela, almejando estabelecer procedimentos objetivos, no que diz respeito à fundamentação do *quantum* da multa, irá ao encontro dos anseios de um processo de controle que privilegie cada vez mais a segurança jurídica e a transparência, bem como irá proteger a imagem do próprio Tribunal de Contas na medida em que reduzirá o subjetivismo e inibirá acusações indevidas de proteção a certas pessoas ou entes.

Ratifica esse entendimento a inclusão, pela Lei nº 13.655/2018, do art. 22 e § seguintes na LINDB, o qual, em sua essência, positiva a cultura do respeito aos precedentes como sendo um novo norte da administração de controle, porquanto os encarregados de aplicarem o direito público, dentre eles o Tribunal de Contas do Amazonas, devem aperfeiçoar os critérios da dosimetria na aplicação das sanções pecuniárias.

Por fim, registra-se que os autores desse trabalho não tiveram a pretensão de esgotar o tema, visto que há um longo caminho a ser trilhado em direção a uma administração de controle mais proba e transparente, que proteja e promova, em sua plenitude, os direitos dos administrados como o da segurança jurídica, o qual, dentre outras formas, se consubstancia em uma fundação de decisão que compreenda todas as irregularidades e consequências advindas das mesmas.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEITTO, Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Editora fórum. 2018. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-doshttps://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

DIAS, Jean Colbert et al. O Direito Penal E O Direito Administrativo Sancionador Como Peças Do Macrossistema Punitivo brasileiro E A Rejeição Ao Bis In Idem. Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno. Faculdade de Direito da PUC-SP. <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM> |v.1 -n.4 | p.112-128 | Jan/Abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/56629/39745>. Acesso em: 15/05/2023.

GUERRA, Evandro Martins. Tribunal de Contas. In: GUERRA, Evandro Martins. Controle Externo da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019. página 165. <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3959/4103/24561>. Acesso em: 6 jul. 2021

HULSE, Luiz Augusto Nagel. Controle Externo e o § 2º do art. 22 da LINDB: um estudo da aplicação de sanções pecuniárias pelo TCE-SC. Trabalho de Conclusão de Curso –

Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis. 2022. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/233067>. Acesso em: 21/05/2023.

RFB. Constituição Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 jun. 2021

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Editora Juspodvm. 2021. p. 730-732.

Lei do Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Estadual. Lei Estadual nº 2.794, de 06 de maio de 2003. https://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%E7%E3o%20Estadual/Lei%20Estadual/Ano%202003/Arquivo/LE_2794_03.htm. Acesso em: 15/05/2023.

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em 22 jun. 2021.

Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, Lei nº 2.423, de 10.12.1996. <https://www2.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/01/2423-96-LEI-ORG%C3%82NICAhttps://www2.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/01/2423-96-LEI-ORGÂNICA-DO-TCE-COMPILADA-ATÉ-LEI-COMPLEMENTAR-204-2020.pdfDO-TCE-COMPILADA-AT%C3%89-LEI-COMPLEMENTAR-204-2020.pdf>. Acesso em 22 jun. 2021.

Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, Resolução 04/2002. <https://www2.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/09/REGIMENTO-INTERNO-RES.-04https://www2.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/09/REGIMENTO-INTERNO-RES.-04-2002-alterado-até-Resolução-n-04-2018.pdf2002-alterado-at%C3%A9-Resolu%C3%A7%C3%A3o-n-04-2018.pdf>. Acesso em Acesso em 22 jun. 2021.

SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional, Teoria, História e Método de Trabalho. Editora Fórum. 2014. p. 199-202.

DALLA BARBA, Giorgio Rafael. Direitos Fundamentais e Teoria Discursiva. 1ª Ed. Editora Juspodvm. 2018.

FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas – competência normativa e devido processo legal. Revista Diálogo Jurídico. Disponível em: <https://www.jacoby.pro.br/tc/artigosoutros/ao1.html>. Acesso em 06 jun. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. Editora Malheiros. 36ª Ed. São Paulo, São Paulo: 2004.

Lei de Processo Administrativo Federal, LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 22 jun. 2021.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LEI Nº 13.655, DE 25 DE ABRIL DE 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em 23 jun. 2021.

SADDY, André. Atividade apreciativa da Administração Pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Rev. Direito Adm. 2018, n. 3, p. 139-168.

SADDY, André. Conceitos Jurídicos Indeterminados e sua margem de livre apreciação. Rev. Direito Adm. 2016, n. 1, p. 55-99.

BORGES, Maria Cecília. Da aplicação das sanções de multa e ressarcimento ao erário pelos Tribunais de Contas e de sua transmissibilidade aos sucessores do gestor público falecido. Revista Controle - RTCE, ano 16, n. 11.1, p. 1-2, jan./ jun. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/161/21043/37282>. Acesso em: 05.07. 2021

MATIAS, Arthur J. J. Dosimetria da pena e sua implicação no processo de contas. Fórum Administrativo - FA, ano 20, n. 219, p.3-4 maio 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/41793/89794>. Acesso em: 05.07. 2021

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Manual de Sanções Administrativas do TCU. Portal TCU. Publicado em 28/05/2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/manual-de-sancoes-administrativas-do-tcu.htm>. Acesso em: 13/05/2023.

NOTAS:

[1] Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Amazonas.

[2] Decisão nº 75/2019 – TCE/AM – Tribunal Pleno; Decisão Nº 406/2019 – TCE/AM – Tribunal Pleno; Acórdão nº 1308/2019- TCU/Segunda Câmara; Acórdão nº 2459/2019 – TCU/Plenário; Acórdãos nº 438/2021 – TCE/AM, nº412/2021 - TCE/AM, nº503/2021 - TCE/AM, nº528/2021 - TCE/AM e nº 246/2021 - TCE/AM – e Processos nº 13641/2022-TCE/AM; nº 12540/2022-TCE/AM; nº 11444/2022; nº 11582/2022; nº 15158/2022; nº 15686/2022; nº 10735/2022; nº 10973/2022; nº 11305/2022; nº 12969/2021; nº 13977/21 e nº 15239/2021.

[3] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

[4] Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

(...)

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- o Supremo Tribunal Federal;
- o Conselho Nacional de Justiça;
- o Superior Tribunal de Justiça;
- o Tribunal Superior do Trabalho;
- os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- os Tribunais e Juízes Militares;
- os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

[5] Decreto exarado no governo de Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidosdo Brazil.

[6] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

[7] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo

Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[8] Art. 54 - O Tribunal poderá aplicar multa de até R\$ 14.894,73 (quatorze mil, oitocentos e noventa e quatro reais e setenta e três centavos), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

- contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único, do artigo 25 desta Lei;
- ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
- ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário;
- não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência ou a decisão do Tribunal;
- obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;
- sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;
- reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

[9] Art. 53 - Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa até 100% (cem por cento) do valor do dano causado ao erário, corrigido monetariamente.

Parágrafo único. Mesmo quando julgar as contas regulares com ressalva, poderá o Tribunal aplicar multa de até 30% (trinta por cento) do valor previsto no art. 54, em razão das impropriedades ou faltas identificadas, hipótese em que a quitação ao responsável estará condicionada ao seu pagamento.

[10] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[11] CF/88, art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[12] Art. 84 - O Tribunal de Contas disporá de órgãos auxiliares para atenderem às atividades de apoio técnico e administrativo, necessárias ao exercício de sua competência na forma estabelecida em Resolução.

[13] Art. 74. – Os setores técnicos farão a análise preliminar dos processos, providenciando, no prazo de quinze dias, pela ordem, o seguinte:

– a identificação dos aspectos controversos quanto à legalidade, legitimidade e economicidade da despesa, as irregularidades e os vícios formais;

– a identificação dos responsáveis pelas contas, imputando-lhes nominalmente os valores considerados em alcance, se existentes e se já nessa fase for possível serem identificados, e, se for o caso, estabelecendo a responsabilidade solidária;

– a notificação inicial do(s) responsável (eis) ou do(s) terceiro (s) para a apresentação de justificativas, documentos complementares e razões de defesa, se for o caso, facultando-se a ele(s) a possibilidade de, no prazo para a apresentação da defesa, recolher as quantias devidas e, através dessa providência, pleitear a regularização das contas (...)

[14] Art. 78. Apresentada ou não resposta à notificação a que se refere o inciso II [leia-se inciso III, posto que o II versa sobre imputação de responsabilidade] do art. 74 deste Regimento, no prazo de quinze dias, será emitido o laudo técnico conclusivo.

[15] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

[16] Pode-se concluir isto a partir da análise dos Laudos Técnicos Conclusivos da DICAPE de nº10/2021, nº41/2021, nº15/2019, nº40/2021, nº39/2021, nº 8/2021 e 17/2021; e DICAMI LTC nº 235/2018

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS EM FACE A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INCOMPATIBILIDADE COM O CONCEITO DE CULPA NA ESFERA CIVIL.

ESTER RODRIGUES DOS SANTOS:
Acadêmica do Curso de Direito da
Instituição de Ensino Superior (IES) da rede
Ânima Educação – Centro Universitário Una
Betim/MG ⁷⁵

FRANCIELLE JANUARIO DE OLIVEIRA

(coautora)⁷⁶

RESUMO: Com o intuito de analisar os novos pressupostos advindos com a alteração da lei de Improbidade administrativa, conforme a Lei nº 14.230/2021. O trabalho exposto tem como objetivo central analisar a alteração legislativa da nova lei de improbidade administrativa, a fim de verificar a efetividade da norma, inclusive sob o prisma da extinção de algumas espécies da culpabilidade, elemento característico da responsabilidade civil. Além deste aspecto, definiremos o conceito de administração pública e agentes públicos, os princípios da administração pública, o conceito de culpa no direito civil e demonstrar a importância da culpa para as sanções previstas em lei. A seguir, é exposta uma análise sintética acerca da Nova Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 14.230/2021.

Palavras chave: improbidade administrativa, administração pública, agentes públicos, culpabilidade, alteração legislativa.

ABSTRACT: In order to analyze the new assumptions arising from the amendment of the Law of Administrative Improbity, according to Law N°14.230/2021. The main objective of the exposed work is to analyze the legislative alteration of the new law of administrative improbity, in order to verify the effectiveness of the norm, including under the prism of the extinction of some species of culpability, a characteristic element of civil liability. In addition to this aspect, we will define the concept of public administration and public agents, the principles of public administration, the concept of guilt in civil law and

75. Email: ester.santos.r15@gmail.com. Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Instituição de Ensino Superior (IES) da rede Ânima Educação. Ano 2023 Orientador: Prof. Janaína Alcântara Vilela

76 Acadêmica do Curso de Direito da Instituição de Ensino Superior (IES) da rede Ânima Educação – Centro Universitário Una Betim/MG. Email: franciellejanudireito@gmail.com. Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Instituição de Ensino Superior (IES) da rede Ânima Educação. Ano 2023 Orientador: Prof. Janaína Alcântara Vilela

demonstrate the importance of guilt for the sanctions provided by law. Below is a summary analysis of the New Law on Administrative Improbability, Law nº. 14.230/2021

Key Words: Administrative dishonesty, public administration, public agentes, culpability, legislative change

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central, aprofundar o conhecimento científico a respeito das novas alterações trazidas para a Lei de Improbidade Administrativa (LIA - 8.429/92) através da Lei 14.230/2021, sobretudo no que tange a reforma do elemento que caracteriza os atos considerados ímprobos.

O tema merece destaque pois é de conhecimento geral que a administração pública é peça fundamental para o bom equilíbrio social, visto que é através dela, que as ações em prol da sociedade são elaboradas e cumpridas. Desse modo, é importante prezar pelo bom funcionamento, e exercer a fiscalização.

A gerência do serviço público é exercida pelos agentes públicos que detêm responsabilidades na prática de atos, de forma que, quando agem em desconformidade com a moralidade e os princípios administrativos, poderão ser punidos com base na lei de improbidade administrativa Lei 8.429 de 1992, recentemente alterada pela Lei 14.230 de 2021, cujo conteúdo foi modificado em diversos aspectos.

É de grande valia mencionar que anteriormente a culpa em todas suas espécies era considerada para caracterização da improbidade administrativa. Com essa modificação, passou-se a considerar apenas a culpa na sua modalidade dolosa, com isso surge alguns questionamentos em torno desta alteração legislativa, em que a menção direta a subespécie de culpa na modalidade dolosa, como pressuposto para se caracterizar atos de improbidade administrativa, restringe a eficácia da norma.

O questionamento se dá em face a efetividade desta nova lei, de modo a compreender se a alteração legislativa contribuirá para o melhor funcionamento da "máquina pública" ou enfraquecerá a norma legal de repressão por descaracterização de ato de culpa.

O tema abordado, será apresentado através de pesquisa básica, cujo seu tipo será o descritivo. A abordagem a ser utilizada é a qualitativa, de modo que seja possível fazer a análise das informações coletadas, afim de fundamentar as hipóteses mencionadas, utilizando-se do método hipotético dedutivo para validá-las.

Através da revisão bibliográfica, se pretenderá demonstrar que há uma redução da eficácia da norma, se adotar apenas a culpa na sua modalidade dolosa.

2.0 QUE É A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Sob uma análise etimológica da palavra Administração, deriva-se do latim, que significa *“ajuda, execução, gestão, direção”* e cumulativamente com o significado palavra pública, cujo procedência é do Latim publicus, *“relativo ao povo”*. Desse modo tem-se um conceito bem raso de que a administração, que é a gerência relativa ao povo.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2020) a doutrina discute que a expressão *“Administração Pública”* pode ter mais de um sentido, delimitando dois pontos de vista, sendo eles: o sentido subjetivo que consiste na gestão dos interesses públicos a ser executada pelo Estado, podendo ser por uma organização interna, prestação de serviços de cunho público ou até mesmo pelo poder de polícia, exprimindo assim a ideia de atividade, tarefa, ação; e no sentido objetivo que conforme o autor José dos Santos Carvalho Filho (2020, p.842) pode ser entendido também como *“conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas”*.

Diante os possíveis aspectos para definições, Maria Sylvia Zanella (2022, p.101) define a administração pública como *“a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos”* Zanella (2022, p.101).

2.1 Quem são os agentes públicos?

A execução dos atos da administração públicas é incumbida aos agentes públicos da esfera administrativa, e são definidos com base no art 6º, V da lei nº 14.133/21, expressando ser:

V - Indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2021, p.647) o conceito de agente público tem sentido amplo, a qual define que são um conjunto de pessoas que exercem uma função pública como preposto do Estado.

Portanto, o exercício da atividade estatal é exteriorizada pela manifestação de vontade das pessoas físicas atuam em prol deste. Segundo o autor, são considerados

agentes públicos: agentes políticos, agentes particulares colaboradores, servidores públicos, agentes necessários e agente putativos.

Zanella (2022, p.712) conceitua que os agentes públicos é pessoa física que presta serviços ao Estado e as pessoas jurídicas da Administração Indireta, compreendido como agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público, ou seja, todos aqueles que exerçam alguma função pública, não importando o vínculo, consagradas através do art. 37 da CF/88.

É de grande valia ressaltar que estes profissionais cujo caráter da sua prestação de serviço seja pública, estão sujeitos a direito e deveres, inclusive a responsabilizações de cunho civil, penal e administrativo pelo exercício de suas funções. Zanella (2022, p. 799), cita a lei estatutária para fortalecer que um dos deveres dos agentes públicos, dentre outros, é a obediência e a lealdade, de modo que estes devem pautar seus atos em conformidade com os princípios da administração pública.

2.2 Os princípios inerentes à Administração Pública.

Nas palavras de José Cretella Júnior, os Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência (Di Pietro, 2017, p. 133).

Em outras palavras, são os princípios, que oferecem coerência e harmonia a todo o ordenamento jurídico, procurando eliminar lacunas, além de aparentes contradições, razão pela qual toda a interpretação deve ser feita levando em conta seu conteúdo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro(2022), a Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98), aos quais a Constituição do Estado de São Paulo acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. 111).

Assim, pode-se dizer, em síntese, que os princípios surgem como parâmetros para a interpretação do conteúdo das demais regras jurídicas, apontando as diretrizes que devem ser seguidas pelos aplicadores da lei.

Para Celso Spitzcovsky (2022), é importante destacar que a Administração Pública, nas quatro esferas de governo, é composta por uma estrutura direta e outra indireta composta por figuras que só podem atuar para a preservação do interesse público, razão pela qual sobre elas incidem os mesmos princípios.

3.0 CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nas palavras de José dos Santos Carvalho (2022), a doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de probidade e de moralidade, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º).

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022) explica que não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública.

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Nas palavras de Celso Spitzcovsky (2022), o termo improbidade administrativa indica desonestidade administrativa, razão pela qual se apresenta como uma imoralidade qualificada, uma vez que caracterizada pela presença do dolo, que surge dessa maneira como elemento comum a todas as hipóteses de improbidade previstas em lei.

Por fim, nas concepções doutrinárias de José dos Santos Carvalho Filho (2022), melhor é esta última posição. De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas; de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa.

Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade.

3.1 As espécies de atos considerados ímprobos para a administração pública.

A nova redação da Lei de Improbidade administrativa traz à baila em seu art. 9º, 10º e 11º, três espécies de atos públicos que caracterizam a improbidade administrativa, tem-se assim: (i) o enriquecimento ilícito, (ii) os atos que causam lesão ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública e (iii) a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade. O que difere da antiga redação dada a lei nº 8.429/ 1992 é que tais atos necessitam da caracterização da modalidade

dolosa para que o agente seja passível de punições, previstas no art. 37, §4 da constituição federal de 1988 e o art.12 da lei nº 14.230/2021.

Para que se compreenda o grau de prejuízo da administração pública é preciso adentrar nos conceitos que caracterizam os atos citados acima.

O art. 9º da nova redação, conceitua o enriquecimento ilícito:

Art. 9º: Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

O conceito do enriquecimento ilícito pode estar estritamente ligado a um princípio norteador do direito obrigacional, a vedação do enriquecimento ilícito. Tal conceito é regido pelo Art. 884. do CC/2015, que define o enriquecimento ilícito: *"Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários"*

Em que pese, apesar de possuir similaridade entre os dois institutos, eles possuem premissas diferentes. A ponto de distinguir os dois institutos, Waldo Fazzio Jr. (2016) cita Francisco Bilac Moreira Pinto (1960, p. 140-141), ao certificar que os elementos constitutivos do enriquecimento ilícito cível são compreendidos em: atribuição patrimonial válida, enriquecimento de uma das partes, empobrecimento da outra, correlação entre o enriquecimento e o empobrecimento, e ausência de causa jurídica.

Neste diapasão, pode ser assimilado como a transferência de bens de uma pessoa a outra sem regência de uma conduta ou norma jurídica que a regularize. Já no caso do enriquecimento ilícito considerado como ato improbo, não contém a atribuição patrimonial válida, e sim a percepção de vantagem patrimonial, e não há necessariamente uma correlação entre enriquecimento de um, e empobrecimento de outrem, No caso do poder público, nem sempre há o prejuízo ao erário pois apenas os meios são utilizados para tal ação, tendo assim liame causal entre a conduta administrativa e a vantagem patrimonial, além de ser praticada pela conduta dolosa do agente.

Sendo assim está-se diante do aspecto subjetivo da improbidade administrativa.

Neste sentido, o tema fica mais delicado, e não somente pelo fato do enriquecimento de um lado, e sim por se tratar de um ato praticado por influência ou

abuso de cargo ou função pública em face do patrimônio público⁷⁷. Este tem como definição o conjunto de bens que pertencem ao domínio do Estado e que se institui para atender a seus próprios objetivos ou para servir a produção de utilidades indispensáveis a necessidade coletiva, cujo o agente público nomeado tem como sua principal prerrogativa o zelo e a prestação de serviços públicos a toda coletividade.

Assim sendo, quando o agente público ele utiliza da posição especial que ocupa para aumentar seu patrimônio particular, há a infringência de alguns princípios da administração pública. Sob esta perspectiva é notado o grau de reprovabilidade deste ato, tendo em vista que ele usufrui do que é de todos para alcançar interesses individuais, sendo considerado o ato mais grave dentre os demais (Waldo Fazzio Júnior - 2016).

Outro ato considerado improbo, é a lesão ao erário, prevista no art. 10º da Lei 8429/92 alterada recentemente, aduzindo o seguinte:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: "

O conceito de erário trazido pelos dicionários populares, o conceituam como "*o conjunto de recursos financeiros públicos, como o dinheiro e bens do estado; tesouro e fazenda*⁷⁸", e pode ser compreendido também como os recursos financeiros provenientes dos cofres públicos da Administração Pública direta e indireta, bem como aqueles destinados pelo Estado.

Em síntese, trata-se de atos que desviam o patrimônio público econômico, em decorrência do desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, possuindo como sujeito ativo pessoa física ou pessoa jurídica. Nota-se, portanto, o aspecto objetivo da improbidade administrativa, cujo foco não é a vantagem alcançada pelo agente, mas sim o desfalque ao patrimônio público.

A título de exemplificação, Waldo Fazzio Jr (2016) traz uma possível circunstância passível de atos que lesam o erário público:

⁷⁷ Conceito conforme o glossário do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP

⁷⁸ Conceito retirado da pesquisa junto ao dicionário Oxford Languages.

Toda vez que os órgãos e entidades públicas se prestam a subsidiar ou suprir deficiências, na prestação semiprivada de serviços públicos, se apresentam condições propícias para o desvirtuamento finalístico da administração dos recursos de todos. (Fazzio Jr, 2016, p.208)

Nesse artigo está-se diante de duas alterações legislativas, veja abaixo o quadro comparativo:

Seção II	
Dos atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário	
Lei 8.429/1992 Redação atual (Lei 14.230/2021)	Lei 8.429/1992 Redação originária
Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente , perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:	Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa , que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente.

Quadro comparativo extraído do livro "Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa"

Com base nesse quadro é notório que este artigo foi um dos que mais sofreram alterações com a lei 14.230/2020. Nota -se que anteriormente se permitia o enquadramento à improbidade administrativa, a ação ou omissão de cunho culposos, e ainda não havia a necessidade de demonstrar a efetiva lesão ao erário, o que já não é mais possível após a publicação da nova lei.

Por conseguinte, para se caracterizar lesão ao erário como ato improprio, Rafael Carvalho e Daniel Amorim (2022) enfatiza os atos que a configura, são eles: efetiva e comprovada lesão ao erário; conduta dolosa, comissiva ou omissiva, do agente ou do terceiro; nexos causal ou etiológico entre a lesão ao erário e a conduta do agente público ou do terceiro.

A última conduta considerada como ato ímprobo diz sobre a violação aos princípios da administração pública, conforme preleciona o artigo 11 da lei 8.429/1992 alterada pela lei 14.230/2021:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas.

Nesta classificação está-se diante do desrespeito aos deveres e princípios que são impostos aos agentes públicos que configura um atentado contra os princípios da administração pública, conhecido como LIMPE: legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência.

3.2 As punições aplicadas em atos característicos da improbidade administrativa

As punições aos agentes públicos que praticam atos ilícitos à administração pública derivam do Direito Administrativo Sancionador, conhecido também como DAS, foi definido por Benedito Gonçalves e Renato César Guedes Grilo (2021), como:

A expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado.(Gonçalves, Grilo. 2021, p. 2)

A partir daí, tem-se as sanções previstas na Lei de Improbidade administrativa alterada recentemente, prevista no art.12, que podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, tendo como critério de valor a gravidade do fato.

Dos atos considerados como ímprobos, o enriquecimento ilícito é o mais gravoso, cujo o agente pode ser responsabilizado com o maior grau de punibilidade, estando sujeito a perder os bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial. Poderá ser proibido de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos e ainda é passível de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por até 14 anos.

Quanto ao dano ao erário, o agente da ação ilícita está sujeito as mesmas punibilidades prevista acima, porém o prazo é reduzido de 14 para 12 anos.

Os atos que vão contra a administração pública tem sanções um pouco mais branda, e possui um cunho financeiro maior, não atingindo diretamente o patrimônio incorporado em decorrência de aquisição ilícita, além de não perder a função pública e nem a suspensão do direito ao Sufrágio.

Á vista disso, poderá ser punido pela condenação ao pagamento de multa civil de até 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos.

É de grande valia estabelecer que a punição deve estar em consonância com o ato, respeitando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, sendo assim a lei prevê que no caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtido.

Importa frizar que a perda da função pública corresponde apenas ao cargo cujo agente exercia no período do acometimento do fato, mas poderá ser agravado conforme a gravidade do fato e o caso concreto, podendo, através de decisão judicial ser estendida aos demais vínculos. Sob a aplicação de medidas coercitivas, o juiz também poderá aumentar em dobro a multa arbitrada, a partir da análise da situação econômica do réu, quando for observado que as demais sanções serão inócuas.

Quanto as punições abarcarem as pessoas jurídicas, deve se prezar pela manutenção da atividade, ou seja, deverão ser aplicadas sob a análise do impacto nos efeitos econômicos e sociais.

4 AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Com o advento da lei nº 14.230/2021, a lei de improbidade administrativa nº 8.429/92, sofreu diversas mudanças legislativas, desde seu aspecto sancionador quanto o seu aspecto legal e caracterizador. Tais alterações foram as mais consideráveis desde o início de sua vigência, em 1992.

No que tange a sua esfera sancionadora, tem-se que as penalidades serão aplicadas de forma mais branda quando a lei anterior, concedendo ao juiz a possibilidade de converter as sanções em multas, e criando a possibilidade de celebração de acordo pelo Ministério Público.

Quanto a alteração legal caracterizadora, a espécie de culpa foi retirada dos quesitos para a configuração de um ato ímprobo, e acrescentou-se apenas a modalidade dolosa, atrelada com a necessidade da demonstração da perda real do patrimônio quando se trata de lesão ao erário, portanto, considerada como a principal modificação.

4.1 EXCLUSÃO DA FORMA CULPOSA

Os atos decorrentes da modalidade culposa, não poderão ser classificados como ímprobos conforme o art. 1º, §1º da lei 8.429/92. Sob essa égide, o art. 186 do Código Civil de 2015, a imprudência, negligência e imperícia não serão capazes de definir o ato acometido pelo agente público como ilícito.

4.1.1 O conceito de culpa no âmbito Direito Civil:

Em razão da exigência de configuração de dolo para todas as hipóteses relacionadas ao longo dos artigos. 9º, 10 e 11, de acordo com as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021, faz-se necessário entender o conceito de culpa, para abordagem da responsabilidade em âmbito Civil.

A culpa sempre foi uma categoria jurídica amplamente investigada pelos estudiosos do Direito, seja no Brasil ou no Direito Comparado. A culpa, no tocante à responsabilidade civil, seja esta contratual ou extracontratual – se ainda se quer dividir –, sempre ocupou um papel principal nas discussões doutrinárias.

Do Direito Alemão, Von Thur visualiza a culpa, em sentido amplo, como um comportamento reprovado pela lei, sendo a violação de um contrato ou o cometimento de um ato ilícito. Deixa claro que aquilo que a norma jurídica reprova é a vontade maligna ou negligente do indivíduo. Para Karl Larenz, por imputação subjetiva ou culpa entende-se a conduta praticada pelo agente mesmo com a consciência de tratar-se de uma injustiça ou de algo pessoalmente reprovável (1927).

O conceito de Larenz é bem atual e pode ser relacionado a condutas consideradas socialmente reprováveis, geradoras do chamado dano social, que ainda será nesta obra estudado. (Fernando Capez, 2011)

Entre os brasileiros, é amplamente conhecido o conceito de Clóvis Beviláqua, amparado em Pothier, Saleilles, Planiol, entre outros, no sentido de que “a culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina a violação do direito alheio ou que causem prejuízo a outrem”. Trata-se do conceito que inspirou o art. 159 do Código Civil anterior. Além disso, amparado em Chironi, afirma Beviláqua que na culpa “há sempre a violação de um dever preexistente”.

O Código Civil de 2002 mantém o princípio da responsabilidade com base na culpa (art. 927), definindo o ato ilícito no art. 186, verbis:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, o art. 186 do Código Civil brasileiro define o que se entende por comportamento culposo do agente causador do dano: *“ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”*. Em consequência, fica o agente obrigado a reparar o dano.

Por todos os conceitos aqui expostos, pode-se afirmar que a culpa deve ser entendida em sentido amplo (lato sensu) e em sentido estrito (stricto sensu). No primeiro sentido, a culpa engloba o dolo – a intenção de prejudicar outrem, a ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do Código Civil brasileiro – e a culpa estrita – que vem a ser o desrespeito a um dever preexistente ou a violação de um direito subjetivo alheio, pela fuga de um padrão geral de conduta.

4.1.2 A importância da culpa para as sanções previstas em lei.

Com o advento dessa nova lei dividiu opiniões, de um lado tem-se os pesquisadores que acreditam que a exclusão da culpabilidade em geral, provocou um efeito benéfico para a administração pública. Segundo Matheus Santos Mendonça e Matheus Silva de Carvalho (2022), essa alteração diminuiu com fenômeno “apagão das canetas”, ou seja o receio ínsito aos gestores públicos de sofrerem com processos por improbidade administrativa ao decidirem de determinado modo, contribuindo assim para um melhor funcionamento da máquina pública, pois afirma que os gestores passam a ser mais criativos e ousados na tomada de decisão.

E por outro lado, temos Vanessa Carla Florentino de Jesus Carvalho e Walyson Cássio de Assis (2022) mencionando que a mudança na condição caracterizadora do ato de improbidade facilitou a corrupção ao obstaculizar a comprovação da intenção do agente em cometer ato lesivo à Administração Pública.

Antônio Ivanildo Pereira de Souza (2022) fomenta que:

“A partir do momento em que uma norma deixa de punir o agente público por culpa, dificultando a perda do cargo público por parte de quem cometa atos de improbidade, isso oferece margem para que esse agente aja com negligência, imprudência ou imperícia, certo de que não terá nenhum ônus,

mesmo que cause danos ao erário, pois não teria agido com manifestação de vontade”.

Esta-se diante de duas vertentes que possuem argumentos plausíveis para sua validação, porém é necessário utilizar da ponderação para avaliar o que gera mais prejuízo à Administração Pública.

Nos tópicos anteriores, foi feito uma análise sobre os atos que são considerados ímprobos, e em relação as três espécies, tem-se o enriquecimento ilícito e a violação aos princípios da administração pública já tinham como requisito para configuração de ilicitude. O ato ser praticado dolosamente, porém a lesão ao erário continha a previsão legal para ser configurado de forma culposa, e de fato, deveria continuar sendo aplicada e ser estendida também a violação da LIMPE.

A lesão ao erário trata diretamente do prejuízo financeiro acometido pelo agente público. Sabe-se que ao contratar com a administração pública ou ao tomar posse do cargo público, há direitos, deveres e premissas a serem exercidos nos termos da Lei nº 8.112/90, de modo que a sua obrigação e orientação é agir dentro das legalidades previstas no exercício de sua função, afinal é dever do agente público agir com zelo.

Em outras palavras, se o agente age com imprudência, imperícia ou negligência, ele deverá ser responsabilizado nos moldes da referida lei, pois ele detém o dever de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares, mantendo conduta compatível com a moralidade administrativa e demonstrando-se contra a ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Por tais razões, quando não há o respeito com os deveres da sua função, o agente público vai contra os princípios da administração pública sem a necessidade de efetivamente ser comprovado o dolo.

Em síntese, ao retirar a espécie da culpa do rol de requisitos para caracterização de atos ímprobos é cômodo aos agentes públicos demonstrarem que não havia a intenção de cometer o ilícito, de modo a desconfigurar o dolo e não ser penalizados por tal ato, abrindo margem para inúmeras lesões ao erário, causando inúmeros prejuízos sociais.

Recentemente, foi proferido pelo TRF1 - TERCEIRA TURMA, referente a uma ação civil por ato de improbidade administrativa em que não houve a prestação de contas pelo ex-prefeito de um determinado município, cuja emenda trata-se do afastamento das condutas culposas para a configuração do ilícito:

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. ALTERAÇÃO PELA LEI 14.230/2021. NORMA PROCESSUAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. NORMA MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI NOVA. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. AFASTAMENTO DAS CONDUTAS CULPOSAS. PRESTAÇÃO DE CONTAS E DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DANO, DOLO OU MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO. SENTENÇA MANTIDA. A Lei 8.429/1992, alterada pela Lei 14.230/2021, passou a vigorar na data da sua publicação, em 26/10/2021(...) A novel legislação passa a exigir o dolo para caracterização do ato ímprobo no tocante às condutas previstas no arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992. A mesma estrutura se vê da leitura do teor do caput dos três referidos dispositivos, nos quais expressamente foi excluída a culpa como modalidade de ato de improbidade administrativa. O direito administrativo sancionador, como sub-ramo do Direito Administrativo, expressa o poder punitivo do Estado ante o administrado, seja ele o próprio servidor público ou o particular. (...). Descabe falar em improbidade administrativa, com base no art. 11, VI, da Lei 8.429/1992, sem a demonstração de dolo direto. Com a nova redação dada ao dispositivo pela Lei 14.230/2021, para a configuração do ato ímprobo, no caso da não prestação de contas, além da demonstração de ter o agente condições de prestar contas, necessário se faz provar também que não o fez com vistas a ocultar irregularidades(...) Também descabe falar em conduta ímproba prevista no art. 10 da Lei 8.429/1992 sem a presença do dolo e sem a demonstração de prejuízo ao erário. 4. Para fins de subsunção da suposta conduta ímproba à norma insculpida no art. 10 da Lei 8.429/1992, além da presença do dolo ou da culpa, é imperiosa a ocorrência de prejuízo ao erário, de sorte que ausente a prova do dano ao patrimônio público não há que se falar em ato ímprobo com base em tal preceito normativo (REsp 1.169.153, rel. min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 24/8/2011). Ao operar a gestão municipal sem a devida perícia ou negligenciar situações que requerem desfecho administrativo mais adequado, pode o prefeito incidir em condutas culposas, o que, todavia, não é suficiente ou suscetível de caracterizar o ato de improbidade administrativa, por total ausência de demonstração da desonestidade, da má-fé, do dolo para com a administração do município. Remessa oficial não conhecida e apelação a que se nega provimento. (AC 0001324-83.2017.4.01.3906, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, PJe 02/02/2023 PAG.)

Em suma, tem-se que o entendimento já está consolidado quando a exclusão da culpabilidade, sob a alegação que as condutas culposas não são suscetíveis de caracterização de ato ímprobo, apesar de tais atos serem contrários à moralidade, aos direitos e deveres inerentes aos agentes públicos.

4.2 A necessidade de demonstração da perda real

Dentre as inovações trazida pela "nova" lei de improbidade administrativa 14.230/2021, está a necessidade de demonstrar a perda real de patrimônio, assim, não se pode mais dizer em dolo genérico ou prejuízo presumido.

Antes mesmo desta alteração a regra geral para enquadramento na Lei de Improbidade administrativa era o dano ao erário, conforme descrevia o caput do artigo 10 da Lei nº 8.429/92:

Art. 10 Constitui ato de improbidade administrativa **que causa lesão ao erário** qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, **que enseje perda patrimonial**, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente.⁷⁹

No entanto, ainda que considerado regra geral, a Jurisprudência do STJ vinha admitindo exceção e enquadrando a conduta do referido artigo, na lei de improbidade administrativa, mesmo sem a comprovação da lesão ao erário, tratando essa lesão como presumida.

Após a nova redação dada a lei em 2021, não há mais possibilidade dessa exceção, uma vez que a demonstração da perda real de patrimônio é imprescindível para caracterização do ato ímprobo. Essa imprescindibilidade ficou demonstrada com o novo artigo 10, caput:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa **lesão ao erário** qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, **efetiva e comprovadamente, perda patrimonial**, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou

⁷⁹ Antiga redação do artigo 10, caput da Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, extraído do site do Planalto.

haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)80

Pelo exposto, conclui-se que para enquadrar os agentes na nova lei de improbidade, por danos ao erário é necessário comprovar que houve efetiva perda patrimonial.

4.3 A exigência de dolo para que os agentes públicos sejam responsabilizados.

Entre as mudanças mais significativas trazida pela Lei nº 14.230/2021 está a exclusão da culpa e exigência de dolo para a caracterização dos atos de improbidade. Conforme exposto ao longo desse artigo e de acordo com a nova lei, considera-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da referida Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. Mas afinal, o que seria esse dolo?

Devido a tal alteração, a lei traz em seu artigo 1º, § 2º o que se entende como dolo - *"Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente"*.

Com o intuito de reafirmar a necessidade do dolo, bem como suas características, o legislador reforça no § 3º que *"o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa"*.

Ademais, o artigo 17-C, em seu § 1º "consagra" a ideia de que o elemento dolo é essencial para caracterização do ato improbo e sua consequente responsabilização, ao afirmar que - *"A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade."*

Assim, a análise do dolo como sendo elemento subjetivo característico da improbidade é de enorme importância nesse artigo, pois conforme aludido pelo Mestre e Doutor Rodrigo Suzuki Cintra, não se pode confundir ilegalidade com improbidade, pois, nem todo ato ilegal é ímprobo. Além disso, o legislador não se preocupou em punir o agente público incompetente, mas, sim o agente desonesto.

Nas Palavras do doutrinador Alberto Silva Franco, o dolo e a culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado. Explica Pontes de Miranda que, - age com dolo o "homem médio" que atua visando que seu ato contrarie o direito, ou que quer contrariar o direito e atua para isso. Analisando-se o artigo 1º, § 2º, já mencionado anteriormente, que relaciona o dolo à vontade livre e consciente de alcançar

80 Nova redação dada pela Lei nº 14.230/2021 - Extraída do site do Planalto.

o resultado ilícito e conforme expõe os doutrinadores, conclui-se que o dolo tratado pela nova lei de improbidade administrativa, refere-se ao dolo específico. (1993. p. 103.)

De acordo com Fernando Da Fonseca Gajardoni; Luana Pedrosa De Figueiredo Cruz, Luiz Manoel Gomes Junior E Rogerio Favreto, o dolo específico, especialmente para os fins de caracterização de ato de improbidade, é o ato eivado de má-fé. O erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública, a negligência, podem até ser punidos em outra esfera, de modo que não ficarão necessariamente impunes, mas não mais caracterizarão atos de improbidade. (GAJARDONI; CRUZ; FAVRETO, 2022, p.48).

Ademais, com efeito, não basta mais, segundo correta interpretação da LIA, alegar que um ato é doloso, ou demonstrar que é ilegal. Sob o regime do novo diploma, é necessário se demonstrar a má-fé, uma intenção de lesar, alguma forma de conluio entre agentes (GAJARDONI; CRUZ; FAVRETO, 2022, p.48).

O dolo do agente para toda e qualquer conduta tipificada na lei de Improbidade Administrativa passa a ser específico: consciência + vontade + finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (GUIMARÃES, 2022:22).

5. CONCLUSÃO

Em virtude de todo exposto, considera-se atos ímprobos os que afetam diretamente a Administração pública, compreendidos em atos que importam em enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário, e que atentam contra os princípios da Administração Pública ou que concedem ou aplicam indevidamente o benefício financeiro, cuja definição legal, está prevista nos artigos 9º a 11º da Lei nº 8429/92, possuindo um rol taxativo para caracterização

A alteração da lei nº 8429/92 através da lei nº 14.230/2021, não revogou a referida, apenas trouxe à baila novas características para configuração dos atos ímprobos e penalidades.

A principal inovação foi a exclusão da culpa e a menção direta da sua modalidade dolosa, sendo assim, não será considerado como improbo, o ato que for praticado pela modalidade culposa, apenas o que for cometido com a intenção do agente.

Neste sentido, supõe-se que esta alteração legislativa restringe a eficácia da norma, não sucedendo a efetiva punibilidade aos agentes públicos que detêm o dever de agir com zelo e em consonância com os princípios da Administração Pública.

Outras alterações relativamente importantes foi a necessidade da perda real e o rol de punibilidades conforme ato cometido.

A necessidade da perda real torna-se elemento secundário e cumulativo, ou seja, para que o agente seja responsabilizado e punido, é necessário demonstrar que ele atuou com o dolo (intenção) e quantificar a perda real do patrimônio que seu ato produziu.

Com base em todo o exposto, vê-se que existe uma linha tênue existente em quem considera que esta alteração contribui com o aumento da corrupção, por não punir com presteza os envolvidos, e quem considera que a referida alteração trará benefícios à administração pública, sob o argumento de que os agentes terão mais criatividade para tomada de decisões sem medo de uma possível punição, pondo fim ao jargão de “apagão das canetas”, sendo que é um dever inerentes à eles, decidirem em prol da administração pública respeitando o princípio da legalidade e moralidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PIETRO, Maria Sylvia Zanella **D. Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 14 out. 2022.

FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771837. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>. Acesso em: 17 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil Esquematizado: direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645251/epubcfi/6/22\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml10\]/4/106/3:95\[%20em%2C%20Ch\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645251/epubcfi/6/22[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml10]/4/106/3:95[%20em%2C%20Ch]). Acesso em: 15 out. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645251/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]/4/36](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645251/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]/4/36). Acesso em: 16 out. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito: administrativo**. 36. ed. São Paulo: Gen, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771837/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1\]/4/2/4%4051:2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771837/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1]/4/2/4%4051:2). Acesso em: 17 out. 2022.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo: esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Gen, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655596250/epubcfi/6/22\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo6.xhtml\]/4/2/2%4051:19](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655596250/epubcfi/6/22[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo6.xhtml]/4/2/2%4051:19). Acesso em: 19 out. 2022.

SOUZA, Antônio Ivanildo Pereira de. **Improbidade Administrativa: Uma análise crítica das alterações trazidas pela Lei N.º 14.230/20211**. 2022. 86 f. TCC (graduação) - Curso de Direito, Uniprocesso, Distrito Federal, 2022. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/700>. Acesso em: 26 out. 2022.

MENDONÇA, Matheus Santos; CARVALHO, Matheus Silva de. **A nova lei de improbidade administrativa: reflexões a partir do fenômeno do chamado .:apagão das canetas:.** 2022. 21 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (Unb), Florianópolis, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/235813>. Acesso em: 26 out. 2022.

CARVALHO, Vanessa Carla Florentino de Jesus; ASSIS, Walyson Cássio de. **NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: a extinção da culpabilidade**. 2022. 19 f. TCC (Doutorado) - Curso de Direito, Ânima Educação., Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22421/5/NOVA%20LEI%20DE%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20a%20extin%C3%A7%C3%A3o%20da%20culpabilidade.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>, acessado no dia 13/04/23.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647347. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647347/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

JR., Waldo F. *Improbidade Administrativa*, 4ª edição. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2016. *E-book*. ISBN 9788597008227. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008227/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

CINTRA, Rodrigo Suzuki; SPAZIANTE, Ana Clara. **O dolo específico na nova lei de Improbidade Administrativa**. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/360052/o-dolo-especifico-na-nova-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 29 maio 2023.

CIVIL, Presidência da República Casa. **LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PLANALTO**: lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.

2021. Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n: Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 maio 2023

A APLICAÇÃO DE LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS

JOSÉ MARCELO DE ALBUQUERQUE MONTEIRO FILHO

RESUMO: O presente artigo trata da Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, e sua aplicação aos agentes políticos. Contém abordagem sobre os princípios que norteiam a administração pública, expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, bem como sua ligação com os atos ímprobos que acarretam na subsunção do referido diploma legal. Traça um perfil sobre a Lei de Improbidade, e a partir da reclamação 2138-DF discute a sua incidência sobre os agentes políticos.

Palavras-chave: Lei de Improbidade Administrativa. Agente Político. Reclamação 2138-DF.

Súmaro. Introdução. 1. A Lei de Improbidade. 1.1. Natureza Jurídica. 1.2. Sujeito Passivo. 1.3. Sujeito Ativo. 1.4. As modalidades de atos de Improbidade Administrativa. 1.5. As Sanções. 1.6. Procedimentos. 1.7. Abrangência dos atos de improbidade. 2. Aplicação da Lei aos Agentes Políticos. 2.1. Conceito de Agente Político. 2.2. Agentes Políticos e a Lei de Improbidade Administrativa. 2.3. Negação da aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos. 2.4. Da Aplicação da aplicação da Lei nº 8.429/92 aos Agentes Políticos. Conclusão. Referências.

1. Lei de Improbidade Administrativa

A probidade administrativa já vem sendo contemplada desde a nossa primeira Constituição Federal em 1824, porém só recentemente recebeu um diploma próprio, a Lei nº 8.429/92.

A lei de improbidade administrativa concretiza e regulamenta o preceituado no art. 37, § 4º, da Constituição Federal⁸¹, ampliando as ilicitudes cometidas por agentes públicos, bem como intimidando tais ilícitos através de sanções mais enérgicas.

A Lei nº 8.429/92 foi precedida por algumas legislações que tratavam de improbidade administrativa de uma maneira não tão ampla, tais como a Lei nº 3.164/57, que tratava da transparência administrativa, a fim de prevenir e reprimir atos de enriquecimento ilícitos de agente públicos. A referida lei trazia em seu bojo o sequestro e a perda, em favor da fazenda pública, dos bens adquiridos por servidor público fruto de influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

81 FREITAS, Juarez. Op. Cit.11.

Posteriormente a fora editada a Lei nº 3.502/58, para regular o sequestro e o perdimento de bens, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.⁸²

Tais leis tinham um plano de proteção limitado, não abrangendo ilícitos que causassem lesão ao erário tampouco aqueles que atentassem contra os princípios da administração pública.

Seus agentes passivos eram os servidores públicos, o dirigente ou empregador de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiasse de enriquecimento ilícito, sujeitando-se ao sequestro e a perda dos respectivos bens ou valores obtidos de maneira indevida, até então a lei tinha como objeto tão somente os casos de enriquecimento ilícito. ⁸³

Vigoraram, conjuntamente com a Constituição Federal, de 1988 até meados de 1992, quando da entrada em vigor da Lei nº 8.429/92. Essa lei ampliou os atos de improbidade, definindo-os em três categorias, a saber, os atos que importam em enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário e os que atentem contra os princípios da administração pública.

A Lei Federal nº 8.429/92, vigora desde 03/07/1992 e regulamenta o dispositivo constitucional acerca da improbidade administrativa, daí ser chamada de Lei de Improbidade Administrativa. Como visto, é uma lei mais ampla no trato das hipóteses e sanções de atos de improbidade, por isso de seu caráter sancionador e repressivo.

A lei sob comento tem 8 capítulos. O primeiro, abrangendo as disposições gerais, estuda a titularidade ativa e passiva, os deveres dos agentes públicos as consequências civis e a extensão das cominações legais de natureza patrimonial ao sucesso ímprobo. O segundo divide os atos em atos de improbidade administrativa que acarretam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública. O terceiro capítulo cuida das sanções. O quarto capítulo é dedicado as declarações de bens dos agentes públicos. O quinto explana os procedimentos administrativos e sobre o processo judicial. O sexto dispõe sobre as penas, o sétimo sobre os prazos prescricionais e oitavo as disposições finais de revogação das Leis nº 3.164/57 e 3.502/58.⁸⁴

2.1 - Natureza Jurídica

⁸² BUGALHO, Gustavo Russignolli. **Improbidade Administrativa - Comentários À Lei Nº 8.429**. São Paulo: J.H.Mizuno, 2009.

⁸³ BUGALHO, Gustavo Russignolli. Op.Cit.

⁸⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op.Cit

A natureza jurídica das sanções elencadas na Lei de Improbidade Administrativa percorreu um longo caminho histórico.

Durante a primeira parte do Século XX, as sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa eram consideradas de direito administrativo clássico, sendo ilícito administrativo, ou seja, infração disciplinar.

Já no período que compreende os anos 50 a 90, fora conferida um caráter penal na matéria sob comento, sendo seu estudo concentrado no enriquecimento ilícito.

Atualmente, as sanções oriundas de ato de improbidade são encaradas como ilícito civil e político-administrativo, já sendo introduzido numa matéria que transcende o campo administrativo para o campo dos interesses transindividuais.⁸⁵

Pode-se afirmar, com base na constituição e na própria Lei de Improbidade Administrativa, que esta não tem caráter penal. O art. 37, § 4º, da Constituição Federal afasta totalmente a possibilidade dessa caracterização quando consagra a expressão “**sem prejuízo da ação penal cabível**”. A Lei nº 8.429/92 estabelece sanções de cunho civil e político-administrativo, sempre ressaltando que tais sanções são aplicáveis sem prejuízo da ação penal cabível.⁸⁶

A Exma. Sra. Dra. Sônia Maria Schmitz, em julgamento de recurso de apelação, citou Wallace Paiva Martins Júnior, para expor que o,

“entendimento doutrinário e jurisprudencial já se estratificou no sentido de que as sanções previstas na Lei n. 8.429/92 são de natureza civil, alcançáveis através de ação que deverá ser aforada no juízo cível, sem prejuízo da adoção de medidas outras, caso as condutas também se desdobrem em outros campos, afrontando a legislação vigente (penal administrativa, eleitoral, etc.).” Wallace Paiva Martins Júnior (in A lei de improbidade Administrativa, Justitia 58/47-55)

Assim, é pacífico o entendimento de que os atos de improbidade não se constituem em temas exclusivos do direito administrativo ou do direito civil, mas se inserem no território dos interesses coletivos, porque afligem um número indeterminado de pessoas.

85 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. Cit.

86 MARINELA, Fernanda e BOLZA, Fabrício. **Leituras complementares de Direito Administrativo**. 2º Edição. Bahia: Jus Podivm.2010.

2.2 – Sujeito Passivo

Sujeito passivo é aquele que suporta os efeitos dos atos de improbidade. O art. 1º, §7º, da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021, elenca aqueles que podem ser vítimas de tais atos, *in verbis*:

§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

O que se pode observar é que há um leque muito maior daqueles que podem vir a ser alvo dos atos de improbidade administrativa, em comparação com leis anteriores que tratavam do tema. Com essa elevação se busca de maneira maior o controle da administração pública.

Assim, sofre a conduta lesiva do agente ímprobo a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes dos entes federados, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita anual.

2.3– Sujeitos Ativos

Sujeito ativo é aquele que pratica a conduta lesiva. A Lei nº 8.429/92 define como sujeito ativo os agentes públicos, art. 2º e os terceiros que concorram para prática do ato lesivo, bem como dele tire algum proveito, art. 3º.⁸⁷

O art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa, com redação alterada pela Lei nº 14.230/2021, consagra um sentido amplo de agente público ao denominar que:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que

87 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Ed. Atlas.2002.

celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

O legislador, talvez tenha se referido à agente público, para efeito neste artigo tomando como molde a definição contida no Código Penal artigo 327 para quem *considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal*.⁸⁸

A partir desse conceito, podemos classificar os agentes públicos em quatro categorias: agentes políticos, agentes autônomos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público. ⁸⁹

O debate que enseja esse trabalho é se aos agentes políticos se aplica a Lei de Improbidade Administrativa, o que será detalhado mais adiante, pois não havendo distinção expressa no texto constitucional entre agente político e os demais agentes públicos há divergências acerca da aplicação ou não das sanções impostas pela Lei de Improbidade aos agentes políticos.

Vale constar que numa possível demanda de improbidade administrativa, "*serão citados o agente que praticou a suposta conduta ímproba, aquele que concorreu de qualquer forma para sua prática e os eventuais benefícios diretos e indiretos do ato*". ⁹⁰

2.4- As modalidades de Atos de Improbidade Administrativa.

Conceitualmente, ato de improbidade administrativa consiste na conduta desonesta do agente político ou público no trato de assuntos atinentes à administração pública, e há, na lei algumas modalidades de improbidade.

É imprescindível comentar que não são todos os atos que se caracterizam como tal, tendo três principais modalidades de atos, quais sejam, os que importam enriquecimento ilícito consistente na "prática de auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei". (art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa). Os atos que causam prejuízo ao erário ensejados por "qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda

⁸⁸ FERRACINI, Luiz Alberto. Op. Cit.

⁸⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. Cit.

⁹⁰ NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa: Estudo sobre a demanda na Ação de conhecimento e Cautelar**. Rio de Janeiro: Impetus.2005.

patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei” (art.10º da Lei de Improbidade Administrativa), e por fim os atos que atentam contra os princípios da administração pública consistentes na ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade. (art.11º da Lei de Improbidade Administrativa).

Assim, podem sofrer as sanções elencadas na lei, aqueles em que sua atuação se configure em alguma das modalidades acima mencionada.

2.5- Sanções

As sanções impostas na Lei de Improbidade têm como objetivo a reparação dos danos, tanto material como moral, sendo traduzida por provimentos jurisdicional cumuláveis e de natureza múltipla⁹¹.

Tem caráter condenatório quando prevê o ressarcimento integral do dano, o pagamento de multa civil e a perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público ou de terceiro beneficiado.⁹²

Tem molde desconstitutiva, pois pode acarretar a perda de função pública. E restritiva de direitos, pois prevê a suspensão dos direitos políticos, bem como a proibição de contratar com o poder público e dele receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios. ⁹³

Tanto em seara administrativa quanto na judicial, ao acusado deve-se preservar o direito do contraditório e da ampla defesa, art.5,LV,94 da Constituição Federal de 1988, antes da aplicação de qualquer sanção.

2.6- Procedimentos

A lei dispõe de dois mecanismos para apuração dos atos ímprobos. São eles: o procedimento administrativo (art.14 e 15), em que qualquer pessoa poderá representar a autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação com o objetivo de apurar a prática de atos de improbidade, sendo dado conhecimento ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas ou Conselho de Contas. A representação deverá

91 MARINELA, Fernanda e BOLZA, Fabrício. Op.Cit.

92 FERRACINI, Luiz Alberto. Op. Cit.

93 FERRACINI, Luiz Alberto. Op. Cit.

94 Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;. **Constituição Federal**, 1988.

ser escrita e reduzida a termo, durante a apuração dos fatos, pode-se valer de medidas cautelares, tais como, indisponibilidade e sequestro de bens, bloqueio de contas bancárias e afastamento do cargo, tendo que ser proposta em 30 dias a ação principal.

E o procedimento Judicial (art.17) segundo o qual a ação seguirá o rito ordinário e será proposta pelo Ministério Público. A ação cabível é a Ação Civil Pública.

2.7– Abrangência dos Atos de Improbidade

A partir da análise da Lei de improbidade pode-se entender como ato de improbidade, o ato ilegal, fundado em má-fé do agente público, que isoladamente ou com a participação de terceiro viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico.⁹⁵ A alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021 passou a exigir o dolo específico do agente.

Assim, os atos de improbidade administrativa são ilícitos pluriofensivos, e os impactos de seus efeitos devem ser considerados a partir de sua confrontação com os princípios e regras constitucionais, fonte de validade de todas as demais normas atingidas.⁹⁶ O interesse na probidade administrativa é da boa condução do patrimônio público, pois essa é a tradução da vontade de todos.

Então, devemos atentar que a regularidade da administração não é problema apenas da administração pública, mas sim de toda a sociedade.

Os atos de improbidade é fruto da inobservância de um dever, e esse dever é o de exercer função pública com objetivos públicos.⁹⁷ A improbidade administrativa, concebida pela Constituição Federal de 1998 e posteriormente pela Lei nº 8.429/92 não se restringe a desonestidade e ruptura de valores, sendo previstas, também, modalidades de improbidade que não dependem desses resultados para se caracterizar.⁹⁸

A imoralidade e a improbidade não são as mesmas coisas, enquanto que a imoralidade é o oposto de um dos princípios constitucionais da administração, qual seja o da moralidade, a improbidade, a partir da Lei 8.429/92, nasce como antítese não só de um princípio, mas de um conjunto coordenado dos princípios da legalidade, impessoalidade,

⁹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. Cit.

⁹⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op.Cit.

⁹⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. OP.Cit

⁹⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op.Cit.

moralidade, publicidade e da eficiência⁹⁹. Daí a importância do estudo de tais princípios, estudados anteriormente.

O ato de improbidade é muito mais do que uma irregularidade administrativa. Como vimos, é um ilícito pluriofensivo, que agride pessoas jurídicas públicas e privadas, pessoas naturais, categorias políticas, deveres sociais e valores, sendo o espaço meramente administrativo muito reduzido para abrigar toda a versatilidade exteriorizada por seu potencial danoso.¹⁰⁰

Como o ato de improbidade é fruto de permanente mutação, haja vista estar condicionada ao agir humano, é prudente trabalhar com a noção de que o ato de improbidade viola deveres, nega valores, ofende a legalidade e agride uma pluralidade de bens jurídicos¹⁰¹. É, portanto, imoral e com o passar dos anos já foi visto como mera infração disciplinar, depois como ilícito penal e hoje com ilícito civil e político administrativo.

"O ato de improbidade administrativa é a exteriorização da vontade do agente público", ¹⁰² como é fruto da vontade ele expressa um querer.

Para que haja a responsabilização do agente público não é suficiente a existência do nexo causal objetivo, ou seja, a relação entre o ato e o resultado, sendo imprescindível o dolo específico de praticar o ato visando atingir uma das hipóteses previstas em lei. Isto porque, *"consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais"* (art. 1º, §1º, da Lei nº 8.492/92).

É importante a análise da Lei nº 8.429/92, pois surgem dúvidas acerca de qual norma jurídica deve incidir quando o ato de improbidade está sendo imputado a pessoas investidas de funções públicas de governança ou que estejam a frente de alguma instituição diretamente ligada a um dos poderes do Estado.

Adiante, será detalhada a dúvida fundada na confusão feita em ato de improbidade e crime de responsabilidade, sendo analisada qual norma incide sob os agentes públicos que incorram em atos de improbidade administrativa.

3 - Conceito de Agente Político

99 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. Cit.

100 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. Cit.

101 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. Cit.

102 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. Cit.

A lei de improbidade administrativa elenca em seu primeiro segundo, àqueles que estarão sujeitos a responsabilização por atos de improbidade, sendo "*todo agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta lei*". A expressão é ampla, abrangendo qualquer pessoa que exerça *múnus* público.¹⁰³

Como visto os agentes públicos, mesmo não sendo os únicos, são os principais alvos da Lei de Improbidade, e consideram-se agentes públicos "todo aquele que, a qualquer título, executam uma função pública como preposto do Estado"¹⁰⁴.

"Os agentes públicos podem ser enquadrados em quatro categorias: Agentes políticos, agentes autônomos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público"¹⁰⁵.

É importante sublinhar que qualquer que seja a classificação de agentes públicos, sempre irá existir a categoria de agente político¹⁰⁶.

Agentes públicos é gênero do qual agente político é espécie, e segundo o ilustre ministro CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

[...] agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos chefes de executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.¹⁰⁷

103 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

104 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op.Cit.

105 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. Cit.

106 GARCIA, Mônica Nicida. Op. Cit

107 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op.Cit

Continua lecionando que “o vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Eles exercem um *múnus* público.”¹⁰⁸

O conceito de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO enquadra na categoria de agentes políticos, apenas os titulares de cargos estruturais à organização política do país, isto é, os ocupantes de cargos que compõem a base constitucional do Estado, a estrutura do Poder. Sendo agentes políticos apenas: os chefes dos poderes Executivos federais, estadual e Municipal, os ministros e secretários de Estado, bem como os senadores, deputados e vereadores.

HELY LOPES MEIRELLES adota uma concepção mais ampla dos sujeitos que estariam inseridos no grupo de agentes políticos sendo eles os que,

exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas, do Governo e da Administração na área de atuação, pois não estão hierarquizadas sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. ¹⁰⁹

Como visto, o autor considera agentes políticos, os chefes de Executivo e seus auxiliares imediatos, os membros da corporação legislativa, os membros do Poder judiciário, os membros do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Conta, os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional, no desempenho de suas atividades governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário.¹¹⁰

Assim, a partir do conceito dado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO são excluídos da categoria agentes políticos: os membros da Magistratura, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e demais autoridade que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais. Por sua vez, eles são considerados agentes políticos pelo ilustre HELY LOPES MEIRELLES.

Os que adotam um conceito mais restrito, tem como base a ideia de que a atuação do agente político está indissociavelmente ligada à de Governo e a função política, ficando essa função a cargos dos órgãos governamentais ou de governo, concentrando-se, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e em parte do Legislativo, praticamente inexistindo

108 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. Cit.

109 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

110 GARCIA, Mônica Nicida. Op. Cit.

no Judiciário bem como no Ministério Público e nos Tribunais de contas, por não participarem, direta ou indiretamente, das decisões governamentais. Assim, não bastaria o exercício de atribuições constitucionais para que se considerasse como agente político aquele que as exerce.¹¹¹

Já quem considera agentes políticos num sentido amplo, o faz por considerar que os membros da Magistratura e do Ministério Público, bem como dos Tribunais de Contas, detêm uma parcela de liberdade de atuação, dentro da qual fazem opções políticas, e tomam decisões pelas quais se responsabilizam, estando sujeitos a estatutos específicos, destacados daqueles aplicáveis aos demais agentes.¹¹²

Entendem que os membros da Magistratura, bem como dos Tribunais de Contas ao realizarem suas atividades, processando e julgando as causas, que por diversas vezes envolvem a atuação estatal questionando políticas públicas, que lhes são trazidas e para as quais são competentes, e também os membros do Ministério Público, ao promoverem as medidas necessárias para zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, exercem uma atividade de ordem superior referida à direção geral do Estado em seu conjunto e unidade, dirigido a determinar os fins da ação do Estado, os que caracterizariam como agentes políticos.¹¹³

Corroborando com essa ideia o art.37, inciso XI, que prescreve:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo **e dos demais agentes políticos**[...](grifo nosso)

Pode-se extrair da leitura do referido inciso que, há, além dos membros dos Poderes das entidades federativas e dos detentores de mandatos eletivos, outros agentes políticos.

Pois bem, a lei nº 8.429/92 não prescreve que o agente deva obrigatoriamente ser servidor público, a *contrário sensu*, prevê expressamente que não se exige tal condição

111 GARCIA, Monica Nicida. Op.Cit

112 GARCIA, Mônica Nicida. Op. Cit.

113 GARCIA, Mônica Nicida. Op. Cit.

para a aplicação das penas nelas elencadas, deixando claro que os agentes políticos podem figurar no polo passivo de uma demanda com fulcro na Lei de Improbidade. 114

Vejamos, o art.2º da Lei nº 8.429/92, ao expor quem deve ser considerado agente político, assim o faz em sentido amplo:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

A lei entende como agente político não só os servidores públicos em sentido estrito, aqueles com quem a administração mantém vínculo estatutário, mas também os que exercem algum tipo de função que seja inerente a um dos Poderes do Estado, estando incluso as funções nos Tribunais de Contas e no Ministério Público. 115

Assim, com conceito amplo do art. 2º a lei atinge todo aquele que se vincula à administração pública.

A atuação de um agente político é que marca a sua característica distintiva entre os demais agentes públicos, e esta diferença está no fato de que aqueles devem tomar decisões, através de escolhas políticas, justificando assim a plena liberdade e autonomia funcional que gozam no desempenho de suas atribuições, com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na constituição e em leis especiais. 116

Sendo assim, os agentes políticos exercem uma função peculiar à vista dos demais agentes públicos, quais sejam, a função governamental, judicial e quase-judicial, pois

114 **BRASIL.** Art. 3º da Lei nº8.249/92, de 2 de junho de 1992. Que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

115 MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O Limite da Improbidade Administrativa.** 4º Edição. Nitério/RJ: Impetus,2009.

116 DECOMAIN, Pedro Roberto. Op.Cit

ainda elaboram normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência¹¹⁷.

Os agentes políticos detêm um poder tão grande de gerir o negócio público, haja vista que gozam de um amplo poder discricionário e decisório, que devem, assim como os demais agentes públicos, estarem sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, a fim de se ver resguardado todos os princípios norteadores da administração pública, tão difundido na constituição e abrangido na lei nº 8.429/92. Excluir os agentes políticos da abrangência da lei de improbidade é retroagir ao tempo e destituir toda a luta travada contra a corrupção e a má-gestão da *res* pública.

Quanto mais liberdades tiverem os agentes públicos para prática de atos de gestão da coisa pública, maior deve ser a fiscalização de seus atos, e como os agentes políticos, segundo a doutrina, tem plena liberdade funcional, devem, pois, sofrer maior vigilância.
118

No Brasil, o Judiciário praticamente não participa das decisões políticas, pois sua função se minimiza a atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política de governo, a não ser pelo controle *a posteriori*.¹¹⁹ A atuação do judiciário na fiscalização da atuação dos agentes políticos é o que passamos a estudar, a partir da polêmica que rodeia a aplicação ou não da Lei nº 8.429/92, cumulativamente com a Lei nº 1.079/50.

3.1- Agentes Políticos e a Lei de Improbidade Administrativa

A responsabilização dos agentes políticos é fruto de controvérsias, afloradas após a reclamação nº2138-DF do STF, que discutiu a possibilidade da aplicação de Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, ou se a este só cabe as sanções impostas através da Lei de Responsabilidade.

Há em vigor, em nosso ordenamento jurídico, três leis que são dirigidas aos agentes políticos, quais sejam, Lei nº 1.079/50, aplicável ao Presidente, aos Governadores, Senadores e Deputados Federais e Estaduais, Ministros e Secretário de Estado; Lei nº 7.106/83 direcionada aos Governador e aos Secretário do Distrito Federal e o Decreto-Lei

117 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit.

118 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit.

119 GARCIA, Mônica Nicida. Op. Cit.

nº 201/67 que tem como destinatário os prefeitos e vereadores.¹²⁰ *Mas por elas existirem, per si, afastam do campo de incidência a lei de improbidade?*

A Lei de improbidade abarca todos os agentes públicos, embora exista no ordenamento pátrio, a Lei nº 1.079/50, Lei de Crimes por Responsabilidade, respaldada como a lei a ser praticada para sancionar agentes políticos com prerrogativa de foro, para os casos de má gestão pública¹²¹. Fato este que embasou a reclamação 2158-DF.

A reclamação 2158/07 DF, teve sua exegese na ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Ronaldo Mota Sardenberg, até então Ministro-chefe da secretaria de assuntos estratégicos – SAE, da presidência da República, tendo como objeto da ação o uso indevido de aeronave da Força Aérea Brasileira (FAB), para transporte particular seu e de terceiros, bem como a hospedagem em hotel de trânsito da aeronáutica, sem vinculação as suas atividades funcionais. ¹²²

Na sentença o Juiz Federal da 14º seção judiciária do Distrito Federal julgou procedente o pedido para condenar o réu nas penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, art. 12, e art. 37, § 4º da Constituição Federal, sendo suspenso seus direitos políticos por oito anos, bem como decretada a perda do seu cargo¹²³.

A União apresentou reclamação em face do Juiz Federal substituto da 14º Vara da seção judiciária do Distrito Federal, requerendo que fosse preservada a competência do STF para processar e julgar, originariamente, o pedido formulado na Ação de Improbidade por entender que houve usurpação da competência do STF, com base no art.102, I, b e c da CF/88, julgar Ministro de Estado por crime de responsabilidade, processando agente político com base na lei de improbidade administrativa nas estâncias ordinárias, alegando ainda que Ministro de Estado não responde por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas tão somente por crime de responsabilidade, em ação proposta perante o STF.¹²⁴

Em 12.06.2007, o STF decidiu por maioria dos votos a reclamação 2.138-DF, que teve o então Ministro Nelson Jobim como relator, pugnando pela não aplicação da Lei de

¹²⁰ BIANCHI e GOMES. Alice e Luiz Flávio. **Agentes Políticos não estão sujeitos a lei de improbidade administrativa**. Editora jus podivm.2 edição. 2010.

¹²¹ *Improbidade Administrativa e os agentes políticos* publicado 9/12/2010 por **Maria Lucia Correa Grisoste** em <http://www.webartigos.com>.

¹²² **Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138**. Distrito Federal. Usurpação da Competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade.Administrativa. Crime de Responsabilidade. Agentes Políticos.Brasília 12/06/2007.

¹²³ **Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138**. OP. Cit. 34

¹²⁴ **Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138**. OP. Cit. 34

Improbidade Administrativa aos agentes políticos, por entender que os atos considerados como de improbidade administrativa teriam correspondência, pela citada lei, aos crimes de responsabilidade, como tais já tratados na Lei nº 1.079/50, sendo este último diploma legal a ser aplicável a espécie, tendo presente o regime especial de responsabilização a que tais autoridades públicas estão submetidas no sistema constitucional pátrio, cujo julgamento ficaria a cargo do STF, e não a juízo de primeiro grau.¹²⁵

A partir da decisão, ficou claro que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pautado na inaplicabilidade dos dispositivos da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos por que estes gozam de prerrogativa de função.¹²⁶

O que se constatou a partir dessa reclamação é que, primeiro se debate a competência originárias para demanda de improbidade administrativa em que figurem agentes políticos, e segundo se os agentes públicos estão sujeitos a lei de improbidade administrativa, porquanto a reclamação defenda que não se pode processar o agente político com base na Lei nº 8.429/92, vislumbrando a responsabilidade desses agentes, mesmo que tenham cometido atos ímprobos, através da Lei nº 1.079/50.¹²⁷

Tínhamos, portanto, duas correntes no STF, uma, encabeçada pelo então ministro-relator Nelson Jobim, que sustentava a tese de que em sede de responsabilização de agentes políticos supostamente envolvidos em atos de improbidade administrativa há uma plena absorção da Lei 8.429/92 pela Lei nº 1.079/50, sendo esta última inerente a crimes de responsabilidade, e, portanto, a única a ser aplicável. E a corrente liderada, pelo também até então Ministro Carlos Velloso, para quem o regime aplicável seria o de tipicidade estrita, só admitindo a invocação dessa lei de caráter especial (Lei nº 1.079/50) quando a conduta estivesse enquadrada em tipologia, sem o que se aplica, em sua inteireza, a Lei de Improbidade Administrativa.¹²⁸

3.2 – Negação da aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Defendem aqueles contrários a aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos que como nos crimes de responsabilidade as infrações são muito próximas com os atos de improbidade administrativa, deveriam os agentes políticos

125 **Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138.** OP. Cit.

126 **Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138.** OP. Cit.

127 **Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138.** OP. Cit.

128 **Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138.** OP. Cit.

responderem somente por eventual crime de responsabilidade, eis que se houvesse responsabilidade também por improbidade administrativa, haveria *bis in idem*.

Assim, defendeu-se o argumento de que os agentes políticos deveriam estar sujeitos apenas e tão somente aos crimes de responsabilidade (não sendo a eles aplicados os atos de improbidade administrativa).

Não se aplicaria então os dois regimes disciplinadores (Lei de Improbidade e Lei de Crimes de Responsabilidade), por que tantos os atos de improbidade quanto os crimes de responsabilidade possuem a mesma natureza jurídica, ou seja, representam infrações administrativas e como tal, não podem ser duplamente aplicadas sob pena de flagrante ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.¹²⁹

No julgamento da Recl. 2.138/DF, o STF decidiu que o regime da ação de improbidade administrativa não se aplica aos agentes políticos, cujos atos estariam abrangidos pelos preceitos contidos da Lei dos Crimes de Responsabilidade, com o foro privativo estabelecido na Constituição Federal. Haveria, portanto, para os agentes políticos, "bis in idem" entre os preceitos da Lei de Crimes de Responsabilidade e a Lei de Improbidade Administrativa.

O entendimento consolidado pelo STF é no sentido de que os agentes políticos não se podem submeter aos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). A lei dos crimes de responsabilidade, tais como os ilícitos arrolados na Lei 8.429/92, são delitos político-administrativos. Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os diplomas legais sobre um mesmo agente. Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da Lei 1.079, de 10.04.1950 - instituto que regula os crimes de responsabilidade (Dos crimes contra a probidade na administração - art. 9). A pena imposta é extremamente severa: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos (art. 2º). Por outro lado, consoante disposto no art. 3º da L. 1.079/1950, a imposição da penalidade não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum. A legislação especial de responsabilização criminal do agente político previsto no ordenamento jurídico se sobrepõe a lei que regula os atos de improbidade administrativa, situação que não alcança o agente privado que se utiliza dos recursos públicos desviados da

129 MATTOS, Roberto Gomes. Op. Cit.

municipalidade. Mantida integralmente a decisão.³ Agravo a que se nega provimento (**Ag no RE n. 579.799-6/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 2.12.2008**). – **Grifo nosso**.

Laboram a tese de que a Constituição Federal não admite o concurso de regimes de responsabilidades dos agentes políticos.

O STF, no bojo da Rcl n. 2.138, asseverou que "**A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos**: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)" e **delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei 1.079/50 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei 1.079/1950, prevêem sanções de ordem política**, como, v. g., infere-se do art. 2º da Lei n. 1.079/50 e do art. 12 da Lei n. 8.429/92. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de bis in idem, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco.

Assim, consideram que, como ambas as leis impõem sanções de cunho político-administrativo não poderia, o agente político, sofrer uma dupla sanção, sendo, portanto, aplicável tão somente a lei de crime de responsabilidade, por ser mais específica.¹³⁰

Essa especificidade na lei decorre do fato de que os agentes políticos têm um regime disciplinar diferente dos demais agentes públicos, pois, aqueles exercem uma parcela da soberania do estado, não estando sujeitos as limitações hierárquicas. Sendo suas funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, gozando de plena liberdade funcional.¹³¹

Assim a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos decorreria, também, do princípio da especialidade, sendo esta uma lei genérica aplicável a todos os

¹³⁰ MATTOS, Roberto Gomes. Op. Cit.

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op.Cit

agentes públicos e a Lei nº 1079/50 uma lei específica para punir os agentes políticos, espécie do qual àquele é gênero. Assim, a norma especial afasta a norma geral.¹³²

Nesse sentido,

“Em sendo a Lei de Responsabilidade a norma especial, orientada para punir os agentes políticos, deve prevalecer sobre a geral, de Improbidade Administrativa. Assim, a responsabilidade do agente político, mesmo que por ato capitulado como improbidade administrativa, deve ser vista, segundo o prisma constitucional, como subsumível à averiguação em sede de processo por crime de responsabilidade”.(**Des. Fernando Mauro Moreira Marinho** , **relator do Apelação Cível: AC 965 MS 2008.000965-5**) 133

Esse regime disciplinar visa garantir que os agentes políticos não respondam civilmente por ocorrência de algum erro fruto de sua atuação, só lhes sendo imputado algum ilícito se agirem com culpa, má-fé ou abuso de poder.

Por este motivo, os agentes políticos gozam de prerrogativas funcionais, que seriam as garantias necessárias para o bom desenvolvimento de suas funções.

Assim,

A ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) tem natureza cível, o que poderia sugerir, em primeiro momento, à minguada de previsão constitucional específica, que não existe o foro especial por prerrogativa de função. No entanto, tendo em vista as graves sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa(suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, CF. art. 37, § 4º, CR), impõe-se reconhecer que essa ação também apresenta conteúdo penal específico.

As consequências da eventual condenação em sede de ação judicial por ato de improbidade administrativa revelam que se está, de fato, diante de medida judicial de “forte conteúdo penal”, com “inegáveis aspectos políticos”, conforme reconhecida doutrina e jurisprudência do STF (Rcl. 2.138). A possibilidade de suspensão dos

¹³² NETO, Francisco Chaves dos Anjos. Op. Cit.

¹³³ Brasil. **Apelação Civil. AC 965 MS 2008.965-5** TJMS. 3º turma classe cível. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA -VEREADOR -SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS -INAPLICABILIDADE DE SANÇÕES PENAIIS DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS -RECURSO PROVIDO.

direitos políticos ou de perda da função pública permite identificar a competência para processamento e julgamento da ação civil pública (com base na Lei 8.429/92) como sendo a mesma competência jurisdicional prevista constitucionalmente para os crimes de responsabilidade em relação às autoridades que estão submetidas, em matéria criminal, à competência originária, por exemplo, do STF e do STJ. **[TJMG: 100240693040040011 MG 1.0024.06.930400-4/001 – Relator Desembargador Armando Freire]**

Por entenderem que as sanções impostas pela Lei nº 8.429/92 tem um forte caráter penal, estariam, os agentes políticos, albergados pela garantia constitucional que prevê prerrogativa de foro, em caso de julgamento. E por esse forte conteúdo penal em suas sanções guardam similitudes com o decreto-lei nº 201/67, que disciplina os crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores.

Sustentam que com a possível aplicação da lei aos agentes políticos, estes poderiam vir a permitir que um juiz de primeiro grau destituísse do cargo um ministro do STF, o que seria insustentável.

[...]quanto ao mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para assentar a competência do STF para julgar o feito e declarar extinto o processo em curso no juízo reclamado. Após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, da CF e disciplinado pela Lei 1.079/50, **entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CF. [STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 607987 SP – Ministro Relator – Eros Graus. – Grifo nosso.**

Então a ação deve ser proposta perante o STF, não podendo o juiz singular conhecer de a ação tampouco julgá-la, pois estaria usurpando a competência daquele tribunal, haja vista estarem os agentes políticos regidos por normas especiais de responsabilidade.

3.4- Da aplicação da aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos

Para quem defende a aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, sustenta-se que apenas nos casos em que a conduta do agente político ímprobo fosse tipificada como crime de responsabilidade, não se aplicaria a lei de improbidade administrativa, assim, se não houver relação típica entre a conduta do agente público com a Lei nº 1.079/50, admite-se o enquadramento na Lei nº 8.429/92.

Foi o que defendeu o então Ministro Carlos Veloso, quando da reclamação 2158-DF, admitindo a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a partir do entendimento de que o regime aplicável seria o de tipicidade estrita, só admitindo a invocação da Lei de Responsabilidade, quando a conduta estiver enquadrada em sua tipologia, sem o que se aplica em sua inteireza a lei de improbidade administrativa.

Sustenta o Reclamante não estarem os agentes políticos sujeitos à Lei de Improbidade, devendo responder por crimes de responsabilidade, nos termos do Decreto-lei nº 201/67.

A matéria tratada nesta ação já foi, por diversas vezes, apreciada por este Sodalício.

O art. 2º da Lei de Improbidade, quando traz a expressão "agente público", dá à mesma um sentido mais amplo, no qual se inserem os "agentes políticos", que mesmo sendo mandatários de cargo eletivo, constituem-se espécie do gênero "agente público".

No caso em tela, o Reclamante, Prefeito Municipal de Frei Inocência, é agente político e está, portanto, incluído do conceito legal da norma supracitada.

Como muito bem colocado pelo ilustre Procurador de Justiça, em seu parecer de f. 187/191, o agente público responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições, como dispõe o art. 37, § 4º da CF/88 e o art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Não há que se confundir as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa ou as condutas nela descritas, que têm natureza civil, com os crimes de responsabilidade, estando o agente político sujeito a ambos os regramentos.

Assim, ao contrário do que defende o Reclamante, o agente público, inclusive o político, está sujeito tanto às sanções penais (crimes de responsabilidade) como às previstas na Lei de Improbidade Administrativa, desde que sua conduta, obviamente, se enquadre nas hipóteses descritas nas respectivas legislações pertinentes.

E o entendimento do STF, pouco antes de julgar a reclamação 2158-DF, quanto à competência para conhecer e julgar ações de improbidade administrativa face aos agentes políticos era no sentido de que,

Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A Lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. 2) Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois out ros Poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de contraditio in terminis. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem. O Tribunal resolveu a questão de ordem no sentido de determinar o retorno dos autos ao juízo estadual de origem, nos

termos do voto do Relator. **[STF – Questão de ordem na petição: pet3923 SP em 13.06.2007]**

Mudando seu posicionamento pouco tempo depois, e passando a entender que,

o demandado foi eleito Deputado Federal, passando a possuir prerrogativa de foro por ser membro do Congresso Nacional. A prerrogativa de foro do parlamentar está prevista no art. 53 da Constituição Federal, combinado com o art. 102. Assim, se mostra inafastável a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento no caso em exame. É que, face à soberania da missão política exercida, não cabe a este juízo a decretação da perda da função pública e suspensão dos direitos políticos de um Deputado Federal, diante do entendimento de que a fixação de prerrogativa de foro a parlamentar pelo constituinte decorre da especialidade da função dos agentes políticos, sendo incontestável. Saliento o teor do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Reclamação 2.138, pois não obstante a questão versasse sobre a dimensão do conceito de agente político no que se refere à responsabilização de um atual Ministro de Estado relativamente a atos de improbidade administrativa praticados anteriormente à prerrogativa de foro, restou reconhecido por maioria que não cabe ao juízo de 1º grau a decretação de sanções de caráter político a agente políticos detentores de prerrogativa de foro. No caso concreto, a priori, conforme interpretação da Constituição Federal de 1988, os parlamentares não praticam crimes de responsabilidade. No entanto, estão sob o manto da prerrogativa de foro em razão do caráter do cargo que exercem, nos termos do art. 53, § 1º, da Carta Magna: 'Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.' Sendo assim, DECLARO A INCOMPETÊNCIA deste Juízo para o julgamento desta ação de improbidade contra o réu Renato Delmar Molling, atual Deputado Federal, determinando a remessa dos autos ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, após o trânsito em julgado da presente. **[STF – Petição: pet4520 RS em 05.05.2009]**

Quando se confronta a Lei de Improbidade com a Lei de Responsabilidade temos que aquela é mais direcionada para a função administrativa enquanto que está para a função política do administrador. Assim, a Lei nº 8.429/92 atingira o agente no seu exercício

administrativo, no sentido próprio da palavra, enquanto que a Lei nº 1.079/50 trataria dos atos políticos, ou seja, aqueles com boa margem de autonomia. 134

Nem toda atividade exercida pelo agente político tem condão de decisão política, tendo, ademais, atuações que se revestem de caráter administrativo, sobretudo no manejo dos recursos públicos.¹³⁵

Tratando sobre o Poder Executivo Municipal, José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional distinguiu com clareza as funções políticas e as funções administrativa dos agentes políticos, ao lecionar que,

caberá a Lei Orgânica de cada Município discriminar as funções do prefeito, que, grosso modo, se distinguem em funções de governo e funções administrativas. As primeiras compreendem as funções políticas, tais como: representação do Município, direção geral dos negócios municipais, relações com outras autoridades; as funções colegislativas, como: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, votar projetos de lei, enviar mensagens a Câmara sobre a situação do Município; e as funções executivas *stricto sensu*, como a fixação de diretrizes do governo municipal, o planejamento da administração local, a direção dos negócios municipais etc. As segundas- as funções administrativas do prefeito- absorvem grande parte de sua atividade. Dentre elas sobrepõem a execução das leis, pondo em movimento a máquina administrativa, a nomeação e exoneração de seus auxiliares, o provimento de cargos públicos municipais, a expedição de atos referentes à vida funcional dos servidores locais, a arrecadação e guarda das rendas municipais tomando providências sobre sua aplicação, autorizando pagamentos; a gestão do patrimônio e bens municipais, enfim, supervisionando todos os serviços locais, executando obras públicas reclamadas pelo desenvolvimento da comunidade local.(**SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.São Paulo: Malheiros.2005 (p.644/645)**)136

Fica compreendida a ideia de que, os agentes políticos no exercício de suas funções praticam atos de cunho político-governamental e atos puramente administrativos. Sendo,

134 NETO, Francisco Chaves dos Anjos. Op.Cit.

135 NETO, Francisco Chaves dos Anjos. Op.Cit.

136 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.25ª Edição. São Paulo: Malheiros,2005

portanto, passível o enquadramento de seus ilícitos políticos às sanções da Lei de Responsabilidade e os ilícitos administrativos aos da Lei de Improbidade¹³⁷. Não se poderia conflitar a Lei nº 8.429/92 com a Lei nº 1.079/50, pois elas têm natureza jurídica e penalizações diversas, além de que o art. 52, § único da Constituição Federal, prevê em seu texto o não prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Frise-se que, qualquer dos Poderes da República possui estrutura administrativa, e assim sendo, podem seus membros agir como administradores públicos, praticando atos administrativos, que por sua vez, podem ser praticados sob a forma de leis ou decretos legislativos e nem por isso deixariam de submeter-se aos ditames da Lei 8.429/92¹³⁸

A lei de improbidade administrativa e a Lei dos crimes de responsabilidade, são normas distintas que não se excluem, visto que podem ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados distintos¹³⁹. Excluir os agentes políticos do campo de incidência da Lei 8.429/92 seria como permitir a criação de uma nova hipótese de competência originária do STF, rompendo com a jurisprudência tradicional da corte suprema, segundo a qual sua competência só poderia dar-se mediante norma constitucional, sendo insuscetível de extensões além das previstas na CF.¹⁴⁰

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE - AGENTE POLÍTICO - COMPETÊNCIA - PRESCRIÇÃO - PROVA DO ATO. Aplicam-se aos agentes políticos as normas da Lei de Improbidade, pois inexistente qualquer incompatibilidade entre as normas da Lei nº 8.429/92 e o Decreto-Lei nº 201/67, ainda que ambos visem ao mesmo valor ou princípio constitucional da moralidade na administração pública. Com efeito, a competência para processar e julgar Vereadores com base na Lei de Improbidade é do Juiz de Direito. É de se reconhecer a prescrição da pretensão do autor da ação civil pública, quando o ato imputado ao réu como ímprobo, foi praticado há mais de cinco anos da propositura da demanda. Sem prova robusta da prática do ato de improbidade, não há como se presumir a sua ocorrência, devendo ser afastada a condenação imposta aos requeridos. Não conhecer do Agravo Retido e do primeiro Apelo, e decretar, de ofício, a prescrição, além de dar provimento ao segundo Apelo, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido. **(Apelação**

137 NETO, Francisco Chaves dos Anjos. Op.Cit.

138 OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Porto Alegre: Síntese, 1998.

139 OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit.

140 NETO, Francisco Chaves dos Anjos

Cível nº 1.0439.05.038787-7/001, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Cláudio Costa, j. 18/10/2007, p. 02/11/2007).

Defendem que probidade dos agentes políticos não podem ficar sob a tutela exclusiva da Lei nº 1079/50, sob pena de risco efetivo do controle e combate das condutas consideradas ímprobas e afetas ao interesse público

Assim, defendem que se os Governadores de Estado, Vice-Presidente da República, Prefeitos, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, cometerem atos de improbidade administrativa ficarão sujeitos as sanções elencadas na Lei nº 8.429/92, em toda sua extensão, haja vista nenhuma norma constitucional os excepciona¹⁴¹. Sendo o Presidente da República, a exceção, não estando sujeito a perda da função pública e dos direitos políticos em decorrência de improbidade administrativa pela via da Lei nº 8.429/92, pois sua responsabilização está tratada nos art. 85 e 86 da Constituição Federal.¹⁴²

O entendimento é de que Senadores, Deputados Federais e Estaduais também estão sujeitos a normas constitucionais que disciplinam expressamente a forma de perda das funções, mas, ao contrário do Presidente da República, podem ter cassados seus direitos políticos pela via da Lei 8.429/92. É assim também para os juízes e promotores de justiça, que não estão imune a referida lei.¹⁴³

Considerações Finais

A responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa encontra sede na constituição federal, em seu art.37, §4º, e para agregar ainda mais a luta pela probidade, o legislador ordinário editou a lei nº 8.429/92, que versa sobre a improbidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa, aliada a Constituição Federal de 1998, deve ser encarada como um mecanismo jurídico que põem limite ao exercício do poder político de governantes e agentes eleitos pelo povo, além de abranger as condutas dos agentes públicos em geral.

Ficou compreendido a partir do estudo sobre aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos que, ambas as correntes, favoráveis ou não, a incidência da referida lei,

141 OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit.

142 MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio e Branco, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva,2008.

143 OSÓRIO, Fábio Medina. Op. Cit.

admitem a aplicação da Lei nº 1.079/50, como fator prejudicial para o enquadramento dos agentes políticos na lei de improbidade administrativa.

Sendo constatado que, aqueles que negam a aplicação da lei de improbidade, o fazem por entender que a Lei de Responsabilidade absorveria a Lei de Improbidade. Já aos que defendem a aplicação, afirmam que a coincidência típica seria apenas parcial, sendo, pois, aplicável a Lei de Improbidade Administrativa de forma subsidiária, por tratar de sanções de cunho administrativo enquanto que àquela trataria das sanções políticas.

Resta evidente que essa reflexão acerca da aplicabilidade da referida lei, teve uma maior conotação a partir da Reclamação 2138/DF. Foi nesse momento que o STF, negou a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, dando vários passos para trás no combate a corrupção e abrindo margem para a impunidade dos maus gestores.

O entendimento atual é o de que, em regra, os agentes políticos podem sim responder por ato de improbidade administrativa. Vigora no ordenamento jurídico pátrio o denominado "duplo regime sancionatório", ou seja, o fato de o agente estar sujeito a crime de responsabilidade e improbidade administrativa.

Prevalece então a tese de que a Constituição Federal prevê crime de responsabilidade e improbidade como institutos autônomos. Isto porque, faz-se uma interpretação sistemática do texto constitucional, a partir daí infere-se que há uma clara distinção entre os conceitos de improbidade administrativa e de crime de responsabilidade.

Como já mencionado, a Lei nº 8.429/92 foi editada com fundamento no art. 37, §4º, da CF:

§ 4º 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.

Já a Constituição Federal de 1988 dispõe acerca dos crimes de responsabilidade em outros dispositivos:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela EC 23/99)

(...)

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

V - a probidade na administração;

(...)

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela EC 23/99)

Firmou-se o entendimento de que não se pode afastar os agentes políticos das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa ao argumento de que essas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. Dito de outra forma, é aceita a concorrência de esferas de responsabilização distintas.

Dentre os agentes políticos, apenas o Presidente da República, não se encontra sujeitos a um duplo regime sancionatório, eis que seu julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86 da Constituição Federal)

Reitere-se que prevalece atualmente que os agentes políticos, em regra e com exceção do Presidente da República, submetem-se às punições por ato de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, sem prejuízo de também poderem ser punidos por crimes de responsabilidade. Nesse sentido:

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que os agentes políticos se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal. (...)STJ. 2ª Turma.

AgInt no REsp 1607976/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17/10/2017.

Destaque-se, para arrematar, que não existe foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, eis que esta possui natureza cível, e não ação penal.

Em regra, somente existe foro por prerrogativa de função no caso de ações penais (e não em demandas cíveis). Isto porque a Constituição traçou o sistema dessa forma, na medida em que definiu as competências do STF e do STJ de forma expressa e taxativa (arts. 102 e 105 da Constituição Federal de 1988).

Na previsão constitucional da competência do STF e do STJ existe a previsão de que as ações penais contra determinadas autoridades serão julgadas por esses Tribunais. Porém, não há regra que disponha que as ações de improbidade serão julgadas pelo STF e STJ.

Não existe foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa proposta contra agente político.

O foro por prerrogativa de função é previsto pela Constituição Federal apenas para as infrações penais comuns, não podendo ser estendido para ações de improbidade administrativa, que têm natureza civil. STF. Plenário. Pet 3240 AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/5/2018 (Info 901).

Assim, é imperiosa a conclusão de que não há foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa.

Referências Bibliográficas

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei de Improbidade Administrativa Aplicada e Comentada**. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BUGALHO, Gustavo Russignolli. **Improbidade Administrativa - Comentários À Lei Nº 8.429**. São Paulo: J.H. Mizuno, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2010.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 3ª Edição. São Paulo: Método, 2005.

- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética,2007.
- FERRACINE, Luiz Alberto. **Improbidade Administrativa: Teoria, Jurisprudência e Prática**. 2ª edição. Campinas: Editora Agá Juris,1999
- FREITAS, JUAREZ. **Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.33.n129 jan./mar. 1996.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa – Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas,2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Princípios Informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora NDJ Ltda, 1997.
- GARCIA, Emerson. **A Moralidade Administrativa e sua Densificação**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.39 n. 155 jul./Set. 2002.
- GRISOSETE, **Maria Lucia Correa** .*Improbidade Administrativa e os agentes políticos* publicado 9/12/2010 em <http://www.webartigos.com>.
- MARINELA, Fernanda e BOLZAN, Fabrício. **Leitura Complementares de Direito Administrativo**. 2º edição. Bahia: Editora Jus Podivm,2010.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O Limite da Improbidade Administrativa**. 4º Edição. Nitério/RJ: Impetus,2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio e Branco, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 3º Edição. São Paulo: Saraiva,2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.26º edição. São Paulo: Malheiros,2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 1º edição. São Paulo: Malheiros,1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ªedição.São Paulo: Malheiros,2002.
- NETO, Francisco Chaves do Anjos. **Da Plena Compatibilidade da Aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, Insustentabilidade da tese contrária**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.45 . n. 177 jan./Mar. 2009.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa: Estudo sobre a Demanda na Ação de conhecimento e Cautelar.** Rio de Janeiro : Editora Impetus, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada.** São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. **Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da Lei nº 8.429/92.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1349, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9588>>

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição.** São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEFANINI, Luiz de Lima. **Crimes Político.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33 n. 129 ajn./mar. 1996.

WALD, Arnold. e MENDS, Gilmar Ferreira. **Competência para Julgar Ações de Improbidade Administrativa.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a.35 n. 138 abr./jun. 1998

WICHERT, Marlon Alberto. **A Sentença Condenatória na Ação de Improbidade Administrativa, Profundidade e Extensão das Sanções.** Revista Legislativa. Brasília a.43 n.170 abr./jun.2006

O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 14.133/2021

MARCELO HENRIQUE TELES BOAVENTURA:

Discente do curso de direito do Centro Universitário UNA – Campus Aimorés.¹⁴⁴

ALESSANDRA MARA DE FREITAS SILVA.

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação. No decorrer do trabalho foi apresentada de maneira geral aspectos sobre o tratamento normativo acerca da licitação e suas modalidades, trazidas especialmente pelas Leis 8.666/93, Lei 10.520/02 e Lei 14.133/21. O trabalho busca responder o seguinte problema de pesquisa: qual o contexto de criação do diálogo competitivo e quais os avanços e críticas que ele representa quando comparado às modalidades de licitação previamente existentes? O tema escolhido é pertinente aos estudos jurídicos por abordar a discussão recente acerca das novidades legislativas trazidas pela Nova Lei de Licitação, promulgada em 1º de abril de 2021. Com o desenvolvimento da pesquisa, foi possível concluir que o diálogo competitivo é uma das mudanças de caráter inovador trazido pela Lei 14.133/21. O diálogo competitivo surge como uma alternativa ao sistema burocrático, estático e fechado adotado pelas modalidades de licitação pré-existentes, uma vez que sua principal característica é a possibilidade do debate da Administração com o mercado, permitindo que o licitante colabore para determinar, inclusive, o objeto da pretensão contratual da licitação.

Palavras-chave: Diálogo competitivo. Licitação. Lei 14.133/21.

THE COMPETITIVE DIALOGUE AS A NEW BIDDING MODALITY BROUGHT BY LAW 14.133/2021

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the competitive dialogue as a new bidding modality. In the course of the work, aspects of the normative treatment of bidding and its modalities were presented in general, brought especially by Laws 8.666/93, Law 10.520/02 and Law 14.133/21. The work seeks to answer the following research problem: what is the context of creating the competitive dialogue and what are the advances and criticisms that it represents when compared to the previously existing bidding modalities? The chosen theme is pertinent to legal studies because it addresses the recent discussion*

144 E-mail: marcelllo.boaventura@gmail.com

about the legislative innovations brought by the New Bidding Law, enacted on April 1, 2021. With the development of the research, it was possible to conclude that the competitive dialogue is one of the changes in innovative character brought by Law 14.133/21. The competitive dialogue emerges as an alternative to the bureaucratic, static and closed system adopted by the pre-existing bidding modalities, since its main characteristic is the possibility of the Administration's debate with the market, allowing the bidder to collaborate to determine, including, the object of the contractual claim of the bidding.

Keywords: *Competitive dialogue. Bidding. Law 14.133/21*

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa busca entender o diálogo competitivo como nova modalidade licitação pública, levando em consideração as disposições e o contexto da Lei 14.133, de 2021, que substituirá a Lei 8.666/93. Por conseguinte, a pesquisa busca esclarecer alguns aspectos normativos acerca do diálogo competitivo, como sua previsão legal, hipótese de cabimento e procedimento.

A pesquisa se justifica tendo em vista que as disposições da Lei 14.133/21 já se encontram em vigência no ordenamento brasileiro, de modo que se pretende chamar atenção para a necessidade de se interpretar e entender a norma conforme as suas razões de ser, especialmente levando em consideração o contexto altamente burocrático e, na maioria das vezes, ineficiente das licitações no Brasil.

A pesquisa envolveu o seguinte problema: "Qual o contexto de criação do diálogo competitivo e quais os avanços e críticas que ele representa quando comparado às modalidades de licitação previamente existentes?" Na busca da solução do problema de pesquisa verificou-se que a antiga lei de licitações é comumente interpretada como um diploma que contempla regramentos que beiram ao formalismo exacerbado, transformando a atividade essencial de contratar do Estado em algo extremamente custoso e moroso, e, na maioria das vezes, via de consequência, ineficiente.

Desse modo, para tratar do referido tema, buscou-se verificar como a Nova Lei de Licitações, em especial com a criação do diálogo competitivo, buscou atualizar e aprimorar o regramento licitatório. Na primeira seção, será abordado primeiramente os conceitos gerais de licitação, sua previsão constitucional, finalidade e princípios aplicáveis.

Posteriormente, será elucidado como o procedimento licitatório era tratado no sistema normativo anterior à promulgação da Nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos, especialmente levando em consideração a Lei 8.666/93.

Por fim, será abordada a Lei 14.133/21 e suas alterações trazidas quanto ao assunto licitação, mormente com a criação da nova modalidade, a saber, diálogo competitivo.

Quanto à metodologia empregada, utiliza-se a pesquisa bibliográfica qualitativa, valendo-se do método dialético, tendo em vista que os aspectos sociais, políticos e econômicos são relevantes para a análise do tema abordado neste trabalho.

Por fim, cumpre salientar que o presente trabalho não tem por objetivo exaurir o tema proposto, mas sim busca alimentar a discussão sobre os avanços e críticas acerca da inclusão do diálogo competitivo como nova modalidade de licitação.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DISPOSIÇÕES INICIAIS ACERCA DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A administração pública, em seu aspecto objetivo, representa a atividade estatal praticada pelas entidades e órgãos públicos (Administração Pública em sentido subjetivo) no objetivo precípua da satisfação do interesse público. Portanto, essa atividade está submetida ao regime jurídico administrativo, isto é, sofre influência direta de princípios e regras do direito público (NETO; TORRES, 2021).

Alguns desses princípios e regras que orientam o Direito Público podem ser encontrados dentro da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que menciona, expressamente, em seu artigo 37, *caput*, que a Administração Pública “obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988).

Ocorre que, para satisfação dos interesses públicos, a Administração necessita realizar negócios jurídicos com terceiros, leia-se celebrar contratos, inclusive com particulares, seja para a realização de obras, contratação de serviços, fornecimento de bens e etc., enfim, para praticar todas as atividades necessárias a fim de dar concretude à vontade política do Governo. Assim, prestigiando os princípios previstos na CRFB/88, especialmente os princípios da impessoalidade e moralidade, o legislador constituinte previu que a celebração desses contratos ocorrerá mediante a observação do processo licitatório (CARVALHO FILHO, 2019).

A CRFB/88 foi a primeira a erigir o dever de licitar como norma constitucional (MELO FILHO, 2008). Nesse passo, a obrigatoriedade da licitação na contratação pelo Poder Público encontra previsão na CRFB/88, em seu artigo 37, inciso XXI, que dispõe:

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 (BRASIL, 1988).

Desse modo, por determinação constitucional, a licitação é a regra e a sua dispensa ou inexigibilidade é a exceção. Tal premissa consubstancia o princípio da obrigatoriedade da licitação (CARVALHO FILHO, 2019).

Consoante Carvalho Filho (2019, n.p.) a licitação pode ser conceituada como

[...] procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Acerca da competência legislativa para dispor sobre matéria licitatória, o artigo 22, inciso XXVII, da CRFB/88 menciona que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação, veja-se:

[...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (BRASIL, 1988).

Nos ensinamentos de Carvalho Filho (2019, n.p.), a licitação possui como fundamentos a moralidade administrativa, traduzida no dever de agir “com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia” e a igualdade de oportunidades, também chamada de princípio da concorrência ou da isonomia, que nada mais é que a “necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração”.

Sobre a igualdade de oportunidades Melo Filho (2008, p. 7) observa que

O inciso XXI do art. 37 da Constituição prevê expressamente o princípio da isonomia entre os licitantes. Na verdade, esse princípio já se encontra inserido numa adequada interpretação do princípio da

impessoalidade, porém o constituinte decidiu reforçar essa característica elementar do processo de escolha dos contratados da Administração Pública.

Já no que se refere aos objetivos da licitação, estes podem ser extraídos não só da previsão constitucional, como também do artigo 11 da Lei 14.133/21 (Nova Lei de Licitações), quais sejam:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável (BRASIL, 2021).

Segundo Di Pietro (2022) não há, entre os doutrinadores, um consenso acerca dos princípios informativos da licitação, todavia, referida autora destaca os princípios da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da probidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da adjudicação compulsória, ampla defesa e da licitação sustentável.

Sobre a influência principiológica quando o assunto é licitação, Melo Filho (2008, p. 6) observa que

Dentre todos os princípios regentes da Administração Pública, é o da impessoalidade o mais ligado ao instituto da licitação. Sua existência destina-se justamente a garantir um procedimento por meio do qual o Estado realize uma contratação independentemente dos eventuais vínculos pessoais do contratado com o administrador público.

Ainda, Melo Filho (2008) observa que o postulado da eficiência, previsto como um dos princípios basilares da Administração Pública, por muitas vezes, se afasta do processo licitatório, especialmente dada a natureza jurídica de procedimento administrativo deste último, o que pressupõe uma sucessão de atos formais com vistas à celebração contratual. Nesse sentido, esclarece que

A licitação, justamente, ao limitar a discricionariedade dos agentes públicos, inibe a maximização da eficiência ao mesmo tempo em que busca garantir um ritual por meio do qual todos tenham o mesmo acesso às oportunidades de contratação, ainda que o resultado desse processo não seja, necessariamente, o melhor contrato para o Estado, mas simplesmente o mais compatível com as regras do jogo (MELO FILHO, 2008, p. 6)

Na mesma linha, sobre o caráter procedimental e inerentemente formal, que contraria, em um primeiro momento, o princípio da eficiência, Carvalho Filho (2019, n.p.) esclarece que

A licitação, como é óbvio, não poderia exaurir-se com instantaneidade. Ao revés, é necessária uma sequência de atividades da Administração e dos interessados, devidamente formalizadas, para que se chegue ao objetivo desejado.

Assim, em um primeiro momento, a ideia de licitação como procedimento formal vai de encontro com o conceito de uma Administração Pública eficiente, caracterizada como “[...] aquela que funciona com agilidade, tomando as decisões corretas no menor intervalo de tempo possível e com o dispêndio de mínima energia” (MELO FILHO, 2008, p. 6).

No direito brasileiro, atualmente, a matéria de licitação e contratos públicos são regulados, concomitantemente, pelas Leis 8.666/93 e 14.133/2021, sendo que a antiga Lei de Licitações, promulgada em 21 de junho de 1993, conta com quase trinta anos de vigência.

Todavia, a Lei 8.666/93 será revogada pela Nova Lei de Licitações e Contratos - Lei 14.133/21 em 30 de dezembro de 2023, conforme artigo 193 com redação definida pela Medida Provisória 1.167, de 2023. Isso implica dizer que até lá, os dois diplomas continuarão coexistindo no sistema normativo, cabendo ao administrador a escolha da norma aplicável em cada caso concreto (BRASIL, 2021).

O presente trabalho não tem por objetivo exaurir a análise comparativa entre a antiga e a nova Lei de Licitação e Contrato, mas tão somente explorar pontos específicos das referidas normas, especialmente no que tange ao diálogo competitivo como nova modalidade de licitação, que será melhor abordado nas subseções futuras.

2.2 AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO AS LEIS 8.666/93 E 14.133/21

Apesar de a licitação ser expressamente prevista pela CRFB/88, a norma constitucional rebaixou a sua regulamentação para o legislador infraconstitucional. Assim, a matéria concernente ao estabelecimento das regras gerais da licitação foi disciplinada pela Lei 8.666/1993 e, atualmente, pela Lei 14.133/2021.

Assim, a fim de propiciar uma melhor compreensão do objeto do presente estudo, é necessário que se perpasse, de maneira sucinta, pelas demais modalidades de licitações previstas tanto pela Lei 8.666/93, como pela Lei 14.133/21.

Pelo sistema normativo anterior à Nova Lei de Licitações, existiam seis modalidades de licitação, sendo elas a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, previstos pelo artigo 22 da Lei 8.666/93, e o pregão, disposto em lei própria, a saber Lei 10.520/02 (CARVALHO FILHO, 2019).

Consoante Neto e Torres (2021) a hipótese de aplicação de cada modalidade de licitação irá depender do valor ou do objeto a ser contratado, nos termos dos limites estipulados pela Lei 8.666/93, de modo que, em suma, pode-se dizer que as modalidades de licitação possuem três finalidades, sendo elas a contratação de obras/serviços/fornecimento, a seleção de trabalho técnico ou artístico e a venda de bens móveis ou imóveis.

Sobre o assunto, Justen Filho (2019, p. 424) complementa que

A licitação é um procedimento. A estrutura atribuída a essa série ordenada de atos pode variar segundo o objetivo a ser atingido. Pode-se estabelecer um paralelo com os procedimentos do processo judicial. Existem diversas espécies de procedimentos processuais. A variedade decorre das exigências a serem atendidas para obtenção do melhor e mais eficiente resultado (prestação jurisdicional, no caso processual; contratação administrativa, no caso da licitação).

Quanto às modalidades em espécie, tem-se que a concorrência será utilizada para contratações maiores, complexas e vultosas, razão pela qual se exige um maior grau de formalismo e publicidade mais ampla, de modo que qualquer interessado poderá participar do processo licitatório, desde que preenchidos os requisitos para habilitação (CARVALHO FILHO, 2019).

Diferentemente da concorrência, a tomada de preço tem sua publicidade, em termos de participação, mais restrita, já que nessa modalidade a disputa será realizada, nos termos da Lei 8.666/93, "entre interessados previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, ou que atendam a todas as exigências para

cadastro até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas” (CARVALHO FILHO, 2019, n.p.).

Ainda no que tange à tomada de preços, Neto e Torres (2021, p. 324) esclarecem que se trata de “[...] um procedimento de menor complexidade, em relação à concorrência, já que, em um primeiro momento, os participantes seriam selecionados apenas dentro do universo de particulares cadastrados”.

No que se refere ao convite, cumpre salientar que é a modalidade utilizada para contratações de pequeno valor e, por causa disso, possui como característica o menor grau de formalismo. A exemplo disso, na referida modalidade o instrumento convocatório não é feito através de edital, mas mediante carta-convite, que será enviada diretamente a pelo menos três interessados. Em razão do menor grau de formalismo e procedimento mais simplificado, Carvalho Filho (2019, n.p.) menciona que

O modus procedendi do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso, alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida. Apesar de tudo, permite maior mobilidade e celeridade na seleção.

O concurso se difere das demais modalidades à medida em que tem por objeto específico a contratação de trabalho técnico, artístico ou científico, nos termos do artigo 22, §4º da Lei 8.666/93. Sobre essa modalidade Carvalho Filho (2019, n.p.) menciona que

Quando faz um concurso, a Administração não pretende contratar com ninguém, ao menos em princípio. Quer apenas selecionar um projeto de cunho intelectual e a seu autor conceder um prêmio ou determinada remuneração. Com o cumprimento desse ônus pela Administração, a licitação fica encerrada.

A outra modalidade prevista pela Lei 8.66/93 é o leilão, que possui como finalidade específica a “[...] venda de bens móveis inservíveis para a Administração, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento” (NETO; TORRES, 2021, p. 326).

Por fim, a última modalidade de licitação prevista no sistema normativo anterior à Lei 14.133/21 é o pregão. Diferentemente das modalidades anteriormente citadas, o pregão não encontra previsão na Lei 8.666/93, de modo que foi instituído somente em 2002, com a Lei 10.520.

O pregão, tal como acontece com a concorrência e o convite, também possui por finalidade a aquisição de bens e serviços comuns. O pregão de certo modo também constituiu uma mudança em relação às modalidades previstas na Lei 8.666/93, uma vez que abandonou o critério de orientação pelo valor, além de trazer uma mudança no rito da licitação com a inversão das fases. Consoante mencionam Neto e Torres (2021, p. 327), “[...] o pregão foi criado para imprimir celeridade no processo de contratação e ampliar a competição entre os interessados nas licitações, mitigando os requisitos de participação e gerando estímulo à redução de preços[...]”.

Como bem observa Carvalho Filho (2019), a criação do pregão como nova modalidade de licitação já indicava a tendência que estava por vir com a Lei 14.133/21, uma vez que visou proporcionar um processo licitatório mais célere e menos burocrático àquelas contratações de menor complexidade. Assim, objetivando equacionar essa questão, o pregão tem como característica marcante a oralidade e a possibilidade de ser feito na modalidade eletrônica.

A Lei 14.133, promulgada em 1º de abril de 2021, comumente conhecida como Nova Lei de Licitações, é considerada um novo marco no que se refere ao processo de licitação e dos contratos administrativos, tendo em vista que a novel lei disciplina a matéria tratada pela antiga Lei de Licitações, Lei 8.666/93, bem como pelas Leis 10.520, de 2002 (Lei do Pregão), Lei 12.462, de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas), dentre outras leis esparsas sobre o direito administrativo relativas ao tema (DI PIETRO, 2022).

Por conseguinte, o contexto de surgimento e promulgação da Lei 14.133/2021 foi o de atualização, aperfeiçoamento e codificação das disposições gerais acerca da licitação, em um movimento de oxigenação da atividade licitatória, tendo em vista que a antiga lei data de 1993. Nesse sentido, a nova lei de licitação acabou com previsões que davam brechas e favoreciam o fenômeno burlatório e práticas corruptivas, a exemplo do convite e tomada de preços, e implementou as boas novidades trazidas pelas leis posteriores à antiga lei de licitação, como a previsão de que esses procedimentos ocorressem de forma eletrônica, favorecendo a eficiência licitatória (NASCIMENTO; CICHOVSKI, 2023).

Comparada à antiga Lei de Licitações, a Lei 14.133, de 2021 prevê somente cinco modalidades de licitação, previstas em seu artigo 28, quais sejam: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo (BRASIL, 2021).

Acerca da extinção das modalidades convite e tomada de preço, Souza, Ramos e Silva (2022, p. 10) observam que

A extinção da primeira modalidade age como um combate as práticas de fraudes associadas à modalidade. Já a extinção da

tomada de preços seria resultado da lógica da supressão realizada pela modalidade de concorrência, agora com maior celeridade por conta a inversão de fases (art. 28).

Assim, nos termos da novel lei, a grande novidade no que se refere ao tema de estudo é a extinção das modalidades convite e tomada de preços, bem como a inclusão do diálogo competitivo, que será abordado na próxima subseção.

2.3 O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Como visto nas seções anteriores, a Nova Lei de Licitações incorpora as boas novidades trazidas pelas leis extravagantes já existentes no âmbito, e, além disso, traz pontos inovadores, a exemplo da criação do diálogo competitivo como nova modalidade de licitação, objeto de estudo do presente trabalho.

O diálogo competitivo foi elencado como modalidade de licitação no artigo 28, inciso V e conceituado no artigo 6º, inciso XLII, da Lei 14.133/21, que dispõe que se trata de

[...] modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos; (BRASIL, 2021).

Essa modalidade terá lugar nas contratações de obras, serviços e compras de alta complexidade, hipótese em que muitas das vezes nem mesmo a Administração Pública consegue idealizar de maneira exata e eficiente o objeto contratual (NETO; TORRES, 2021).

Consoante destacam Freitas *et al.* (2021, p.52), essa modalidade:

É utilizada para que a Administração saiba das inovações metodológicas e técnicas e das soluções disponíveis no mercado, possibilitando, por exemplo, que tenha contato com tecnologias de domínio restrito, próprios de contratação customizadas.

Nesse sentido, as hipóteses de utilização do diálogo concorrencial foram estabelecidas pelo artigo 32 da Lei 14.133/21, sendo elas:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato (BRASIL, 2021).

Sobre as hipóteses de aplicação, Niebuhr (2021, p. 130) ressalta que o objetivo da Lei 14.133/21 foi o de aproximar a Administração Pública às inovações tecnológicas que geralmente estão sob domínio restrito de certo segmento do mercado. Nesse sentido, afirma que

É natural que a Administração Pública não tenha conhecimento das principais inovações tecnológicas, de soluções complexas ou de todos os meios aptos a atender a sua demanda. Ela tem conhecimento de sua necessidade, mas não sabe como supri-la. Nesse sentido, as hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 32 da Lei n. 14.133/2021 são interessantes na medida em que propiciam ao particular apresentar à Administração Pública soluções que ela normalmente não teria conhecimento ou teria dificuldade em definir o objeto e as especificidades contratuais, tudo de modo transparente e legítimo.

Nos dispositivos seguintes, a lei traz as demais regras dessa modalidade, como forma de divulgação do edital, prazos e formalidades do procedimento. Inclusive, das disposições legais sobre o diálogo competitivo é possível verificar que se trata de instituto oxigenado, que se afasta procedimentalmente das demais modalidades já existentes, especialmente porque há a previsão de uma fase dialética entre a Administração e os

licitantes, tudo visando a contratação do melhor negócio em primazia da eficiência administrativa, por meio do consenso (FRIGOTTO *et al.*, 2021).

Todavia, o legislador não fez questão de dispor de forma minuciosa e pormenorizada sobre o procedimento a ser adotado, isso é, de como será feita essa contratação, de modo que há uma tendência flexibilizadora quando comparada ao engessamento da Lei 8.666/93. Nesse sentido, Fernandes e Fuller (2021, n.p.) observam que

A falta de regramento robusto ou rígido pode traduzir uma tentativa do legislador de introduzir maior flexibilidade nas futuras contratações públicas, o que constitui um dos objetivos propostos pela nova lei. Foi atribuído ao gestor público liberdade para definir seus critérios de seleção, exigências e escolha da proposta vencedora, estabelecendo apenas que deveria ser assegurada a contratação mais vantajosa, sem definir se a vantagem seria em termos econômicos, técnicos ou de inovação. Ou seja, houve evidente margem para o gestor público definir os critérios desse procedimento, o que, embora possa ser visto como uma flexibilização vantajosa, não deixa de constituir uma falta de regulação específica, algo que já foi objeto de críticas em estudos realizados sobre o tema.

Nesse sentido, conforme mencionam Neto e Torres (2021) o diálogo competitivo é formado por três fases, sendo elas 1) a publicação de edital e pré-seleção de licitantes; 2) fase do diálogo com os licitantes e definição do objeto contratual e, finalmente, 3) fase competitiva.

A primeira fase consiste na publicação de um edital em que a Administração pré-selecionará interessados para a fase do diálogo por meio de requisitos objetivos. Após, terá início a fase de diálogo propriamente dita, na qual os licitantes pré-selecionados exporão suas soluções em reuniões que serão gravadas mediante recurso tecnológico de áudio e vídeo (BRASIL, 2021).

Segundo Freitas *et al.* (2021, p. 52), “essa fase pode ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique, dentre as soluções discutidas, aquelas que atendam às suas necessidades”, oportunidade na qual será encerrado o diálogo diante da definição do objeto do contrato.

Finalizada a fase dialética, há a publicação de um novo edital com a especificação da pretensão licitatória e a fase da competição terá início, na qual a Administração, analisando objetivamente todas as propostas, escolherá a mais vantajosa, culminando, assim, na contratação (NETO; TORRES, 2021).

Todos os licitantes pré-selecionados que participaram da fase do diálogo poderão participar da fase competitiva, observando, entretanto, que “o licitante que teve a sua solução escolhida não possui qualquer espécie de vantagem ou benefício na fase competitiva, competindo em iguais condições com os demais interessados” (NIEBUHR, 2021, p. 131).

Acerca do contexto histórico, o diálogo competitivo foi inspirado em instituto europeu semelhante previsto pela Diretiva 2004/18/EU, denominado diálogo concorrencial. Segundo observa Pereira (2021), o diálogo competitivo no Brasil e o diálogo concorrencial na Europa surgiram com a mesma proposta, qual seja, de apresentar uma alternativa aos modelos licitatórios fechados e burocráticos preexistentes, mediante a participação ativa do mercado.

[...] na Europa a modalidade foi introduzida buscando-se uma alternativa aos procedimentos licitatórios fechados e burocráticos, que não se mostravam capazes de apresentar respostas satisfatórias diante de situações nas quais a Administração Pública se defrontava com objeto inovador e, ao mesmo tempo, não conseguia identificar exatamente qual a solução técnica mais eficiente para o caso concreto (PEREIRA, 2021, p. 92).

Dentre as vantagens observadas no diálogo concorrencial europeu, em seus estudos Neto (2018) cita a ampla concorrência, maior grau de certeza quanto à contratação, previsão acurada sobre os custos do contrato, maior previsibilidade, maior definição sobre os pontos contratuais levando em consideração as especificações do caso concreto, maior segurança jurídica diante da diminuição de modificações contratuais após a contratação. Isso tudo desemboca, segundo o autor, em um maior grau de efetividade do negócio jurídico.

Com isso, esses modelos marcados pela fase dialética acabam por aproximar a licitação ao princípio da eficiência da Administração, princípio este que, no sistema normativo anterior à Lei 14.133/21, tinha pouca aplicação prática, tendo em vista o caráter extremamente procedimentalista e burocrático das demais modalidades de licitação. Nesse sentido, a previsão do diálogo competitivo como nova modalidade de licitação trouxe um procedimento menos burocrático, à medida que trouxe dinamismo para todo o processo e não somente para a fase das formulações das propostas (FRIGOTTO *et.al.*, 2021).

Também nesse sentido, Freitas *et al.* (2021, p. 52) mencionam que

Esse instituto permite a abertura da interlocução, isto é, do debate com os licitantes, acerca das possibilidades técnicas e de inovação, e,

por essa razão, poderá ser tida como mais flexível, inclusive por abrir margem para que a Administração estabeleça, no decorrer do certame, a solução que melhor atenda a sua demanda.

Contudo, Niebuhr (2021) critica o aspecto revolucionário da Nova Lei de Licitações, sob o fundamento de que, na realidade, poucas foram as inovações trazidas pela legislação e que as poucas trazidas assumem papel periférico dentro do sistema normativo. Quanto ao diálogo competitivo em si, o referido autor esclarece que, apesar de a ideia ter sido boa, ela terá pouca aplicabilidade no dia-a-dia da Administração Pública, isso porque a Lei 14.133/21 restringiu a adoção do diálogo competitivo para aquelas hipóteses previstas no artigo 32, que tratam sobre contratações de alto grau de complexidade que, na maioria das vezes, envolve tecnologia.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo analisar o contexto de criação do diálogo competitivo criado pela Lei 14.133/21 e quais suas vantagens e desvantagens quando comparado às modalidades de licitação previstas pela Lei 8.666/93.

A Lei 8.666/93 era considerada por muitos uma legislação ultrapassada, apesar das inúmeras alterações sofridas. Nesse sentido, o tema do processo licitatório passou a ser previsto por outras legislações esparsas, a exemplo da Lei do Pregão (Lei 10.520/02), do Regime Diferenciado de Contratação - RDD (Lei 12.462/11), da Lei de Concessões (Lei 8987/95), além da Lei de Parcerias Público Privadas que também possuem regras sobre licitações no intuito de modernização do instituto. Foi dentro desse contexto que foi promulgada, em 1º de abril de 2021 a Lei 14.133, denominada Nova Lei de Licitação, que, dentre outras novidades, instituiu o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação.

No primeiro momento, tratou-se sobre a licitação e qual o seu papel para a Administração Pública, constatando-se a sua natureza procedimental que visa a contratação da opção mais vantajosa dentre as disponíveis para a celebração de um contrato. Constatou-se que a licitação é aplicada à Administração Pública e, portanto, está sujeita aos princípios regentes do artigo 37 da Constituição Federal, a exemplo da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No segundo momento, discorreu-se acerca das modalidades e do processo licitatório segundo as Leis 8.666/93 e 14.133/21. Na oportunidade, constatou-se que, no que se refere às licitações, uma das principais mudanças foi a criação do diálogo competitivo, bem como a extinção das modalidades de tomada de preços e convite, pois eram consideradas em desuso, além de favorecer práticas indesejáveis de corrupção.

Foi abordado também, em seção própria, acerca dos pormenores da nova modalidade de licitação na Lei 14.133/21, como conceito, procedimento, vantagens e críticas em relação ao diálogo competitivo.

Conclui-se, portanto, que o diálogo competitivo é a modalidade de licitação usada em situações específicas e bem delimitadas pelo legislador ordinário, contidas no artigo 32 da Nova Lei de Licitações, de modo que ela só terá aplicabilidade quando a Administração se deparar com contratações complexas que demandem um diálogo com o mercado a fim de estabelecer o objeto contratual.

A principal característica do diálogo competitivo, como o próprio nome sugere, se baseia na interlocução do Poder Público contratante com os particulares interessados, no intuito de determinar, com maior certeza, a solução mais viável a ser contratada, privilegiando o interesse público.

Nesse sentido, tal novidade representa um importante passo para a modernização do sistema licitatório, uma vez que objetiva a busca por soluções diante situações específicas para a qual a Administração não possui expertise para definir as melhores técnicas, o que favorece a eficiência da contratação, minimizando a burocratização. Também, concluiu-se que a previsão do diálogo competitivo na referida lei se deu de maneira não detalhada, demonstrando a intenção do legislador em deixar um espaço maior de gestão ao administrador na condução do processo, o que traz uma certa flexibilização do fenômeno licitante.

Todavia, as críticas às novidades trazidas são no sentido de que a Nova Lei de Licitações teve como maior propósito a consolidação de leis que versavam sobre licitação e contratos administrativos em um único diploma, de modo que as novidades, a exemplo do diálogo competitivo, são periféricas, de modo que não serão aplicadas no dia-a-dia da Administração, mormente pelo seu caráter altamente restrito de aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (de 5 de outubro de 1988). Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FERNANDES, Diego Gonçalves; FULLER, Ariane. **Estamos preparados para o diálogo competitivo?**. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso-arbitragem-e-solucao-de-disputas-ij/estamos-preparados-para-o-dialogo-competitivo>. Acesso em: 17 maio.2023.

FRIGOTTO, Sabrina; KRIEQUER, André Lemuel Ferreira; DIAS, Anny Caroline; DOS ANJOS, Pedro Willimann; MARCONDES, Gustavo. A modalidade de licitação "diálogo competitivo" na redução de conflitos em âmbito administrativo. **Ponto de Vista Jurídico**, p. 117-127, 2021.

FREITAS, Alexandre Mattos de *et al.* **Nova lei de licitações e contratos administrativos: comentários à Lei 14.133/2021**. Brasília: Ed. dos Autores, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. A licitação na Constituição de 1988. *Irr.* DANTAS, B. *et al.* (Org.) **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. v. 2. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

NASCIMENTO, Renato Humberto Marcelino; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. Modalidade de licitação Convite: do desuso à extinção pela Lei nº 14.133/2021. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 10, n. 1, p. 289-317, 2023.

NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. **Limites**, p. 349, 2018.

NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes *et al.* **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. Zênite Editora, p. 68-79, 2021.

PEREIRA, Guilherme Abreu Lima e. Diálogo Competitivo. **Cadernos**, v. 1, n. 7, p. 88-99, ago. 2021.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; RAMOS, Thiago de Menezes; DA SILVA, Lucas Gonçalves. Inclinações pragmáticas na nova lei de licitações e contratos

administrativos (lei nº 14.133/2021): novos princípios, velhos problemas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 29, n. 11, p. 4-15, 2022.

POPULAÇÃO LGBTQIA+ NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

EDUARDA LUANA BATISTA DOS SANTOS:

graduanda em Direito pela Universidade Brasil –
Campus Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar o encarceramento da população LGBTQIA+ no âmbito do sistema prisional brasileiro. LGBTQIA+ é uma sigla internacionalmente utilizada para se referir aos cidadãos e cidadãs Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Mulheres Transexuais, Homens Trans, Intersexuais e o símbolo “+” significando todas as outras orientações sexuais e identidades de gênero. O estudo abordará a evolução histórica do sistema carcerário, inicialmente com relação ao histórico das penas, como surgiram e o passo a passo das formas como se punir e sequencialmente, abordará os problemas enfrentados pelos presos LGBTQIA+, seja a superlotação, a violência, a escassez de recursos, a desigualdade, o racismo, além dos desafios da ressocialização e como os direitos humanos agem nesses casos. Por fim, será abordado sobre a adoção de medidas públicas e sobre a criação de celas/alas específicas para a população LGBTQIA+ que cumprem pena no sistema prisional. O estudo foi realizado através de pesquisa descritiva bibliográfica, com revisão da literatura existente sobre o tema, bem como, com a análise de resoluções e cartilhas impressos ou disponíveis em meio eletrônico.

Palavras-chave: População, LGBTQIA+, Sistema Prisional, Direitos Humanos, Violência.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the incarceration of the LGBTQIA+ population within the Brazilian prison system. LGBTQIA+ is an internationally used acronym to refer to Lesbian, Gay, Bisexual, Transvestite, Transgender Women, Trans Men, Intersex citizens and the symbol “+” stands for all other sexual orientations and gender identities. The study will address the historical evolution of the prison system, initially with respect to the history of penalties, such as butterflies and the step-by-step ways of punishing oneself and, sequentially, will address the problems faced by LGBTQIA+ prisoners, whether overcrowding, violence, reduction of resources, inequality, racism, in addition to the challenges of resocialization and how human rights age in these cases. Finally, it will definitely be about the adoption of public measures and the creation of specific cells/wings for the LGBTQIA+ population who are serving time in the prison system. The study was carried out through descriptive bibliographical research, with a review of the existing literature on the subject, as well as, with the analysis of ingestion and printed booklets or available in electronic media.

Keywords: Population, LGBTQIA+, Prison System, Human Rights, Violence.

1. INTRODUÇÃO

Cada indivíduo possui características próprias, isto é, a chamada individualidade. A sigla LGBTQIA+ é um acrônimo para lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e queer, com um sinal "+" para reconhecer as orientações sexuais ilimitadas e identidades de gênero usadas pelos membros dessa comunidade.

O sistema carcerário brasileiro consiste nas prisões federais e estaduais, tanto masculinas quanto femininas.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, todos os presos, independentemente do crime cometido, têm assegurado o direito à vida, à integridade física e moral, além de garantida a proteção contra tratamento cruel ou degradante ou tortura.

A Lei de Execução Penal (LEP) garante ao preso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa e impõe, a todas as autoridades, o respeito à integridade física e moral dos presos já condenados e aos provisórios. O preso perde a liberdade, mas tem direito a um tratamento digno, bem como o direito de não sofrer violência física e moral. O artigo 41 da Lei de Execução Penal ainda prevê outros direitos à população prisional, tais como: vestuário, alimentação, trabalho remunerado, entre outros (BRASIL, 1984).

Infelizmente, a população LGBTQIA+ no sistema carcerário brasileiro enfrenta diversas violações de direitos humanos, tais como a falta de políticas públicas específicas, o preconceito e a discriminação por parte dos agentes prisionais e dos próprios detentos.

No Brasil, a preocupação com a visibilidade da parcela de encarcerados que se identificam como LGBTQIA+ dentro da população no sistema prisional é recente, e a intervenção, sempre parcial e precária, carecendo de políticas públicas que efetivamente sejam praticadas.

A formulação de políticas públicas está intrinsecamente ligada à necessidade de promover o bem comum da sociedade por meio de leis, regulamentações, planos de governo e decisões do corpo político. Assim, pode-se entender por política pública o conjunto de decisões e ações de um governo para solucionar problemas que em um dado momento os cidadãos e o próprio governo de uma comunidade política consideram prioritários ou de interesse público (CALDAS, CRESTANA, 2005).

O estudo do tema é de grande importância, pois a população LGBTQIA+ apesar de ser uma minoria, deve ser respeitada em todos os âmbitos, já que garantir dignidade e cidadania é o básico para a existência humana em um estado democrático de direito.

A fundamentação teórica do artigo será feita por meio de análises em artigos, doutrinas, leis, documentários, e dados numéricos trazidos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), sendo desnecessário a utilização de pesquisa de campo.

O artigo tem como objetivo geral a demonstração da necessidade da universalização das alas LGBTQIA+ nos presídios brasileiros englobando as circunstâncias que levam a inevitabilidade da criação destas, de modo a combater a escassez e propagar a garantia dos direitos humanos do grupo LGBTQIA+.

2.O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional brasileiro é um tema que suscita grande debate na sociedade, especialmente pela sua incapacidade de cumprir seus objetivos principais de reabilitação e ressocialização dos presos. Há inúmeros problemas que afetam o sistema, como a superlotação, a falta de recursos, a violência, a corrupção e a falta de políticas públicas efetivas.

O Brasil até 1830, não tinha um Código Penal próprio devido ser ainda uma colônia portuguesa, submetia-se às Ordenações Filipinas, que em seu livro V trazia o rol de crimes e penas que seriam aplicados no Brasil. Naquela época não existia a previsão de privação de liberdade como pena (NASCIMENTO, 2022).

Em 1824, com a nova Constituição, o Brasil iniciou uma reforma no sistema punitivo: as penas de açoite, a tortura, o ferro quente e outras penas cruéis foram extintas e foi determinado que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e natureza dos seus crimes (NASCIMENTO, 2022).

Em 1830, criou-se o Código Criminal do Império. A pena de prisão foi introduzida no Brasil de duas maneiras: a prisão simples e a prisão com trabalho, que podia ser perpétua, mas ainda se mantinha a pena de morte. (NASCIMENTO, 2022).

Somente em 1940 que foi sancionado o atual código penal brasileiro. O artigo 32 do Código Penal (CP) estabeleceu três espécies de penas: penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa (BRASIL, 1940).

As penas privativas de liberdade consistem na privação da liberdade do condenado, que é recolhido em estabelecimento prisional para cumprir sua pena. Essa

modalidade de pena é reservada para os crimes mais graves, nos quais a sociedade exige uma punição mais severa, como é o caso dos crimes contra a vida, contra a dignidade sexual e contra o patrimônio em situações de grande gravidade.

As penas restritivas de direito, por sua vez, consistem em uma limitação de direitos do condenado, como a proibição de frequentar determinados locais, de exercer determinada profissão ou de se ausentar da cidade onde reside. Essa modalidade de pena é aplicada em casos menos graves, nos quais não é necessária a privação da liberdade do condenado.

Enquanto que as penas de multa consistem no pagamento de um valor em dinheiro pelo condenado. Essa modalidade de pena é aplicada em casos nos quais a infração penal é de menor gravidade e não exige a privação da liberdade do condenado. O valor da multa é fixado de acordo com a capacidade financeira do condenado e pode ser convertido em prestação de serviços à comunidade.

É importante destacar que as penas restritivas de direito e as penas de multa têm como objetivo principal a ressocialização do condenado, ou seja, a sua reintegração à sociedade de forma que ele possa se tornar um cidadão produtivo e respeitador das leis. Já as penas privativas de liberdade têm como objetivo a retribuição pelo crime cometido e a proteção da sociedade contra novas práticas delitivas.

Enquanto as prisões e instituições para jovens infratores continuarem a se expandir e o Estado continuar com a política de encarceramento em massa, com tratamento repressor aos pobres, tratando-os como quase inumanos, o círculo não só de institucionalização se manterá, mas o de violência também, atingindo toda a sociedade (VEDOVELLO, 2008, p. 05).

Contudo, um dos principais desafios do sistema prisional brasileiro é a superlotação das unidades prisionais, que resulta em condições precárias de alojamento, alimentação e saúde para os presos. Esse problema é decorrente da falta de políticas públicas eficazes para a prevenção do crime, bem como da ineficácia do sistema judicial em garantir uma justiça rápida e eficiente.

Outro problema grave é a violência dentro das prisões, que afeta tanto os presos quanto os agentes penitenciários. A falta de investimentos em treinamento e capacitação dos agentes penitenciários, bem como a corrupção que permeia o sistema, tornam as prisões ambientes propícios para a prática de violência e abuso de poder.

Além disso, a falta de políticas públicas voltadas para a ressocialização e reintegração dos presos à sociedade é uma grande falha do sistema prisional brasileiro. Muitos presos são liberados sem qualquer preparação ou capacitação para retornar à vida em sociedade, o que aumenta a taxa de reincidência e o número de crimes cometidos.

É importante destacar que a situação do sistema prisional brasileiro afeta principalmente as populações mais vulneráveis, como negros, pobres e moradores de periferias urbanas. O encarceramento em massa dessas populações é uma forma de violência institucional que perpetua a desigualdade social no país.

Para solucionar os problemas do sistema prisional brasileiro, é necessário que sejam adotadas políticas públicas efetivas que visem à prevenção do crime, à diminuição da superlotação, à garantia dos direitos humanos dos presos e à reintegração desses indivíduos à sociedade. Investimentos em educação, saúde, cultura e lazer, assim como a promoção da justiça social e o combate à desigualdade, são fundamentais para a construção de um sistema prisional mais justo e eficaz.

3.DA COMUNIDADE LGBTQIA+

LGBT é a sigla utilizada para denominar Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros. Sendo utilizada desde meados dos 1990, a sigla é considerada uma adaptação de LGB, utilizada desde então para substituir o termo "gay" ao fazer referência à comunidade LGBT no fim dos anos 1980 (SANTOS, 2020).

De acordo com a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), a estimativa da população LGBT no Brasil é de cerca de 18 milhões de pessoas, não levando em conta pessoas intersexo e assexuais (Agência Senado, 2021).

O Movimento LGBT brasileiro nasceu durante o período da Ditadura Militar, que foi de 1964 a 1985. A sigla LGBT tem como principal objetivo promover a diversidade cultural com base nas questões de identidade sexual e gênero. Atualmente, é utilizada para se referir a qualquer pessoa que não se enquadra como heterossexual ou cisgênero (SANTOS, 2020).

Com o passar do tempo, a sigla evoluiu, com a inclusão de pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, a sigla LGBTQIA+ representa diferentes grupos, com a oficialização das nomenclaturas, sendo que cada letra representa um grupo de pessoas.

A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

No entanto, o Brasil é considerado um dos países que mais discrimina e mata pessoas LGBTQIA+ no mundo.

Uma das principais formas de discriminação enfrentada pela comunidade LGBTQIA+ é a violência homofóbica e transfóbica, que muitas vezes é cometida por agentes de segurança pública. O preconceito e a falta de capacitação desses agentes em relação às questões de gênero e sexualidade muitas vezes resultam em abusos e violações de direitos humanos.

Além disso, a comunidade LGBTQIA+ também enfrenta dificuldades no acesso à justiça, uma vez que muitos profissionais do direito não estão preparados para lidar com questões de gênero e sexualidade. Isso resulta em uma subnotificação de crimes e violações de direitos humanos contra essa população, bem como em uma baixa efetividade do sistema de justiça criminal no combate à homofobia e à transfobia.

Outro desafio enfrentado pela comunidade LGBTQIA+ no sistema de justiça criminal é a falta de políticas públicas efetivas que visem à sua proteção e promoção de seus direitos. É necessário que sejam adotadas medidas para capacitar os agentes de segurança pública, promover campanhas de conscientização e combate à homofobia e à transfobia, e garantir a igualdade de direitos e oportunidades para todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

No Brasil existem 884.885 presos, mas somente 4.745 presos se declaram partes da comunidade LGBTQIA+. Ressalta-se que 77% dos LGBTI+ que declaram abertamente sua sexualidade e identidade de gênero, se concentram em prisões que possuem alas/celas para essa população.

O Departamento de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - DPLGBT, da Secretaria Nacional de Proteção Global do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos - SNPG/MMFDH, atua cotidianamente para elaborar e implementar políticas públicas capazes de responder aos mais diferentes anseios da sociedade em termos de efetivação dos direitos de todas as pessoas. Mesmo reconhecendo os avanços conquistados nas últimas décadas em relação aos direitos humanos da população LGBTQIA+, é necessário também reconhecer que a violação de direitos ainda é consideravelmente presente na sociedade (PASSOS, 2020).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) dispõe especialmente em seus artigos 2º e 7º sobre a igualdade a que têm direito todos os cidadãos, sem distinção de qualquer espécie, podendo estender essa disposição também quanto ao reconhecimento da identidade de gênero e da sexualidade, não devendo haver distinção, sob pena de violação de direitos humanos.

Em suma, a comunidade LGBTQIA+ é uma população vulnerável que enfrenta diversas formas de discriminação e violência, inclusive no âmbito do sistema de justiça criminal.

4.PROBLEMAS ENFRENTADOS PELA COMUNIDADE LGBTQIA+ NO SISTEMA CARCERÁRIO

Os presídios apresentam preconceito e repressão desproporcionalmente maiores contra indivíduos homossexuais. Para garantir seus direitos fundamentais, alguns estados adotaram alas exclusivas para presos LGBTQIA+ em alguns presídios. Essas alas visam prevenir violência física, moral e institucional, que pode ser praticada tanto por presos quanto por agentes penitenciários, além de garantir o direito dos presos de serem reconhecidos por seu nome de acordo com sua identidade de gênero e de terem acesso a cuidados de saúde específicos, como tratamentos hormonais.

No entanto, ao analisar o inciso XLVIII do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que determina que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com o sexo do agente, percebe-se que o legislador deixou de considerar indivíduos que não se identificam com o sexo biológico. Não há menção alguma sobre gênero, pois as discussões sobre identidade de gênero ganharam importância recentemente, enquanto na época em que esse dispositivo foi criado, pouco se falava sobre o tema.

Diante da vulnerabilidade desses apenados, principalmente no que tange a omissão de criação de alas protetivas para este grupo, se questiona qual seria o tipo de responsabilidade que o Estado tem perante esses condenados e, deste modo, muitas são as questões sobre esse emblema para garantir a devida indenização ao preso LGBTQIA+ que teve seu direito lesado.

A comunidade LGBTQIA+ enfrenta uma série de desafios e problemas no sistema carcerário, que incluem:

- **Violência e assédio:** Pessoas LGBTQIA+ estão em maior risco de sofrer violência e assédio sexual em prisões, incluindo agressões físicas e verbais. Muitas vezes, essa violência é perpetrada por outros presos e até mesmo por funcionários do sistema carcerário.
- **Discriminação:** Pessoas LGBTQIA+ também enfrentam discriminação no sistema carcerário, incluindo tratamento diferenciado e punitivo em relação a outros presos. Isso pode incluir falta de acesso a serviços e programas educacionais, médicos e psicológicos, bem como acomodações inadequadas.
- **Falta de acesso a cuidados médicos adequados:** Pessoas LGBTQIA+ muitas vezes têm necessidades de saúde específicas que podem ser ignoradas ou

mal atendidas no sistema carcerário. Por exemplo, pessoas transgênero podem precisar de terapia hormonal ou cirurgia de redesignação de gênero, mas muitas vezes não recebem esse tratamento.

- Isolamento: Pessoas LGBTQIA+ são frequentemente colocadas em isolamento por motivos de segurança, mas isso pode ter um impacto negativo em sua saúde mental e emocional. O isolamento também pode ser usado como uma forma de punição.
- Falta de reconhecimento legal: Muitas pessoas LGBTQIA+ são forçadas a se identificar como o gênero com o qual não se identificam ou a serem alojadas em prisões que não correspondem à sua identidade de gênero.

Esses são apenas alguns dos problemas enfrentados pela comunidade LGBTQIA+ no sistema carcerário. É importante que o sistema carcerário trabalhe para garantir que todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, sejam tratadas com respeito e dignidade e tenham acesso a cuidados de saúde adequados e tratamento justo.

5.SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS LGBTQIA+

O sistema prisional brasileiro é marcado por problemas como superlotação, violência, condições precárias de higiene e saúde e violação dos direitos humanos. Essas questões são ainda mais agravadas para indivíduos LGBTQIA+, que enfrentam discriminação, preconceito e violência dentro das prisões.

Para o WACQUANT (2011, p.12) o crescimento da população carcerária:

É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica [...] entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação.

Para tentar lidar com essa realidade, algumas políticas públicas foram criadas para proteger os direitos dos presos LGBTQIA+ e garantir sua dignidade. Uma dessas políticas é a criação de alas exclusivas para LGBTQIA+ em algumas prisões, como já mencionado anteriormente. Essas alas são uma tentativa de garantir a segurança e o bem-estar dos presos, oferecendo um ambiente mais protegido contra a violência e a discriminação.

A Resolução Conjunta nº 1 do Conselho Nacional de Combate a Discriminação de abril de 2014 (BRASIL, 2014), busca sanar essa omissão com os presos que possuem uma identidade de gênero diferente, além de lhes garantir outras disposições referentes à sua identidade.

No parágrafo único de seu artigo 1º fica disposto a quem se direciona a referida resolução, conceituando ainda o termo LGBT, *in verbis*:

Parágrafo único - Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se:

I - Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres;

II - Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens;

III - Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos;

IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e

V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico. (CNCD, 2014)

A resolução acima dispõe sobre a destinação de espaços específicos para travestis e gays que estão cumprindo pena privativa de liberdade em presídios masculinos, porém, isso depende da manifestação de vontade por parte dos detentos.

Assim, as alas exclusivas criadas têm como objetivo segregar para proteger, além de buscar a ressocialização dos presos. Embora a resolução inclua todas as medidas necessárias para a implementação de alas protetivas e melhores garantias para os presos LGBTs, ela não é obrigatória para os Estados. Além disso, a falta de destinação de um espaço exclusivo para esses presos é frequentemente justificada pela precariedade da estrutura dessas instituições penais ou por outros motivos, o que evidencia a negligência do sistema penal em relação à população LGBT.

Além disso, o Estado tem o dever de garantir o acesso aos serviços de saúde específicos para a população LGBTQIA+, incluindo atendimento psicológico, tratamento

hormonal e prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis. A inclusão de profissionais especializados em questões de gênero e sexualidade é fundamental para garantir o acesso a esses serviços.

Outra política importante é a capacitação de agentes penitenciários em relação às questões LGBTQIA+. O treinamento pode ser feito por meio de cursos específicos que abordem a diversidade sexual e de gênero e que instruem os profissionais sobre como lidar com esses presos, evitando preconceito, discriminação e violência.

Importante também mencionar, que no ano de 2019, uma decisão do ministro Rogério Schietti Cruz determinou que uma travesti em regime semiaberto tivesse o direito de pernoitar na ala feminina do Presídio Estadual de Cruz Alta (RS). Antes, a travesti estava alojada na ala masculina, já que não havia no local ala ou cela específica para o público LGBT+ (Proc. 2019/0065773-1 STJ).

Já no ano de 2021, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Roberto Barroso, decidiu que pessoas trans e travestis, que se identificam com o gênero feminino vão poder escolher cumprir pena em presídios femininos ou masculinos, porém em área reservada, que garanta a sua segurança. A decisão é oriunda de um pedido da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527.

Assim, observa-se efetivamente que o Judiciário vem adotando aos poucos medidas para solucionar os problemas no sistema carcerário. No entanto, apesar dessas iniciativas, ainda há muito a ser feito para garantir a proteção dos direitos dos presos LGBTQIA+ no sistema prisional brasileiro. A conscientização sobre a importância de políticas públicas voltadas para a população LGBTQIA+ ainda é insuficiente, e muitos presos continuam sendo alvo de violência e discriminação dentro das prisões.

6. CONCLUSÃO

O sistema prisional brasileiro é um grande obstáculo para o exercício da liberdade. As prisões brasileiras são superlotadas, insalubres e violentas, o que viola os direitos humanos dos presos e dificulta a ressocialização. Além disso, muitas pessoas são presas preventivamente, sem condenação, o que configura uma violação do princípio da presunção de inocência.

As carceragens dos presídios no Brasil são frequentemente associadas à superlotação, condições precárias e um ambiente degradante. Embora sejam projetadas para cumprir a função de estabelecimentos onde os apenados devem cumprir suas

sentenças penais como forma de reabilitação e reintegração na sociedade, infelizmente acabam por violar os direitos fundamentais desses presos.

A população LGBTQIA+ no sistema carcerário brasileiro enfrenta diversas formas de violência e discriminação, tanto por parte de outros presos quanto por agentes penitenciários. Essa população é mais vulnerável a abusos, incluindo violência física e sexual, assédio moral e negligência na prestação de serviços de saúde adequados.

Diante dessa realidade, algumas políticas públicas foram criadas para garantir a proteção dos direitos dos presos LGBTQIA+, como a criação de alas exclusivas em algumas prisões e a capacitação de agentes penitenciários em questões de diversidade sexual e de gênero.

No entanto, ainda há muito a ser feito para garantir a segurança e a dignidade da população LGBTQIA+ no sistema prisional brasileiro, incluindo a conscientização sobre a importância de políticas públicas voltadas para essa população e o fortalecimento das medidas de proteção existentes.

Entender como é hoje o sistema carcerário para a população LGBTQIA+ e quais as necessidades da criação das supracitadas alas tem como finalidade a recuperação de todos os princípios humanos e legais perdidos nos âmbitos das prisões, de modo a garantir os direitos humanos, visando combater a violência nesse ambiente e reagir ante o preconceito de gênero.

REFERÊNCIAS

AGENCIA SENADO. **Perguntas sobre orientação sexual poderão ser incluídas no Censo**. 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/02/19/perguntas-sobre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual-poderao-ser-incluidas-no-censo>>. Acesso em: 09 Nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 Nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 09 Nov. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 Nov. 2022.

BASTOS, C. L.; KELLER, V. **Aprendendo a aprender**. Petrópolis: Vozes, 1995.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff; CRESTANA, Silvério. **Políticas Públicas Municipais de Apoio às Micro e Pequenas Empresas**. São Paulo: Sebrae-SP, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. **Resolução Conjunta Nº 1**. 2014. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_AB_RIL_DE_2014.aspx>. Acesso em: 16 Abr. 2023.

Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual. **Diversidade sexual e cidadania LGBTI+**. 4ª ed. São Paulo: SJC/SP, 2020. Disponível em:

<http://www.rekursoshumanos.sp.gov.br/lgbt/cartilha_diversidade.pdf>. Acesso em: 10 Nov. 2022.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

NASCIMENTO, Stephany. **Sistema carcerário brasileiro: a realidade das prisões no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-carcerario-brasileiro/>>. Acesso em: 09 Nov. 2022.

SANTOS, Greice. **História da homossexualidade: o preconceito e a luta por igualdade de direitos**. 2020. Disponível em: <<https://portallitoralsul.com.br/historia-da-homossexualidade-o-preconceito-e-a-luta-por-igualdade-de-direitos/>>. Acesso em: 14 Nov. 2022.

SOARES, Patricia Cristina dos Santos Bachega, QUÉIROZ, Imar Domingos. **Sistema penitenciário e direitos humanos da população carcerária LGBT em Mato Grosso**. 2019. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaoI_d_1438_14385cca28da879c7.pdf>. Acesso em: 09 Nov. 2022.

VEDOVELLO, Camila de Lima. **Uma reflexão sobre o aumento do encarceramento de jovens, as instituições penitenciárias e a sociabilidade dos reclusos**. In: Revista Sociologia: A sociedade entre muros Ano II / Edição nº 16 / 2008.

WACQUANT, L. **As Prisões da Miséria**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO

GABRIEL GARCIA DA SILVA:
Bacharelado do Curso de Direito pela
Universidade Brasil – Campus
Fernandópolis - SP¹⁴⁵

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: No mundo atual com o avanço e o desenvolvimento exacerbado da tecnologia, ter um dispositivo informático conectado ou não a rede, tornou-se muito perigoso, tendo em vista que a cada dia crackers criam programas de invasão de sistemas de segurança com o intuito de penetrar, violar ou invadir os dispositivos alheios, causando uma lesão a intimidade e a privacidade do cidadão de forma intrínseca, foi isso que levou o poder legislativo a criar os chamados crimes cibernéticos, esta lacuna foi suprida pela edição da lei 12.737/2012, que positivou e acrescentou o art. 154-A do código penal, a Invasão de dispositivo informático, na qual visava tutelar os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente garantidos a todos no art. 5, inciso X da Constituição Federal, que garante a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Teve grande influência na celeridade da edição e na aprovação da Lei o crime praticado contra a atriz, Carolina Dieckmann, que teve seu computador invadido e posteriormente a divulgação de suas fotos íntimas, os autores do fato foram condenados pelos crimes de extorsão, difamação e furto porém não houve possibilidade de responsabiliza-los pelo crime de invasão de computador, por falta do amparo legal e pelo princípio da legalidade. A Lei penal que fora editada a décadas atrás, não previa a necessidade de tutelar este crime por conta da inexistência dos dispositivos informáticos, trazendo a impossibilidade da normatização de um conflito não aparente, considerando que o código penal foi em 1940 e os computadores em 1946, ao longo dos anos surgiu-se a necessidade de uma proteção legal para os fatos posteriores que viessem acontecer.

Palavras-chave: Invasão, computador, informático, crimes, privacidade.

ABSTRACT: In todas world Wirth the advancement and exacerbated development of technology, having a computer device connected or not to the network has become very dangerous, given that every day crackers create programs to invade security systems in order to penetrate , violating and/or invading other people's devices, causing damage to the intimacy and privacy of the citizen in an intrinsic way, this is what led the legislature to create the so-called cyber crimes, this gap was filled by the enactment of law 12.737/2012,

145 E-mail: gabriel.g.silva123@gmail.com

which positive and added art. 154-A of the penal code, the Invasion of a computer device, which aimed to protect the fundamental rights and guarantees constitutionally guaranteed to all in art. 5, item X of the Federal Constitution, which guarantees people's intimacy, private life, honor and image. The crime committed against the actress, Carolina Dieckmann, had a great influence on the speed of editing and on the approval of the Law, who had her computer invaded and later the disclosure of her intimate photos, the authors of the fact were convicted of the crimes of extortion, defamation and theft however, there was no possibility of holding them accountable for the crime of computer intrusion, due to the lack of legal support and the principle of legality. The criminal law that had been edited decades ago, did not foresee the need to protect this crime due to the lack of computer devices, bringing the impossibility of standardizing a non-apparent conflict, considering that the penal code was in 1940 and computers in 1946, over the years arose the need for legal protection for subsequent events that might happen.

Keywords: Invasion, computer, computer, crimes, privacy.

1 INTRODUÇÃO.

Com a chegada da tecnologia, chegou também indivíduos dotados de má fé, que utilizavam da ausência lei como subterfugio, para invadirem os dispositivos informáticos alheios, foi aí que houve a necessidade da tutela penal sobre a conduta dos indivíduos, que tinham como objetivo lesar ou obter vantagem, sendo assim editada a lei que ficou conhecida como lei Carolina Dieckmann, pois o ocorrido com a atriz trouxe grande repercussão no cenário nacional, a atriz teve seu computador invadido em maio de 2012, o mesmo continha fotos íntimas da vítima que foram subtraídas por cinco indivíduos, os criminosos não foram incriminados pelo crime de invasão, mas sim por extorsão, furto e difamação, pois a legislação penal brasileira não estava dotada de uma tipificação penal para incriminar os agentes por esta conduta, trazendo assim maior celeridade na aprovação da lei por conta da pressão social, causada pela grande repercussão do fato.

A Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, foi publicada no Diário Oficial da União de 3 de dezembro de 2012, a Lei entrou em vigor 120 dias após a sua publicação, ela trouxe o crime que trata o Artigo 154-A e 154-B do Código Penal, Invasão de dispositivo informático. Por mais que o ordenamento jurídico, continha leis de combates aos crimes eletrônicos, havia um vácuo normativo, pois não existia previsão legal, para a invasão de dispositivo informático.

O crime de invasão de dispositivo informático, tem o intuito de tutelar a privacidade, tendo em vista que, os dispositivos informáticos (computadores, discos externos, *smartphones*, celulares comuns, *tablets*, *dendrites* etc.) contêm dados de caráter pessoal ou profissional, como (fotos, mensagens, áudios, e-mails, documentos,

arquivos etc.), na qual a obtenção de forma indevida, resulta em lesão a privacidade do usuário, bem jurídico garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X.

2 BEM JURIDICO TUTELADO.

O artigo tratado tem como objetivo, tutelar os bens jurídicos que foram colocados em risco com a evolução da tecnologia, incriminar e fixar sanções para aqueles que cometem ato ilícito previsto em lei (MASSON, Cleber 2019).

De acordo com o descrito no Código Penal (1942) o artigo 154-A (invasão de dispositivo informático) está localizado no capítulo VI Dos crimes contra a liberdade individual, seção IV Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos. Por isso se fez necessário a criação de um novo dispositivo legal, para combater as ameaças que eram constantes com o avanço da tecnologia na sociedade moderna, nos últimos tempos as redes sociais têm criado mecanismos de comunicação, que facilitam a entrega de informações, sendo estas de caráter pessoal ou profissional.

A Constituição Federal (1964) afirma que quando violado um dispositivo informático, existe a violação dos bens jurídicos garantidos por esta Lei em seu artigo 5, inciso X, que garante a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem jurídico que diz respeito a liberdade individual de cada indivíduo (MASSON, Cleber 2019).

3 OBJETO MATERIAL.

O disposto no artigo refere-se ao dispositivo informático como objeto material da conduta, havendo a necessidade de que o mesmo seja de outrem, não há crime quando um indivíduo invade um dispositivo próprio mesmo que este não esteja em sua posse, o fato é atípico. São considerados dispositivos informáticos os computadores, tablets, notebooks, smartphones e outros que tenham a capacidade de receber, produzir ou captar dados (MASSON, Cleber 2019).

4 NUCLEO DO TIPO.

No presente artigo o núcleo do tipo é "invadir" que significa transgredir, penetrar, ingressar de forma não autorizada, pouco importa se o dispositivo está conectado com a rede mundial de computadores (internet), pois a invasão do dispositivo pode ter resultado na instalação de um software ou Malware, que irá ser ativado posteriormente, quando houver a conexão com a internet, possibilitando assim a obtenção, destruição ou alteração de dados, de forma ilícita (MASSON, Cleber 2019).

Não se configura crime quando há autorização para a tal invasão (quando um técnico é contratado pelo proprietário do dispositivo, para que seja feito o desbloqueio de forma autorizada com o intuito de recuperar dados que foram perdidos em decorrência

de um esquecimento da senha do aparelho), há uma necessidade efetiva de que o dispositivo seja alheio, pois o mesmo seria acessado e não invadido quando cometido pelo proprietário. É necessário que haja a finalidade de obter, destruir ou adulterar dados e informações, sem que haja a autorização tácita ou expressa do proprietário do dispositivo, bem como obter vantagem indevida (MASSON, Cleber 2019).

Na parte final do caput do artigo 154 – A existe uma outra conduta na qual consiste em instalar vulnerabilidades (software, programas ou aplicativos) com desejo de obter vantagem ilícita, nesta segunda conduta a finalidade da instalação é a vantagem ilícita, pouco importando se o criminoso irá obter a vantagem desejada (MASSON, Cleber 2019).

Sabe-se que somente a instalação não causaria um dano efetivo ao proprietário do dispositivo, porém é evidente que a instalação de um software sem a autorização, é um mero preparo para que o agente possa ter acesso a dados e assim lesar o proprietário e terceiros (MASSON, Cleber 2019).

No presente artigo há dois verbos que caracterizam o crime, sendo o primeiro “invadir” e o segundo “instalar” vulnerabilidades, o crime se consuma quando ocorre à invasão e (ou) à instalação no dispositivo, pouco importando se isso resulta na obtenção, na adulteração ou destruição de dados ou na vantagem ilícita, pois, trata-se de crime formal. Quando há dois agentes, um instala e outro invade caracteriza crime único em concurso de agentes, mas quando há somente um agente, existe um só crime (MASSON, Cleber 2019).

5 SUJEITO ATIVO.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não se faz necessário conhecimento técnico ou alguma condição especial (curso ou título acadêmico na área de tecnologia), pois trata-se de crime comum. É admitido o concurso de pessoas quando duas ou mais concorrem juntamente para o crime, é considerado sujeito ativo aquele que, produz, vende, ou oferece meios para a haja a invasão ou a instalação bem como aquele que invade ou instala programa ou software maléfico. É necessário entender que há um equívoco quando falamos que os hackers, são criminosos ou pessoas mal-intencionadas, pois os hackers são amantes da tecnologia, técnicos que buscam conhecer o sistema, melhorar e desenvolver softwares de forma legal, estes não têm o intuito de violar os direitos das pessoas, já os crackers são usuários mal-intencionados, que usam seu conhecimento para cometer infrações nas quais violam os direitos de outros usuários, com o intuito de obter vantagem ilícita ou não (MASSON, Cleber 2019).

6 SUJEITO PASSIVO.

O sujeito passivo (titular do direito) é aquele tem a propriedade ou posse do dispositivo informático, bem como terceiros que tenham informações de cunho pessoal ou profissional, e sofrem dano moral ou material em decorrência da obtenção, adulteração ou destruição de dados causada pela invasão do dispositivo, uma vez que o sujeito passivo é titular do direito violado, este tem o direito a representação criminal. Os prejudicados em decorrência dos fatos, que não são titulares do direito, cabem postular uma ação na esfera civil para que haja a reparação de danos, sejam estes morais ou materiais. É possível também que o sujeito passivo seja a administração pública, a União, Estados, Distrito Federal e municípios (MASSON, Cleber 2019).

7 ELEMENTO SUBJETIVO.

O dolo é o elemento subjetivo do delito, segundo o expresso no artigo, o crime deve ser cometido com a intenção de obter, destruir ou adulterar dados, ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita, nota-se que há uma finalidade em cometer o delito, destarte existe o livre desejo do agente em cometer o ato, mesmo que não resulte na obtenção da vantagem ilícita. Não há previsão para a modalidade culposa (MASSON, Cleber 2019).

8 CLASIFICAÇÃO DOUTRINARIA.

O presente artigo trata-se de crime comum, pois, há a possibilidade de ser cometido por qualquer pessoa, não se faz necessário uma qualidade específica ou uma característica própria do agente, existem várias formas de ser praticado então é classificado como plurissubsistente, é também colocado como comissivo, pois é necessário que se cumpra os verbos "invadir e ou instalar" presentes no disposto do artigo, pode ser comissivo por omissão, quando um garantidor é omissor em sua função, ou seja quando este tinha o dever legal de impedir a execução do delito, é um crime unis subjetivo (Monosubjetivo, Unilateral ou de Concurso Eventual) que pode ser praticado por um só agente, porém também aceita o concurso de pessoas, quando duas ou mais pessoas concorrem para o mesmo delito, este crime pode ser cometido por qualquer meio de execução então é considerado um crime de forma livre, é crime formal, pois, o mesmo não exige resultado naturalístico, o ato de invadir o dispositivo alheio já caracteriza o crime, é considerado formal também na forma equiparada, já na forma qualificada trata-se de crime material, porque há a exigência da obtenção dos conteúdos privados, bem como, do controle remoto (qualquer aparelho que permita o acesso sem fio a um dispositivo, por meio sinal infravermelho, bluetooth ou internet, é também considerado um crime simples, visto que o artigo tutela a privacidade, apenas um bem jurídico e o descrito em lei se enquadra em um único tipo penal (DELMANTO, 2022).

9 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.

A consumação do crime ocorre, quando ocorre há a invasão do dispositivo informático de forma indevida, pouco importando se houve ou não prejuízo real a alguém, pois o único ato tem a capacidade de produzir dano efetivo, também consumasse o crime quando há a instalação de aplicativo, programas ou software que posteriormente acarretaria na obtenção alteração ou destruição de dados da vítima. A tentativa ocorre quando, por meio das situações alheias a vontade do agente, não há a invasão ou instalação dentro do dispositivo (MASSON, Cleber 2019).

10 COMPETÊNCIA.

Via de regra é competência da Justiça Estadual, mesmo que o crime seja cometido através da rede mundial de computadores (internet), isso não seria motivo para que o conflito fosse de competência Federal, o mesmo seria de competência Federal quando o delito se adequasse as hipóteses descritas no art. 109, inciso IV e V, da Constituição Federal. Ademais, a invasão de dispositivo informático, não é um crime em que o Brasil se comprometeu por meio de tratado internacional a combater (MASSON, Cleber 2019).

11 CONCURSO DE CRIMES.

O concurso de crimes, é aceito no crime de invasão de dispositivo informático, o mesmo, pode ser cometido com outros delitos, com um maior potencial ofensivo, como o furto mediante fraude, estelionato, extorsão e outros. Aplicando-se assim, o concurso material de crimes, porém, quando há umnexo de dependência, entre um crime e outro, ou seja, quando o crime de invasão de dispositivo informático, torna-se um meio para outros delitos, assim será aplicado o princípio da consumação (absorção), que diz que o crime fim absorve o crime meio (MASSON, Cleber 2019).

12 FIGURA EQUIPARADA (ART. 154-A, § 1º).

Segundo o § 1º aquele que contribui seja produzindo, oferecendo, distribuindo, ou vendendo programa de computador possibilitando que ocorra o delito, incorrerá na mesma pena prevista no caput do artigo 154-A, o elemento subjetivo do tipo, é intuito daquele que se enquadra do §1º, o agente que tem o fim de possibilitar que outros cometam o crime de invasão de dispositivo informático (MASSON, Cleber 2019).

13 AUMENTO DE PENA (ART. 154-A, § 2º).

Caso o delito venha resultar em prejuízo econômico a vítima, a pena é aumentada de 1/3(um terço) a 2/3(dois terços). O prejuízo econômico pode se dar por meio da destruição ou alteração de dados no trabalho, bem como na perda do próprio aparelho, ou nos gastos financeiros necessários para recuperar os dados perdidos. É necessário que

seja um prejuízo econômico, de cunho pecuniário, quando se preenche os requisitos do §2º é obrigatório o aumento de pena, sendo descartado a possibilidade de entrar com dano moral por analogia “in malam partem”, pois, não é aceito na esfera penal (DELMANTO, 2022).

14 FORMA QUALIFICADA (ART. 154-A, § 3º E 4º).

O §3º trata-se de uma qualificadora, sendo assim, é um meio legal que o legislador criou, para que o agente possa ter um aumento de pena, tendo em vista o resultado mais danoso a vítima, este resultado caracteriza-se, por meio da “obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.” A pena é aumentada de 6 meses, a 2 anos pela forma qualificada, por conta dos maiores danos causados a vítima (LENZA, 2023).

De acordo com o §4º a pena, é aumentada de um a dois terços caso a os requisitos do §3º venham ser comercializados, transmitidos ou divulgados a terceiros, em regra há uma contraprestação, porém não se faz necessário, pois o legislador usou a expressão “a qualquer título.” Entende-se então que, somente o ato de transferir os dados obtidos a outro, já cumpriria os requisitos para o aumento de pena (LENZA, 2023).

15 AUMENTO DE PENA EM FUNÇÃO DA VÍTIMA.

O §5º, trata dos governantes, quando estes sofrem a violação indevida do dispositivo informático, não são apenas os interesses de cunho pessoal que estão sendo atingidos, mas de toda a sociedade, por este motivo o conteúdo dos chefes de poderes tem uma relevância maior. Neste caso a ação penal passa a ser pública incondicionada, além do aumento de pena, que é de um terço até a metade (BITENCOURT, 2019).

16 AÇÃO PENAL (ART. 154-B).

Ação penal é pública condicionada à representação da vítima, ou de seu representante, pois trata-se de um direito disponível, então cabe ao ofendido representar ou não, em regra, porém, quando o crime for cometido contra a administração pública, aos poderes da União, Estados, Distrito Federal ou municípios trata de interesses indisponíveis, sendo assim é ação penal pública incondicionada (DELMANTO, 2022).

REFERENCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BITENCOURT, Cezar. Código penal comentado. 10º ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. 2833 p. disponível em: <
<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/790027?title=C%C3%93DIGO%20PENAL%20COMENTADO#references>> acesso em 28 de abril de 2023.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 1 de janeiro de 1942. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 25 de abril. 2023

Decreto-Lei nº14.155, de 27 de maio de 2021. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14155.htm#:~:text=A%20pena%20C3%A9%20de%20reclus%3%A3o,por%20qualquer%20outro%20meio%20fraudulento> Acesso em: 26 de abril de 2023.

DELMANTO, C.; DELMA, F. M. D. A.; DELMANTO, R. CÓDIGO PENAL COMENTADO. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em :<
<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/790027?title=C%C3%93DIGO%20PENAL%20COMENTADO> > Acesso em: 23 de abril de 2023

MASSON, Cleber. Código Penal comentado. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2019. 1449 p.

LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. Direito penal esquematizado® - parte especial. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Disponível em :<
<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/818210?title=Direito%20penal%20esquematizado%C2%AE%20-%20parte%20especial#references> > Acesso em 23 de abril de 2023